

# Facio&Cañas

---



**TERRALEX**



**A LexMundi Member**  
World Ready in Central America

# Temas selectos de la tributación de inversiones

Adrián Torrealba Navas  
Erik Ramírez Vargas  
César Augusto Domínguez Crespo

---

**A LexMundi Member**  
World Ready in Central America



# Estructura de la presentación:

- I. Territorialidad ¿Un principio en asedio?
- II. Conceptos de afectación: material y formal
- III. Rentas, Ganancias y Pérdidas de Capital
- IV. Diferencial cambiario
- V. Algunas ideas sobre protección patrimonial
- VII. Límites a la planificación fiscal: las cláusulas antielusivas.
- VIII. Ejemplo práctico contable sobre la problemática especial de las “sociedades inactivas”

# I. Territorialidad, ¿Un principio en asedio?

- Criterio jurisprudencial reciente (sentencia No 23955-2022 del 12 de octubre de 2022, Sala Constitucional):
- “Es evidente, entonces, que si la empresa accionante es una empresa domiciliada en Costa Rica, su fuente productora de renta es costarricense y el capital invertido en el extranjero es costarricense, los rendimientos obtenidos forman parte de los ingresos gravables de la empresa en Costa Rica, pues existe una vinculación económica entre los ingresos producidos en el extranjero y la fuente productora de empresa domiciliada en Costa Rica, lo que no lleva en sí mismo un cambio del concepto de renta territorial (...) por cuanto el legislador expresamente dispuso cuáles eran los ingresos gravables. Por ello, sin lugar a dudas, el criterio de vinculación económica deriva de la ley misma al considerar gravables los ingresos vinculados a la fuente productora de renta.”

# I. Territorialidad ... continuación.

Sala muestra una lamentable y desafortunada ignorancia de la diferencia entre el criterio de territorialidad y renta mundial:

- a) *TERRITORIALIDAD se basa en la conexión objetiva a un territorio: la sujeción se determina por el hecho de que un sujeto genere renta o tenga un patrimonio **dentro del territorio de un país** (territorialidad en sentido estricto).*
- b) *RESIDENCIA O CIUDADANÍA se basan en la conexión principalmente subjetiva a un territorio: la sujeción se determina por el hecho de que un sujeto **tenga su domicilio o residencia en un país, independientemente del país en que se genere su renta o tenga su patrimonio** (este es el criterio de residencia o “renta mundial”). Incluso, “centro de intereses vitales”*

# I. Territorialidad ... continuación.

La Sala muestra además una clara dificultad para entender la categorización de ingresos, peor cuando esto ocurre en un sistema tributario de carácter cedular.

Coloca a los contribuyentes domiciliados en Costa Rica en el peor de los escenarios, pues no se respeta un criterio estricto de territorialidad y tampoco existen mecanismos unilaterales de eliminación de doble o múltiple imposición.

# I. Territorialidad ... continuación.

- Sala Constitucional, al citar el artículo 1 LISR, ignora el siguiente apartado:

“Para los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá por rentas, ingresos, o beneficios de fuente costarricense, los provenientes de servicios prestados, bienes situados o **capitales utilizados** en el territorio nacional, que se obtengan durante el período fiscal, de acuerdo con las disposiciones de esta ley.”

Párrafo que es perfectamente tomado en cuenta por el Voto Salvado del Magistrado Roberto Garita, lo que lo lleva a declarar con lugar la acción.

# I. Territorialidad ... continuación.

- “ya que el inciso ch) del artículo 6 de la Ley No. 7092, que establece las exclusiones de la renta bruta, está referida a las rentas generadas en virtud de contratos, convenios o negociaciones sobre bienes o capitales localizados en el exterior. En esta dirección, el Órgano Asesor nos expresa que en tanto que los rendimientos que obtiene la empresa accionante en el exterior no son bienes o capitales localizados en el exterior, sino que derivan de capital domiciliado en Costa Rica, que es donde se encuentra la fuente productora de ingresos de la accionante, por lo que resultan gravables en el impuesto a las utilidades.”

El Voto salvado de Roberto Garita es contundente de que el lugar de origen del capital no es lo relevante, sino el lugar de su utilización para generar rendimientos. Lo contrario es introducir renta mundial.

