

San José, 7 de agosto, 2023.

Señores  
Junta Directiva  
Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica  
Presente

Estimados señores:

Cumpliendo con el requerimiento que se hiciera a la Comisión Tributaria del Colegio, nos referimos al proyecto de **MODIFICACIÓN A LA LEY N° 7092, LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA, PARA LOGRAR LA EXCLUSIÓN DE COSTA RICA DE LA LISTA DE PAÍSES NO COOPERANTES EN MATERIA FISCAL DE LA UNIÓN EUROPEA.**

Este busca cumplir con los requerimientos del Grupo de Código de Conducta de la Unión Europea para salir de la “lista gris” de jurisdicciones no cooperantes, inserción que tiene por fundamento el que el régimen de territorialidad actualmente vigente en la Ley del Impuesto sobre la Renta ha sido calificado como “dañino” o “lesivo” para la tributación de otros países, en particular, los de la Unión Europea.

En esencia, la no tributación de rentas de proveniencia extranjera por parte de personas físicas y jurídicas domiciliadas o residentes en Costa Rica se consideran como “ventajas” para los efectos del ámbito de regulación del Código de Conducta.

Ahora, la lesividad de esas ventajas ha sido determinada en relación con los siguientes grupos de criterios<sup>1</sup>:

PRIMER GRUPO:

1a: *“en la medida que esas ventajas son concedidas únicamente a los no residentes o respecto de transacciones sostenidas con no residentes.”*

2a: *“en la medida que esas ventajas estén “cercadas en anillo”<sup>2</sup> del mercado interno, de modo que no afectan la basa tributaria nacional”.*

---

<sup>1</sup> Ver nota de 3 de junio de 2021 dirigida al ex Ministro de Hacienda Elián Villegas por la Presidenta del Grupo del Código de Conducta de tributación de los negocios. Hago la salvedad que no agoto todos los criterios analizados: dejo por fuera el de la definición de establecimiento permanente -que es simple de resolver eliminando la palabra “esencial” de la definición del artículo 2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta y el de transparencia, que tiene que ver con la incongruencia de que la ley dice una cosa sobre la territorialidad y las autoridades administrativas y judiciales han interpretado otra.

<sup>2</sup> También se traduce “ring fencing” por “estanqueidad”.

Según la nota dirigida al ex Ministro Villegas, nuestro régimen territorial se adecúa a estos criterios, por lo que se le aplica un “check” (V) como dañino. Ello sucede pues este aplica solo respecto de transacciones que se realizan con no residentes y porque no afecta la base imponible nacional, de ahí que por naturaleza tiene por objetivo a no residentes y está cercada en anillo.

La propuesta del proyecto comentado no propone nada en particular para responder a esta imputación respecto de los criterios 1a y 2a. Sin embargo, por lo que explico a continuación, creo que hace bien el proyecto al contener esta “omisión”.

Es de notar en ese sentido que la formulación literal del criterio 1a es particularmente ambiguo cuando se dice que se incurre en su ámbito cuando la “ventaja” se da respecto de transacciones sostenidas con no residentes. Esta afirmación es contradictoria con la de que el criterio de territorialidad no es en sí mismo dañino, sino únicamente cuando carece de ciertos elementos que lo regulen<sup>3</sup>: en efecto, la no sujeción de rentas de fuente extranjera, por definición, siempre va a implicar que la renta se genera como consecuencia de transacciones sostenidas con no residentes. Así, por una parte, la nota enviada dice que un sistema territorial no es por naturaleza dañino y, por otra, que sí lo es. ¿Entonces?

Para superar la contradicción, es interesante revisar el desarrollo de estos dos criterios en el documento 10421/18 del Grupo de Código de Conducta<sup>4</sup>, en que se les analiza en conjunto y donde la afirmación que consideramos ambigua y contradictoria parece quedar en un segundo plano. Se apunta en dicha nota que ambos factores pueden manifestarse sea por un “cercado en anillo” de derecho, sea por uno de facto.

La estanqueidad o cercado de anillo de derecho se produce cuando las ventajas sólo se conceden a los no-residentes en virtud de las leyes y reglamentos que rigen el establecimiento y las operaciones de las empresas en una jurisdicción determinada. Si, por ejemplo, una jurisdicción concede “ventajas” a una empresa sólo si se abstiene de realizar actividades en la economía local (criterio 2) o sólo en la medida en que dichas actividades dependan de una licencia comercial específica (criterios 1 y 2) o sólo en la medida en que las actividades sean realizadas por no residentes (criterio 1), esto podría evaluarse como una posible característica de un sistema no cooperante en vigor.

