

Subtema D:

**RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL (TFI)
E INVERSIONES EN EL PERÚ A TRAVÉS DE UNA ENTIDAD
CONTROLADA NO DOMICILIADA (ECND)**

Ponente Individual: **Luis Miguel Sánchez Bao***

I. RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo tiene como objetivo analizar y desarrollar la aplicación práctica del régimen de TFI contenido en la LIR peruana, tomando un especial énfasis en la incidencia que tiene dicho régimen para las personas domiciliadas en el país, que invierten en Perú a través de una ECND.

Para ello, pasaremos a revisar los lineamientos contenidos en la LIR con respecto a la imputación de rentas de fuente peruana y extranjeras; y, determinar qué criterio fue establecido para efectos del régimen de TFI.

Una vez determinados los criterios de imputación, pasaremos a revisar qué tipos de rentas puede obtener una ECND, tomando en cuenta la fuente de las mismas y su naturaleza, así como el procedimiento establecido por el régimen de TFI para determinar la denominada "renta neta pasiva atribuible".

Finalmente, el presente trabajo abordará dos temas de especial interés con relación al régimen de TFI, como son la eventual posibilidad de compensar las pérdidas tributarias originadas en una ECND, así como la ineficiencia fiscal que se presenta cuando una persona natural realiza inversiones en el Perú, a través de una ECND.

II. INTRODUCCIÓN

El crecimiento económico del país y la estabilidad política alcanzada a partir del año 2002 en adelante, confluyeron para generar en el país un inusitado incremento de la capacidad de ahorro e inversión de los peruanos como no se había logrado en muchos años.

Si a todo lo anterior le sumamos los avances de la tecnología en las áreas de información y telecomunicaciones¹, no había que esperar mucho para ver en el Perú un vasto incremento en las transacciones internacionales llevadas a cabo por residentes peruanos.

Es en este contexto en el cual, el mercado de capitales peruano se encuentra con un nuevo mundo de oportunidades financieras en las cuales invertir, dándose así inicio a una nueva etapa de exportación de capitales, nunca antes vista en nuestra historia.

* Abogado por la Universidad de Lima. Asociado de Miranda & Amado.

¹ Como es el caso de la internet y la facilidad que nos brinda para conectar mercados tan distantes como Nueva York, Londres, Tokio, Singapur y/o Zúrich con sólo hacer un "click".

No obstante, el sostenido crecimiento económico del país también permitió que muchas empresas locales empezaran a emitir títulos de deuda o capital a fin de ser comercializados en el exterior; los cuales no sólo eran atractivos para inversionistas no domiciliados sino también para la nueva y creciente demanda generada por los inversionistas domiciliados.

Es en este punto donde el régimen de TFI toma una especial incidencia; toda vez que, como veremos a continuación, la aplicación del mismo genera ciertas distorsiones y sobre costos no deseados por los inversionistas; para lo cual, es necesario comprender la aplicación práctica de este régimen, a fin de proponer soluciones prácticas y viables.

III. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL RÉGIMEN DE TFI

El legislador tributario no fue ajeno a los cambios producidos en el contexto financiero nacional y observó que los capitales peruanos en el exterior redituaban a sus beneficiarios importantes rentas de fuente extranjera, las cuales no necesariamente se encontraban sujetas a imposición en el Perú.

Al respecto, el régimen tributario vigente hasta el año 2013 establecía que las rentas producidas en el exterior se encontraban sujetas a imposición en el Perú al momento de ser percibidas por sus beneficiarios domiciliados. Esto generaba que, el impuesto aplicable pueda ser diferido mediante la interposición de vehículos o instrumentos constituidos o establecidos en el exterior entre la fuente de la renta y los beneficiarios domiciliados, que evitaban que este último perciba la renta al no distribuir dividendos alguno a sus beneficiarios.

Es así como a partir del 1 de enero de 2013 entró en vigor el régimen de TFI; una norma anti-elusiva específica cuya finalidad es la de prevenir el eventual diferimiento de rentas obtenidas en el exterior por sujetos domiciliados, para efectos del IR anual. Hasta ese momento, los regímenes de transparencia internacional únicamente eran conocidos en el Perú mediante la doctrina y jurisprudencia comparada.

Para estos efectos, el régimen otorgó transparencia tributaria a los vehículos y/o instrumentos constituidos y/o establecidos en el exterior que sean de propiedad de contribuyentes domiciliados; y, presumió que estos eran utilizados para diferir la percepción de la renta generada y, por ende, su sujeción al IR local.

Ahora bien, no cualquier vehículo o instrumento del exterior se encuentra comprendido en el régimen de TFI. Para ello, el vehículo debe pasar un test de control basado en la participación del sujeto domiciliado en el capital, resultados y/o control del vehículo no domiciliado.

Una vez superado dicho test, es necesario pasar un test de tributación efectiva en el país de residencia y, sólo si esta era sustancialmente más ventajosa a la que habría aplicado en el Perú sobre la misma renta, es que nos encontramos frente a una ECND en los términos del régimen de TFI.

Habiendo transcurrido 5 años desde la entrada en vigor del régimen, consideramos importante dar una mirada a la aplicación práctica del régimen, a fin de poder proponer eventuales modificaciones que conlleven al perfeccionamiento y optimización del mismo en aras de una justa y adecuada tributación.

IV. Aplicación práctica del régimen de TFI

Para efectos de determinar la renta neta pasiva atribuible, ¿cómo se deben determinar las pérdidas relacionadas con rentas pasivas? (¿y las provenientes de otros tipos de rentas, respecto de las cuales también se permite su compensación?)

a. Criterio de imputación ¿devengado o percibido?

A efectos de responder esta primera interrogante, consideramos importante dilucidar cuál es el criterio de imputación aplicable a las ECND para establecer las rentas netas pasivas sujetas al régimen de TFI.

De acuerdo a lo establecido por la LIR en materia de TFI, las ECND se encuentran facultadas a compensar contra los ingresos obtenidos los gastos incurridos, conforme a los criterios de imputación aplicables a las rentas de fuente extranjera previstos en el artículo 57 de la LIR.

Por su parte, el Artículo 57 de la LIR establece como criterios de imputación para rentas de fuente extranjera el criterio del devengado y el criterio del percibido, conforme a lo siguiente:

- i. Devengado: en caso la renta provenga de la explotación de un negocio o empresa.
- ii. Percibido: para el caso de rentas que no provengan de la explotación de un negocio o empresa.

Como se puede ver, en principio, es la naturaleza de la renta de fuente extranjera la cual establece el criterio de imputación correspondiente; con lo cual, es necesario determinar cuándo una renta proviene de la explotación de un negocio o empresa².

Al respecto, debemos recordar que la propia LIR en su primer artículo establece que el impuesto grava las rentas provenientes "*del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores*". Es así como, para efectos de establecer si una renta de fuente extranjera proviene de la explotación de un negocio y/o empresa, es necesario determinar si la misma proviene de la explotación conjunta del capital y el trabajo, independientemente de si la renta es obtenida por una persona jurídica³ o una persona natural domiciliada en el país.

Un ejemplo de esto se puede encontrar en el Informe N° 164-2009-SUNAT/2B0000, de fecha 17 de agosto de 2009, mediante el cual SUNAT manifestó que las rentas de

² Sobre el particular, la LIR establece distintas categorías de rentas para efectos de calificar la naturaleza de las mismas como rentas de primera y segunda categoría (las producidas por el capital), rentas cuarta y quinta categoría (las producidas por el trabajo) y rentas de tercera categoría (las producidas por la actividad empresarial y, en general, cualquier renta obtenida por las personas jurídicas domiciliadas, cualquiera sea la categoría a la que debiera atribuírsele).

³ En la medida que la categorización únicamente resulta aplicable a las rentas de fuente peruana; las rentas de tercera categoría no comprenden a las actividades que generan rentas de fuente extranjera, por lo que es posible que rentas de fuente extranjera provenientes únicamente del capital, deban ser reconocidas por una persona jurídica domiciliada bajo el criterio del percibido y no del devengado.

fuentes extranjeras obtenidas por una empresa de seguros por concepto de intereses provenientes de bonos emitidos por empresas constituidas en el exterior y/o depósitos en empresas del sistema financiero del exterior, se deben imputar en el ejercicio en que se devenguen.

Ello puesto que, conforme al análisis realizado en el citado informe dichas rentas provienen de las actividades empresariales que realizan las aseguradas domiciliadas en el Perú conforme a la regulación establecida por la propia Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. En consecuencia, no es posible afirmar que las mismas no son rentas producidas por la explotación de un negocio u empresa⁴.

Por suerte y sin perjuicio de lo establecido en los párrafos precedentes, para efectos del régimen de TFI, el RLIR ha dispuesto específicamente que al determinar la renta pasiva atribuible *“Se considerarán los ingresos y gastos **devengados** entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del ejercicio gravable”* (el subrayado es nuestro).

De acuerdo a lo anterior, si bien la LIR en materia del régimen de TFI hace referencia a los criterios de imputación aplicables a las rentas de fuente extranjera, el RLIR ha establecido que el criterio a utilizar será el de devengado.

Ello puesto que, como se puede apreciar, 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.

En otras palabras, el criterio del percibido habría permitido que las ECND tengan la posibilidad de diferir las rentas que no se produzcan por la explotación de un negocio o empresa y, por ende, salir del ámbito de aplicación del régimen de TFI.

b. Compensación de ingresos, gastos, costos y/o pérdidas en una ECND

Conforme al artículo 111 de la LIR, el régimen de TFI será de aplicación a los contribuyentes domiciliados en el país, propietarios de ECND, respecto de las rentas pasivas de éstas, siempre que se encuentren sujetos al IR en el Perú por sus rentas de fuente extranjera.

El ámbito de aplicación antes citado busca que los contribuyentes domiciliados tributen, bajo el régimen del devengado, por las rentas que obtienen en las ECND de su propiedad. Pero, ¿qué tipos de rentas puede generar una ECND?, pues ésta puede generar distintos tipos de rentas, las cuales se diferencian **(i)** por su fuente productora, como son las de fuente peruana o fuente extranjera; y, **(ii)** por su naturaleza, las cuales comprenden a las rentas pasivas y a las rentas activas.

Con relación a la fuente, las rentas de fuente peruana se pueden encontrar en una

⁴ Quizás si la cuestión del informe se hubiera referido a una empresa con un giro social totalmente distinto, otro hubiera sido el resultado. Por ejemplo, una empresa cuya principal actividad sea la agrícola y tenga rentas de fuente extranjera por actividades netamente pasivas, como son intereses por bonos o depósitos en entidades financieras del exterior. Claramente dichas rentas no podrían calificarse como de “tercera categoría” por ser rentas de fuente extranjera, por lo que sólo si fueran producto de una actividad empresarial las mismas deberían ser imputadas conforme al criterio del devengado, caso contrario, resultaría aplicable el criterio de lo percibido.

lista taxativa contenida en los artículos 9, 10, 11 y 12 de la LIR, en la cual se observan diversos conceptos o factores de conexión que establecen cuándo los rendimientos de una actividad económica deben ser considerados como originados en el Perú. En contraposición, las rentas que se produzcan por supuestos no contemplados en la citada lista, recibirán el calificativo de rentas de fuente extranjera.

De otro lado, la calificación de rentas como pasivas fue introducida a la LIR por el régimen de TFI. Para esto se incorporó el artículo 114 en el cual se establece una lista taxativa de rentas que se entenderán como de naturaleza pasiva, así como un par de presunciones que admiten prueba en contrario. Al igual que en el caso de las rentas de fuente extranjera, en contraposición a la lista de conceptos que califican como rentas pasivas, calificarán como rentas activas aquellas que no se encuentren expresamente comprendidas en dicha lista.

Teniendo en cuenta lo anterior, el procedimiento a seguir a fin de establecer qué renta pasiva es la que se atribuirá conforme a las disposiciones de régimen de TFI, puede ser resumido en los siguientes pasos:

- i. Determinar la totalidad de ingresos por rentas pasivas y rentas activas que ha devengado la ECND. En este punto, si el 80% o más de los ingresos provienen de rentas pasivas, se presumirá que el 100% de las rentas obtenidas son pasivas. Únicamente si los ingresos provinieran de dividendos distribuidos por otra ECND, estos no serán considerados como rentas pasivas a efectos de establecer la citada proporción.

Asimismo, si los ingresos considerados como rentas pasivas son iguales o menores al 20% del total de ingresos devengados por la ECND, no habrá atribución de rentas alguna.

La importancia de este paso radica en establecer cuál será nuestro universo de rentas a efectos de efectuar una atribución o, si es que en efecto tendremos o no que realizarla.

- ii. Determinar las rentas pasivas de la ECND que califican como rentas de fuente peruana, con excepción de las rentas pasivas contenidas en el numeral 9 del Artículo 114 de la LIR⁵. Las rentas pasivas de fuente peruana no serán materia de atribución.
- iii. Determinar las rentas pasivas de la ECND que hubieran estado sujetas a un IR, en un país o territorio distinto a aquél en el que la ECND esté constituida o establecida o sea residente, con una tasa superior al 75% del IR que correspondería en el Perú sobre dichas rentas de la misma naturaleza. Estas rentas tampoco serán materia de atribución.
- iv. Realizar la compensación de los resultados de los distintos tipos de rentas pasivas a fin de determinar la renta neta atribuible.

⁵ Dicho numeral establece que se entenderán por rentas pasivas a las rentas que las ECND obtengan como consecuencia de operaciones realizadas con sujetos domiciliados en el país, siempre que **(a)** estos y aquéllas sean partes vinculadas, **(b)** tales rentas constituyan gasto deducible para los sujetos domiciliados para la determinación de su Impuesto en el país; y, **(c)** 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 del Impuesto menor al 30%.