# I. Territorialidad ... continuación.

Basta con consultar un Diccionario de sinónimos para constatar esta lista de sinónimos:

**Localizar**, ubicar, situar, **colocar**, emplazar.

La tesis de la jurisprudencia de la Sala Primera es que como los capitales invertidos en el exterior se materializan como inversiones de una empresa radicada en el país (dueña de los fondos), tales fondos “están aquí” y, por tanto, los intereses serían de fuente costarricense, lo cual es ilógico, pues cuando el capital pasa del prestamista al deudor, aquel no “conserva” el capital, que fluye hacia el deudor. Decir lo contrario es tan absurdo como decir que los \$30.000.000 que prestó el Banco de Costa Rica para lo del cemento chino sigue “localizado” en el Banco.

[www.diccionariodesinonimos.es](http://www.diccionariodesinonimos.es)

# I. Territorialidad ... continuación.

Proyecto de Interpretación auténtica del artículo 1 de la LISR, Ley 7092, del 21 de abril de 1988. Expediente 23.187

- ARTÍCULO ÚNICO- Se interpreta auténticamente el artículo 1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, Ley N.º 7092, de 21 de abril de 1998, y sus reformas, en el sentido que estarán gravadas con el impuesto sobre la renta únicamente los ingresos que resulten de transacciones o contratos cuya fuente esté ubicada en el territorio costarricense. Para estos efectos, el concepto de fuente costarricense deberá supeditarse a los servicios prestados, bienes situados o **capitales en el territorio nacional** y, para cuyos efectos, deberá entenderse el territorio nacional como los límites geográficos y geopolíticos que establece el artículo 6 de la Constitución Política, **independientemente del origen de los bienes o capitales, o el lugar de negociación sobre estos.**

Jorge Dengo Rosabal, Kattia Cambronero Aguiluz, Eliécer Feinzaig Mintz, Johana Obando Bonilla, Diego Vargas Rodríguez, Gilberto Campos Cruz

# II. Conceptos de afectación: material y formal

## Material

- Definida en el artículo 3 bis al señalar que se consideran afectos aquellos elementos patrimoniales que sean necesarios para la obtención de rendimientos.

## Formal

- Pese a existir afectación material, por disposición normativa (ficción) se considera ausente la afectación:
- Inversión en títulos valores de mercado financiero materialmente esté afecta a una actividad lucrativa, el artículo 1 bis, 3, c) dispone que se consideran no afectos, salvo que el propio contribuyente -no la Administración- opte por demostrar la existencia de la afectación material;
- Una actividad de arrendamiento o licencia de bienes muebles y derechos puede considerarse materialmente afecto a una actividad lucrativa, según la definición del artículo 1.1. RLISR-: PERO si el contribuyente no opta por tributar en el impuesto sobre las utilidades, los bienes y derechos se considerarán NO afectos, ya no por un criterio material, sino formal.

# Afectación material como límite



- **Limitación al ejercicio de opción.**
- El activo que produce alquileres solo estaría afecto si: a) el contribuyente tiene OTRA actividad sujeta a utilidades; b) y el activo está afecto a esa actividad. **No hay opción, sino afectación legal.**
- Ejemplo: una entidad presta servicios profesionales y, además, alquila o subalquila el inmueble a los profesionales personas físicas que prestan materialmente dichos servicios a través de la entidad.
- Entidad tiene dos actividades:
  - prestación de servicios y alquiler de inmueble, siendo que el inmueble se considera afecto a la otra actividad- la prestación de servicios legales.
  - En este caso procede la integración y, por tanto, se excluye la aplicación del impuesto del Capítulo XI.
  - Según DGT-162-2022 cuando esto sucede, debe comunicarse antes del inicio del período fiscal del ISU. Esto lo establece el art. 2 de la Resolución DGT-R-058-2019. *Crítica: este deber de comunicación tiene sentido cuando es afectación por opción no cuando es legal o material. ¿Porque cuál sería la consecuencia si no se comunica: tributar en el Cap. XI, cuando se supone que hay obligación de tributar sí o sí en el ISU? No comunicar sería una forma de optar contra legem! O sanción impropia.*