La estanqueidad de facto suele referirse a una situación en la que un país no concede explícitamente la ventaja únicamente a los no residentes, aunque, de hecho, sólo o casi sólo la disfrutan los no residentes. Si, por ejemplo, todos o casi todos los sujetos que se

---

<sup>3</sup> Tal como se afirma en esa misma nota al ex Ministro Villegas indicada.

<sup>4</sup> Al que remite el documento “Guidance on FOREIGN SOURCE INCOME EXEMPTION REGIMES”, adjuntado como anexo en la nota de 5 de diciembre de 2019 sobre el mismo tema dirigida al ex Ministro de Hacienda Rodrigo Chaves por la Presidenta del Grupo del Código de Conducta de tributación de los negocios.

benefician de la tributación en cero son no residentes (incluidas las empresas nacionales con participación extranjera), se considerará que se cumplen los subcriterios 1 (b) y 2 (b) (es decir, se considerará que la jurisdicción no cumple este paso de la prueba del Código).

Bajo estas precisiones, aunque en la nota dirigida al ex Ministro Elian Villegas se califica el régimen territorial como dañino respecto de los criterios 1a y 2a indicados, lo cierto es que la calificación no parece ser correcta: en efecto, el régimen territorial, si bien puede ser aprovechado por no residentes -por ejemplo, constituyen una sociedad en Costa Rica para obtener rentas de fuente extranjera no gravadas a través de esta-, también puede ser aprovechado por residentes -lo que ocurre en la realidad- para obtener rentas de fuente extranjera no gravadas. En consecuencia, no hay cercado en anillo.

SEGUNDO GRUPO: Criterio 3. Sustancia:

Este criterio es formulado de la siguiente manera:

*“en la medida que las ventajas son concedidas aun sin actividad económica real y presencia económica sustancial dentro del Estado que ofrece dichas ventajas fiscales”.*

El oficio señala que de acuerdo con este criterio una medida es considerada dañina si no hay requerimientos específicos relativos a la existencia de actividades económicas reales. Aclara que, de acuerdo con la Guidance de regímenes (FSIE-Foreign Source Income Exemption Regimes), el foco se centra primariamente en rentas pasivas que no se vinculan a una actividad real en la jurisdicción. De ahí que el oficio de la Unión Europea no duda en señalar que nuestro régimen territorial padece de este defecto: no se exige para obtener la no sujeción de rentas de fuente extranjera ningún requisito que asegure que la ventaja se otorga con base en la existencia de actividades económicas reales en Costa Rica.

El documento del Consejo de la Unión Europea 10421/18 trata con bastante extensión y detalle en qué debe consistir el requisito de sustancia o de actividad económica real en lo que llaman jurisdicciones 2.2., esto es, que pueden no cumplir con el “Criterio 2.2.” del llamado “ejercicio de listado de la Unión Europea” (documento 10373/18):

*“La jurisdicción no debe facilitar estructuras offshore o acuerdos orientados a atraer utilidades que no reflejen actividad económica real en la jurisdicción”*

El proyecto de ley que analizamos sí plantea una solución a este claro incumplimiento con el estándar del Código de Conducta: el establecimiento de un gravamen de rentas pasivas de fuente extranjera a aquellas entidades “no calificadas”, definiendo las calificadas como aquellas que cumplen con un conjunto de requisitos típicos de sustancia como el tener empleados, tomar decisiones estratégicas por funcionarios en

Costa Rica o tener costos acordes con el tipo de renta que se obtiene. Sin embargo, consideramos que el proyecto puede ser mejorado en los siguientes aspectos:

