

# Las Normas Antielusivas Específicas de la Ley Interna y su Aplicación a Nivel del Tratado

Walker Villanueva Gutiérrez\*

## Resumen:

En el presente artículo, el autor analiza si es compatible la aplicación de las Normas Antielusivas Específicas (NAE) en el ámbito del Convenio para evitar la Doble Imposición (CDI). Para tal propósito, indaga sobre si el ordenamiento peruano adopta una postura monista o dualista sobre la incorporación de los CDI'S, de tal manera que se establezca la relación entre la ley interna y el tratado mediante la técnica de la remisión.

## Abstract:

In this article, the author analyzes if the application of the Specific Antievasive Rules (NAE) is compatible in the scope of the Convention for the Avoidance of Double Taxation (CDI). For this purpose, he investigates if the Peruvian legal system adopts a monistic or dualistic position on the incorporation of CDI's, so that the relationship between internal law and treaty by the technique of remission is established.

## Palabras clave:

Normas Antielusivas Específicas (NAE) – Normas Antielusivas Generales (NAG) – Convenio para evitar la Doble Imposición (CDI) – Tratado – Ley interna – Remisión

## Keywords:

Specific antievasive Rules (NAE) - General antievasive Rules (NAG) - Convention for the Avoidance of Double Taxation (CDI) - Treaty - Internal Law - Reference

## Sumario:

1. Introducción – 2. Fundamentos normativos en la aplicación de la Norma Antielusiva General – 3. Fundamentos interpretativos en la aplicación de la NAG o NAE – 4. La incorporación de los CDIs a la ley interna ¿monista o dualista? – 5. El principio de jerarquía, de especialidad y de competencia – 6. Aplicación de NAE por remisión expresa del CDI – 7. La aplicación de las NAE internas por remisión del artículo 3.2. – 8. Los gastos nomenclaturales y las rentas nomenclaturales – aplicación de la norma de precios de transferencia como NAE – 9. Conclusiones

\* Profesor de Derecho Tributario de la Maestría en Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo de la Universidad ESAN. Master en Asesoría Fiscal Por la Universidad de Navarra España. Post Grado en International Taxation Leiden University. Socio del Estudio Ferrero.

## 1. Introducción

El presente artículo buscará analizar la relación entre el Convenio para evitar la Doble Imposición (CDI) y la ley interna que prevé Normas Antielusivas Específicas (NAE). Juzgamos este análisis como necesario, por cuanto los fundamentos bajo los cuales se defiende la compatibilidad de las NAE o las Normas Antielusivas Generales (NAG) en el ámbito de los CDI, no son sólidos ni convincentes.

Se ha esbozado en la doctrina fundamentos que provienen de las fuentes del derecho internacional público (principio del abuso del derecho, principio de la nación civilizada, costumbre internacional) o fundamentos que provienen de la teoría general de la interpretación de los tratados (el principio de buena fe, la interpretación según la finalidad del Tratado, el contexto del tratado, etc.), como veremos líneas adelante en detalle.

Nuestro planteamiento es que las NAE de la ley interna pueden aplicarse en el ámbito del CDI para todo concepto jurídico no definido en su contenido, caso en el cual la colaboración supletoria de las NAE no vulneran el CDI sino lo complementan en el ámbito que le es propio, esto es, de reglas que limitan la potestad tributaria de los Estados contratantes. Sin embargo, esta relación de NAE de la ley interna y el CDI, requiere revisar brevemente las relaciones entre ambos tipos de ordenamientos, el carácter monista o dualista del ordenamiento Peruano, los principios jurídicos que regulan su interrelación.

Una vez examinada las teorías referidas a la compatibilidad de las NAG o NAE en el ámbito de los tratados, así como las relaciones entre el CDI y la ley interna, analizamos dos situaciones de aplicación de NAE en el ámbito del CDI: (i) las derivadas de la remisión expresa del CDI al concepto de la ley interna del país de la fuente

y (ii) las derivadas de la remisión supletoria del artículo 3.2. del CDI a la ley interna de los países contratantes.

