

LA ACCIÓN 3 DE BEPS, EN EL CONTEXTO DE COLOMBIA, PERÚ Y CHILE

CÉSAR TOLEDO CONCHA y MARCELO RAMÍREZ ADRIAZOLA
Abogados*

La Acción 3 de BEPS, en el contexto de Colombia, Perú y Chile

Las normas denominadas de «Controlled Foreign Corporation» o CFC Rules han implicado un impacto trascendental en la forma en que deben analizarse tributariamente las inversiones que generan rentas pasivas en el contexto latinoamericano, que atraen ingresos a las economías nacionales, cuya tributación se encontraba históricamente suspendida (o diferida).

El presente artículo tiene por objeto determinar la correspondencia de las normas internas de Perú, Colombia y Chile con las recomendaciones del Plan de Acción BEPS de la OCDE. En particular nos detendremos en el análisis de los elementos más relevantes de las CFC Rules, tal como la determinación de renta pasiva, los tipos de control, entre otros, manteniendo el enfoque del análisis específico en las tres jurisdicciones descritas.

Este antecedente será de utilidad para el asesor tributario cuyos clientes realizan operaciones en cualquiera de las legislaciones implicadas y de relevante cultura general para el resto del estudio.

Action 3 of BEPS in the context of Colombia, Perú and Chile

The rules called «Control Foreign Corporation» or CFC Rules have implied a transcendental impact on the way in which the investments that generate Passive Income should be analyzed from a tax point of view in the Latin American context, attracting income to the domestic economies, where historically the taxation had been suspended (or deferred).

The purpose of this article is to determine the correlation of the internal rules of Peru, Colombia and Chile, with the recommendations of the BEPS Action Plan of the OECD. In particular we will focus on the critical analysis of the most relevant elements of the CFC Rules, such as the determination of passive income, the types of control, among others, maintaining the specific analysis approach in the three jurisdictions described.

This precedent will be useful for the tax adviser whose clients perform operations in any of the jurisdictions involved and of relevant general culture for the rest of the Law Firm.

PALABRAS CLAVE

Renta pasiva, Entidades controladas, BEPS.

KEY WORDS

Passive Income, Controlled Entities, BEPS.

Fecha de recepción: 31-1-2017

Fecha de aceptación: 15-2-2017

1 • INTRODUCCIÓN

Desde comienzos del siglo xx los esfuerzos de la comunidad internacional estuvieron concentrados en el diseño e implementación de instrumentos y normas destinadas a la morigeración del fenómeno de la doble tributación internacional, entre ellos el modelo de Convenio para evitar la doble tributación internacional de la OCDE y también el de ONU, como el perfeccionamiento de tales modelos. Empero, las empresas multinacionales extranjeras («EME» en adelante) han aprovechado los vacíos e incoherencias generadas entre los sistemas, concretando el desarrollo de nuevos escenarios, como el de la doble no tributación y el problema de *Base Erosion and Profit Shifting*, lo que en nuestro idioma fue definido como *erosión de la base imponible* y *el traslado de beneficios* (en adelante «BEPS»). El problema de la evasión y la elusión fiscal centró la atención de la comunidad internacional en la década

de los setenta, principalmente a partir de la acción de la OCDE, se intensificó a finales de la década de los noventa, y hoy en día, con el Foro Global y el Proyecto BEPS de la OCDE, estos esfuerzos contra la evasión y la elusión fiscal finalmente se están concretando en las legislaciones de los diferentes sistemas jurídicos.

El problema al que hace frente BEPS es el de los esquemas de tributación internacional adoptados por las EME que pretendan aprovecharse de las diferencias e inconsistencias existentes entre los diversos sistemas tributarios nacionales, erosionando así las bases imponibles, es decir, reduciendo la base imponible en una jurisdicción mediante pagos deducibles, por ejemplo, o trasladando las utilidades generadas en una jurisdicción a países de baja o nula tributación. Hoy en día, el significado adoptado por la OCDE de países de baja o nula tributación se limita a aquellos no cooperantes desde el punto de vista de los intercambios de información entre naciones, si bien la diferentes jurisdicciones tienen sus propias definiciones y es posible que la OCDE, como organización, retome otros conceptos

* Asociados del equipo de Derecho Tributario de Philipp, Prieto-Carrizosa Ferrero DU & Uría, oficina de Santiago de Chile.

que históricamente ha utilizado para calificar dichas jurisdicciones. Lo cierto es que además del intercambio de información, en dichas jurisdicciones rara vez se desarrolla una actividad económica real, teniendo entonces como única finalidad la utilización de dichas jurisdicciones la elusión de impuestos o regulaciones en otras jurisdicciones, generalmente más desarrolladas.

En este contexto, la OCDE elaboró un informe y diagnóstico del problema, materializándose en el desarrollo de 15 acciones (denominadas «las 15 acciones BEPS»). El mencionado plan de acción BEPS, fue aprobado por unanimidad de los países miembros del G20 en la cumbre de San Petersburgo del año 2013 y cuenta además con el apoyo y compromiso de 85 países, encontrándose así representado un porcentaje más que relevante del PIB mundial.