- Su origen en la legislación uruguaya lo lleva a limitar el gravamen de las rentas extranjeras a entidades que forman parte de un grupo multinacional. Si bien siempre cabe el argumento de que “si se lo aceptaron a Uruguay por qué no a Costa Rica”, lo cierto es que, por ejemplo, al tratar el tema de las entidades que reciben rentas de propiedad intangible (IP), el hecho de que éstas provengan de transacciones entre partes relacionadas constituye un *escenario de mayor riesgo*, sin que ello implique que los requisitos de sustancia no se establezcan también respecto de rentas provenientes de terceros. **Claramente, con esta restricción, queda abierta la posibilidad que hoy da el criterio de territorialidad de que personas físicas no residentes adquieran sociedades sin sustancia en Costa Rica para imputarles rentas pasivas, con el fin de evitar o diferir la tributación en sus países de residencia.** No se resuelve el problema apuntado que, en última instancia, puede ser una importante fuente de erosión de bases imponibles en los países europeos: por ejemplo, un ciudadano italiano, para evitar el gravamen por residencia de sus rentas pasivas, constituye una sociedad en Costa Rica -que no pertenecería ni a un grupo económico nacional ni a un grupo multinacional- y le imputa sus rentas pasivas, las cuales estarían libres de impuesto en Costa Rica. Si bien el régimen interno de transparencia fiscal internacional italiano podría resolver el problema en la teoría -considerar las rentas obtenidas por la persona jurídica en Costa Rica como si hubieran sido obtenidas en el mismo período por el propietario italiano de las acciones-, prácticamente la detección puede ser complicada y, en todo caso, se evidenciaría una actitud no cooperante por parte de Costa Rica. Por ello se **recomienda introducir un supuesto adicional: cualquier otra entidad carente de sustancia económica en Costa Rica que obtiene rentas pasivas de fuente extranjera.**
- Queda claro que, con este régimen, si quien realiza rentas pasivas en el exterior es una persona física, quedaría no sujeto a tributación. Esto se explica dentro de la lógica del proyecto pues la inclusión en lista de países no cooperantes tiene en la mira el uso de personas jurídicas, no la tributación de fuente extranjera de personas físicas.
- No incluye un tratamiento especial para las rentas de propiedad intangible, siendo que respecto de éstas también es importante la introducción del criterio

del nexo, cuyo origen es la Acción 5 del Proyecto BEPS<sup>5</sup> de la OCDE, pese al origen uruguayo de la propuesta del PUSC, en que sí se establece este tipo de regulación.

De acuerdo con este criterio, en este tipo de actividades la sustancia se mide a través de un coeficiente entre costos de investigación y desarrollo en el activo intangible involucrado y los costos totales de la entidad. Así, se fijan dos variables: gastos que dan derecho a beneficiarse de un régimen PI, por una parte, y gastos totales, por otra.

Los primeros son los gastos que solo se destinan para actividades reales de I+D, debiendo excluirse: pagos de intereses, costes de construcción, costes de adquisición o cualquier otro coste que no estuviera directamente vinculado a un activo PI específico. Las actividades reales de I + D se clasifican así: a) aquellas que son realizadas por el propio contribuyente; b) aquellas que se tercerizan a partes **no** vinculadas.

Los gastos totales están compuestos por: Gastos elegibles incurridos por el propio contribuyente (a) o externalizados a no vinculados (b) *más*: (c) los costos de adquisición del PI y (d) los gastos que serían elegibles si incurridos por el propio contribuyente o por un tercero no vinculado que, sin embargo, **son tercerizados a partes vinculadas.**

La fórmula del nexo implica dividir la suma de a + b entre (a + b + c + d) = porcentaje de la renta que se puede beneficiar el régimen preferencial.

El reporte de la acción 5 admite una concesión respecto de gastos que no califican como elegibles según los criterios indicados: posibilidad de reconocer **una elevación de los gastos con relación directa en un porcentaje del 30%, con el límite de que no se superen los gastos totales.** El objetivo de la elevación es asegurar que el enfoque del nexo no penaliza excesivamente a los contribuyentes que adquirieron PI o externalizaron una parte del I + D a partes vinculadas. Permite garantizar que los contribuyentes solo reciben beneficios si ellos mismos realizan las actividades de I + D, pero reconoce que los contribuyentes que adquirieron PI o externalizaron una parte del I + D a una parte vinculada pueden ellos mismos ser responsables de una gran parte de la creación del valor que contribuyó a la renta PI.

El Consejo de la Unión Europea (documento 10421/18) aclara que, tratándose de intangibles como marcas, listas e información de clientes, la actividad sustancial debe consistir en mercadeo, posicionamiento de la marca y actividades de

---

<sup>5</sup> Base Erosion and Profit Shifting Project

distribución. Asimismo, otras actividades que podrían tenerse como sustanciales son: toma de las decisiones estratégicas, gestión y asunción de los riesgos principales relativos al desarrollo y la explotación subsecuente del activo intangible; toma de las acciones estratégicas, gestión y asunción de los riesgos principales relativos a la adquisición de terceros y subsecuente explotación del activo intangible; realización de las actividades de comercialización subyacentes a través de las cuales activos intangibles son explotados y que llevan a la generación de renta proveniente de terceros.

La norma antiabuso específica del artículo 2 quinquies califica un acto de “artificial” o “impropio” “cuando para su adopción o realización no existan razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.” En realidad, esta definición es contradictoria con la del artículo 12 bis del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que establece la cláusula antielusiva general. De acuerdo con ésta, la calificación de “acto artificial o impropio” es separada del hecho de no existir una razón comercial válida. Lo correcto es lo siguiente:

- Un acto es artificial o impropio cuando es simulado o no se adecúa a la causa típica y otras características propias de la figura contractual utilizada. Es un criterio esencialmente jurídico-sustantivo: busca desentrañar cuál es la figura típicamente adecuada por los acuerdos que buscan las partes.
- Lo artificial o impropio del acto debe ir acompañado con otra condición: la ausencia de una razón comercial válida.