Observamos que la tendencia de los CDI es de incorporar Cláusulas Antielusivas Específicas en el propio Convenio, entendemos por el amplio debate y discusión teórica respecto de los principios y criterios que defienden la compatibilidad de las NAE en el ámbito de los tratados.

En el caso del Perú, los CDI vigentes (Canadá, Chile y Brasil bajo el modelo OCDE) no tienen una regulación exhaustiva de NAE<sup>1</sup> a diferencia de los recientes CDI negociados y en proceso de ratificación<sup>2</sup>, de modo que, las transacciones elusivas pueden combatirse a través de la aplicación del artículo 3.2 de los CDI celebrados por el Perú y las distintas NAE contenidas en la ley interna. En esta relación compleja entre el CDI y la ley interna, exploramos si sería posible la aplicación dinámica de las NAE al amparo del artículo 3.2. de los CDI.

## 2. Fundamentos normativos en la aplicación de la Norma Antielusiva General

La aplicación de las Normas Antielusivas Generales (NAG) en el marco de los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI) se ha justificado a través de distintos fundamentos: los derivados de las fuentes del derecho internacional y los derivados de los criterios de interpretación de los tratados.

En el primer caso de las fuentes del derecho internacional<sup>3</sup>, se han planteado los siguientes fundamentos:

- a) El reconocimiento del principio del abuso del derecho en la interpretación de los tratados a nivel de la Corte Internacional de Justicia.

1 Los CDI vigentes suscritos por el Perú con Canadá, Chile y Brasil tienen las siguientes CAE. En relación a los beneficios empresariales: a) El cómputo acumulado del plazo entre empresas asociadas para evitar que se eluda el plazo de 183 días que constituye establecimiento permanente. b) La deducción de "gastos nacionales" (intereses, regalías y retribuciones por asistencia técnica) para la atribución de los beneficios empresariales del establecimiento permanente.

En relación a los intereses, dividendos y regalías: a) La cláusula del beneficiario efectivo, a fin de aplicar las tasas límite del CDI. b) La cláusula de valor de mercado para el cálculo de los intereses y regalías a fin de aplicar las tasas límite del CDI y la remisión a la ley interna para el ajuste secundario. c) La cláusula de limitación de beneficios si el propósito exclusivo o principal de una transacción ha sido acceder a las ventajas del CDI. En relación a las ganancias de capital en el CDI con Canadá: a) La cláusula de enajenación de acciones de sociedades patrimoniales que tengan como activos principales inmuebles situados en el estado de la fuente.

2 En cambio, en los recientes CDI suscritos con Corea del Sur, Suiza, México y Portugal, se ha hecho una regulación más exhaustiva de las CAE:

- a) Cláusula de limitación de beneficios para los dividendos, intereses y ganancias de capital (México, art. 22), cláusula de sujeción para los intereses y ganancias de capital (Protocolo México).
- b) Enajenaciones de acciones de sociedades patrimoniales (México y Corea) que en 50% provengan de bienes inmuebles y en la enajenación de acciones de paquetes de control (20%). Se define la enajenación indirecta de acciones (Convenio con Portugal)
- c) La aplicación del beneficiario efectivo para cualquier tipo de rentas (Portugal, art. 11, Protocolo, inciso b), la cláusula de limitación de beneficios para todas las rentas (Portugal, Protocolo art. 11 inciso c), la compatibilidad de las reglas antiabuso de la ley interna en el ámbito del CDI (Portugal, Protocolo).
- d) La cláusula de limitación de beneficios para los dividendos, intereses, regalías, ganancias de capital y otras rentas (Corea, art. 27)
- e) Cláusulas de sociedades instrumentales para los dividendos, intereses y regalías (suiza, Protocolo, art. 10.b)

3 Stef van Weegheland Anna Gunn. A General Anti Abuse Principle of International Law: can it be applied in Tax Cases. En: Essays on Tax Treaties. A tribute to David A. Ward. 2012. IBFB and Canadian Tax Foundation. Pág. 305 a 323.