## II. Conceptos de afectación ... continuación

### Afectación legal o material

- Oficio DGT-162-2022:
  - Sociedad inscrita en dos actividades (actividades de sociedades en cartera y prestación de servicios de asesoramiento empresarial y materia de gestión).
  - Otorga préstamos a su subsidiaria.
  - Actividad de prestamista cuando existe una actividad adicional gravada con el ISU: “existe una afectación de activos que son necesarios y se utilizan para la obtención de rendimientos.”
  - Pregunta si debe inscribirse por ese préstamo en el RUT bajo el código de actividad 659901 (servicio de préstamo (prestamistas)).
  - DGT: Debe inscribirse y debe tributar en Cap.XI, salvo que demuestre una afectación legal (no parece ser el caso porque el capital que se presta no es instrumental para la actividad de asesoramiento, a menos que se demostrara que los rendimientos se utilizan para capital de trabajo).

# Supuesto de no integración



**Numeral 3, literal c. del artículo 1 bis de la Ley:**

**3. No se consideran afectos:**

c. Los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad y **de la cesión de capitales a terceros, siempre que estos últimos sean de oferta pública, o emitidos por entidades supervisadas por los órganos adscritos al Consejo Nacional de Supervisión del sistema Financiero, o participaciones de fondos de inversión; salvo que el contribuyente pueda probar una vinculación efectiva con la actividad lucrativa mediante el procedimiento que se determine.**

## II. Conceptos de afectación ... continuación

### **Afectación de intereses de inversiones de reserva de liquidez (ejercicio opción)**

- Oficio DGT-631-2021:
- Empresa creada de conformidad con disposiciones Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central.
- Tiene líneas de financiamiento con BCIE.
- Para desarrollo de proyectos, realiza reservas de liquidez: CDPs de corto plazo, directamente relacionados con las operaciones habituales de la Compañía, que están gravadas con el ISU. Agrega que las reservas de liquidez que están en los CDP son elementos patrimoniales que son necesarios y se utilizan para las operaciones gravadas con el ISU. En este sentido, considera la consultante que el dinero está totalmente afecto a sus actividades lucrativas, de forma que los CDP no pueden dividirse o separarse de las operaciones ordinarias de la Compañía, sino que, por el contrario, estos están afectos en su totalidad como elementos patrimoniales indispensables para que su representada pueda operar.
- DGT confirma el criterio

# Integración de rentas de entidades sujetas a inspección CONASSIF

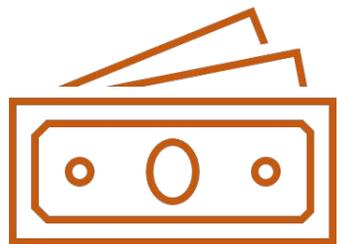
- El artículo 3 bis RLISR establece que tratándose de las entidades sujetas a vigilancia e inspección de las superintendencias adscritas al CONASSIF se entenderán integradas todas las rentas que obtengan estas entidades incluyendo las mencionadas en el capítulo XI de la Ley.
- ¿Contradice lo dispuesto en el numeral 3, literal c. del artículo 1 bis de la Ley?

Podría alegarse que es una interpretación lógica a partir de que no se aplican las disposiciones sobre deducción proporcional de gastos: esta norma solo tiene sentido, para no constituirse en un privilegio para estas entidades, por el hecho de que todas las rentas que generan se consideran integradas en la base imponible del impuesto sobre las utilidades.



Facio&Cañas

# Opción rentas inmobiliarias y mobiliarias



Con el requisito de tener al menos un empleado, la Ley para las inmobiliarias, y el RLISR también para las mobiliarias (únicamente de bienes muebles y de derechos de propiedad intelectual), admite optar por tributar en IU, y no en Cap. XI (ver 3 ter y 3 quater).

# III. Rentas, Ganancias y Pérdidas de Capital

Tratamiento de distribución de dividendos en entidades solo sujetas al Capítulo XI

Si la ganancia de capital obtenida por una entidad es, total o parcialmente, restituida al socio, se plantea si ello generaría una renta del capital inmobiliario por distribución de renta disponible (artículo 27 ter, 2, iv), debiendo aplicarse un 15% adicional.

Tal impuesto adicional sería improcedente por cuanto la definición de “renta disponible” contenida en el artículo citado presupone que: a) se trata de un contribuyente del impuesto de utilidades; b) que, además, sea activo y, por tanto, esté en condiciones de generar la obligación tributaria establecida en el artículo 15 de la Ley (la del impuesto de utilidades). Al ser en este caso la sociedad un contribuyente que tributaría exclusivamente en el Capítulo XI, no se generaría este impuesto adicional.