Esto significa que podría haber un acto que no es ni artificial ni impropio pero cuya única razón es obtener un ahorro tributario legítimo. Es lo que se conoce como “economía de opción”: entre dos caminos igualmente legales se escoge uno por razones estrictamente de ahorro tributario. Aquí no hay razón comercial distinta a dicho ahorro para seguir un camino y no el otro, pero falta el elemento artificial o impropio. Recomendamos que la redacción diga:

Para efectos de lo dispuesto en el artículo 1, 2 bis y párrafo segundo del artículo 27, la Administración Tributaria podrá, mediante resolución fundada, calificar actos que, en lo individual o en su conjunto, sean artificiosos o impropios para la obtención del resultado conseguido, de modo que las consecuencias tributarias aplicables a las partes que en dichos actos hayan intervenido serán las que correspondan a los actos usuales o propios para la obtención del resultado que se haya alcanzado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior únicamente se aplicará cuando los actos artificiosos o impropios carezcan de razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

En tales casos la Administración Tributaria podrá recalificar el ingreso o la entidad como no calificada, debiéndose determinar la obligación tributaria de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.

En esta redacción se excluye la referencia las vías de impugnación, pues éstas ya están establecidas en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Así, por ejemplo, puede traer a confusión si aplica en estos casos el procedimiento determinativo de los artículos 144 ss. CNPT o si se está estableciendo un injustificado “procedimiento especial”.

En el último párrafo agregado al artículo 27 se lee:

Para los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, **cuando tales rentas se generen con capital de fuente costarricense**, fuera del territorio, se consideran no sujetas a este impuesto a menos que los mismos sean obtenidos por contribuyentes no calificados conforme al artículo 2 bis de esta ley. En tal caso, estos contribuyentes, adicionarán a su declaración, los ingresos obtenidos en otras jurisdicciones.

*A contrario sensu*, “cuando tales rentas no se generen con capital de fuente costarricense, se consideran sujetas”, aunque quien las obtenga sea una entidad “calificada”.

Así, esta norma parece establecer la siguiente distinción:

- Supongamos una sociedad que es constituida en Costa Rica por una persona física que originó su capital en Costa Rica. Aunque carezca de sustancia, es calificada, pues no pertenece a un grupo multinacional. Con el capital aportado por la entidad residente, la sociedad costarricense en el mercado financiero internacional y obtiene rentas de intereses y dividendos de fuente extranjera. En este caso, por ser calificada, **no** pagaría impuesto, pues está obteniendo las rentas de un capital que es de fuente costarricense (entendemos, que se originó en Costa Rica: el capital es de fuente costarricense aunque la renta que genera es de fuente extranjera, pues el capital se está utilizando o invirtiendo fuera).
- Supongamos una sociedad que es constituida en Costa Rica por una persona física no residente. Aunque carezca de sustancia, al no pertenecer técnicamente a un grupo multinacional, es una entidad CALIFICADA también. Con el capital aportado por el no residente, la sociedad costarricense invierte en el mercado financiero internacional y obtiene rentas de intereses y dividendos. En este caso, aunque sea calificada, pagaría impuesto, pues está obteniendo las rentas con un capital que no es de fuente costarricense (entendemos, que no se originó en Costa Rica).

Curiosamente, por esta vía, se resuelve en buena medida la situación ejemplificada atrás del ciudadano italiano que busca erosionar base imponible creando una entidad costarricense sin sustancia pero que no pertenece a un grupo multinacional: por el carácter no de fuente costarricense del capital, pagaría impuesto. Solo que se hace de una manera poco clara y transparente, siendo incongruente con el criterio de “no calificada” como el fundamental para determinar el gravamen de rentas de fuente extranjera.

Por lo demás, el proyecto -resueltas las inconsistencias apuntadas- va en consonancia con las orientaciones del Consejo de la Unión Europea, que buscan gravar rentas pasivas únicamente cuando la entidad receptora de éstas no desarrolle actividad económica real en Costa Rica, con algunas excepciones como las entidades tenedoras o holdings que únicamente reciben dividendos (no otro tipo de rentas) del exterior (al no ser deducibles los dividendos en el exterior, no generan erosión de las bases imponibles y, por lo tanto, no incurrir en efectos nocivos para otros países).

Cordialmente,

Dr. Adrián Torrealba Navas  
Coordinador Comisión Tributaria  
Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica