

Subtema D:

**NOTAS SOBRE LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE
TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL EN INVERSIONES
REALIZADAS POR PERSONAS NATURALES DOMICILIADAS**

Ponente Individual: **Víctor Valdez Ramírez***

La presente ponencia tiene por objeto absolver los cuestionamientos planteados en el Subtema D de las directivas de las Jornadas, con relación al tratamiento aplicable a las inversiones efectuadas por personas naturales domiciliadas a través de vehículos o compañías Offshore controladas por ellas, situación en la que resulta aplicable el régimen de Transparencia Fiscal Internacional (TFI).

Para ello se efectuará, en primer lugar, una breve reseña del régimen de TFI, explicando los aspectos que resultan relevantes para brindar respuesta a algunas de las preguntas contenidas en el Subtema D. Es importante advertir que el desarrollo general sobre el régimen de TFI que se realizará no pretende ser exhaustivo, ni cubrir todas las aristas de dicho régimen, sino que tiene por propósito servir como marco conceptual para la posterior absolución de las preguntas propuestas por los Ponentes Generales. En particular, los temas que serán abordados en el desarrollo del presente trabajo son: i) el tratamiento de las rentas calificadas por el régimen de TFI como no atribuibles, tema en el cual se abordará la problemática de las rentas de fuente peruana obtenidas a través de vehículos offshore; y, ii) la determinación y tratamiento de las rentas y pérdidas asociadas a rentas pasivas generadas mediante compañías offshore.

I. ASPECTOS GENERALES

Objetivo del régimen

En líneas generales, el régimen de TFI tiene por propósito prevenir el diferimiento del pago del Impuesto a la Renta (IR) sobre rentas obtenidas en el exterior, cuando las inversiones de las que éstas derivan se mantienen bajo titularidad de un vehículo o compañía investido con personería legal distinta a la del inversionista.

En efecto, en ausencia de las normas de TFI, las rentas generadas por inversiones en el exterior a través de vehículos offshore sólo se encontrarían sujetas a tributación en Perú cuando se efectúe su distribución. Sólo en ese momento, cuando la entidad offshore tenedora de las inversiones distribuya las utilidades obtenidas, el inversionista local se encontraría obligado a tributar sobre el monto recibido, caracterizándose dicho elemento de renta como un dividendo de fuente extranjera. Evidentemente, en estas situaciones se presenta un diferimiento indefinido entre la

* Bachiller en Derecho y Abogado por la Universidad de Lima. Con estudios de Post-Grado en Tributación Internacional y en Derecho Financiero por la ESAN y por la Universidad del Pacífico, respectivamente. Asimismo, cuenta con estudios de especialización en Mercado de Capitales y en Instrumentos Financieros Derivados por el New York Institute of Finance. Asociado Senior de Rebaza, Alcázar & De las Casas.

oportunidad en que la rentabilidad es generada en cabeza del vehículo offshore, y el momento en que tales rentas tributan, para lo cual se requeriría la distribución formal de dichas utilidades por parte del vehículo.

El mencionado fenómeno de diferimiento es, justamente, el que busca ser evitado en virtud a las normas de TFI. En aplicación de dicho régimen, determinadas rentas de fuente extranjera se someten a tributación en cabeza del inversionista propietario de la offshore –titular formal de las inversiones generadoras de rentas– sin que para ello resulte necesario que se produzca su distribución.

Como podrá anticiparse, la aplicación efectiva del régimen se encuentra sujeta a diversas reglas, las cuales regulan diferentes aspectos del régimen. La presente ponencia se referirá a algunos aspectos puntuales sobre la aplicación del régimen, que han sido recogidos por los Ponentes Generales al formular las preguntas que corresponden al Subtema D de las Directivas.

Régimen de TFI en el Perú: Supuesto de hecho y consecuencia jurídica

En Perú, el régimen de TFI fue incorporado a la Ley del Impuesto a la Renta (LIR)¹ por el Decreto Legislativo 1120², vigente en dicho extremo a partir del 1 de enero de 2013. Asimismo, la reglamentación al régimen fue aprobada por el Decreto Supremo N° 258-2012-EF³.

Como se sabe, la estructura lógica de las normas jurídicas está conformada por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Así, al analizar la aplicación de las normas y regímenes jurídicos, debe evaluarse, en primer lugar, si la situación de hecho prevista normativamente se verifica en la realidad. Sólo si ello ocurre, la norma o régimen analizado resultará aplicable.

En lo que respecta a las normas de TFI, estimamos relevante referirnos a los siguientes dispositivos legales:

- El Artículo 111 de la LIR, el cual regula el ámbito de aplicación del régimen de TFI, señala lo siguiente:

Artículo 111.- Ámbito de aplicación del régimen

El régimen de transparencia fiscal internacional será de aplicación a los contribuyentes domiciliados en el país, propietarios de entidades controladas no domiciliadas, respecto de las rentas pasivas de éstas, siempre que se encuentren sujetos al Impuesto en el Perú por sus rentas de fuente extranjera.

Como se observa, el supuesto de hecho de la norma transcrita viene determinada por dos elementos: i) ser una persona domiciliada en Perú sujeta a tributación por rentas de fuente extranjera; y, ii) ser propietario de una entidad controlada no domiciliada.

¹ Cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por el Decreto Supremo N° 179-2004-EF.

² Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 18 de julio de 2012.

³ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 18 de diciembre de 2012.

De otro lado, la consecuencia jurídica, según el tenor de la misma norma, es la aplicación del régimen de TFI. Observamos, entonces, que la norma propuesta no tiene una consecuencia práctica en sí misma, sino que la consecuencia jurídica en realidad es la aplicación del resto de normas que regulan la TFI.

- El Artículo 113 de la LIR regula, en nuestra opinión, la consecuencia jurídica sustancial del régimen de TFI, es decir, la atribución de “rentas netas pasivas” obtenidas por la ECND al inversionista domiciliado, quien se encuentra obligado a incluir tales rentas en su determinación de impuestos personal.

El supuesto de hecho de esta norma, en nuestra opinión, viene determinado por la obtención de “rentas netas pasivas” a través de una ECND. La consecuencia jurídica de la norma es, en su oportunidad, la atribución de tales rentas netas pasivas al propietario o propietarios de la ECND.

- El Artículo 115 de la LIR regula casos específicos de rentas obtenidas a través de una ECND que no son atribuibles al inversionista local, las cuales básicamente consisten en tres grupos de rentas: i) las rentas de fuente peruana; ii) las rentas sujetas a un gravamen superior al 75% del impuesto que hubiera resultado aplicable en Perú; y, iii) rentas pasivas de menor cuantía⁴.

Nótese que en estos casos el propio régimen de TFI excluye determinadas rentas de su consecuencia sustancial, que es la atribución de las mismas al propietario de la ECND, calificándolas como rentas no atribuibles. Este grupo de rentas, claramente, no estará sujeto a tributación bajo las reglas previstas por el régimen de TFI. En cambio, dicho grupo de rentas se encontrará sujeto al tratamiento ordinario aplicable a las inversiones extranjeras realizadas en vehículos opacos.

De las normas antes citadas, podemos llegar a las siguientes conclusiones preliminares:

- i) En principio, aquellas situaciones en las que un contribuyente domiciliado en Perú, sujeto a tributación por sus rentas de fuente mundial, es propietario de una ECND, se encuentra dentro del ámbito de aplicación del régimen de TFI.
- ii) La consecuencia sustantiva de la aplicación del régimen de TFI es la atribución de las “rentas netas pasivas” obtenidas por la ECND al propietario domiciliado de dicho vehículo, quien deberá reconocer tales rentas de forma inmediata para la determinación de sus impuestos por pagar.
- iii) Las rentas que no se encuentren dentro de los alcances de la categoría de “rentas netas pasivas” o sean categorizadas como “rentas no atribuibles”, se encontrarán excluidas del régimen. Esta situación generará un redireccionamiento en cuanto al tratamiento de dichas rentas o resultados, los cuales se encontrarán sujetos al tratamiento general aplicable a inversiones realizadas a través de vehículos offshore. O lo que es lo mismo, el tratamiento aplicable a dicho grupo de rentas y/o resultados será el mismo que el que hubiera resultado aplicable en ausencia del régimen de TFI.

⁴ Nos referimos a los supuestos mencionados en el numeral 3 del Artículo 115 de la LIR, que incluye las siguientes situaciones: i) casos de rentas pasivas cuyo monto no supere las 5 UIT; y, ii) casos en los que las rentas pasivas son iguales o menores al 20% del total de ingresos de la ECND.

II. TRIBUTACIÓN DE RENTAS Y RESULTADOS NO COMPRENDIDOS EN LAS REGLAS DE ATRIBUCIÓN DEL RÉGIMEN DE TFI

La aplicación del régimen de TFI determina que las rentas obtenidas a través de una ECND, categorizadas como atribuibles, se reconozcan en cabeza del inversionista-propietario de la ECND, tributando en cabeza de dicho sujeto. Por el contrario, los supuestos de rentas que no tengan la condición de atribuibles, se encontrarán excluidas del régimen de TFI, sujetándose al régimen general aplicable a cualquier situación que implique la tenencia de títulos patrimoniales en una entidad extranjera.

La situación anterior determina que las rentas obtenidas a través de una ECND se encuentran sujetas a un régimen dual:

a) Rentas netas atribuibles

Se imputan al propietario y tributan en el ejercicio en que son obtenidas, bajo las reglas contenidas en el régimen de TFI (sobre este procedimiento volveremos al referirnos a las reglas para la determinación de la renta neta atribuible, en los acápite siguientes).

b) Conceptos no atribuibles

Al encontrarnos frente a rentas y/o resultados que han sido excluidos del régimen de TFI, la tributación sobre tales conceptos será la que corresponde al régimen general sobre la tenencia de acciones de entidades extranjeras. En este sentido, corresponderá sumar la totalidad de dichos conceptos a efectos de que la ECND determine la utilidad por dicho segmento de inversiones, cuantificando la utilidad obtenida cada ejercicio y definiendo la existencia de utilidades por distribuir. Cuando tales utilidades sean materia de distribución efectiva, el inversionista-propietario de la ECND deberá reconocer el monto recibido como un dividendo de fuente extranjera, sumando dicho concepto en su determinación de impuestos.