En este punto el cálculo se complica un poco toda vez que, si bien la norma establece los procedimientos⁶ para distribuir los gastos y/o pérdidas asociados a las rentas pasivas y a las rentas activas, así como los que se encuentren asociados a ambos conceptos, la norma no establece expresamente qué tratamiento deben tener los gastos y/o pérdidas que se encuentran vinculados a rentas pasivas de fuente peruana.

Sobre el particular consideramos que, en la medida que las rentas pasivas de fuente peruana no son atribuibles, los gastos y pérdidas vinculados a estas únicamente pueden ser compensados contra ingresos pasivos o ganancias pasivas de fuente peruana. De lo contrario, se atribuirían con la renta neta pasiva, conceptos que en principio se encuentran excluidos de la atribución establecida por el régimen de TFI.

De esta forma, la renta neta pasiva atribuible se determinará en primer lugar, estableciendo qué gastos y/o pérdidas son imputables a ingresos y/o ganancias pasivas; y, qué gastos y/o pérdidas son imputables a ingresos y/o ganancias activas, siempre que estos se encuentren destinados a la generación de rentas⁷ y cuenten con documentación de sustento. Por ejemplo, gastos que correspondan al accionista⁸ no deberían ser deducibles para efectos de la determinación de la

⁶ Conforme al inciso b) del numeral 1 del Artículo 113 de la LIR, para determinar la renta neta pasiva se deberá aplicar lo previsto en el artículo 51-A de la Ley; siendo que, cuando los gastos deducibles incidan en la generación de las rentas pasivas y de otras rentas, la deducción se efectuará en forma proporcional de acuerdo con lo establecido por el RLIR. Sobre el particular, el inciso b) del numeral 1 del artículo 64 del RLIR establece que los gastos deducibles serán aquellos que cumplan con lo dispuesto por el primer y cuarto párrafos del artículo 51-A de la LIR, precisando que cuando los gastos incidan conjuntamente en la generación de rentas pasivas y de otras rentas, el importe de la deducción se determinará aplicando a dichos gastos el porcentaje que resulte de dividir los gastos directamente imputables a las rentas pasivas entre la suma de dichos gastos y los gastos imputables directamente a otras rentas, multiplicando el resultado por cien. En los casos en que no se pudiera determinar dicho porcentaje, se deberá aplicar a los referidos gastos el porcentaje que resulte de dividir los ingresos netos que califiquen como rentas pasivas entre el total de los ingresos netos. Finalmente, el primer párrafo del artículo 51-A establece 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; mientras que, el cuarto párrafo establece que los gastos incurridos en el extranjero se acreditarán con los correspondientes documentos emitidos en el exterior de conformidad a las disposiciones legales del país respectivo, siempre que conste en ellos por lo menos, el nombre, denominación y el domiciliado del transferente o prestador del servicio, la naturaleza u objeto de la operación; y, la fecha y monto de la misma.

⁷ Es importante resaltar que la norma no establece, como en el caso de las rentas de tercera categoría, una lista de gastos que podrían ser considerados como deducibles o no deducibles; por lo que consideramos que se deben aplicar, en su acepción más amplia, los principios de causalidad, razonabilidad y normalidad, como parámetros para establecer qué gastos serían o no deducibles. Si bien a la fecha de elaboración de este artículo, no existe jurisprudencia que nos permita anticipar qué caminos tomará la Administración Tributaria al fiscalizar la determinación de las rentas pasivas bajo el régimen de TFI consideramos que está será fundamental para dicho fin.

⁸ En este punto podemos encontrar los gastos vinculados al control y gestión de la propiedad de las acciones, como pueden ser los gastos de constitución, notariales, abogados, reportes financieros, reportes a entidades regulatorias del exterior (SEC, IRS, etc.) etc., que tienen por finalidad la de mantener informado al propietario de la ECND de sus inversiones en esta. Asimismo, podríamos identificar gastos personales, como son el pago de tarjetas de crédito o compra de activos, pago de intereses y otros gastos que buscan beneficiar al accionista o propietario de la ECND. Finalmente, podrían también identificarse los impuestos pagados a nombre del accionista o propietario de la ECND, los mismos que no serían deducibles.

renta neta atribuible; así como gastos cuya documentación de sustento sea insuficiente.

Posteriormente, se deberán identificar en la bolsa de rentas pasivas qué gastos y/o pérdidas corresponden a ingresos y/o ganancias pasivas de fuente extranjera y los que corresponden a los ingresos y/o ganancias pasivas de fuente peruana (excepto la renta establecida en el numeral 9 del artículo 114 de la LIR⁹), a fin de establecer la renta neta pasiva de fuente extranjera y la de fuente peruana.

- v. En este punto se debe tomar en cuenta que el régimen de TFI permite que se compensen contra las rentas netas pasivas¹⁰ (que no pueden ser otras que las de fuente extranjera por ser las únicas que tienen carácter atribuible) los resultados negativos que pudieran generar otros tipos de rentas, como son las pérdidas generadas en actividades productoras de rentas activas.
- vi. Finalmente, de la renta neta pasiva de fuente extranjera (descontadas por las pérdidas vinculadas a actividades productoras de rentas activas) se deberán deducir las rentas identificadas en el numeral iii precedente y, sólo en caso el resultado sea un importe positivo mayor a 5 UIT, este corresponderá a la "renta neta pasiva atribuible", la cual deberá ser imputada conforme a lo establecido por el régimen de TFI.

Si dicha renta pasiva fuera menor a 5 UIT, la misma no deberá ser atribuida.

En caso se sufran pérdidas a nivel de una ECND y, por ende, no sea atribuible al inversionista peruano, ¿dichas pérdidas pueden compensarse de alguna manera? ¿Qué normas le son aplicables? ¿Si un inversionista tiene dos ECND (ECND1 y ECDN2), la pérdida de la primera se puede compensar con la renta de la segunda? ¿La pérdida de ECDN1 podría compensarse directamente con otras rentas de fuente extranjera (distintas de ECDN2) del inversionista? Si la pérdida obtenida por la ECND proviene de un paraíso fiscal, ¿existe alguna limitación?

Como se desprende del punto anterior, la determinación y atribución de rentas netas pasivas requiere de un exhaustivo control de cada tipo de renta, ya sea esta por su fuente, su naturaleza o sujeción a impuestos en otras jurisdicciones.

Dicho esto, también hemos observado que el régimen de TFI únicamente la atribución de rentas netas y no de pérdidas, toda vez que sólo establece que de determinarse un "resultado positivo" al nivel de una ECND se realizará la atribución.

Esta redacción nos lleva a pensar en dos posibles escenarios frente a la generación de pérdidas en una ECND y estos son, **(i)** la eventual compensación contra otros

⁹ Ver comentario en pie de página N° 4.

¹⁰ Conforme al inciso c) del artículo del numeral 1 del Artículo 64 del RLIR, para determinar la renta neta pasiva atribuible se compensarán los ingresos, ganancias, gastos y pérdidas de los distintos tipos de rentas pasivas a que se refiere el artículo 114 de la Ley, que hubiere generado la ECND. Si luego de la referida compensación el resultado fuese negativo, no se efectuará atribución alguna. Si el resultado fuese positivo, éste constituirá la renta neta pasiva atribuible, salvo que la ECND hubiese generado pérdidas por actividades distintas de las que dieron lugar a las rentas pasivas, las cuales se deducirán del resultado antes señalado, en cuyo caso de haber algún saldo positivo, este constituirá la renta neta pasiva atribuible.

resultados positivos generados en el propio ejercicio; y, **(ii)** la eventual compensación contra resultados generados en ejercicios posteriores.

Con relación al primer escenario, debemos establecer que el régimen de TFI y la determinación de rentas atribuibles tienen un carácter muy particular y totalmente diferenciado del régimen común del IR.

En otras palabras, las reglas establecidas en el régimen de TFI no brindan una total transparencia a la ECND, sino más bien establecen una serie de lineamientos para determinar una “renta neta” que probablemente, en aplicación estricta del régimen general del IR, su importe resulte ser tan disímil que en ciertos casos determinaría resultados positivos y en otros negativos¹¹.

Dicho esto, también se debe tener presente que la renta pasiva materia de atribución por parte del régimen de TFI es por sí misma una “renta neta”, la cual ha sido especial y particularmente determinada para efectos de su imputación en el ejercicio.

Ahora bien, el segundo párrafo del numeral 2 del Artículo 113 de la LIR establece que ***“Las rentas netas pasivas se imputarán al ejercicio gravable en que se deba efectuar la atribución y se les aplicará lo dispuesto por el artículo 51 de esta ley”*** (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el Artículo 51 de la LIR establece en su primer párrafo que ***“Los contribuyentes domiciliados en el país sumarán y compensarán entre sí los resultados que arrojen sus fuentes productoras de rentas extranjera, y únicamente si de dichas operaciones resultara una renta neta, la misma se sumará a la renta neta del trabajo o a la renta neta empresarial de fuente peruana, según corresponda, determinadas de acuerdo con los artículos 29 y 50 de esta Ley. En ningún caso se computará la pérdida neta total de fuente extranjera, la que no es compensable a fin de determinar el impuesto”***. (El subrayado es nuestro).

De una lectura de ambos artículos se desprende que, para determinar la existencia o no de una “pérdida neta total” de fuente extranjera, la LIR admite la compensación entre distintos tipos de rentas de fuente extranjera. Sólo si se determinara un resultado positivo, este será adicionado a la renta de fuente peruana y así, establecer la base imponible del impuesto.

Ante esto, no se observa un impedimento para que los resultados de dos o más ECND sean compensados entre sí¹², toda vez que el numeral 2 del artículo 113 no restringe

¹¹ El ejemplo más claro nace del criterio de imputación de las mismas, mientras que en el régimen común es posible que las rentas se atribuyan conforme al criterio del percibido, en el régimen de TFI solamente opera el criterio del devengado. El efecto más palpable se encuentra en el reconocimiento de rentas producidas por intereses o dividendos, en los cuales el sólo nacimiento de la ganancia (los intereses con el sólo paso del tiempo y los dividendos cuando se acuerde su distribución) podría generar su reconocimiento en el régimen de TFI.

¹² Nótese que, conforme al último párrafo del Artículo 49 de la LIR, los únicos tipos de renta sobre los cuales no es posible deducir pérdidas son las rentas de primera categoría, segunda categoría a excepción de las originadas en la enajenación de valores mobiliarios, cuarta categoría y quinta categoría; mientras que, por las rentas de segunda categoría generadas por la enajenación de valores mobiliarios, tercera categoría y las rentas de fuente extranjera, si es posible realizar dicha deducción. Esto evidencia que, en general, el legislador tributario estableció de manera expresa la facultad de poder compensar pérdidas en caso de rentas de fuente extranjera.

su aplicación a una sola ECND sino a las “rentas netas pasivas” determinadas conforme al régimen de TFI, las mismas que en el caso de un contribuyente domiciliado pueden provenir de varias ECND. Y es que, al hacer referencia al artículo 51 de la LIR, queda en evidencia que lo que se busca es llegar a un resultado total y no por cada ECND, justificando así la necesidad de hacer dicha remisión.

No obstante, por la especialidad y particularidad del procedimiento de determinación establecido en el régimen de TFI, la compensación de resultados sólo debe ser posible entre dos o más ECND y no con otros tipos de rentas de fuente extranjera; toda vez que, en términos prácticos, la compensación de dichos resultados no implica necesariamente que la renta obtenida por una ECND no se encuentre gravada al momento en que es distribuida a favor de sus propietarios domiciliados en el país.

Por ejemplo, si una ECND que únicamente genera rentas pasivas arrojará un resultado positivo y otra un resultado negativo que neutralizara la renta de la primera, en el año analizado no habría atribución alguna; no obstante, en el año en que dichas ganancias sean distribuidas a sus propietarios, las mismas sí se encontrarán gravadas con el IR, conforme al criterio del percibido y porque no fueron materia de atribución en su año de generación.

Esto no implica de manera alguna que se esté difiriendo el IR, toda vez que la existencia de pérdidas reales es una consecuencia que, bajo ningún supuesto, es deseado por un inversionista, más aún cuando por aplicación del régimen de TFI, cualquier distribución que realice a su favor se entenderá producto de las rentas no atribuidas y, por ende, sujetas al IR peruano.

Otro tema importante en este escenario es el último párrafo del artículo 51 de la LIR, el cual establece que *“En la compensación de los resultados que arrojen fuentes productoras de renta extranjera a la que se refiere los párrafos anteriores, no se tomará en cuenta las pérdidas obtenidas en países o territorios de baja o nula imposición”*. Al respecto, consideramos que esta disposición únicamente resulta aplicable a las rentas de fuente extranjera que no se encuentren en el ámbito del régimen de TFI.

Es decir, en la medida que las rentas netas pasivas atribuibles se determinan mediante un procedimiento particular, la remisión al Artículo 51 no implica la aplicación de un procedimiento adicional a fin de establecer la renta neta pasiva atribuible generada por ECND.

Asimismo, se debe tomar en cuenta que cuando el literal c) del numeral 1 del artículo 64 del RLIR estableció que *“se compensarán ingresos, ganancias, gastos y pérdidas de los distintos tipos de rentas pasivas a los que se refiere el artículo 114 de la Ley, que hubiera generado la entidad controlada no domiciliada”*, el mismo no estableció qué tipos de pérdidas son susceptibles o no de ser compensadas, teniendo como única limitación lo establecido en el primer y cuarto párrafo del artículo 51-A de la LIR.

En síntesis, el régimen de TFI tiene un procedimiento especial a efectos de determinar rentas netas pasivas atribuibles, el mismo que difiere con lo establecido en el último párrafo del artículo 51 de la LIR, por lo que el primero debe primar.

Finalmente, con relación al segundo escenario, 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”¹³. Siendo esto así, no es posible contemplar un eventual arrastre de pérdidas generadas por una ECND de un ejercicio a otro.

Distorsiones en el caso que personas “domiciliadas” inviertan en el Perú a través de ECND. Análisis de normas aplicables. Carácter de “no atribuible”, como regla general, de las rentas de fuente peruana

Como bien se ha podido apreciar a lo largo del análisis realizado sobre la determinación de las rentas netas atribuibles, el legislador anticipó que las ECND podían no sólo obtener rentas de fuente extranjera, sino también rentas de fuente peruana. Ante esto, el legislador decidió discriminar a las rentas de fuente peruana de la aplicación del régimen y, por ende, estas rentas no gozarían de transparencia alguna que anticipara su atribución.

De esta forma, cada vez que la utilidad de una ECND fuera efectivamente distribuida¹⁴, la parte proporcional a las rentas activas y las rentas de fuente peruana se encontraría gravada al momento de su percepción mientras que la parte proporcional a la renta neta pasiva no lo estaría; puesto que esta ya habría tributado previamente a través del mecanismo de atribución del régimen de TFI.

El problema que genera esta disposición es 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.

Por ejemplo, una ECND obtiene rentas pasivas atribuibles y también cobra regalías a empresas peruanas por el uso de una marca en el país. Dichas empresas retienen y pagan el IR aplicable, con una tasa de 30%; no obstante, una vez aplicado el régimen de transparencia fiscal internacional, cuando la renta de la ECND es distribuida, la parte proporcional a las regalías volverá a encontrarse gravada con el IR peruano, con una tasa de 29.5% si fuera una persona jurídica o la escala progresiva y acumulativa de 8%, 14%, 17%, 20% y 30% si fuera una persona natural.

La consecuencia antes descrita no hace más que desincentivar la repatriación de capitales peruanos y, por lo tanto, la inversión en el país a través de una ECND. El siguiente ejemplo evidencia la incidencia de este problema, conforme explicamos en el párrafo anterior:

¹³ Por ejemplo, la venta de acciones de una empresa podría generar una ganancia, en caso el valor mercado o el de venta sea mayor al costo computable; como también una pérdida, en caso el costo computable sea mayor al valor de mercado o el de venta.

¹⁴ Al respecto, el artículo 116 de la LIR establece que: “Los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades que las entidades controladas no domiciliadas distribuyan a los contribuyentes domiciliados en el país, no estarán gravados con el Impuesto en el país en la parte que correspondan a rentas netas pasivas que hubiesen sido atribuidas conforme a lo previsto en el artículo 113 de esta ley. Para estos efectos, se considerará que los dividendos y otras formas de distribución de utilidades distribuidas corresponden a las rentas netas pasivas en forma proporcional a la parte que dichas rentas representan respecto del total de las rentas netas de la entidad controladas no domiciliada, de acuerdo al procedimiento que establezca el Reglamento. El referido procedimiento también incluirá la determinación en los casos de distribución de utilidades que la entidad que distribuye hubiese recibido a su vez de otras entidades controladas no domiciliadas”.

ECND año 1	
Rentas pasivas atribuibles	10,000
Regalías de fuente peruana	10,000
IR pagado en Perú sobre las regalías (30%)	(3,000)
Utilidad contable a ser distribuida en año 2	17,000
IR pagado por RTFI en año 1 sobre rentas pasivas atribuibles	
PPJJ (29.5%)	2,950
PPNN (30%)	3,000
IR pagado por régimen común del IR en año 2	
Dividendos distribuidos	17,000
Porcentaje de rentas pasivas atribuidas	58.82%
Dividendos previamente atribuidos en año 1	10,000
Dividendos gravados con el IR en año 2	7,000
PPJJ (29.5%)	2,065
PPNN (30%)	2,100
IR pagado en total (año 1 y 2) por regalías de fuente peruana	
PPJJ	5,065
PPNN	5,100
IR pagado en % por regalías de fuente peruana	
PPJJ	50.65%
PPNN	51.00%
Total de utilidad neta de impuestos en año 1 y año 2	
PPJJ	11,985
PPNN	11,900
Utilidad neta de impuestos si no se pagara dos veces IR en Perú	
PPJJ	14,050
PPNN	14,000

Como se desprende del cuadro anterior, el hecho de que las rentas de fuente peruana hayan sido excluidas del régimen de TFI genera que las mismas, una vez que vuelvan al país se encuentren sujetas a una tasa general de hasta 51% de IR; lo cual evidentemente desincentiva la inversión en el Perú a través de una ECND¹⁵.

¹⁵ Si se compara el régimen de TFI con el régimen aplicable hasta el 31 de diciembre de 2012, tenemos que las rentas de fuente peruana que obtenían empresas del exterior de propiedad

Otro ejemplo podría presentarse en inversiones en letras y otros títulos emitidos por el Estado peruano, los mismos que en principio se encuentran inafectos del IR peruano a efectos de darles competitividad y liquidez en el mercado¹⁶ internacional. Toda vez que las rentas producidas por los citados instrumentos se encontrarían gravadas cuando una ECND realice la distribución de las mismas, una inversión de este tipo no sería atractiva para un inversionista peruano.

Una distorsión adicional creada por el régimen de TFI es la aplicación retroactiva del mismo sobre las rentas generadas por una ECND hasta el año 2012. Conforme a la Quinta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 258-2012-EF, *“Cualquier distribución de utilidades que una entidad controlada no domiciliada realice con posterioridad al 1.1.2013, se entenderá que corresponde a las utilidades pendientes de distribución a dicha fecha y, una vez que no existan saldos pendientes de distribución, se aplicará lo previsto en el artículo 64-D del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta”*.

El problema de la disposición antes citada es que, esta no establece una fecha máxima de retroceso ni tampoco establece si es que la renta debe existir al cierre del ejercicio 2012, para considerarla dentro de las distribuidas a partir del ejercicio 2013. Es decir, si se tratan únicamente de resultados positivos o si es que se admite la compensación de pérdidas incurridas en diversos ejercicios anteriores al año 2013.

Por ejemplo, una empresa no domiciliada de propiedad de sujetos domiciliados pudo obtener utilidades por el año 2011 y pérdidas en el año 2012 que compensaron dicha utilidad. En ese sentido, en caso distribuyera algún rédito durante el ejercicio 2013 en adelante ¿deberá entenderse distribuido sobre la utilidad del 2011 o deberá entenderse que corresponde a un adelanto de la utilidad del año 2013, puesto que al cierre del año 2012 la pérdida compensó cualquier utilidad pasada?

Ante esta consecuencia, es necesario que el régimen de TFI sea modificado, a fin de corregir esta distorsión y evitar que se genere una doble tributación, en cabeza del sujeto domiciliado.

Para ello se podría optar por alguna de las siguientes soluciones: **(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.

de sujetos domiciliados también presentaban este problema; no obstante, en la medida que no era necesario determinar cada año las rentas pasivas a atribuir y las que no se atribuirán, la renta determinada en un ejercicio podía compensarse económicamente con pérdidas obtenidas en un ejercicio posterior. Esto no es posible bajo el régimen de TFI, toda vez que cualquier distribución de dividendos se va considerar realizada, aunque sea en parte, sobre las rentas no atribuidas en ejercicios anteriores.

¹⁶ Esta inafectación se basa en la costumbre internacional de adquirir títulos de deuda cuyos rendimientos se encuentren netos de cualquier impuesto aplicable, por lo que generalmente el emisor asume económicamente el pago de los mismos. Siendo el emisor el propio Estado peruano, la figura de acreedor y deudor tributario se consolidaban en un mismo ente, por lo que es más práctico que se exima de impuestos a los rendimientos producidos por estos títulos.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. El régimen de TFI ha establecido como método de imputación de rentas el criterio del devengado; puesto que, si hubiera adoptado el criterio del percibido era muy probable que las rentas continuaran siendo diferidas hasta el momento de su percepción por parte de la ECND.
2. A efectos de determinar las rentas netas atribuibles es necesario que las ECND identifiquen las rentas de fuente peruana, las rentas de fuente extranjera, las rentas pasivas, las rentas activas y llevar un control de la tributación a la cual han estado sujetas las mismas.
3. A efectos de determinar la "renta neta atribuible" de una ECND, el régimen de TFI no ha excluido y/o prohibido la deducción de pérdidas incurridas en paraísos fiscales.
4. Las ECND pueden compensar las pérdidas que hayan incurrido contra las rentas netas pasivas obtenidas por otras ECND, a fin de determinar la "renta neta pasiva atribuible" susceptible de ser incorporada a las rentas de fuente peruana, a fin de establecer la base imponible del IR.
5. La renta neta pasiva de una ECND que es compensada contra las pérdidas de otra ECND no deja de tributar en el país, toda vez que se encontrará gravada con el IR peruano una vez esta sea distribuida.
6. Las pérdidas obtenidas por una ECND no son susceptibles de ser arrastradas contra futuros ejercicios, en la medida que la determinación de las rentas netas pasivas únicamente abarca los ingresos, gastos, ganancias y pérdidas devengadas en el ejercicio gravable.
7. 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 una misma renta se encuentre sujeta al IR peruano dos veces.
8. La distorsión generada sobre la renta de fuente peruana desalienta la inversión en el país a través de ECND y, por ende, no alienta el regreso de capitales al país.
9. Es recomendable modificar el régimen de TFI a fin de permitir que las rentas de fuente peruana sean incluidas en la atribución, estableciendo que las mismas se encuentren inafectas del IR; o, permitiendo la aplicación de un crédito contra el IR a pagar sobre estas, constituido por el IR pagado por la ECND en el país.

Lima, mayo de 2018.

-----O-----