El abuso de derecho se ha reconocido para el control de las conductas de los Estados y para evitar perjuicios en el otro Estado.

- b) La aplicación del principio del abuso del derecho como una derivación del principio de buena fe previsto en la Convención de Viena. Igualmente el abuso del derecho en el marco de la Convención de Viena es predicable respecto de la conducta de los Estados en resguardo de los derechos del otro Estado<sup>4</sup>.
- c) La existencia de una costumbre internacional en la aplicación del abuso del derecho en los distintos países del mundo. El abuso del derecho como costumbre internacional, requiere no solo una práctica internacional uniforme, sino, también, la consciencia u opinio juris que dicha práctica obliga a los Estados.

Este primer grupo no presenta argumentos concluyentes y convincentes para permitir la aplicación de las NAG en el marco de los CDI, por cuanto los dos primeros que constituyen fuentes normativas del derecho internacional solo se han aplicado para controlar la conducta de los Estados a fin de evitar perjuicios o proteger los derechos del otro Estado que actúa como contraparte, nunca para controlar la conducta de los ciudadanos y menos aún para proteger los intereses de recaudación del propio Estado y no de la contraparte.

La costumbre internacional en la aplicación del abuso del derecho como fuente normativa no justifica la aplicación de la NAG, por cuanto la norma de conducta que se quiere calificar como costumbre internacional debe ser uniforme y general, acompañada de la consciencia jurídica de su obligatoriedad, lo que es, difícilmente, predicable de la NAG, por cuanto existe una variopinta tipología de NAG a nivel mundial, lo que evidentemente no puede generar una consciencia jurídica de su obligatoriedad.

### 3. Fundamentos interpretativos en la aplicación de la NAG o NAE

Respecto de los criterios de interpretación previstos en la Convención de Viena y la justificación del principio del abuso del derecho en el marco de los

tratados<sup>5</sup>, y por lo tanto, la posibilidad de aplicar la NAG o las normas antielusivas específicas (NAE)<sup>6</sup> encontramos los siguientes:

- a) Los tratados no solo tiene por objeto evitar la doble imposición sino también la evasión fiscal<sup>7</sup>. En ese sentido, los tratados que incorporan en su título el combate de la evasión fiscal, pueden aplicar la NAG en la negación de los beneficios del tratado a las transacciones abusivas.

Este fundamento es endeble por varias razones. El título del CDI no define las obligaciones que asumen los Estados, ni tampoco el título, por sí solo, revela un contexto determinado, más aún si el preámbulo y todos los demás documentos que acompañan la celebración de los CDI no hacen ninguna referencia a la elusión fiscal. No solo no existe texto sino que el contexto derivado del título del CDI es insuficiente para servir de fundamento de la aplicación de la NAG o las NAE.

Finalmente, en el caso de Perú, los CDI vigentes con Chile, Canadá y Brasil incluyen dentro de su título la finalidad de prevenir la evasión fiscal, pero ninguna referencia se hace a la elusión fiscal. El ámbito en el cual actúan las NAG y NAE es el de la elusión fiscal y no el de la evasión fiscal, por lo que resulta poco convincente que la sola mención a la evasión fiscal, justifique su aplicación en el ámbito que le es propio.

- b) La interpretación amplia del principio *pacta sunt servanda*<sup>8</sup> a partir de la reformulación del objeto de los CDIs que incorpora el combate contra la evasión fiscal, permite afirmar que la aplicación de la NAG o de las NAE a nivel del tratado deriva de las obligaciones asumidas en el tratado. En otras palabras, no solo no se incumple el compromiso asumido cuando se aplican las NAG o NAE, sino que a través de su observancia, se refuerza el cumplimiento de uno de los objetivos del tratado, el combate contra la evasión fiscal.