En este punto, cabe mencionar que el segmento de rentas o resultados no atribuibles resultará computable para determinar las utilidades de la ECND de acuerdo con las reglas societarias y contables que resulten aplicables en el Estado en que dicho vehículo se haya constituido. En efecto, al encontrarnos frente a conceptos no atribuibles, las reglas previstas por la LIR no resultarían aplicables en bajo extremo alguno. La ECND deberá determinar sus utilidades y los dividendos por distribuir de acuerdo con las normas que resulten aplicables en su Estado de residencia. Asimismo, la distribución de utilidades deberá ceñirse a los procedimientos societarios y contables que resulten aplicables en dicho Estado. Todo ello bajo la premisa que nos encontraríamos frente a inversiones de una entidad no domiciliada generando rentas no transparentes, cuya posición, para estos efectos, sería equivalente que la de cualquier otro vehículo constituido en el exterior y que obtiene utilidades que posteriormente son distribuidas en favor de su accionista.

El siguiente cuadro resume lo antes indicado:

Aspectos por considerar	ECND	
	Rentas atribuibles	Rentas no atribuibles
Atribución y cómputo de rentas	Se imputan al propietario y tributan en el ejercicio en que se obtienen por la ECND	Se reconocen como renta gravada cuando la ECND efectúa su distribución
Cuantificación de rentas materia de reconocimiento en Perú	Rentas atribuibles se determinan bajo reglas del régimen de TFI	Utilidades y dividendos por distribuir se determinan bajo las normas domésticas de la ECND

La aplicación práctica de las disposiciones anteriores tiene consecuencias muy importantes en la determinación de los impuestos por pagar de cargo de los propietarios de las ECND. En los acápites siguientes nos referiremos a algunos temas puntuales que hemos podido identificar. Cabe mencionar que los temas que serán materia de desarrollo se encuentran enfocados, fundamentalmente, en casos de portafolios de inversión de personas naturales gestionados a través de vehículos offshore que califican como ECND.

Rentas no calificadas como pasivas o calificadas como no atribuibles

Como se indicó anteriormente, la consecuencia sustantiva de la aplicación del régimen de TFI es la atribución de rentas. La referida atribución se realiza en los términos indicados por el Artículo 113 y siguientes de la LIR.

Al respecto, cabe indicar que el Artículo 113 de la LIR contiene las reglas para determinar la renta neta pasiva que finalmente será atribuible al propietario de la ECND. Sin embargo, el concepto de renta pasiva viene determinado por el Artículo 114 de la LIR, el cual tiene los elementos de renta calificados como “rentas pasivas” para efectos del régimen. Por su parte, el Artículo 115 de la LIR califica algunos elementos de renta como “no atribuibles” de forma expresa, excluyendo a tales conceptos los efectos jurídicos de la aplicación del régimen de TFI.

Para el caso de inversiones de personas naturales, los principales elementos de rentas consideradas “no atribuibles” que hemos identificado son las siguientes:

i) Las ganancias en operaciones con instrumentos financieros derivados

Los tipos de rentas generados usualmente en portafolios de inversión vienen determinados por intereses, dividendos y ganancias de capital. Sin embargo, dependiendo del perfil de cada inversionista, también pueden realizarse inversiones mediante operaciones con instrumentos financieros derivados. Es bastante común, por ejemplo, la utilización de opciones financieras –sean tipo call o put, tomando posiciones largas o cortas– como un elemento de inversión en los portafolios de personas naturales.

Ahora bien, es el Artículo 114 de la LIR, el cual define qué se entiende por “rentas pasivas” para efectos del régimen de TFI. Así, dicho dispositivo lista de tipos de renta caracterizados como rentas pasivas, incluyendo dividendos, intereses, ganancias de capital, regalías, entre otras rentas del capital. Dicha lista, sin embargo, no hace referencia alguna a las operaciones con derivados financieros. Asimismo, cabe indicar que la lista contenida por el Artículo 114 de la LIR es taxativa (“*numerus clausus*”), no existiendo una categoría abierta que permita

incluir en dicha categoría a rentas que no se hayan mencionado de forma expresa en dicho dispositivo⁵.

En este punto, resulta pertinente precisar que las operaciones con derivados son, normalmente, de carácter nocional, siendo que las ganancias o pérdidas procedentes de tales operaciones derivan de la apreciación o depreciación del bien o activo designado como subyacente en la estructuración de la operación. En este sentido, las rentas procedentes de operaciones con derivados no podrían calificarse como intereses, dividendos ni como ganancias de capital.

En este contexto, en ausencia de una disposición que califique expresamente a las ganancias procedentes de derivados como "rentas pasivas", éstas no se encontrarán sujetas al procedimiento de atribución recogido en el Artículo 113 y siguientes de la LIR. En consecuencia, tanto las ganancias y las pérdidas procedentes de operaciones con derivados deberán formar parte del segmento de rentas "no atribuibles" obtenidas por la ECND.

Cabe mencionar que la dinámica anterior podría resultar, dependiendo de cada caso en concreto, en un gravamen efectivo de hasta 30% sobre las ganancias obtenidas por personas naturales en operaciones con derivados financieros. Una carga de dicha magnitud resulta, a nuestro parecer, excesiva, toda vez que, en caso dicho elemento de renta se hubiera obtenido por una persona natural domiciliada en cabeza propia, el gravamen sobre las eventuales ganancias procedentes de operaciones con derivados hubiera sido de 5%, al encontrarnos frente a una ganancia expresamente categorizada como renta de segunda categoría en virtud al Artículo 24 de la Ley.

Sin embargo, como contrapartida, es pertinente mencionar también que las pérdidas obtenidas en derivados financieros por parte de personas naturales no son compensables contra ningún otro elemento de renta, ni siquiera con otras ganancias procedentes de derivados financieros. Ello es así pues el nacimiento de la obligación tributaria tratándose de rentas de segunda categoría es de realización inmediata, no admitiéndose liquidaciones periódicas ni compensaciones de pérdidas⁶.

En contraste, si las pérdidas procedentes de derivados se realizan a través de ECND, al encontrarnos frente a pérdidas efectivamente realizadas, éstas serán computables para la determinación de la utilidad no transparente del vehículo. Esta situación puede resultar en deducciones materiales para la determinación de la utilidad distribuible de dicho vehículo, siendo viable, en principio, compensar dichas pérdidas con ganancias procedentes de otros derivados y, eventualmente, con otros ingresos obtenidos por la ECND.

⁵ Podría considerarse que una excepción a esta regla viene determinada por las rentas realizadas por la ECND con contrapartes domiciliadas en Perú, a que se refiere el numeral 9 del Artículo 114 de la LIR. De acuerdo con el numeral 3 del Artículo 64-A del Reglamento, dicha categoría puede comprender cualquier tipo de operación realizada entre la ECND y contrapartes vinculadas domiciliadas en Perú, incluso si la renta que resulta de dichas operaciones no se encuentra comprendida en los numerales 1 al 8 del citado Artículo 114.

⁶ La única excepción a esta regla es el impuesto sobre las ganancias de capital procedentes de la enajenación, redención o rescate de valores mobiliarios, en el cual la liquidación del impuesto es anual, admitiéndose la compensación de pérdidas con algunas restricciones.

ii) Las rentas de fuente peruana

El numeral 1 del Artículo 115 de la LIR califica expresamente como “no atribuibles” a las rentas de fuente peruana.

La única excepción a esta regla viene determinada por el numeral 9 del Artículo 114 de la LIR, la cual considera como renta pasiva a las procedentes de operaciones realizadas entre ECND y contrapartes vinculadas que tengan domicilio en Perú, y siempre que tales operaciones generen gasto deducible para la contraparte local, pero se encuentren sujetas a una tasa efectiva menor al 30%. Sin embargo, esta regla constituye, en realidad, una medida antielusiva destinada a prevenir la utilización de ECND como instrumentos para generar ahorros como consecuencia del arbitraje de tasas.

Sin perjuicio del caso puntual mencionado en el párrafo precedente, la regla general es que las rentas de fuente peruana no constituyen rentas atribuibles para efectos del régimen de TFI. De este modo, al haberse calificado las rentas de fuente peruana como conceptos “no atribuibles”, las rentas procedentes de inversiones peruanas se considerarán ingresos ordinarios de la ECND, los cuales, junto con las demás rentas obtenidas por dicha entidad que compartan la condición de “no atribuibles”, darán lugar a la cuantificación de las utilidades susceptibles de ser distribuidas como dividendos en favor del inversionista-propietario de la ECND.

Sin embargo, existe un segundo efecto resultante del tratamiento bajo análisis. En la medida que el titular formal de las inversiones peruanas es una ECND, es decir, para todo efecto, una persona jurídica no domiciliada, las rentas de fuente peruana recibidas por dicho vehículo se encontrarán sujetas al régimen general de retenciones previsto por la LIR para los contribuyentes no domiciliados.

En efecto, de acuerdo con el Artículo 71, en concordancia con el Artículo 76, los sujetos domiciliados que abonen rentas de fuente peruana de cualquier naturaleza en favor de beneficiarios no domiciliados deberán efectuar la retención correspondiente. Al respecto, nótese que la LIR no contiene disposiciones que eximan de este régimen a rentas pagadas en favor de vehículos que califiquen como ECND, por lo que, las rentas de fuente peruana obtenidas a través de una ECND se encontrarían sujetas a tributación hasta en dos tramos:

- a. Cuando se produzca el pago de las mismas en favor de la ECND. Para los casos de portafolios de inversión mantenidos a través de una ECND, las rentas de fuente local procedentes de dichos portafolios se sujetarían a las siguientes tasas de retención:
 - Dividendos: 5%⁷
 - Intereses: 4.99%⁸.
 - Ganancias de capital: 5% tratándose de enajenaciones realizadas en rueda de bolsa o 30% para enajenaciones extrabursátiles.

⁷ Bajo la premisa que la distribución responde a utilidades generadas por la entidad que realiza la distribución a partir del ejercicio 2016.

⁸ Bajo la premisa que no existe vinculación entre el pagador de los intereses y las ECND.

Cabe indicar que algunas rentas de fuente peruana podrían encontrarse sujetas a beneficios tributarios. Este es el caso, por ejemplo, de las ganancias de capital procedentes de la enajenación de valores peruanos en la rueda de negociación de la Bolsa de Valores de Lima (BVL), siempre que éstos cuenten con presencia bursátil. Si este es el caso, la eventual ganancia de capital generada por la venta de estos valores se encontraría exonerada del impuesto.

- b. Cuando se produzca la distribución de las utilidades reconocidas por la ECND, de forma conjunta con otras rentas no atribuibles en virtud al régimen de TFI. En esta oportunidad, las utilidades distribuidas en favor del inversionista-propietario de la ECND se considerarán dividendos de fuente extranjera, encontrándose sujetos a tributación en Perú con las tasas progresivo acumulativas de hasta 30%.

Como puede advertirse, el tratamiento antes expuesto resulta en un supuesto de doble imposición económica sobre las rentas de fuente peruana obtenidas a través de una ECND. En efecto, en un primer momento tales rentas se sujetan a gravamen en Perú, y en un segundo momento, cuando dichas rentas son distribuidas en favor del inversionista, se produce un segundo gravamen, con una tasa de hasta 30%.

En este punto, resulta pertinente cuestionarnos la razonabilidad del tratamiento antes expuesto. El carácter “no atribuible” de las rentas de fuente peruana genera serias distorsiones en cuanto al tratamiento de las rentas de fuente local obtenidas a través del ECND. En particular:

- Las rentas del capital que, naturalmente, se encontrarían sujetas a una imposición efectiva de 5% si su titularidad se mantuviera en cabeza propia, se encuentran sujetas a una tributación en dos tramos, que puede elevar la carga impositiva hasta una tasa efectiva de 33.5% aproximadamente.
- Las exoneraciones existentes sobre rentas de fuente peruana, como es el caso de la exoneración a las ganancias de capital bursátiles, se ven eliminadas para efectos prácticos. Ello es así pues dicho beneficio resulta aplicable sólo cuando la renta o ganancia es realizada en cabeza de la ECND. Sin embargo, cuando dicha ganancia es distribuida en favor del inversionista domiciliado, en la medida que legalmente nos encontramos frente a un dividendo de fuente extranjera, no resulta jurídicamente viable hacer extensivo el mencionado desgravamen sobre la distribución. En consecuencia, pese a encontrarnos económicamente frente a una renta sujeta a un desgravamen local, su posterior distribución por parte de la ECND se encontrará sujeta a un gravamen de hasta 30% en cabeza del inversionista domiciliado.

Resulta claro, entonces, que la aplicación del régimen de TFI al caso de rentas procedentes de inversiones locales resulta en una sobreimposición, eliminando, además, el efecto de beneficios tributarios o exoneraciones que pudieran existir.

iii) Las rentas sujetas a tributación significativa en la fuente

El numeral 2 del Artículo 115 de la LIR contiene una segunda categoría de rentas, calificadas como no atribuibles, cuyo tenor es el siguiente:

2. Las que hubiesen sido gravadas con un Impuesto a la Renta en un país o territorio distinto a aquél en el que la entidad controlada no

domiciliada esté constituida o establecida, o sea residente o domiciliada, con una tasa superior al setenta y cinco por ciento (75%) del Impuesto a la Renta que correspondería en el Perú sobre las rentas de la misma naturaleza.

Como se observa, el segundo grupo de rentas categorizadas como “no atribuibles” por la LIR viene determinado por aquellas rentas que se hayan encontrado sujetas a tributación con una tasa superior al 75% del impuesto que hubiera correspondido pagar localmente sobre dichas rentas. Nótese que la disposición antes citada hace referencia a un gravamen aplicado en un país o territorio distinto al que se encuentre constituida o establecida la ECND. Entendemos, por ende, que el gravamen a que se refiere dicho dispositivo deberá ser aplicado en el Estado o territorio en que dicho elemento de renta tiene su fuente productora.

Ahora bien, a efectos de determinar si se verifica o no el límite cuantitativo de imposición antes mencionado (más del 75% del impuesto local), el Artículo 64-B del Reglamento señala establece un procedimiento mediante el cual se compara el impuesto pagado en el exterior con el impuesto que hubiera resultado aplicable en Perú.

Más allá de las consideraciones establecidas en dicho dispositivo, es resulta claro que algunos elementos de renta de fuente extranjera se encontrarán dentro de los alcances de la exclusión antes mencionada, al encontrarse sujetos a tasas impositivas equivalentes al impuesto aplicable en Perú. Este es el caso, por ejemplo, de los dividendos distribuidos por entidades basadas en los Estados Unidos de América (USA), los cuales se encuentran sujetos a una retención de 30% en la fuente. En materia de mercado de capitales, es bastante común encontrarnos con portafolios de inversión conformados, en mayor o menor medida, por inversiones de este tipo. Es el caso de acciones comunes de empresas constituidas en USA o cuotas de *Exchange Traded Funds* (ETF), los cuales normalmente se encuentran basados en USA.

De forma similar a lo que ocurre con las rentas de fuente peruana, el tratamiento de este tipo de rentas como conceptos “no atribuibles” determina que se produzca un doble gravamen sobre las mismas. En efecto, en estos casos toma lugar la retención en la fuente –con la tasa establecida en la jurisdicción correspondiente– y, cuando la ECND realiza una distribución de utilidades, tomando entre otros resultados dicho tipo de rentas, se produce un nuevo gravamen, al caracterizarse las utilidades distribuidas como un dividendo de fuente extranjera.

Nótese, además, que en estos casos no resultaría viable para el inversionista peruano tomar como crédito el impuesto retenido en la fuente. Si bien el Artículo 116 de la LIR permite a los contribuyentes domiciliados tomar como crédito los impuestos retenidos a ECND respecto de rentas pasivas, dicho dispositivo comprende única y exclusivamente impuestos retenidos respecto de rentas atribuibles, no resultado aplicable respecto de rentas no atribuibles, como es el caso de las rentas sujetas a tributación significativa en la fuente. Asimismo, cabe mencionar que el régimen general de la LIR no contempla la figura del crédito indirecto, limitándose a reconocer sólo la figura del crédito directo, tal como resulta del inciso e) del Artículo 88 de la LIR.

En consecuencia, la categorización como conceptos “no atribuibles” de las rentas sujetas a retención significativa en la fuente, obtenidas a través de ECND, determina un supuesto de doble imposición económica, que en determinados casos puede resultar en un gravamen efectivo total de más de 50%.

¿Es adecuado el tratamiento aplicable a los casos antes expuestos?

Sin perjuicio de que, en nuestra opini3n, el tratamiento expuesto en los ac3pites precedentes es el que resulta de la estricta aplicaci3n de las disposiciones legales vigentes, no podemos dejar de mencionar que el r3gimen, tal como se encuentra dise~ado normativamente, genera importantes distorsiones y, en muchas oportunidades, origina una doble imposici3n sobre determinadas rentas obtenidas a trav3s de una ECND. Este es el caso, en particular, de las rentas de fuente peruana y de las rentas de fuente extranjera sujetas a una retenci3n superior al 75% del IR por pagar en Per3 (es el caso, por ejemplo, de los dividendos estadounidenses, conforme a lo previamente indicado).

Al respecto, resulta pertinente referirnos a las recomendaciones formuladas por la OECD con relaci3n al dise~o de las normas de compa~as controladas extranjeras ("*controlled foreign Company o CFC*"). Al respecto, el Capítulo 7 del Reporte emitido por la OECD indica expresamente que dichos r3gimenes no deben conducir a supuestos de doble tributaci3n⁹.

En efecto, debemos recordar que el objetivo del r3gimen de TFI es prevenir el diferimiento del pago del IR sobre rentas de fuente extranjera obtenidas a trav3s de ECND, para lo cual determinados elementos de renta se califican como "transparentes" para efectos tributarios. El objetivo del r3gimen de TFI no es el de imponer un sobregravamen sobre algunos elementos de renta, siendo esta, a nuestro parecer, la raz3n por la cual la OECD recomienda dentro del dise~o de los r3gimenes CFC que la normativa aplicable no determine una doble tributaci3n sobre las rentas generadas a trav3s de veh́culos extranjeros.

Este objetivo, sin embargo, se ve tergiversado por la f3rmula legislativa adoptada en la legislaci3n peruana, en la cual, la calificaci3n de "no atribuibles" aplicable a determinados elementos de renta determina, como es el caso de las rentas de fuente peruana y de las rentas de fuente extranjera sujetas a retenci3n significativa en la fuente, las cuales, al no calificar como atribuibles, tributan cuando son obtenidas por la ECND y, posteriormente, tributan nuevamente cuando son materia de distribuci3n en favor del inversionista domiciliado.

Otra situaci3n que genera distorsiones es el caso de las rentas de capital no calificadas expresamente como pasivas, lo que puede originar una recategorizaci3n de las mismas y un gravamen superior al que normalmente les correspondería. Este es el caso, por ejemplo, de las ganancias procedentes de derivados financieros, que terminan sujetándose a imposici3n con la tasa de hasta 30%, pese a que lo natural es que tales rentas se graven con la tasa de 5%, de acuerdo con el r3gimen previsto por la LIR para las rentas de segunda categoría.