# III. Rentas, Ganancias y ... continuación

Tratamiento de distribución de dividendos en entidades solo sujetas al Capítulo XI

- La Dirección General de Tributación se ha pronunciado –véase el oficio DGT-1784-2019, de 9 de octubre-, y con argumentos poco convincentes, en el sentido de que aun cuando la entidad distribuidora de dividendos o rendimientos solo esté sujeta al Capítulo IX (un caso de rentas inmobiliarias) se genera el impuesto a la renta disponible como renta del capital mobiliario.
- Esto afecta, por ejemplo, inversiones en títulos valores que se tienen en una sociedad.

# III. Rentas, Ganancias y ... continuación

- Oficio DGT-399-2021:

- Una sociedad holding (pasiva) invierte en participaciones de fondos de inversión se acepta que están sujetas a un impuesto único y definitivo. Sin embargo, esto se entiende por la exención de las rentas y ganancias de capital derivadas de las participaciones de los fondos de inversión:
  - Se gravan los intereses de los títulos en que invierte el Fondo de Inversión como impuesto único y definitivo.
  - *Exentos los rendimientos de la sociedad por su título de participación en el Fondo de Inversión. Esto no lo dice el oficio ni lo interpreta el consultante.*
  - *Aunque no viene al caso, señala que los dividendos o participaciones sociales que reciben las sociedades están exentos si es activa (tienen una actividad lucrativa y declaran en el ISU), no si es pasiva.*
  - Pero cuando la sociedad distribuye dividendos a sus socios, hay distribución de renta disponible? Esto no lo dice ni lo plantea el consultante que parece satisfacerse con que le digan que es un *impuesto único y definitivo*.

# III. Rentas, Ganancias y ... continuación

- Holding activa
- *Holding* es activa -por ejemplo, presta servicios gravables a las entidades cuya propiedad ostenta, los cuales son gravables en el impuesto sobre las utilidades, aplica lo dispuesto en el Numeral 3, literal c. del artículo 1 bis de la Ley:
  - 3. No se consideran afectos:
    - c. **Los activos representativos de la participación en fondos propios de una entidad** y de la cesión de capitales a terceros, siempre que estos últimos sean de oferta pública, o emitidos por entidades supervisadas por los órganos adscritos al Consejo Nacional de Supervisión del sistema Financiero, o participaciones de fondos de inversión; **salvo que el contribuyente pueda probar una vinculación efectiva con la actividad lucrativa mediante el procedimiento que se determine.**
    - **Opción para el contribuyente:** si bien, como regla general, se considera que las acciones no están afectas a una actividad lucrativa, el contribuyente podría demostrar que sí existe una vinculación efectiva. En el caso de una *holding activa*, tal vinculación derivaría de que los servicios que se prestan están estrechamente vinculados a la tenencia de acciones del prestador del servicio.
- Ahora, **¿cuál sería el incentivo para ejercer esta opción?** Claramente, lo sería la exención prevista en el artículo 6 d) LISR:
  - *“Estarán exentas las ganancias de capital obtenidas por sociedades mercantiles que desarrollan una actividad lucrativa en virtud de la enajenación de acciones y de otros títulos de participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad afectos a su propia actividad lucrativa, en la parte correspondiente a utilidades no distribuidas.”* O exención de cooperativas, por ejemplo.
  - Esta exención solo aplica para efectos del impuesto de utilidades, pues no está contemplada entre las exenciones del impuesto del Capítulo XI. Tiene una limitación: se exonera la parte de la ganancia que sea consecuencia de las utilidades distribuidas que tenga la empresa. Si la ganancia tuviera un componente exógeno -especulativo- de mercado, q

# III. Rentas, Ganancias y ... continuación

## Tipos de ganancias de capital

### Ganancias de capital por transmisión

- Las ganancias de capital se definen como la renta generada por la diferencia de valor entre el precio de adquisición y el de enajenación o transmisión de un determinado bien o derecho.

### Ganancias de capital por incorporación

- También se les denomina así a las llamadas “incorporaciones patrimoniales”, esto es, a la incorporación al patrimonio de bienes y derechos que no estén vinculados a una enajenación previa, como pueden ser los premios, las indemnizaciones, las subvenciones, herencias, legados o donaciones desde la perspectiva del heredero o donatario, etc. (base imponible: valor de mercado del bien o derecho –art. 30 LISR)

# III. Rentas, Ganancias y ... continuación

## Alteración en la composición del patrimonio

- El concepto de “alteración en la composición del patrimonio” alude a que, a través de cualquier acto jurídico, la estructura del patrimonio de una persona física o jurídica cambia, como resultado de que un elemento del patrimonio sale de éste, o de que un elemento de patrimonio ingresa, o de un concomitante ingreso y salida de elementos patrimoniales.
- Por ejemplo, una cuenta por pagar es un elemento del pasivo; cuando ésta se paga, se reduce, sustituyéndose por una reducción de una cuenta del activo- bancos o caja: se tenía una cuenta por pagar de 1000 y 1000 en caja; al pagarse la cuenta, se disminuye la deuda por 1000 y la caja en 1000. Como puede verse, se dio una salida de un elemento de activo (bancos o caja) y una salida un elemento de pasivo (disminución de la deuda). El patrimonio se vio alterado. En este ejemplo, sin embargo, no se generó ni ganancia ni pérdida de capital, pues el valor total del patrimonio se mantuvo inalterado.

# III. Rentas, Ganancias y ... continuación

## Alteración en la composición del patrimonio

- Una entidad tiene un terreno en su patrimonio y lo vende a un tercero: cuenta de activos “terrenos” se ve disminuida (salida de un elemento patrimonial) y su cuenta de activos “bancos” se ve aumentada (entrada de un elemento patrimonial). Si el costo de adquisición del terreno registrado es menor que el monto de dinero que entra a bancos, se habría generado una ganancia de capital, como consecuencia de la alteración en la composición del patrimonio.
- Artículo 29 del Reglamento a la Ley del Impuesto sobre la Renta (RLISR):

“Se consideran ganancias y pérdidas de capital cualquier variación en el valor del patrimonio de los contribuyentes, por una alteración realizada en la composición del mismo. En el caso de las ganancias de capital, ocurren entre otros, cuando se obtengan beneficios netos resultantes de la venta o enajenación de un activo de capital, y su precio de venta sea superior a su valor de adquisición.”

La alteración o cambio en la composición del patrimonio y el criterio de realización están inescindiblemente unidos: el concepto de “realización” de una ganancia de capital implica que la composición del patrimonio ha variado.

# III. Rentas, Ganancias y ... continuación

Aportes no dinerarios a sociedades: la ganancia o pérdida se determinará por la diferencia entre el valor de adquisición de los bienes o derechos aportados y la cantidad mayor de las siguientes:

- i. Valor nominal de las acciones o participaciones sociales recibidas por la aportación o la parte correspondiente de dicho valor. (+ importe de las primas de emisión).
- ii. Valor de cotización de los títulos recibidos en la fecha de formalización de la aportación o el día inmediato anterior.
- iii. Valor de mercado del bien o derecho aportado.

# Ganancia de capital no domiciliado

- Oficio DGT-587-2021:
- Si es inmueble, el comprador debe retener el 2.5% como pago a cuenta y vendedor luego debe autoliquidar-pagar el impuesto.
- Si es otro bien o derecho situado en el territorio nacional, la retención solo si el comprador es un contribuyente ISU, como pago a cuenta
- Si no hay obligación de retención, el vendedor no domiciliado debe autoliquidar-pagar el impuesto completo.

# Tratamiento de ganancia de capital: opción

## Capítulo IX

### • RÉGIMEN GENERAL

- Régimen general: 15% sobre base imponible conformada por la diferencia entre valor de transmisión y valor de adquisición

### • RÉGIMEN DE PRIMERA VENTA

- 2,25% sobre el valor de transmisión.
- Basta que sea un bien adquirido de previo al 1 de julio 2019.

# Concepto de “primera venta”

- Art. 44 Regl: “se entenderá referida a cada bien o derecho que se enajene a partir de la entrada en vigencia del citado Capítulo XI, pudiendo el contribuyente optar por el tratamiento diferenciado al momento en que se realice la primera enajenación o transmisión de cada uno de esos bienes o derechos.
- Debe manifestarse la opción en la declaración autoliquidativa.

# IV. Diferencial cambiario

Ganancias y pérdidas cambiarias sujetas al impuesto sobre las utilidades se gravan aunque no estén realizadas: artículo 5 LISR señala que “Las diferencias cambiarias originadas en activos o pasivos, que resulten entre el momento de realización de la operación y el de percepción del ingreso o pago del pasivo, **o el del cierre del período fiscal**, constituirán una ganancia gravable o una pérdida deducible en su caso...”



En cambio, para efectos del impuesto del Capítulo XI, las ganancias cambiarias gravables solo son aquellas que se generan entre el momento de realización de la operación y el de percepción del ingreso o pago del pasivo, siendo irrelevante el momento de cierre del período fiscal.



De manera sorprendente, sin embargo, la DGT, en su oficio DGT-867-2020 y en Criterio DGT-CI-04-2020 (anulado) contra lo que señala el artículo 5 LISR citado, que únicamente son gravables o deducibles las ganancias y pérdidas cambiarias realizadas.

## IV. Diferencial cambiario

- **Oficio DGT-399-2021:**

- Sostiene que es errónea la interpretación del consultante al estimar que la ganancia o pérdida de diferencial cambiario solo se obtendría en el momento en que los CDP se conviertan a moneda nacional. Se tiene por realizada al vencimiento del CDP, con independencia de si éste es o no renovado o es o no convertido materialmente a moneda nacional. O antes del vencimiento, con la venta del CDP.

- **Oficio DGT-457-2022**

- Sostiene que si se invierte en un título valor en dólares a un año plazo (por ejemplo), se produce una ganancia cambiaria gravable cuando al final del plazo se le devuelve el monto del capital a un tipo de cambio distinto del que utilizó cuando se adquirió el título. Es decir: **entre el momento de adquisición del activo y el momento de devolución o renovación.**

## IV. Diferencial cambiario ... CONTINUACIÓN

- CAMBIO DE CRITERIO: Criterio institucional DGT-CI-001-2022
- Regula el tema de la posible generación de un diferencial cambiario producto de una inversión en instrumentos financieros.
- Ante una devolución del capital que se genere producto de una inversión realizada en moneda extranjera:
  - Devolución al vencer plazo: Se debe registrar la ganancia por valuación (art. 81 LISR) PERO no se genera diferencial gravable hasta que se dé un cambio efectivo de la moneda extranjera a moneda nacional.
  - Renovación de la inversión: Igual tratamiento.

## IV. Diferencial cambiario ... CONTINUACIÓN

- Venta de instrumentos financieros:
  - La posible ganancia o pérdida así como el diferencial cambiario que se produzca, se encuentran afectos al impuesto sobre ganancias y pérdidas de capital. Debe ser colonizada al tipo de cambio de venta del BCCR vigente al día de la verificación del hecho generador.

# Transitorio XXIII

- **OFICIO DGT-565-2021**

- “es claro que el transitorio pretende regular (al legislador le preocupó este desface) los instrumentos financieros que fueron adquiridos por los contribuyentes, (que estaban en manos de los contribuyentes) antes de la entrada en vigencia de la Ley N°9635 (con anterioridad al 01 de julio de 2019), bajo dos escenarios:

**a)** Aquellos que **poseía el contribuyente** al momento en que **realizó la inversión**; o sea, estamos hablando de aquellos adquiridos por una persona física o jurídica **que realizó la inversión** antes de la entrada en vigencia de la Ley N°9635.

**b)** Aquellos que adquirió el contribuyente **por medio de una adquisición contractual**, previo a la entrada en vigencia de la Ley N°9635; o sea, aquellos en los que **medió un contrato de adquisición** de dichos instrumentos financieros”.

# Ganancias de capital y territorialidad

- El Proyecto de Reglamento a la Ley del Impuesto sobre la Renta -texto que luego desapareció de la versión final- decía que “Se entiende por un derecho situado en territorio nacional, siempre que se cumpla al menos una de las siguientes condiciones:
- Que se encuentre inscrito o sea susceptible de inscripción en un registro público costarricense.
  - 2) Que su cumplimiento pueda exigirse de acuerdo con la legislación de CR y ante un juez nacional.
  - 3) Que pueda ejercitarse en Costa Rica.
- El titular de acciones de empresas operativas fuera de Costa Rica no tiene sus acciones afectas a la obtención de rentas gravadas en el impuesto a las utilidades, pero la ganancia de capital no sería de fuente costarricense (pues la acción genera rentas del capital que no son de fuente costarricense y, por tanto, la venta de las acciones no genera ganancia de capital de fuente costarricense, máxime que el valor de ésta se determina por las utilidades acumuladas, que son de fuente extraterritorial).

## VI. Algunas ideas sobre protección patrimonial

### Fideicomisos de protección patrimonial

- Presentan el problema de la eventual doble imposición: que se entienda que se da una primera tributación al nivel del fideicomiso y luego un segundo nivel cuando se distribuye a fideicomisarios.
- Es posible explorar alguna versión de fideicomisos en que el traslado de los fondos a estos solo sea en cuanto a la nuda propiedad o en un esquema de custodia, con el fin de eliminar la doble imposición. Habría que ver si esto es compatible con las reglas indispensables que se quiere tengan los fideicomisos. Se deja esta opción de estudio planteada por el momento.”
- Un traslado de propiedad sin usufructo no deja, por ello, de ser un traslado de “propiedad”, sino que, simplemente, es un traslado de propiedad limitada. Esto evidencia que un traslado de propiedad sin usufructo a un fideicomiso no implica un uso manifiestamente inapropiado de la figura del fideicomiso. Esta apreciación se refuerza por cuanto la figura del fideicomiso es sumamente amplia en cuanto deja a la autonomía de la voluntad la definición de los fines que se predeterminan en el acto constitutivo del fideicomiso, en tanto sean “lícitos” (artículo 633 del Código de Comercio).
- Según el fideicomiso que se trate, el beneficiario podría ser el propio fiduciario o fideicomiso en la medida que no deba estar distribuyendo los rendimientos sino que los mantuviera para sí hasta que se diera la condición resolutoria del fideicomiso; o, bien, podría ser el beneficiario un tercero o el propio fideicomitente o un fideicomisario.

# VI. Algunas ideas sobre protección patrimonial

## Fideicomisos de protección patrimonial

- Para evitar la doble imposición, el fiduciario no sería el beneficiario de las rentas que produce el patrimonio fideicometido, lo que implicaría que debe depositar periódicamente los rendimientos de manera directa en una cuenta del Usufructuario.
- Por eso una de las características relevantes de los fideicomisos debe ser una cláusula que ubica la titularidad de los rendimientos en el fideicomitente-usufructuario, de modo que lo que se ha cedido al fideicomiso en “propiedad fiduciaria” es la “nuda propiedad” del patrimonio fideicometido, manteniéndose el derecho pleno a los frutos, o usufructo, en cabeza del fideicomitente-usufructuario. Ello implica que si bien el fideicomiso- en cabeza de fiduciario- es el titular formal de las rentas, estas las recibe a nombre propio, pero por cuenta de un tercero.
- El establecimiento de un fideicomiso con tales características no puede ser válidamente considerado como un uso manifiestamente inapropiado o artificioso de la figura del fideicomiso (arts. 8 y 12 bis CNPT).

# VI. Algunas ideas sobre protección patrimonial

## Fideicomisos de Administración e inversión con cláusula testamentaria

- Oficio DGT-675-2021

- Fideicomitente aporta determinados bienes con el objeto de que con ocasión de su muerte se entregue a las personas designadas.

- Realiza retiros de capital aportado o sobre rendimientos
- Realiza pagos fijos
- Servicios públicos y desembolsos con cargo al fondo.
- Recibe nuevos aportes del fideicomitente y capitaliza rendimientos

Impuesto aplicable: Capítulo XI salvo que se pueda demostrar que el patrimonio del fideicomiso se utiliza también para una actividad lucrativa que esté sujeta al ISU.

# VI. Algunas ideas sobre protección . . . continuación

- Oficio DGT-797-2021:
- **Aporte a un fideicomiso de garantía o testamentario** se considera por disposición expresa del 27 ter inciso 3 subinciso b), aparte iii que no conlleva “alteración en la composición del patrimonio”.
- Ante la pregunta de si un **aporte a un fideicomiso de tenencia o custodia temporal de inmuebles o a un fideicomiso de garantía**, señala que solo éste implica la ausencia de hecho generador de ganancia de K.
- Y si la devolución genera alteración da a entender que sí, pues la dispensa **es solo para el aporte**.
- Además, en la devolución ya se agota la “primera venta”.
- Problema de que la devolución no es onerosa: aplica regla del 30,2 (base imponible valor de mercado de los bienes o derechos que se incorporen al activo o patrimonio del contribuyente).
- Mismo problema con el fideicomiso testamentario, en que la exención es solo para “herencias” o “donaciones”.

# VI. Algunas ideas sobre protección ...

continuación

- ¿Podría asimilarse la devolución a una “donación” o sería un uso inapropiado de la figura para efectos de la exención?
- ¿Podría asimilarse la entrega al fideicomisario designado en caso de muerte del fideicomitente a una “herencia” para efectos de aplicar la exención? Problema de interpretación de la palabra “herencia”: Real Academia: “2. Conjunto de bienes, derechos y obligaciones que, al morir alguien, son transmisibles a sus herederos o a sus legatarios”. Fideicomiso testamentario es una figura apropiada, no artificiosa, para transmitir derechos y obligaciones a un heredero (art. 8 y 12 bis CNPT).
- En realidad la norma del 27 ter,3b)iii debe entenderse como una norma de no sujeción, por lo tanto meramente ejemplificativa (para amparar la devolución en fideicomisos de garantía o para el aporte a otros fideicomisos de mera custodia de bienes).

# VI. Algunas ideas sobre protección ...

continuación

## **Ganancia de capital en constitución de una Fundación de Interés Privado (Panamá)**

- Al ser típicamente una entrega gratuita de bienes y derechos como se constituye una FIP, debe utilizarse el esquema formal de una donación, para aprovechar la exención.
- Otra forma no onerosa podría generar una ganancia de capital de un no domiciliado por incorporación patrimonial, gravable.

# VII. Límites a planificación fiscal: Cláusulas antielusivas

## Criterio de realidad económica (art. 8 CNPT)

- Cláusula de estándar mínimo, no amplio (no es el tipo BEPS, test de propósito principal)
- Requisitos de aplicación (acumulativos):
  - Uso manifiestamente inapropiado de las formas jurídicas
  - Ausencia de propósito de negocio más allá del ahorro tributario (por jurisprudencia)

## Cláusula general antielusiva (art. 12 bis CNPT)

- Cláusula de artículo 11 MCTCIAT: de estándar mínimo, no amplio.
- Requisitos de aplicación:
- Actos artificiosos o impropios.
- Ausencia de propósito de negocio más allá del ahorro tributario (explícito en la norma)

# Condiciones de aplicación de las cláusulas antielusivas generales

## APLICA CAG

- Uso **inapropiado o artificioso** de un acto o negocio que refleja que no hay más propósito o motivo económico distinto del ahorro tributario (y del efecto que se consigue con la figura usual o apropiada).

## NO APLICA CAG

- Uso **apropiado** de un acto o negocio que tiene el mismo efecto **que otro acto o negocio apropiado** y que se usa SOLO por un propósito ahorro tributario (típica economía de opción).

## Régimen de reorganización empresarial y motivos económicos válidos (CAE)

- El régimen de reorganización empresarial previsto en el artículo 27 quater LISR, con su efecto de que se tengan por no realizadas las ganancias de capital que pudieran derivar de transacciones de reorganización (fusiones, escisiones, aportes de capital no dinerarios, entre otras), tiene como condición la existencia de “motivos económicos válidos”.
- Esta expresión tiene como origen la Directiva comunitaria europea 90/434/CEE, la cual delimitaba un régimen fiscal común aplicable a determinadas operaciones de reestructuración empresarial, orientado a eximirlos de los rigores del pago automático de determinados impuestos.

# VI. Ejemplo práctico contable sobre la problemática especial de las “sociedades inactivas”

- El CPA Erik Ramírez presentará ejemplo práctico contable sobre el tema.

¡Muchas gracias!

Adrián Torrealba Navas – [atorrealba@fayca.com](mailto:atorrealba@fayca.com)

Erik Ramírez Vargas – [eramirez@fayca.com](mailto:eramirez@fayca.com)

César A. Domínguez C. – [cdominguez@fayca.com](mailto:cdominguez@fayca.com)

---

**A LexMundi Member**  
World Ready in Central America



# Facio&Cañas

---

[www.fayca.com](http://www.fayca.com)



**A LexMundi Member**  
World Ready in Central America