Uno de los mayores obstáculos para las administraciones tributarias que fue identificado en el informe es la imposibilidad de gravar las utilidades obtenidas por entidades del exterior que son controladas por sus contribuyentes locales, así como tomar conocimiento de la generación de esta renta. Dicha situación obedece ordinariamente a que el régimen legal nacional permite que los contribuyentes locales solo paguen impuestos cuando dichas entidades les distribuyan dividendos, o en general cuando se materializa un retiro de utilidades desde dicha entidad, y no al momento en que la entidad extranjera controlada genera la renta, lo que podría suponer un incentivo perverso para planificar tributariamente respecto de tales utilidades, dejándolas en el exterior, en jurisdicciones de baja o nula tributación (y opacas en lo que a intercambio de información se refiere). Esto constituye una problemática común en los países frente a la cual la OECD ha hecho recomendaciones dirigidas a crear herramientas que permitan a los países gravar las rentas que reciban entidades controladas en el extranjero, recomendaciones que, sin duda, alguna admiten diferentes posiciones que atienden a los intereses de cada jurisdicción, de ahí la intención de analizar como las legislaciones de Colombia, Perú y Chile han acogido dichas recomendaciones, contenidas en la Acción 3 de BEPS.

La Acción 3 de BEPS (también «el Informe»), cuyo borrador fue publicado el 3 de abril de 2015 y que fue el primer documento en ser desarrollado, busca responder a la pregunta de qué cantidad de utilidad es justo distribuir en cada jurisdicción, cuando estamos en presencia de actividades económicas

transnacionales. Lo anterior busca evitar traslados de beneficios propiciados por la existencia de lagunas legales o mecanismos no deseados entre los distintos sistemas fiscales, que puedan ser utilizados por contribuyentes para erosionar la base imponible a través de la disminución o retardo en el pago de impuestos, en algunos casos de manera indefinida.

En este sentido, el Informe tiene su fundamento en optimizar los estándares fiscales internacionales, así como garantizar un entorno impositivo de mayor transparencia. Es en este contexto en el que nace la Acción 3, relativa a las reglas CFC en un esfuerzo por prevenir el traslado de utilidades denominadas pasivas hacia jurisdicciones de baja o nula tributación, lo que implica que el propietario residente de la entidad extranjera controlada deba tributar anualmente respecto de los beneficios que la compañía obtiene, aun respecto de aquellos que no hayan sido distribuidos como dividendos o no se han realizado jurídicamente en la forma de ganancia de capital.

En definitiva, conforme a lo hasta aquí expuesto, el presente artículo representa un esfuerzo descriptivo y analítico de la normativa interna de tres jurisdicciones en particular, relacionándolas con las recomendaciones generales de la OCDE en lo que respecta a las normas CFC, para introducir el contenido y objetivo de las normas, identificar diferencias relevantes entre las jurisdicciones entre sí y con las recomendaciones del Informe, así como destacar los elementos más relevantes a mejorar, de ser procedente.

2 · ANÁLISIS DE LAS NORMAS CFC EN COLOMBIA, PERÚ Y CHILE

2.1 · Características comunes y diferencias

La regulación de las normas CFC resulta vinculante para los contribuyentes domiciliados o residentes en sus respectivos países, resultando hoy una realidad que debe ser conocida y enfrentada de manera coordinada por los asesores tributarios.

La legislación tributaria colombiana ha sufrido diversas modificaciones con la recientemente aprobada Reforma Tributaria, contenida en la Ley 1819 de 2016. Si bien no se trató de una reforma estructural, sí contiene diversas modificaciones de gran relevancia, dentro de las que se incluye la adición de un Nuevo Libro Séptimo al Estatuto Tributario,

denominado «Régimen de Entidades Controladas en el Exterior» o Régimen de las «ECE», siglas locales para lo que entendemos como normas CFC. La entrada en vigencia de esta modificación fue el 1 de enero de 2017.

Por su parte, las normas CFC en el caso de Perú están reguladas en el Capítulo XIV del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, contenido en el Decreto Legislativo N.º 774. Dicho capítulo fue incorporado por el artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1120 y sus disposiciones son vinculantes para los contribuyentes del Perú en materia de Normas CFC desde el 1 de enero del año 2013.

La normativa chilena fue introducida a través de la reforma tributaria del año 2014, Ley N.º 20.780, perfeccionada a través de la Ley N.º 20.899. Esta normativa entró en vigencia el 1 de enero de 2016.

2.2 · Aspectos relevantes

Para que nazca la obligación de considerar en la base imponible de cada país los ingresos obtenidos por entidades extranjeras controladas, deben reunirse los siguientes requisitos copulativos:

- (i) Que un contribuyente o patrimonio de afectación domiciliado, residente o constituido en Colombia, Perú o Chile tenga «el control» de una entidad en el extranjero.
- (ii) Que la entidad «controlada» sin domicilio o residencia en Colombia, Perú o Chile perciba ingresos que correspondan al concepto de *rentas pasivas*.
- (iii) Que tales rentas pasivas de la entidad controlada *excedan ciertos mínimos* (umbrales) establecidos en la respectiva legislación impositiva.

De no concurrir las mencionadas condiciones, a los ingresos obtenidos por la entidad controlada se les continuará aplicando la regla general de gravar las rentas extranjeras únicamente en la medida en que hayan sido tributariamente ingresadas en el patrimonio del contribuyente domiciliado o residente en cada jurisdicción, en otras palabras, se posterga su tributación, hasta que sean percibidas o devengadas por el contribuyente.

Así entonces, para efectos de determinar, analizar y comparar *los elementos básicos de las normas CFC* en las jurisdicciones en estudio, veremos los elementos principales como sigue:

Concepto de entidades

Deberá en primer lugar considerarse la naturaleza de la entidad en el extranjero. Así entonces, al hablar de una entidad en el extranjero, cada país ha tomado la determinación de otorgarle contenido propio a dicho concepto.

Al respecto, Colombia y Chile comparten un concepto amplio, que permite considerar dentro de este tipo de entes a organizaciones tanto con o sin personalidad jurídica propia, sociedades, *trusts*, negocios fiduciarios. Chile contiene la partícula «cualquiera sea su naturaleza»; en el caso de Colombia, igualmente nos encontramos frente a un número no definido de entidades.

Por su parte, Perú reconoce dentro del concepto de entidad extranjera sólo a aquellas que cuenten con una personería distinta de la de los socios o personas que la integran. Sin embargo, en el artículo 62 del Reglamento de su Ley del Impuesto a la Renta se precisa que el concepto de entidad extranjera incluye a cualquier persona o entidad, con personería jurídica o sin ella, tales como fondos de inversión, *trust*, *partnerships*, asociaciones o fundaciones.

Tipos de control

El elemento de conexión que debe concurrir entre el contribuyente nacional de cada una de las jurisdicciones indicadas y la entidad en el extranjero se denomina «control». Este nexo consiste en general en poseer directa o indirectamente el 50 % o más del capital, o el derecho a los resultados, o de los derechos a voto de la entidad extranjera. También si tiene una opción de compra o adquisición de una participación o derecho en dicha entidad, en el mismo sentido.

La norma colombiana y la chilena permiten considerar además como controlada a aquella entidad en el exterior respecto de la cual el contribuyente nacional pueda elegir o hacer elegir a la mayoría de los directores o administradores de la entidad.

La norma chilena considera también controlada a la entidad en el extranjero respecto de la cual posea facultades unilaterales para modificar los estatutos, o para cambiar a la mayoría de los directores o administradores de la entidad extranjera.

Por su parte, la normativa colombiana se adhiere a un concepto difuso de control derivado de la técnica legislativa utilizada, toda vez que, al respecto, la

normativa CFC nos reenvía a aquellas normas de relación establecida para efectos de precios de transferencia y al concepto de «vinculado económico del exterior». Esto genera una decidida complejidad al momento de determinar la procedencia de control si existen operaciones comerciales entre dos entidades, ya que podría llegar a considerarse que la entidad domiciliada en Colombia controla —en los términos de CFC— a la entidad extranjera, sin que exista ningún tipo de participación en el capital o en las utilidades.

Entidades interpuestas

El control es estimado de manera directa, de forma que una entidad controlada resulta tal porque los porcentajes de participación en las utilidades, por ejemplo, resultan alcanzados por el umbral del 50 % poseído por un contribuyente colombiano, peruano o chileno (la legislación colombiana realiza la distinción entre entidad subordinada o controlada y aquella denominada subsidiaria, que coincide con la vinculación que las demás jurisdicciones denominan simplemente indirecta).

Un caso especial representa la normativa colombiana, toda vez que una vez acreditado el control (vía 50 % de participación) por un residente colombiano, todo aquel residente fiscal colombiano que posea directa o indirectamente una participación de al menos el 10 % en el capital o en las utilidades se encuentra obligado a idéntico tratamiento, aun cuando no medie relación o vinculación entre los contribuyentes residentes y aun cuando el umbral del 50 % obviamente no se vea excedido.

Presunción legal de control

La normativa establece también presunciones (que admiten prueba en contrario) relativas al control de la entidad, autorizando a la administración tributaria respectiva a prescindir de los citados porcentajes o facultades, en atención a lo siguiente:

- En el caso de Chile se presume el control de la entidad constituida, domiciliada o residente en un país o territorio de baja o nula tributación.
- En el caso de Colombia, en una jurisdicción no cooperante o de baja o nula imposición o sometida a un régimen tributario preferencial.

La legislación peruana no contempla este tipo de presunciones al nivel del establecimiento de con-

trol, sino solo al nivel de considerar posteriormente que, salvo prueba en contrario, se presume que todos los ingresos obtenidos por una entidad con domicilio en este tipo de territorios resultan ser renta pasiva.

Calificación de «rentas pasivas»

En relación con la tipificación de rentas pasivas debemos entender que en general las legislaciones de los tres países analizados resultan ser bastante homogéneas, salvo algunas excepciones menores que se establecerán en cada caso.

Un concepto amplio de rentas pasivas vendría a ser aquel que las identifica como un tipo de ingreso obtenido por la entidad en el extranjero que deberá tomarse en consideración para efectos de su tributación, ingresos a los que se les da el concepto de «rentas pasivas» y que son los siguientes:

(a) **Dividendos**, retiros, repartos y cualquier otra forma de distribución, o devengo de utilidades, provenientes de participaciones en otras entidades no domiciliadas ni residentes que tengan como giro principal la obtención de rentas pasivas. La legislación chilena aclara que incluso cuando se hubieran capitalizado en el extranjero deben ser consideradas para efectos de CFC. Las demás legislación no contemplan expresamente dicha interpretación.

Las legislaciones peruana y chilena excepcionan del concepto de dividendo para estos efectos a aquellas distribuciones de utilidades pagadas por una entidad controlada no domiciliada a otra, agregando como condición la norma chilena que aquella que efectúa la distribución no tenga como actividad principal la obtención de rentas pasivas. En el caso específico de Perú, las rentas pasivas originadas en Perú no son atribuibles, excepciones taxativas (ver literal h).

(b) **Intereses**, salvo que la entidad controlada no domiciliada que los genera sea una entidad bancaria o financiera regulada.

Tanto las legislaciones colombiana como la chilena eximen de este tratamiento los intereses obtenidos por una entidad controlada en el extranjero en la medida que está regulada o sometida a fiscalización por el órgano competente de cada jurisdicción (Superintendencias del ramo) y no está constituida en un territorio de baja o nula tributación. Esta excepción no la contempla la legislación peruana.

(c) **Regalías** y demás ingresos provenientes de la cesión del uso, goce o explotación de marcas, patentes, fórmulas, programas computacionales y otras prestaciones similares, en general, activos intangibles.

(d) **Ganancias de capital o mayores valores** provenientes de la enajenación de bienes o derechos que generen rentas de las indicadas en las letras precedentes.

(e) Rentas provenientes del **arrendamiento o cesión temporal de bienes inmuebles**, salvo, en el caso de Perú y Chile, que la entidad controlada tenga por giro o actividad principal la explotación de inmuebles situados en el país donde se encuentre constituida, domiciliada o residente. Colombia no reconoce esta limitación.

(f) Ganancias de capital provenientes de la **enajenación de inmuebles**. Perú y Chile excepcionan el caso de que estos hubieran sido utilizados o explotados en el desarrollo de una actividad empresarial generadora de rentas distintas de aquellas calificadas a su vez como rentas pasivas. Colombia no reconoce expresamente esta limitación. Esta diferencia será tratada con mayor detalle en el capítulo III del presente reporte.

(g) Rentas provenientes de la **cesión de derechos sobre las facultades de usar o disfrutar cualquiera de los bienes o derechos generadores de las rentas consideradas pasivas** de acuerdo con las letras precedentes.

(h) Rentas que las entidades controladas no domiciliadas ni residentes obtengan como consecuencia de operaciones realizadas con contribuyentes constituidos, domiciliados, establecidos o residentes en sus respectivas jurisdicciones, en el caso de Perú y Chile, siempre que:

(i) sean partes relacionadas (vinculadas);

(ii) tales rentas constituyan gasto deducible para los contribuyentes constituidos, domiciliados, establecidos o residentes en el país para la determinación de sus impuestos a la renta en el país de la entidad controladora (o deban formar parte de valores sujetos a depreciación o amortización en el caso de Chile), según proceda, y

(iii) dichas rentas no sean de fuente chilena o peruana, en su caso, o siendo de fuente chilena o peruana estén sujetas a una tasa de impuesto en Chile menor del 35 % o 30 % en el caso de Perú, tasa general del Impuesto aplicable a los no domiciliados ni residentes por los ingresos de fuente nacional.

Colombia, por su parte, limita este tipo de renta pasiva a la compra o venta de bienes corporales (concepto más concreto y específico que el de operaciones realizadas), en la medida que reúnan las siguientes condiciones copulativas:

(i) adquiridos o enajenados de, para, o en nombre de una persona vinculada;

(ii) producidos, cultivados o procesados en una jurisdicción distinta a aquella en que se ubica la CFC, y

(iii) su uso, consumo o disposición se realiza en un territorio diverso al de ubicación de la CFC.

Presunción de cantidad de renta pasiva

Finalmente, si las rentas pasivas representan el 80 % o más del total de los ingresos de la entidad controlada constituida, domiciliada o residente en el extranjero, el total de los ingresos de esta serán considerados como rentas pasivas, sin que quepan excepciones al respecto. En las tres jurisdicciones analizadas, esta excepción opera en idéntica medida y carácter.

Presunciones legales respecto al carácter de renta pasiva

Es importante mencionar que, por tratarse de presunciones simplemente legales, admiten prueba en contrario:

a) Se consideran rentas pasivas todas las rentas obtenidas por una entidad controlada constituida, domiciliada o residente en un territorio o jurisdicción de baja o nula tributación. En el caso particular de Chile están reguladas en el artículo 41 H de la LIR (denominadas jurisdicciones de baja o nula imposición). En el caso de Perú esta norma se encuentra en el artículo 114 de su Ley del Impuesto a la Renta. Por su parte, en el caso de Colombia, esta norma opera para efectos de considerar controlada la entidad domiciliada en una jurisdicción no cooperante o de baja o nula imposición o de entidades sometidas a un régimen tributario preferencial, sin embargo, una vez presumido el control, la administración tributaria no cuenta con la presunción de que en esta jurisdicción se esté generando renta pasiva, como sí ocurre en Perú y en Chile.

- b) Una muy importante herramienta que se entrega a la administración tributaria resulta aquella que permite considerar que el monto de las rentas pasivas de una entidad controlada domiciliada, constituida o residente en un país o territorio de baja o nula imposición, en el ejercicio asciende a lo menos a una renta neta pasiva igual a la tasa de interés promedio que cobran las empresas en el sistema financiero del país de baja o nula tributación (en el caso de Chile), o bien una renta neta pasiva igual al resultado de multiplicar la tasa de interés activa más alta que cobren las empresa del sistema financiero del país o territorio por el valor de adquisición de la participación o el valor de participación en patrimonial, el que resulte mayor, de acuerdo con la participación directa o indirecta de los propietarios controladores (en el caso de Perú). Colombia no contempla esta normativa.

Umbralés mínimos/exenciones

Además de las condiciones recién indicadas resta reunir un requisito final, que señala que solo se aplicarán las Normas CFC cuando:

- (a) las rentas pasivas de la entidad controlada excedan del 10 % en el caso de Chile y del 20 % en el caso de Perú, de los ingresos totales de la misma, en el ejercicio que corresponda, y además
- (b) las rentas pasivas, en su conjunto, por contribuyente domiciliado o residente en Chile, sean superiores a 2.400 UF al término del ejercicio comercial respectivo, o de 5 UIT en el caso de Perú;
- (c) el valor de los activos de la entidad controlada susceptibles de generar rentas pasivas excede de un 20 % del valor total de sus activos;
- (d) las rentas pasivas hayan sido gravadas con impuesto a la renta con una tasa efectiva igual o superior al 30 % en el país en que se ubique la entidad extranjera, en el caso de Chile. Respecto de Perú este requerimiento se cumple al haber estado gravadas con una tasa superior al 75 % del impuesto a la renta que Perú habría aplicado sobre el tipo de renta. Aquella renta que resulte de fuente peruana tampoco deberá ser estimada para el cálculo de la base imponible de entidad CFC, en el caso de Perú. Chile no contempla esta excepción de manera expresa. Colombia, por su parte, no contempla este tipo de umbrales mínimos.

Normas para la atribución de la renta

Al cierre del ejercicio comercial anual, las rentas pasivas se deberán reconocer en las bases imponibles nacionales de la entidad controladora domiciliada o residente, de acuerdo con la proporción en la participación, directa o indirecta que se tenga en la entidad controlada.

Al respecto, la normativa general opera otorgando el derecho a la deducción de costos y gastos, y deducción total o parcial de acuerdo a las normas generales, en que se haya incurrido para la generación de esta renta pasiva.

En caso de que el resultado determinado arroje pérdida, ésta no podrá ser reconocida, lo que ocurre en el caso de Chile y Colombia. En el caso de Perú, el artículo 64 de su Reglamento establece que si se obtiene un resultado negativo, no procederá efectuar ningún tipo de atribución.

Normas para prevenir o eliminar la doble imposición

Chile otorga derecho al crédito por impuestos pagados en el extranjero, en el caso de haberse pagado o adeudarse en el extranjero impuestos a la renta; este país hace además extensible la posibilidad de deducir créditos por impuestos pagados en terceros países (distinto de aquel en que se invirtió en la generación de rentas pasivas) en la medida que con este se hay suscrito un CDI o de intercambio de información, que se encuentren vigentes.

En el caso colombiano, se autoriza el descuento por los impuestos pagados en el exterior en proporción a la participación que se posea en la entidad extranjera controlada. Idéntica situación ocurre en el caso de Perú, que permite deducir el impuesto extranjero que haya afectado tales rentas, con las limitaciones legales generales.

3 · EXCEPCIÓN RELATIVA A LA DETERMINACIÓN DE RENTA PASIVA OBTENIDA POR LA EXPLOTACIÓN DE INMUEBLES

Uno de los problemas más comunes a la hora de determinar qué se entiende por renta pasiva es que las legislaciones en su afán de evitar al máximo el perjuicio fiscal, tienden a describir un catálogo demasiado amplio de rentas pasivas de distinta naturaleza, las que, si bien pueden en su origen ser

de carácter pasivo, en la medida que se den ciertas circunstancias pueden implicar una actividad de carácter activa u operativa, circunstancias tales como la presencia de servicios especiales, contratación de personal, entre otros elementos.

Este fenómeno implica que muchas veces las normas CFC tienden a tratar como rentas pasivas rentas que son eminentemente operativas, como es el caso de una empresa inmobiliaria, donde por las características propias del negocio deja de ser una renta pasiva en su concepto tradicional, pasando a ser un negocio de carácter operativo. Sobre este particular, la norma chilena se hace eco de dicha circunstancia a propósito de la renta proveniente del arrendamiento o cesión temporal de inmuebles cuando la sociedad controlada tenga por giro o actividad principal la explotación de inmuebles situados en el país donde esté domiciliada o constituida (circunstancia que también regula la normativa CFC del Perú). Este reconocimiento expreso a una situación fáctica excepcional no se encuentra en la norma colombiana, lo que nos parece una omisión relevante que debiese ser tenida en consideración.

En este mismo sentido la legislación americana contempla una excepción similar, en el sentido de acoger la misma premisa que se denomina «*Active Business Exception*»¹ a propósito de rentas por regalías, donde, por ejemplo, cuando una sociedad controlada por una entidad americana recibe rentas por arrendamiento minorista de automóviles, que en la lógica de los Convenios para evitar la doble tributación (Modelo ONU) se entiende como un tipo de regalía, estas no serán consideradas rentas pasivas en la medida que involucren actividades sustanciales eminentemente operativas, tales como mantenimiento de vehículos, reparaciones, comercialización, etc.

Lo anterior es relevante, porque el propio Informe recomienda que no toda renta sea necesariamente considerada para efectos del cómputo, sino que circunscribe sus efectos a ciertos tipos de rendimiento, en particular para aquellos casos en que las entidades no tienen sustancia real o actividad organizada. En cambio, descarta aquellas rentas que provienen de actividades económicas organizadas, las que no serían gravables para el contribuyente bajo este régimen. Es decir, el Informe entiende el concepto de renta pasiva como aquella

que se obtiene sin emplear un trabajo material específico, sin prestar servicios y sin contratación de personal. Dicho de otra forma: las rentas pasivas son aquellas que provienen de bienes que no están destinados a ser comercializados en el ámbito de un giro de negocio o de empresa.

3.1 · Determinación del umbral mínimo de tributación para excluir rentas de la calificación de pasivas

Una distinción relevante sobre esta materia se encuentra en la manera en que las legislaciones de Perú y Chile determinan respectivamente la tasa efectiva mínima con que haya sido gravada la renta en la jurisdicción de la entidad controlada, para excluirla de la calificación de renta pasiva.

En el caso de Chile, el artículo 41G de la Ley de Impuesto a la Renta, que regula esta materia, dispone expresamente que cuando las rentas pasivas de una entidad controlada se hayan gravado con impuesto a la renta cuya tasa efectiva sea igual o superior a un 30 % en el país donde se encuentra domiciliada dicha entidad, quedarán excluidas de la calificación de rentas pasivas y, por lo tanto, quedan fuera del alcance y efectos de las normas CFC en análisis.

Por su parte, la legislación peruana no toma en consideración una tasa específica, sino que pondera una tasa aplicada al tipo de renta en cuestión que sea igual o menor al 75 % del impuesto a la renta que correspondería pagar en el Perú sobre rentas de igual naturaleza.

Esta distinción nos parece interesante porque toma un elemento comparativo práctico y de justicia tributaria para evaluar los umbrales mínimos de exclusión, es decir, por un lado realiza el análisis en relación al tipo de renta de que se trate, lo que no es menor en consideración a la variedad de tipos de rentas que se consideran como de carácter pasivo, catálogo que muchas veces tiende a ser incluso demasiado amplio para evitar el perjuicio fiscal y que evidentemente se trata de rentas que por su naturaleza están sujetas a distintas tasas impositivas. Además, la norma tiene la particularidad de tomar como referencia la tasa que la legislación interna peruana aplica a cada tipo de renta a la fecha y/o en eventuales modificaciones legales de la misma, lo que otorga gran flexibilidad a la norma y la certeza que se ajusta en justicia a cada tipo de renta según su naturaleza.

¹ DOERNBERG, Richard L.: *International Taxation*. St Paul, Minnesota, 2007, págs. 352-353.

3.2 · Descripción de las recomendaciones BEPS

Uno de los mayores obstáculos para la administración tributaria de casi cualquier jurisdicción es la imposibilidad de gravar las utilidades obtenidas por entidades del exterior que son controladas por sus contribuyentes locales. Dicha situación obedece ordinariamente a que el régimen legal acepta que los contribuyentes locales solo paguen impuestos cuando dichas entidades les distribuyan dividendos, y no anteriormente, lo que supone un incentivo perverso para no repatriar utilidades y dejarlas en el exterior, eventualmente en jurisdicciones de baja o nula tributación.

La Acción 3 del «Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios» (BEPS por sus siglas en inglés) nace como contrapartida a la circunstancia de que muchos contribuyentes trasladan beneficios o posponen el pago de sus impuestos con el sólo hecho de mantener participación o control en una entidad domiciliada o constituida en una jurisdicción diferente.

Por ello las normas de transparencia internacional (TFI) se crean para hacer frente a este fenómeno, permitiendo que las distintas jurisdicciones puedan gravar las rentas obtenidas por filiales no residentes, cumplidas ciertas condiciones. La Acción 3 entonces no es más que una serie de recomendaciones relativas al diseño de las Normas CFC internas creadas para combatir de manera eficiente el fenómeno descrito. En este contexto, las recomendaciones se desarrollan por medio de una serie de pilares imprescindibles, que son los siguientes:

Tipos de control

A la hora de evaluar cuándo una entidad matriz ostenta el control de una entidad filial es necesario tener presente que estos principios no se aplican solo a sociedades, sino también a todo tipo de entidad, con o sin personalidad jurídica, así como a los *trust*-fideicomisos, etc., con la sola finalidad de que las sociedades matrices no puedan eludir la aplicación de la norma por el simple hecho de modificar la naturaleza jurídica de sus filiales.

Así, entonces, para determinar si existe o no control, debe estarse tanto a criterios de carácter jurídico como a criterios de tipo económico, es decir: (a) hablamos de criterios jurídicos cuando nos referimos a si existe participación suficiente para ejercer influencia o derecho a voto, que permita plausible-

mente sostener que la CFC funciona conforme a las directrices de la matriz; (b) hablamos de un criterio económico cuando debemos poner especial atención a los derechos sobre los beneficios, el capital o los activos en una CFC; (c) finalmente, el Informe también se refiere a un eventual criterio basado en un control de facto, que procede cuando una entidad matriz tiene injerencia en una CFC a través de vínculos contractuales que permitan desplegar una influencia relevante en la entidad controlada.

Una vez establecida la concurrencia de un criterio de control, es necesario establecer qué nivel de control es relevante para considerar que estamos en presencia de una entidad controlada. Por ello, el Informe sostiene que un nivel de control mínimo sería aquel que importa un interés legal o económico superior al 50 %. En esta materia se recomienda poner especial atención a los accionistas minoritarios que actúen de manera coordinada, proponiéndose tres tipos de test: (a) test de actuación concertada, analizando los hechos, lo que logísticamente es complejo para las administraciones fiscales; (b) fijarse en las relaciones entre las partes, es decir, si pertenecen al mismo grupo empresarial (sociedades relacionadas); y (c) utilizar un criterio de concentración de la propiedad.

Finalmente, para establecer si una sociedad tiene o no control sobre otra entidad domiciliada en distinta jurisdicción, es necesario establecer el período o momento que ha de tenerse en cuenta para dar por establecido dicho control, sobre este respecto generalmente se analiza a fin de cada año.

Calificación de rentas pasivas

La recomendación principal del Informe a este respecto es que las jurisdicciones incluyan una definición de renta pasiva que importe atribuir renta que suscite riesgos BEPS. Se establecen diversos criterios que van de la mano con el objetivo que cada jurisdicción estime más relevante, tales como (a) la movilidad geográfica de las rentas, (b) la concurrencia de partes relacionadas, (c) la fuente de la renta o (d) el nivel de actividad de la CFC en la producción de la misma.

En este sentido, existe un análisis por categorías, que implica que aquellas jurisdicciones que privilegian el criterio (a) tienden a elegir categorías de renta según el indicador de «clasificación legal» de las rentas, tales como dividendos, intereses, rentas de seguro, cánones y rentas de propiedad intelectual.

tual, además de rentas derivadas de ventas y servicios. Por su parte, quienes toman en consideración el criterio (b) ponen especial atención a la categoría de «vinculación de las partes», dado que estas facilitan sobremanera la movilidad de las rentas y potencialmente erosionan la base imponible. Por otro lado están aquellas jurisdicciones que ponen especial atención en el criterio (c) sobre la fuente de la renta, que implica clasificarla en función del lugar donde efectivamente se generó.

Al mismo tiempo, existe un análisis sustancial, que pone especial atención en el criterio (d) descrito precedentemente, es decir, los análisis utilizan indicadores variados para establecer si la renta de una CFC fue separada de la sustancia económica; dicho de otra forma, si las utilidades no dicen relación con las personas, establecimientos, activos o riesgos involucrados en la producción de dichos beneficios.

Otro aspecto a tener en consideración es un análisis de los beneficios anormalmente elevados (beneficios excesivos), que a la fecha no es utilizado por ninguna jurisdicción con normas CFC. Este análisis lleva a considerar como renta pasiva los beneficios obtenidos en jurisdicciones de baja tributación que excedan los rendimientos corrientes.

Por último, un dato preponderante es definir el enfoque a aplicar al momento de calificar las rentas pasivas, a saber, un enfoque por entidad o un enfoque por transacción. La mayoría de las jurisdicciones aplican un análisis por entidad, que implica una menor carga a la administración, pero tiene como desventaja que puede producir que una entidad que obtiene suficiente renta atribuible, verá la totalidad de sus rentas sujetas a las normas CFC, mientras que otra entidad que obtiene rentas susceptibles de atribución podría eludir la norma por el solo hecho de no alcanzar ciertos umbrales.

Umbrales mínimos/exenciones

Los países que toman en consideración las recomendaciones del Informe deben valorar tres tipos diferentes de exenciones y umbrales mínimos, a saber:

- una cuantía mínima, por debajo de la cual las normas CFC no se aplican, esto con el objeto de reducir la carga administrativa, al hacer que la aplicación de las normas CFC tengan un carácter más selectivo, optimizando los recursos de las jurisdicciones;

- un requisito antiabuso que dirige las normas CFC hacia situaciones donde existe un propósito elusivo, donde solo se sujetan a las normas CFC aquellas operaciones o estructuras elusivas, importando una fuerte limitación al alcance y objetivo de estas normas, y
- una exención por tipo de gravamen, donde las normas CFC sean aplicables solo en aquellos casos en que la entidad controlada sea residente en un país con una tributación menor a la aplicable en la residencia de la sociedad matriz, con lo que se busca castigar a las sociedades que se benefician de jurisdicciones de baja o nula tributación, y en segundo lugar importa un criterio concreto que facilita la fiscalización.

Normas para la atribución de rentas

Una vez que se determina la renta atribuible, el siguiente paso es determinar cómo se atribuirá a los accionistas de la CFC. Las recomendaciones del Informe pueden dividirse en 5 pasos:

- Determinar a qué contribuyentes debería atribuírseles renta; por lo general, se aplica a aquellos contribuyentes que cumplan el umbral mínimo de control, que tiene una ventaja eminentemente de carácter logístico y de fiscalización por parte de la administración.
- Cuantificar la renta a atribuir; todas las normas CFC vigentes atribuyen conforme a la proporción del contribuyente en la participación que ostenta en la entidad controlada, calculado en virtud del período en que se ha mantenido dicha participación en la CFC.
- Establecer en qué casos esta renta debería incluirse en las declaraciones de los contribuyentes; la mayoría de las jurisdicciones establecen que la renta atribuida debe incorporarse al resto de la renta gravable del contribuyente, dentro del periodo pertinente, lo que desde la perspectiva del Informe es altamente efectivo a la hora de combatir BEPS.
- Determinar el tratamiento de la renta; a este respecto existen dos posiciones, una es tratarlas como dividendos presuntos y otra es tratarlas como si el contribuyente las hubiera obtenido directamente. A este respecto no vale la pena profundizar, dado que para el Informe ambas son igualmente apropiadas para combatir BEPS.

— Fijar el tipo impositivo que debería aplicarse a tal renta; las normas CFC someten a la renta atribuida al mismo tipo de gravamen aplicable a la sociedad matriz en su jurisdicción. Sin perjuicio de ello, existe una opción de establecer un impuesto complementario, segundo tipo que no es recomendable dado que no eliminaría necesariamente el incentivo de desviar beneficios desde las jurisdicciones de alta tributación.

Normas para prevenir o eliminar la doble imposición

Este es uno de los pilares más relevantes, toda vez que su falta de eficacia podría detonar un obstáculo al comercio internacional y al desarrollo económico de las naciones. Así, se han detectado tres situaciones que dan cabida a doble tributación:

- (a) cuando la renta atribuida de la CFC también está sujeta a impuestos extranjeros sobre las sociedades controladas;
- (b) cuando resulten aplicables las normas CFC de dos o más jurisdicciones sobre la misma renta, y
- (c) cuando la CFC distribuya dividendos a partir de renta que ya haya sido atribuida a los accionistas residentes de acuerdo a sus propias normas de CFC.

Para los dos primeros casos se recomienda que los países establezcan un crédito fiscal por los impuestos efectivamente pagados en el extranjero, incluyendo aquellos resultantes de normas CFC en jurisdicciones intermedias. El impuesto efectivamente pagado debería abarcar todos los impuestos sobre la renta soportados por la CFC siempre y cuando no puedan acogerse a otros beneficios y no excedan el importe de impuestos que hubiese correspondido pagar en la jurisdicción de la matriz.

Para el tercer caso se recomienda que los países declaren exentos los dividendos y las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones de una CFC, cuando la renta de dicha entidad controlada haya sido objeto de gravamen conforme a las normas CFC.

Finalmente, la forma de eliminar la doble imposición que disponga cada jurisdicción debe tener presente las obligaciones contraídas al momento de suscribir los Convenios para evitar la doble tributación. A mayor abundamiento, el método para eliminar la doble tributación recogida en los convenios puede variar considerablemente de la redacción de los artículos 23 A y 23 B del *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio*.

4 · CONCLUSIONES

¿Cumplen las jurisdicciones en análisis las recomendaciones BEPS?

Luego de revisar desde el punto de vista de técnica legislativa la normativa CFC en las tres jurisdicciones bajo análisis, no podemos menos que concluir que todas ellas sin excepción reconocen como fuente material de sus legislaciones nacionales una influencia determinante de la Acción 3 de BEPS. Ello no solo desde el punto de vista de las motivaciones para incorporar a sus legislaciones el tratamiento de las rentas pasivas obtenidas por entidades controladas domiciliadas en el extranjero, sino también —fuertemente— respecto del contenido que cada jurisdicción le ha dado a esta normativa.

Como distinción que nos parece necesario resaltar de nuestro análisis encontramos el caso de Colombia, toda vez que la norma colombiana no dispone como elemento de exclusión de tributación conforme a las Normas CFC la existencia de una renta pasiva mínima. Al respecto, el Informe recomienda que se apliquen las normas CFC exclusivamente a aquellas entidades controladas que estén sujetas a cargas impositivas excesivamente bajas, en relación con las aplicables en la jurisdicción en que se encuentra la entidad matriz. Medidas extremas como gravar integralmente toda renta pasiva, sin consideración a ningún límite, pueden implicar un estímulo para que los contribuyentes no reporten dichas entidades o sus actividades.

Sin embargo, con base en el análisis realizado nos hemos dado cuenta de que no existe ninguna coordinación entre los países, y tampoco conocemos ninguna iniciativa a nivel latinoamericano para efectos de la implementación de esta normativa.

Un concepto queda si girando desde ya, toda vez que luego de un acabado examen de las tres normas nacionales, en comparación con las directrices y recomendaciones nacidas en el seno de la OCDE, y es que en realidad las normas CFC no pretenden la creación de nuevos recursos para las administraciones tributarias, sino que lo que pretenden es dejar sin efecto la posibilidad de diferir la tributación de entidades en el extranjero, preservando la base impositiva nacional, previniendo la evasión tributaria. En otras palabras, únicamente pretenden un desincentivo a la inversión —artificialmente desde el extranjero— de aquellos nacionales que pudieren optar por invertir directamente desde sus países.

Este enunciado principio se encuentra acorde con aquel denominado de neutralidad en la exportación de capital, el cual pretende, desde el punto de vista de una política tributaria interna, eliminar las consideraciones para los inversionistas nacionales de invertir en el propio país o en el extranjero. De manera más simple, pretende gravar las utilidades dejadas en el extranjero —con el carácter de renta pasiva— permitiendo la utilización del crédito fiscal respecto de los impuestos pagados en el extranjero tanto respecto de las inversiones efectuadas directamente desde el país como respecto de aquellas realizadas en forma indirecta, desde otros países o territorios. En el marco común de estas consideraciones está obviamente dado por la neutralidad con que el sistema impositivo debiese operar, al momento de tomar decisiones de donde efectuar una inversión.

Las acciones BEPS no son más que normas específicas antievasión, para evitar el diferimiento de impuestos nacionales. La extensión de la implementación de las normas CFC en nuestros mercados latinoamericanos obviamente han afectado las posibilidades de inversión de renta pasiva en el extranjero a los nacionales de Perú, Colombia y Chile; las consecuencias solo pueden especularse, pero aún estamos bastante lejos de tener evidencia sistemática de este comportamiento.

Especulando, debiésemos esperar un movimiento de capitales dirigidos a la obtención de rentas pasivas hacia los países en los cuales existan Convenios de doble imposición vigentes o, al menos, de intercambio de información, según ha ocurrido en otras latitudes. Ello en desmedro de aquellos países con los cuales no se ha acordado este tipo de instrumentos bilaterales.

5 · REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Nuevo Libro Séptimo del Estatuto Tributario de Colombia, denominado «Régimen de Entidades Controladas en el Exterior», agregado por la Ley N.º 1.819 de 2016.
2. Capítulo XIV del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, contenido en el Decreto Legislativo N.º 774, incorporado por el artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1.120.
3. Artículo 41 G del Decreto Ley N.º 824 de 1974, incorporado por la Ley N.º 20.780 y perfeccionada a través de la Ley N.º 20.899.
4. Circular N.º 40 de 2016 emitida por el Servicio de Impuestos Internos de Chile.
5. DOERNBERG, Richard L.: *International Taxation*, St Paul, Minnesota, 2007, páginas 352-353.