Una formulación tan laxa del principio de *pacta sunt servanda*, conduce a que los compromisos asumidos por el CDI no sean precisos y predecibles, y que la asunción de los compromisos no esté basada en el texto

4 Guglielmo Maisto. Domestic Anti Abuse rules and Bilateral Tax Conventions in the Light of Public International Law. En: Essays on Tax Treaties. A tribute to David A. Ward. 2012. IBFB and Canadian Tax Foundation. Pág. 325 a 341.

5 Brian Arnold and Stef Van Weeghel. The relationship between tax treaties and domestic anti abuse measures. En: Tax Treaties and Domestic Law. IBFD. 2006. Pág. 81 a 107

6 Tomás Kulcsar and Julie Rogers Glabush. Treaty Override: Reviving a Long Forgotten Debate in the Name of Anti Avoidance. European Taxation. Volume 53, number 9. 2013. Pág. 411 a 413.

7 Larisa Gervoza and Oana Popa. Compatibility of Domestic Anti-Avoidance Measure with Tax Treaties. European Taxation. Volume 53, number 9. 2013. Pág. 420 a 425.

8 Bob Michel. Anti-Avoidance and Tax Treaty Override: Pacta sunt servanda?. European Taxation. Volume 53, number 9. 2013. Pág. 411 a 419.

del CDI ni en su contexto, sino en el título de CDI que además no hace referencia a la elusión fiscal sino a la evasión fiscal, lo que, evidentemente, no es razonable.

- c) La aplicación de la NAG o la NAE basada en los comentarios al Modelo OCDE a partir del año 2003, sea como parte del significado ordinario de los términos del CDI (art. 31.1 de la Convención de Viena (CV), del contexto del tratado (art. 31.2 de la CV), de los instrumentos complementarios de interpretación del tratado (art. 31.3 de la CV) o del significado especial de los términos (art. 31.4 de la CV)<sup>9</sup>.

Los Comentarios al Modelo OCDE como criterio interpretativo que fundamenta la aplicación de la NAG o de las NAE, no es convincente, por cuanto no se trata de interpretar el texto, ni el contexto del CDI a partir de los Comentarios, sino de procurar que en base a una nueva finalidad de los CDI que es combatir la elusión y evasión fiscal, se compatibilice las normas del tratado con la aplicación de las NAG o NAE.

La reformulación y compatibilidad que plantean los Comentarios al Modelo OCDE a partir del 2003, no se basan en el cambio del texto, ni tampoco del contexto del CDI Modelo OCDE, sino en la proposición de una nueva finalidad incluida en el título del CDI, que desde nuestro punto de vista, no puede cambiar, sustantivamente, el contenido normativo del CDI.

Además, la justificación de los Comentarios al Modelo OCDE como parte de las herramientas de interpretación del tratado es debatible, y nuestro entendimiento es que no son de obligatoria referencia para la interpretación de los CDI, y que constituye una fuente de referencia doctrinaria al que puede acudir o no en la interpretación de una norma convencional. Por lo tanto, si el carácter obligatorio e interpretativo de los Comentarios es discutible, menos aún puede servir de base para fundamentar la aplicación de las NAG o NAE.

- d) La aplicación de las NAE, en base a la remisión supletoria dinámica de la ley interna –lex fori– para aquellos conceptos no definidos en el propio CDI, no es invocada usualmente en la doctrina como una posibilidad de fundamentar la compatibilidad de las NAE y los CDI.

A diferencia de la NAG, que se plantea como un principio general del abuso del derecho, las NAE

son normas que regulan supuestos de hecho específicos, usualmente, juridizando la sustancia económica de una transacción y no su forma jurídica.

En ese sentido, en la interrelación activa y compleja del CDI y la ley interna, la aplicación de las NAE puede provenir de dos fuentes de remisión normativa:

- (i) La remisión normativa que realiza el propio CDI cuando dispone que la caracterización de cierto tipo de rentas se efectuará según la ley interna del país de la fuente, como es el caso de los dividendos en los CDI celebrados por el Perú;
- (ii) La remisión normativa para completar los conceptos no definidos en el CDI a la ley interna de los países contratantes –lex fori– en ausencia de una definición única derivada del contexto del CDI conforme al artículo 3.2. del Modelo OCDE.