Desde nuestra perspectiva, el tratamiento antes expuesto no resulta consistente con los objetivos inherentes al r3gimen CFC pues generan graves distorsiones, como es el caso de supuestos de doble imposici3n o de sobreimposici3n. Sugerimos, por ende, que este tratamiento sea revisado legislativamente, introduciéndose modificaciones para lograr una imposici3n m3s consistente con los objetivos del r3gimen de TFI. Una manera de cumplir con ese objetivo sería, por ejemplo, categorizando como transparentes la totalidad de rentas pasivas obtenidas a trav3s de ECND. Aś, por ejemplo, las rentas pasivas sujetas a retenci3n significativa en la fuente se atribuirían

⁹ OECD (2015), Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report, p. 65.

a los inversionistas peruanos, siendo deducible como crédito la retención en la fuente asociada. Tratándose de rentas de fuente peruana, lo recomendable sería plantear también su atribución, manteniendo las tasas impositivas aplicables a los sujetos a quienes tales rentas se atribuyan y, de ser el caso, aplicando como crédito las retenciones efectuadas por el pagador domiciliado. Similar solución de atribución y transparencia podría darse a las rentas del capital actualmente no categorizadas como pasivas por el régimen de TFI, a efectos de mantener las tasas que resultarían aplicables sobre tales ganancias si fueran obtenidas directamente por contribuyentes domiciliados en el país.

El caso de las rentas pasivas de fuente extranjera con beneficios tributarios

Otro aspecto relevante al que estimamos pertinente referirnos es el caso de las rentas extranjeras calificadas como pasivas por la LIR, pero que se encuentran sujetas a regímenes preferenciales que establecen un desgravamen sobre las mismas en Perú.

En materia de mercado de capitales, quizás los casos más relevantes en la actualidad sean los siguientes:

- i) Los intereses, dividendos y ganancias de capital generados por inversiones en papeles emitidos por entidades constituidas en Colombia. En estos casos, en virtud de las disposiciones de la Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), tales elementos de rentas serán gravables exclusivamente en Colombia, debiendo considerarse como rentas exoneradas en Perú.
- ii) Las ganancias de capital procedentes de la enajenación de valores con presencia bursátil a través de la rueda de negociación de la BVL, las cuales se encuentran exoneradas del IR en aplicación de las disposiciones de la Ley 30341.
- iii) Ganancias de capital de fuente extranjera sujetas a la tasa preferencial de 6.25%, en virtud del régimen del Mercado Integrado Latinoamericano (MILA).

Nótese que en todos los casos nos encontramos frente a conceptos calificados como “rentas pasivas” por la LIR. En efecto, tanto los intereses, los dividendos, como las ganancias de capital se encuentran dentro de los alcances del concepto de “rentas pasivas” a que se refiere el Artículo 114 de la LIR. Asimismo, al encontrarnos frente a elementos de renta de fuente extranjera, en principio, no sujetos a tributación significativa en la fuente, no resultarían aplicables las exclusiones a que se refiere el Artículo 115 de la LIR. Dicho de otro modo, las rentas pasivas de fuente extranjera que se encuentren sujetas a beneficios tributarios continuarían calificando como rentas atribuibles para efectos del régimen de TFI.

El cuestionamiento que corresponde realizar es, sin embargo, si la atribución de rentas a que se refiere el régimen de TFI supone el reconocimiento de un dividendo anticipado –esto es, una distribución de dividendos ficta por parte de la ECND en favor del inversionista domiciliado– o si, por el contrario, el régimen de TFI supone un reconocimiento directo de las rentas obtenidas por la ECND directamente en cabeza del inversionista local.

La diferencia es sumamente relevante. Si el régimen de TFI supone la atribución y reconocimiento de un dividendo adelantado (“*deemed dividend approach*”), resultará irrelevante el origen de las rentas pasivas atribuibles obtenidas por la ECND, debiendo reconocerse el íntegro de las rentas atribuibles como renta gravada de fuente extranjera, sin importar que pudiera existir algún beneficio tributario aplicable respecto de las rentas que hubieran dado origen a la atribución. Nótese que en este

escenario las rentas de fuente extranjera obtenidas por la ECND se entenderían realizadas a título propio para todo efecto, respetándose su personería jurídica; en este sentido, el efecto jurídico de la aplicación del régimen sería el reconocimiento de un dividendo ficto originado en las rentas procedentes de las inversiones realizadas por la ECND¹⁰.

Por el contrario, si la aplicación del régimen de TFI supone la atribución de las rentas obtenidas por la ECND directamente en cabeza del inversionista domiciliado (*"flow through approach"*). En este último caso, la personería jurídica de la compañía extranjera, tenedora formal de las inversiones, es desestimada, considerándose como una entidad transparente (*"disregarded entity"*)¹¹. En línea con ello, de resultar aplicable este último enfoque, las rentas obtenidas por la ECND se entenderían atribuidas de manera directa a los inversionistas domiciliados, encontrándose sujetos a gravamen en Perú en las mismas condiciones que hubieran resultado aplicables si el inversionista hubiera obtenido tales rentas directamente, en cabeza propia. Nótese que ello supone una atribución de rentas con la diferenciación propia del origen de cada elemento, distinguiendo entre rentas de fuente extranjera ordinarias, rentas de fuente extranjera sujetas a tasas preferenciales, y rentas de fuente extranjera sujetas a desgravámenes.

Sin ánimo de ser exhaustivos, en Perú, en materia de mercado de capitales, podemos agrupar las rentas de fuente extranjera pasivas de la siguiente manera:

- Dividendos, intereses y ganancias de capital de fuente extranjera ordinarias, sujetas a tributación con las tasas progresivo acumulativas de hasta 30%.
- Ganancias de capital de fuente extranjera sujetas a la tasa preferencial de 6.25%, en virtud del régimen del Mercado Integrado Latinoamericano (MILA).
- Rentas de fuente extranjera sujetas a desgravamen, dentro de las cuales encontramos, como indicamos previamente: i) intereses, dividendos y ganancias de capital exoneradas en virtud de la Decisión 578 de la CAN; y, ii) ganancias de capital de fuente extranjera procedentes de la enajenación de valores con presencia bursátil en la rueda de negociación de la BVL, exoneradas en aplicación de la Ley 30341 y normas modificatorias.

Ahora bien, de la revisión de los dispositivos que regulan el régimen de TFI, se observan diferentes reglas, algunas de las cuales parecerían ser consistentes con un régimen basado en una distribución ficta de dividendos, y otras consistentes con un régimen de transparencia y atribución de rentas. Este es el caso, por ejemplo, de las reglas de imputación de ingresos y gastos basados en el criterio del devengo (a diferencia del criterio del percibido aplicable por regla general a rentas de fuente extranjera), aplicación de un único tipo de cambio sobre las rentas netas pasivas atribuibles (a diferencia de tipos de cambio diferenciados basados en la fecha de percepción de las rentas en moneda extranjera), la compensación entre rentas y pérdidas de fuente extranjera sin limitación (a diferencia de las restricciones establecidas por el Artículo 51 de la LIR para la compensación de pérdida compensaciones de pérdidas originadas en paraísos fiscales), entre otras disposiciones y reglas, algunas de las cuales serán abordadas en el punto III del presente trabajo.

¹⁰ LANG, Michael. CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law, Pág. 200.

¹¹ *Ibidem*.

Sin perjuicio de tales disposiciones, en nuestra opinión, para determinar el enfoque del régimen de TFI que debe primar para efectos del presente análisis, lo que debe analizarse es la consecuencia jurídica que resulta de la aplicación del régimen de TFI en la legislación peruana. Al respecto, como se ha indicado previamente, del análisis de las normas que regulan el régimen de TFI, observamos que el efecto jurídico de la aplicación de dicho régimen es la atribución de las rentas netas pasivas obtenidas por la ECND. En este punto, queremos remarcar que el Artículo 113 de la LIR, así como el Artículo 64 del Reglamento se refieren, en todo momento, a un régimen de atribución de las rentas pasivas obtenidas por la ECND, no mencionando en extremo alguno la cuantificación u obligación de reconocimiento de un dividendo ficto o adelantado.

Hasta este punto, resultaría razonable concluir que en tanto la legislación que regula el régimen de TFI hace referencia en todo momento a “atribución de rentas”, la consecuencia jurídica del régimen se aproxima más al enfoque de transparencia que al de dividendo ficto o adelantado. Sin embargo, es pertinente referirnos a un dispositivo adicional.

El texto original del Artículo 64 del Reglamento, incorporado por el Decreto Supremo N° 258-2012-EF contenía un procedimiento de atribución de rentas basado en la cuantificación de la renta neta pasiva atribuible, limitándose a establecer lineamientos para llegar a dicho concepto. El tenor original de este dispositivo no contenía mayor detalle sobre la forma en que la renta neta atribuible debía incorporarse a la determinación de impuestos del inversionista local. Lo lógico era, entonces, asumir que la renta neta atribuible determinada conforme a dicho artículo debía sumarse a la renta neta de fuente extranjera del inversionista domiciliado.

No obstante, mediante el Decreto Supremo N° 275-2013-EF, se incorporó el inciso c) al numeral 2 del citado Artículo 64 de la Ley. Dicho dispositivo se refiere al caso específico de rentas atribuidas a personas naturales, estableciendo un procedimiento para distinguir entre la renta atribuible que deberá sumarse a la renta del trabajo (sujeta a la tasa progresivo acumulativa de hasta 30%) y la renta atribuible que corresponde sumar sobre la renta de segunda categoría, esto es, la proporción de rentas extranjeras que corresponde a ganancia de capital sujetas al régimen preferencial del MILA (gravadas con la tasa de 6.25%).

En particular, el inciso c) del numeral 2 del Artículo 64 del Reglamento establece lo siguiente:

- c) *Tratándose de renta neta atribuible a personas naturales, sucesiones indivisas o sociedades conyugales que optaron por tributar como tales, domiciliadas en el país, que incluya renta proveniente de la enajenación de bienes de acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 51° de la Ley, la atribución se realizará de la siguiente manera:*
- i. *Se dividirá el importe del ingreso por rentas pasivas provenientes de la enajenación de bienes a que se refiere el segundo párrafo del artículo 51° de la Ley, entre el total de ingresos correspondientes a las rentas pasivas. El resultado se multiplicará por cien.*
 - ii. *La renta neta pasiva atribuible se multiplicará por el porcentaje determinado conforme al acápite anterior. El resultado constituirá la renta neta pasiva atribuible que deberá sumarse con la renta neta de la segunda categoría producida por la enajenación de los bienes a que se refiere el inciso a) del artículo 2° de la Ley.*

iii. La diferencia entre la renta neta pasiva atribuible y el resultado antes señalado, se sumará a la renta neta del trabajo.

Como se observa, la norma reglamentaria segmenta la renta atribuible solo en dos grupos: la que se suma a las rentas del trabajo y la que se suma a las rentas de segunda categoría. Por su parte, la exposición de motivos del Decreto Supremo N° 275-2013-EF explicó la problemática que dio origen a la disposición antes transcrita, en los términos siguientes:

“El Régimen de Transparencia Fiscal Internacional tiene por objetivo proteger el gravamen de fuente mundial; en ese sentido, los contribuyentes domiciliados en el país deben tributar por las rentas netas pasivas que les sean atribuibles, de la misma manera como tributarían por haberlas generado de manera directa.

Sin embargo, se advierte que el artículo 64° del Reglamento no ha previsto de manera expresa el procedimiento para distinguir, dentro de las rentas pasivas atribuibles, aquellas que habiendo sido atribuidas a una persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó por tributar como tal, corresponden ser sumadas a las rentas de la segunda categoría proveniente de la enajenación de bienes a que se refiere el inciso a) del artículo 2° de la Ley, de aquellas que deben ser sumadas a la renta neta del trabajo”.¹²

Como se observa, la Exposición de Motivos antes citada es clara al mencionar que el propósito del régimen de TFI busca cautelar el gravamen en Perú, buscando que el gravamen sobre las rentas netas pasivas atribuibles se efectúe en los mismos términos que hubieran sido aplicables si el inversionista hubiera generado las rentas atribuidas en cabeza propia o de manera directa.

Pese a ello, el Reglamento no recoge adecuadamente esa idea. Si lo que se quería era realmente procurar una tributación en los mismos términos que los aplicables si el inversionista domiciliado hubiera generado las rentas atribuibles en cabeza propia, el régimen de atribución que debió aprobarse debía seguir lineamientos de transparencia y atribución de rentas más claros, tomando como referencia, por ejemplo, los procedimientos de atribución de rentas previstos para los fideicomisos y fondos de inversión. En efecto, haciendo un símil, el Artículo 29-A de la LIR y el Artículo 18-A del Reglamento son claros al mencionar que la atribución de rentas debe efectuarse conforme a la naturaleza gravada o no gravada de las rentas materia de atribución, las cuales mantienen además su naturaleza de rentas fuente local o extranjera. Las normas que regulan el régimen de TFI, en cambio, no tienen disposiciones equivalentes, pese a que resulta claro que el propósito del régimen es procurar una tributación sobre las rentas materia de atribución en términos equivalentes a los aplicables en cabeza del inversionista a los que se atribuyen tales rentas, tal como reconoce la Exposición de Motivos en el fragmento previamente transcrito.

En este contexto, es pertinente realizar las siguientes reflexiones:

- La aplicación del régimen, como idea y regla general, supone un gravamen sobre las rentas atribuidas a los inversionistas locales en los mismos términos que resultarían aplicables si tales rentas fueran obtenidas en cabeza propia, de

¹² Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 385-2013-EF, Pág. 17.

manera directa. Ello resulta de la modificación incorporada al Reglamento por el Decreto Supremo N° 275-2013-EF –en virtud de la cual parte de la renta neta se atribuye a la renta neta de segunda categoría, en caso se hayan obtenido ganancias de capital sujetas al régimen MILA–, y es respaldado de forma expresa por la Exposición de Motivos de dicho dispositivo.

- En nuestra opinión, pese a que existen diversos dispositivos en la LIR y su Reglamento que son consistentes con un enfoque del TFI basado en el *"deemed dividend approach"*, resulta legalmente cuestionable concluir que ese es el modelo efectivamente adoptado por la legislación peruana.

Los modelos basados en el *"deemed dividend approach"*, parten de considerar que la entidad extranjera controlada efectúa una distribución ficta de dividendos. En la legislación peruana, el concepto de rentas se encuentra definido en el Capítulo 1 de la LIR, que comprende sus Artículos 1 al 5-A.

En particular, el inciso d) del Artículo 1 de la LIR señala que el Impuesto gravada las rentas imputadas (también denominadas rentas fictas) establecidas por la propia Ley. De este modo, si bien se admite el reconocimiento de rentas fictas, se establece que es la propia LIR la que debe establecerlas.

Siendo ello así, para que el régimen de TFI pueda conceptualizarse como uno basado en la distribución ficta de un dividendo, sería necesario que la propia LIR defina dicha categoría de manera expresa como un supuesto de renta imputada. Sin embargo, el TFI no contiene ninguna disposición que cree el supuesto de renta imputada por concepto de dividendos anticipados distribuidos de forma ficta por una ECND. Tal como está diseñado, en nuestra opinión, el régimen de TFI tiene como consecuencia jurídica la atribución de rentas generadas al nivel de la ECND, pero no es un régimen que suponga la creación de un nuevo elemento de renta, como sería el caso de un dividendo ficto.

La construcción anterior reviste importancia sustantiva. A nuestro modo de ver, el régimen de TFI basado en un *"flow-through approach"*, resulta legalmente viable porque supone la atribución de rentas reales, comprendidas en el ámbito de aplicación del IR, sólo que generadas a través de un vehículo controlado que se ha denominado ECND. Lo relevante, en nuestra opinión, es que bajo este enfoque el régimen no crea rentas; sólo toma rentas existentes y exige su reconocimiento en cabeza del inversionista domiciliado.

En cambio, un eventual sistema basado en el *"deemed dividend approach"* presupone la creación de un nuevo elemento de renta: un dividendo ficto o imputado, que se presume distribuido de forma anticipada por la ECND. Nótese que en este enfoque resulta irrelevante el origen de la renta, pues lo que se atribuye es un dividendo presunto de la ECND, lo que presupone una recalificación de la renta obtenida por dicho vehículo y que es la razón sustancial para concluir que los eventuales beneficios que hubieran resultado aplicables a las rentas extranjeras atribuidas, no se hacen extensivas al dividendo cuyo reconocimiento se anticipa en virtud al régimen de TFI. En el sistema legal peruano, para que un eventual enfoque del régimen de TFI en estos términos sea válido, resulta imprescindible que se defina expresamente los dividendos fictos distribuidos por la ECND como un supuesto especial de renta imputada.

Sin embargo, las normas que regulan el régimen de TFI en ningún extremo crean una categoría que suponga un dividendo ficto en estos términos. Nótese,

entonces, que si se llegase a concluir que el régimen de TFI peruano supone el reconocimiento de un dividendo ficto, el régimen resultaría inaplicable. Ello en la medida que el régimen de TFI supondría la atribución de rentas bajo una categoría que, legalmente, no ha sido incluida en el ámbito de aplicación del IR.

- Considerando lo antes expuesto, en nuestra opinión, el régimen de TFI debe ser entendido como uno basado en la transparencia de las ECND, teniendo como consecuencia la atribución de las rentas calificadas como pasivas, no así el reconocimiento de un dividendo adelantado.

Basado en ello, y en la idea sustancial de que el inversionista domiciliado debe tributar por las rentas de la ECND de la misma manera que resultaría aplicable si las mismas fueran obtenidas directamente por él, en cabeza propia, considerando razonable concluir que las rentas de fuente extranjera sujetas a desgravámenes, como exoneraciones, deben mantener esa condición al momento de su reconocimiento por los inversionistas domiciliados. Ello, reiteramos, basado en que el régimen de TFI peruano debe entenderse como uno que anticipa el reconocimiento de las rentas generadas por la ECND, y no como uno que supone una recalificación de dichas rentas como un dividendo ficto anticipado.

Reconocemos, sin embargo, que el procedimiento previsto por el Artículo 64 del Reglamento de la LIR no tiene una metodología apropiada para calcular la proporción de renta neta pasiva atribuible que corresponde a rentas no gravadas, en caso éstas sean generadas por ECND junto con otras rentas pasivas gravadas (casos en los cuales al menos una parte de los gastos de la ECND no sería deducible, al no cumplir con el principio de causalidad). Sin perjuicio de ello, a nuestro modo de ver, pueden aplicarse procedimientos internos, por ejemplo prorratas vía papeles de trabajo, para cuantificar razonablemente tales rentas y gastos reparables, para de ese modo llegar a una asignación de rentas consistente con el propósito del régimen.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA RENTA NETA PASIVA ATRIBUIBLE Y TRATAMIENTO DE LAS PÉRDIDAS DE ECND

El procedimiento para determinar las rentas netas pasivas atribuibles se encuentra previsto por el Artículo 113 de la LIR y por el Artículo 64 de su Reglamento. Dicho procedimiento contiene reglas específicas para cuantificar la renta atribuible a los inversionistas-propietarios de ECND. En este apartado, queremos referirnos a algunos temas puntuales referidos a dichas reglas que estimamos son de particular importancia.

i) Criterio de imputación aplicable sobre rentas pasivas

Un primer aspecto a definir es si las rentas calificadas como pasivas, obtenidas por la ECND, deben computarse bajo el principio del percibido o del devengado.

Al respecto, el inciso a) del numeral 1 del Artículo 113 de la LIR indica que la renta neta pasiva atribuible se determinarán considerandos las rentas y gastos generados por la ECND durante el ejercicio gravable, para lo cual se deberá tomar en cuenta los criterios de imputación aplicables a las rentas de fuente extranjera, previstos en el Artículo 57 de la Ley.

De la lectura del Artículo 57 de la LIR, se tiene que las rentas de fuente extranjera podrán encontrarse sujetas a dos criterios de reconocimiento:

- Si las actividades son de naturaleza empresarial, es decir rentas activas o que resultan de la combinación de capital y del trabajo, el criterio de reconocimiento aplicable será el devengado.
- Si las rentas de fuente extranjera son de naturaleza pasiva, es decir si tienen su origen en la colocación de capitales sin requerir la realización de trabajo complementario alguno, el criterio de reconocimiento aplicable será el percibido.

Conforme a ello, las rentas generadas, por ejemplo, por un portafolio de inversión, al constituir rentas de capital originadas en la adquisición, tenencia y disposición de valores, son de naturaleza claramente pasiva. En consecuencia, el criterio de reconocimiento aplicable en este tipo de situaciones debería ser el percibido. En esta misma línea, considerando que el propósito del régimen es efectuar la atribución de rentas pasivas de fuente extranjera obtenidas a través de ECND, el criterio de imputación que debería resultar aplicable es el percibido.

En atención a ello, una lectura conjunta de ambas normas llevaría a concluir que la remisión efectuada por el numeral 1 del Artículo 113 de la LIR al Artículo 57 es meramente referencial, pues en tanto el régimen de TFI está diseñado para efectuar la atribución de rentas pasivas, lo razonable sería concluir que el criterio de reconocimiento aplicable debería ser siempre el percibido.

Sin embargo, el Reglamento, de acuerdo con el inciso a) del numeral 1 de su Artículo 64, el criterio para determinar la renta neta pasiva atribuible, *“Se considerarán los ingresos y gastos devengados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del ejercicio gravable”*.

De este modo, se presenta un desfase entre el criterio de imputación que resultaría aplicable, por regla general, para el reconocimiento de rentas pasivas de fuente extranjera, y el criterio de imputación que el Reglamento toma para la determinación de la renta neta pasiva atribuible para efectos del régimen de TFI.

En nuestra opinión, resulta cuestionable que el Reglamento haya tomado como referencia el devengo como criterio de imputación para calcular la renta neta pasiva atribuible en el marco del régimen de TFI. En efecto, según la ya citada Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 385-2013-EF, el régimen busca gravar a los contribuyentes domiciliados en las mismas condiciones aplicables en caso las rentas atribuibles hubieran sido obtenidas directamente por ellos; asimismo, en nuestra opinión, ello resulta compatible con la fórmula legal adoptada por el Artículo 113 de la LIR, el cual establece, como consecuencia jurídica de la aplicación del régimen, la “atribución” de rentas netas pasivas. En ambos casos, nos encontramos frente a elementos consistentes con un régimen de transparencia basado en el *“flow-through approach”*, bajo el cual, el criterio de imputación de rentas aplicable debería ser el percibido, pues sería ese el criterio de reconocimiento que debiera observarse si las inversiones mantenidas a través de la ECND se encontraran en titularidad directa del inversionista domiciliado.

En contraste, la opción reglamentaria de tomar el devengo para efectos del régimen de TFI, resulta consistente con un régimen basado en el *“deemed dividend approach”*, en el cual se presume una distribución ficta de dividendos basada en la utilidad obtenida por la ECND. En este escenario, resulta razonable tomar como referencia las

rentas devengadas al interior de la ECND, pues sería la utilidad contable devengada al cierre del ejercicio la que daría lugar al dividendo por distribuir en cada periodo.

Desde nuestra perspectiva, este aspecto constituye una inconsistencia entre la forma de cálculo de la renta neta pasiva atribuible, definida normativamente por el Reglamento, y el propósito sustancial del régimen que debería ser lograr una tributación de las rentas atribuidas en los mismos términos que los aplicables en caso el inversionista hubiera obtenido las rentas materia de atribución directamente. En nuestra opinión, este aspecto debería ser revisado legislativamente, sea para aclarar que el criterio de imputación que debe prevalecer es el percibido o, en su caso, realizar las modificaciones pertinentes para migrar con claridad a un sistema de transparencia basado en el reconocimiento de un dividendo ficto.

De otro lado, no podemos dejar de mencionar que, inclusive, la legalidad de la disposición reglamentaria antes citada podría resultar cuestionable. Nótese que el Artículo 113 de la LIR hace referencia a la atribución de “rentas netas pasivas”, remitiéndose a su Artículo 57 para definir el criterio de imputación aplicable. En estricto, tomando en consideración ambas disposiciones legales, el criterio de imputación aplicable es el del percibido, al encontrarnos siempre antes rentas pasivas. El hecho que el Reglamento haya recurrido a un criterio de imputación no consistente con la dinámica anterior –que resulta de la estricta aplicación de normas con rango legal– podría constituir, en nuestra opinión, una infracción al principio de legalidad.

ii) Determinación de la renta neta pasiva atribuible

Rentas, gastos y pérdidas computables

En este apartado queremos detenernos a realizar algunas reflexiones con relación a la deducción de gastos y pérdidas para el cálculo de la renta atribuible en aplicación del régimen de TFI. Las consideraciones sobre las rentas computables han sido abordadas, en su mayoría, en la primera parte del presente trabajo.

Deducción de gastos

En lo que respecta a los gastos, el Artículo 113 de la LIR menciona de manera expresa que éstos se deben deducir para determinar la renta atribuible. A mayor detalle, se establece que para estos efectos resultará aplicable el Artículo 51-A de la LIR. Por su parte, el Artículo 64 del Reglamento reitera este tratamiento, estableciendo un procedimiento de prorrateo tratándose de gastos comunes, que incidan tanto en rentas atribuibles como no atribuibles.

Ahora bien, en lo que respecta a la aplicación del Artículo 51-A de la LIR, resulta pertinente, en primer lugar, mencionar que dicho dispositivo condiciona la deducción de gastos al cumplimiento del principio de causalidad, esto es, sólo considera como conceptos deducibles aquellos necesarios para producir renta y mantener su fuente.

El segundo párrafo de dicho dispositivo se refiere al procedimiento de prorrateo aplicable a gastos comunes a renta de fuente extranjera y peruana. Sin embargo, entendemos que este procedimiento no resulta aplicable en materia del régimen de TFI pues, en lugar de éste, se aplica el procedimiento especial de prorrateo regulado por el Artículo 64 del Reglamento.

Por último, el tercer y cuarto párrafo del Artículo 51-A de la LIR regula el soporte documentario requerido para el sustento del gasto. Entendemos que en tanto existe

una remisi3n expresa de las normas de TFI al dispositivo antes citado, los requerimientos documentarios antes mencionados resultan igualmente aplicables, toda vez que ni el Art́culo 113 de la LIR ni el Art́culo 64 de Reglamento contienen regulaciones especiales sobre este tema. N3tese que una disposici3n de este tipo resulta consistente con el “flow-through approach”, toda vez que la deducci3n de gastos para determinar la renta neta pasiva atribuible requiere las mismas condiciones que hubieran resultado aplicables si el inversionista hubiera incurrido en tales erogaciones directamente.

Desde nuestra perspectiva, el tratamiento antes expuesto resulta razonable.

Compensaci3n de p3rdidas

Un tema que despierta diversas interrogantes es la deducci3n y compensaci3n de p3rdidas en el marco del r3gimen de TFI. Al respecto, existen dos normas de particular relevancia sobre este tema:

- El inciso c) del numeral 1 del Art́culo 64 Reglamento, el cual establece que para la determinaci3n de la renta neta pasiva atribuible se compensar3n los ingresos, ganancias, gastos y p3rdidas de los distintos tipo de rentas a que se refiere el Art́culo 114.
- El numeral 2 del Art́culo 113 de la LIR que, en su segundo p3rrafo, establece que las rentas netas pasivas se imputar3n al ejercicio en que se deba efectuar la atribuci3n y se les aplicar3 lo dispuesto en el Art́culo 51 de la LIR.

Por su parte, las principales reglas contenidas en el Art́culo 51 son: i) la compensaci3n de p3rdidas de fuente extranjera; ii) la restricci3n a la compensaci3n de p3rdidas extranjeras originadas en paraísos fiscales; y, iii) la restricci3n a la compensaci3n de p3rdidas netas de fuente extranjera con rentas de fuente peruana.

En este contexto, algunas de las principales interrogantes que se plantean son las siguientes:

- *Compensaci3n de p3rdidas procedentes de paraísos fiscales para determinar la renta neta pasiva atribuible de una ECND*

Desde nuestra perspectiva, la restricci3n prevista por el Art́culo 51 de la LIR para la compensaci3n de p3rdidas procedentes de paraísos fiscales no resulta aplicable para determina la renta neta pasiva procedente de una ECND.

En nuestra opini3n, tal como est3 redactada la normativa aplicable, deben distinguirse dos aspectos: i) la determinaci3n de la renta neta pasiva atribuible de cada ECND; y, ii) el tratamiento de la renta neta pasiva atribuible en cabeza del inversionista domiciliado, luego de que 3sta haya sido determinada.

En lo que respecta al primer punto, esto es a la determinaci3n de la renta neta pasiva atribuible de una ECND, a nuestro modo de ver, la norma que regula con mayor claridad este aspecto es el numeral 1 del Art́culo 64 del Reglamento. En particular, n3tese que el inciso c) de dicho dispositivo seala que para estos efectos deber3n compensarse los ingresos, ganancias, gastos y p3rdidas a que se refiere el Art́culo 114 de la LIR, es decir, los elementos de renta categorizados como pasivos. No se condiciona la compensaci3n antes mencionada a ning3n

requerimiento; nótese, en particular, que este dispositivo no contiene una remisión a las reglas de compensación de pérdidas a que se refiere el Artículo 51 de la LIR. En este sentido, en estricto, de acuerdo con el Artículo 64 del Reglamento, no existe restricción alguna para la compensación de pérdidas obtenidas a través de ECND, incluso si éstas provienen de operaciones que guarden alguna conexión con paraísos fiscales.

De otro lado, el segundo párrafo del numeral 2 del Artículo 113 de la LIR señala, textualmente, lo siguiente:

“(…) Las rentas netas pasivas se imputarán al ejercicio gravable en que se debe efectuar la atribución y se les aplicará lo dispuesto por el artículo 51° de esta Ley”

Nótese que la norma antes citada no contiene una regla de determinación de renta atribuible, sino una regla de imputación y tratamiento de la renta neta pasiva ya determinada. Dicho de otro lado, en nuestra opinión, la norma antes transcrita resulta aplicable sobre las rentas netas pasivas ya atribuidas por una ECND a un inversionista domiciliado, esto es, en un momento posterior al cálculo mismo de la renta neta pasiva atribuible procedente de dicho vehículo.

Así, en aplicación de dicha norma, la renta neta pasiva atribuida a un inversionista domiciliado no podría compensarse con pérdidas procedentes de países o territorios calificados como paraísos fiscales. Sin embargo, la remisión al Artículo 51 no determina la imposibilidad de compensar pérdidas para determinar la renta neta pasiva de la ECND, pues su aplicación ha sido prevista para un momento posterior a esa oportunidad, cuando la renta neta ya ha sido determinada y atribuida.

– *Posibilidad de compensar ganancias y pérdidas entre diferentes ECND*

Un segundo tema a definir es qué ocurre tratándose de inversionistas domiciliados que cuenten con más de una ECND, siendo que algunas determinen renta neta atribuible y otras generen pérdidas netas procedentes de inversiones que generen resultados pasivos. Interrogante en este punto es si resulta viable compensar dichos resultados entre sí.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el Artículo 64 del Reglamento señala expresamente que para determinar la renta neta pasiva atribuible deberá considerarse cada ECND de forma independiente. Esto último es, además, corroborado por la exposición de Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 258-2012-EF, la cual señala lo siguiente:

“Señalar el procedimiento para determinar la renta neta pasiva atribuible. Cabe precisar que a tales efectos se considera a la entidad controlada no domiciliada de manera individual por las rentas pasivas que haya generado, las cuales son atribuidas al contribuyente domiciliado, lo cual es acorde con lo dispuesto por la Ley”.¹³

Es decir, de acuerdo con la norma reglamentaria, debidamente soportada por su Exposición de Motivos, la cuantificación de la renta neta pasiva atribuible se

¹³ Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 258-2012-EF.

realiza respecto de cada ECND, individualmente considerada. En consecuencia, la determinación de los resultados obtenidos a través de ECND debe realizarse tomando en consideración las rentas obtenidas por cada uno de dichos vehículos de manera independiente.

Ahora bien, de acuerdo con el segundo párrafo del inciso c) del numeral 1 del Artículo 64 del Reglamento, al regular el cálculo de la renta neta pasiva, señala que "Si luego de la referida compensación [entre ingresos, ganancias, gastos y pérdidas asociados a rentas pasivas] el resultado fuese negativo, no se efectuará atribución alguna".

Es decir, de acuerdo con la norma reglamentaria, si luego de computados los ingresos, ganancias, gastos y pérdidas procedentes de inversiones que generen rentas pasivas, se obtuviera una pérdida neta, el efecto es que no tendrá lugar la atribución de dicho resultado. Dicho de otro modo, la consecuencia jurídica de no determinar renta neta pasiva al nivel de la ECND, sino pérdida neta, es que el efecto jurídico del régimen de TFI no se verifica. En consecuencia, al no haber lugar a atribución, la pérdida así determinada permanece jurídicamente en cabeza de la ECND, no teniendo la condición de resultado atribuible.

Entonces, en aquellas situaciones en las que un inversionista domiciliado sea propietario de más de una ECND, y se determinara que alguno de dichos vehículos obtiene renta neta pasiva atribuible, mientras que otro vehículo obtiene pérdidas respecto de inversiones pasivas, la consecuencia jurídica del régimen de TFI será: considerar las rentas del primer vehículo como atribuibles, mientras que las pérdidas del segundo vehículo no se considerarán atribuibles. Por lo tanto, en la medida que las pérdidas no tienen la condición de resultados atribuibles, no sería jurídicamente posible efectuar una compensación entre tales ganancias y pérdidas. Ello es así pues para efectos legales, las pérdidas de la segunda ECND no se habrían atribuido al inversionista domiciliado, en estricta observancia de lo dispuesto por el Artículo 64 del Reglamento.

Es importante indicar, además, que el tratamiento anterior se encuentra en línea con las recomendaciones de la OECD con relación al adecuado diseño de normas CFC. En efecto, de acuerdo con las recomendaciones de la OECD para el cómputo de resultados en regímenes CFC, las jurisdicciones deben establecer reglas específicas que limite la compensación de pérdidas procedentes de vehículos controlados, de manera que tales pérdidas sólo sean compensables con rentas de la misma CFC o, en todo caso, con rentas procedentes de compañías controladas que se encuentren situadas en la misma jurisdicción¹⁴. En el caso peruano, comoquiera que el régimen ha establecido que las pérdidas obtenidas por ECND no constituyen resultados atribuibles, no resultaría jurídicamente viable compensar dichas pérdidas con las rentas netas pasivas atribuibles procedentes de otras ECND, incluso tratándose de rentas procedentes de ECND situadas en la misma jurisdicción.

- Destino de las pérdidas netas por rentas pasivas obtenidas por ECND

Como se ha indicado en el acápite precedente, las pérdidas obtenidas por ECND en conexión con elementos de renta calificados como pasivos, no constituyen resultados atribuibles a sus propietarios domiciliados. Una consecuencia de ello es

¹⁴ OECD, Loc. Cit., Pág. 57.

que las ṕrdidas obtenidas por una ECND no son compensables con rentas netas pasivas procedentes de otras ECND. Cabe cuestionarse, entonces, cual es el destino de dichas ṕrdidas.

Una primera alternativa es considerar las ṕrdidas como escudo contra rentas ordinarias de fuente extranjera obtenidas por el inversionista domiciliado en el mismo ejercicio. No obstante, en nuestra opini3n, esta opci3n debe ser descartada de plano pues para que dicha compensaci3n sea viable, se requeriría que las ṕrdidas obtenidas por la ECND se reconozcan en cabeza del inversionista domiciliado. En la medida que, tal como se ha indicado anteriormente, dichas ṕrdidas no tienen la condici3n de atribuibles, su compensaci3n con otras rentas de fuente extranjera obtenidas directamente por el inversionista no sería legalmente viable.

Una segunda alternativa es considerar que las ṕrdidas derivadas de rentas pasivas obtenidas por una ECND en un determinado ejercicio son arrastrables y puede compensarse contra rentas pasivas obtenidas en ejercicios siguientes. Sin embargo, en nuestra opini3n dicha alternativa debe quedar descartada, toda vez que el procedimiento de determinaci3n de renta netas pasiva ha sido específicamente regulado por el ŕgimen de TFI; así, al no haberse previsto esa posibilidad, la compensaci3n no resultaría viable. Además, cabe recordar que el ŕgimen general aplicable a las ṕrdidas de fuente extranjera impide el arrastre de ṕrdidas a ejercicios posteriores. En consecuencia, y siempre bajo la premisa que nos encontramos frente a un sistema de transparencia basado, jurídicamente, en un “flow-through approach”, no existiría sustento para dispensar a las ṕrdidas generadas por la ECND un tratamiento distinto y más favorable que a las ṕrdidas de fuente extranjera obtenidas por el inversionista domiciliado en cabeza propia.

Una tercera alternativa, a nuestro parecer correcta, es considerar que en la medida que no existen resultados atribuibles por parte de la ECND, en dicho periodo tributario, la totalidad de los resultados de la ECND se deben considerar no atribuibles, compensándose entre sí, bajo las disposiciones aplicables en el Estado de Residencia de dicho veh́culo. En efecto, nótese que en estos casos, al no producirse atribuci3n alguna –por aplicaci3n del propio ŕgimen de TFI– nos encontraríamos frente a un veh́culo íntegramente opaco. Por lo tanto, las ṕrdidas generadas en conexi3n con inversiones pasivas, se deberán compensar y acumular entre sí con los resultados (ganancias o ṕrdidas) generados por las inversiones que dieran lugar a resultados no atribuibles. El c3mputo de tales resultados, determinados conforme a la legislaci3n dom3stica de la ECND, dará lugar a los resultados netos sobre los cuales se cuantifiquen las utilidades susceptibles de ser distribuidas como dividendos por la ECND, siempre bajo la normativa contable, societaria y/o eventualmente tributaria del Estado de dicho veh́culo.

- Compensaci3n de ṕrdidas procedentes de actividades distintas a las que originaron las rentas pasivas

Un tema bastante particular, adicional a los antes expuestos, es la posibilidad de compensar la renta neta pasiva resultante de computar ingresos, ganancias, gastos y ṕrdidas procedentes de inversiones pasivas, con ṕrdidas generadas por la ECND en actividades distintas a dicho tipo de inversiones, las cuales son, por regla general, no atribuibles.

En efecto, esta posibilidad se encuentra contemplada expresamente en el segundo

párrafo del inciso c) del numeral 1 del Artículo 64 del Reglamento, cuyo tenor es el siguiente:

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 entidad controlada no domiciliada 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, éste constituirá la renta neta pasiva atribuible.

Como se observar, el procedimiento reglamentario autoriza expresamente la compensación de rentas pasivas con pérdidas generadas por “actividades” distintas a las que originaron las referidas rentas pasivas. Dada la amplitud del término “actividades”, lo razonable, a nuestro parecer, es considerar que se encuentra comprendidas en dicha categoría las pérdidas generadas por actividades asociadas a conceptos no atribuibles en general. Nótese que quedarían comprendidos dentro de estos alcances tanto pérdidas de procedentes de inversiones peruanas, inversiones extranjeras sujetas a tributación significativa en la fuente como, en general, inversiones no categorizadas como pasivas por el Artículo 114 de la LIR.

Ahora bien, en casos en los que las referidas pérdidas procedentes de actividades no pasivas sean materia de compensación con rentas pasivas obtenidas por ECND, al haber tenido incidencia en la determinación de las rentas reconocidas localmente, éstas ya no serán computables para determinar los resultados contables de la ECND en lo que respecta a las utilidades pendientes de distribuir vía dividendos, respecto del segmento no transparente.

Otro punto a considerar es que la norma reglamentaria materia de análisis hace referencia a la compensación de “pérdidas”, no de “pérdidas netas”. La literalidad de la norma podría dar lugar a entender que en una situación en la cual existan pérdidas y ganancias no atribuibles, pero que resulten en una renta neta no atribuible, el reglamento autoriza a detraer, cedularmente, sólo las pérdidas, manteniendo las ganancias como renta no atribuible, acumulable, en la ECND. Pese a que dicha interpretación podría formularse en base a la estricta literalidad de la norma reglamentaria, en nuestra opinión, considerando que el Reglamento se refiere a pérdidas procedentes de “actividades generadoras de rentas distintas a las que originaron rentas pasivas”, lo razonable es concluir que la pérdida pasible de compensación es aquella que resulte de computar la totalidad de actividades generadoras de conceptos no atribuibles de la ECND, debiendo compensarse, por ende, sólo la pérdida neta correspondiente a dicho segmento de inversiones. Nótese, además que la LIR no se refiere a pérdidas provenientes de “operaciones” en conexión con rentas no atribuibles, sino a pérdidas generadas por “actividades distintas de las que dieron lugar a rentas pasivas”, lo que en estricto supone una pérdida total asociada al segmento de inversiones no atribuibles de la ECND, y no a pérdidas generadas en operaciones específicas individualmente consideradas.

Bajo dicha premisa, puede presentarse una diversidad de situaciones en las que una ECND obtenga resultados positivos o negativos por el segmento de inversiones atribuibles y, a su vez, resultados positivos o negativos por el segmento de inversiones no atribuibles. Los efectos en cada caso pueden ser diversos. A manera de reseña, en siguiente cuadro muestra las posibilidades que hemos identificado:

Segmento atribuible	Segmento no atribuible	Tratamiento aplicable
Renta neta	Renta neta	La renta atribuible tributa de forma inmediata, por aplicación del régimen de TFI. La renta no atribuible se acumula en cabeza de la ECND, difiriéndose su tributación hasta que se distribuya como dividendo, bajo las reglas domésticas de la ECND.
Renta neta	Pérdida neta	La renta neta atribuible se compensa, total o parcialmente, con la pérdida neta procedente del segmento no atribuible (Art. 64 del Reglamento). Si luego de la compensación quedara un saldo de renta atribuible, se imputa al inversionista local y tributa del forma inmediata, en aplicación del régimen de TFI. Por el contrario, si la pérdida del segmento no atribuible compensa íntegramente las rentas del segmento atribuible, no se efectúa reconocimiento de rentas alguno en cabeza del inversionista domiciliado. Asimismo, de existir un saldo de pérdidas del segmento no atribuible luego de la compensación, éste se acumulará en cabeza de la ECND.
Pérdida neta	Renta neta	Al determinarse pérdida neta por el segmento atribuible, no se produce atribución efectiva, conforme al Artículo 64 del Reglamento. La pérdida neta así determinada, junto con la renta del segmento no atribuible, se compensan entre sí y se acumulan en la ECND.
Pérdida neta	Pérdida neta	La pérdida total no resulta atribuible. Tales pérdidas se suman y acumulan en la ECND, pasando a formar parte de los resultados que en el futuro podrían dar lugar a utilidades distribuibles.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. El régimen de TFI distingue entre dos grupos de rentas: aquellas que son materia de atribución y las que no constituyen renta atribuible.
2. Las rentas atribuibles se imputan a los inversionistas domiciliados que se considerando propietarios de la ECND, tributando en el ejercicio en que son obtenidas por dicho vehículo, como rentas de fuente extranjera.

Por el contrario, las rentas consideradas no atribuibles se acumulan en cabeza de las ECND que las obtienen, computándose como utilidades de dichos vehículos susceptibles de ser posteriormente distribuidos como dividendos, de acuerdo con las normas contables, societarios y, de ser el caso, tributarias, aplicables en el

Estado en que se encuentre constituida o situada la ECND.

3. El segmento de rentas consideradas no atribuibles comprende tanto aquellas rentas no calificadas expresamente como pasivas por el Artículo 114 de la LIR, así como las rentas categorizadas expresamente como no atribuibles por el Artículo 115 de la LIR. Los resultados positivos y negativos obtenidos por la ECND correspondientes a rentas no atribuibles se acumulan y se compensan entre sí, a efectos de terminar las utilidades distribuibles por dicho vehículo, que en su momento se considerarán dividendos de fuente extranjera.
4. La aplicación práctica del régimen de TFI puede generar distorsiones severas en el tratamiento aplicable a las rentas de fuente peruana y en el tratamiento de rentas de fuente extranjera sujetas a retención significativa en la fuente. En aplicación de las normas vigentes, dichas rentas se encuentran sujetas a tributación en dos oportunidades: cuando son recibidas por la ECND y, posteriormente, cuando son materia de distribución por parte de dicha entidad en favor del inversionista domiciliado. Asimismo, en estos casos el régimen de TFI no permite que los impuestos retenidos en la fuente a la ECND sean atribuidos como crédito deducible en cabeza de los inversionistas domiciliados.

Sugerimos incorporar a la LIR provisiones que atenúen o eliminen estas distorsiones; una medida que puede ser evaluada es incorporar los tipos de renta antes mencionados al régimen de atribución previsto por las normas de TFI.

5. La forma en que se han definido las “rentas pasivas” para efectos del régimen de TFI determina que ciertas rentas de capital se excluyan de la atribución. Este es el caso, por ejemplo, de las ganancias procedentes de derivados financieros. Este tratamiento deriva, en paralelo, en un gravamen sobre dichas rentas de forma diferida, como dividendo de fuente extranjera, con una tasa superior a la que resultaría aplicable si tales rentas se obtuvieran directamente en cabeza del inversionista domiciliado.

Sugerimos incorporar a la LIR provisiones que incluyan a las ganancias por derivados financieros en el concepto de “renta pasiva”, efectuándose una atribución sobre tales rentas y un gravamen con una tasa equivalente a la aplicable si dichas rentas fueran obtenidas directamente por inversionistas domiciliados.

6. Desde nuestra perspectiva, el régimen de TFI debe ser entendido como un régimen de “atribución” de rentas, consistente con el “*flow-through approach*”. En nuestra opinión, es dicho enfoque el que resulta de la consecuencia jurídica prevista por el Artículo 113 de la LIR.

Asimismo, si se considerara que el régimen de TFI tiene como consecuencia la imputación al inversionista domiciliado de un “dividendo ficto”, podría llegarse a la conclusión que el régimen es inaplicable, toda vez que al encontrarnos frente a un supuesto de renta ficta o imputada, ésta debería ser definida de forma clara y expresa por la LIR, a efectos de encontrarse comprendida en su ámbito de aplicación. Sin embargo, el régimen de TFI no contiene disposiciones que incluyan a los “dividendos fictos” atribuidos a contribuyentes locales como supuestos de rentas fictas o imputadas, por lo que considerar tales conceptos como nuevos elementos de “rentas fictas” resultaría legalmente cuestionable.

7. A nuestro modo de ver, las rentas netas pasivas atribuidas en virtud del régimen de TFI deberán sujetarse a imposición en los mismos términos que si hubieran

sido generadas por los contribuyentes domiciliados en cabeza propia. Ello supone que las rentas obtenidas por ECND deben atribuirse a sus propietarios domiciliados de la siguiente manera: i) la renta de fuente extranjera ordinaria deberá sumarse a la renta del trabajo y tributar con la tasa de hasta 30%; ii) las ganancias de capital sujetas al régimen MILA, deben sumarse a la renta neta de segunda categoría y tributar con 6.25%; iii) y las rentas extranjeras sujetas a desgravámenes no deberán encontrarse sujetas a tributaci3n.

8. Resulta cuestionable que el Reglamento haya adoptado el criterio del devengado para determinar la renta neta pasiva atribuible procedente de ECND. En nuestra opini3n, en tanto en régimen supone la atribuci3n de rentas pasivas, el criterio que debería resultar aplicable para tales efectos es el percibido.
9. Las reglas de determinaci3n de renta neta pasiva atribuible, en los términos previstos por el Artculo 113 de la LIR y el Artculo 64 de su Reglamento, permiten la compensaci3n de rentas y prdidas obtenidas por ECND sin mayor limitaci3n. No resultan aplicables, para estos efectos, las restricciones previstas por el Artculo 51 de la LIR respecto de la compensaci3n de prdidas de paraísos fiscales.
10. Para la determinaci3n de la renta neta pasiva atribuible, la LIR permite deducir prdidas obtenidas por ECND que correspondan a inversiones distintas a las que hayan dado lugar a las rentas pasivas materia de atribuci3n. En nuestra opini3n, ello supone la posibilidad de compensar las prdidas netas generadas por el segmento de resultados no atribuibles obtenido por la ECND, como es el caso de los resultados generados por inversiones no calificadas como pasivas, inversiones peruanas e inversiones sujetas a retenci3n significativa en la fuente. Ello puede resultar en una diversidad de situaciones.

Lima, mayo de 2018.

-----o-----