Como puede apreciarse, la aplicación de la NAE que prevén supuestos de hecho especiales juridizados por el ordenamiento interno de los Estados, puede aplicarse en el ámbito de los CDI para completar los conceptos no definidos en su contenido. Y en esta dinámica, las NAE puede aplicarse en distintas situaciones:

- Para completar conceptos jurídicos no definidos en el CDI, por ejemplo, las ganancias de capital, el trabajo dependiente, los beneficios empresariales.
- Para completar expresiones lingüísticas ordinarias como “derivados de”, “pagados a” o “atribución de beneficios o gastos” del establecimiento permanente, que en concurrencia con la ley interna, puede hacer referencia a las reglas de atribución de las rentas a los sujetos obligados al pago del IR.
- Para completar los conceptos jurídicos definidos, parcialmente, en el CDI, que requieren un mayor nivel de concreción en su contenido. Es el caso de las regalías que se definen como el pago por el uso o derecho de uso de obras artísticas, literarias, científicas, sin que el CDI defina que se entiende por obras literarias, artísticas o científicas.

En ese sentido, es muy importante desde la teoría general de los tratados, definir la interrelación de las normas de los CDIs y la ley interna; partir de la Constitución que define las normas de

9 Guglielmo Maisto. Domestic Anti Abuse rules and Bilateral Tax Conventions in the Light of Public International Law. En: Essays on Tax Treaties. A tribute to David A. Ward. 2012. IBFB and Canadian Tax Foundation. Pág. 325 a 341.

incorporación del CDI al derecho interno, los principios jurídicos que rigen las relaciones entre ambas normas y, finalmente, la distinta finalidad de ambas normas.

#### 4. La incorporación de los CDIs a la ley interna: ¿monista o dualista?<sup>10</sup>

En el Perú existen los tratados ejecutivos que son de competencia exclusiva del Presidente de la República (artículo 57 de la Constitución) que los celebra y pone en vigor a sola firma; mientras que existen los tratados complejos o solemnes que deben ser aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente de la República (artículo 56 de la Constitución).

Dentro de estos últimos se encuentran “los tratados que crean, modifican o suprimen tributos”, aunque la norma constitucional es deficiente, técnicamente, porque los tratados no crean, modifican o suprimen tributos, los CDIs se someten al procedimiento complejo de aprobación de tratados.

No está contenido en la Constitución que la negociación de los CDIs se realice a través de representantes del Poder Ejecutivo y una vez suscritos, se remiten para su aprobación al Congreso de la República a través de una Resolución Legislativa que contiene un artículo único aprobatorio del CDI y posteriormente el Presidente de la República expide un decreto supremo ratificándolo.

La Constitución vigente de 1993 se limita a señalar que “*los tratados celebrados por el Estado y en vigor, forman parte del derecho nacional*” (artículo 55), no señala, expresamente, el rango que corresponde al tratado ni que este prevalezca sobre la ley en caso de conflicto. La Constitución de 1979 señalaba en su artículo 101 “*en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero*”.

Como puede apreciarse, en el Perú la norma constitucional se adhiere a las teorías monistas en la relación tratado y ley interna, según la cual la eficacia y vigencia efectiva del tratado no está supeditada a la publicación de una norma que incorpore a la ley interna el contenido íntegro del tratado. La aprobación del tratado por el Congreso y la ratificación presidencial son suficientes para considerarlo como parte del derecho interno.

En los ordenamientos monistas<sup>11</sup>, el tratado forma parte del derecho interno con su sola aprobación y puede tener un rango superior o equivalente a la ley. Si el tratado tuviera un rango superior a la ley, no sería posible que la ley interna modifique el contenido de un tratado; mientras que si tuviera un rango equivalente a la ley, es posible jurídicamente –en teoría– que la ley modifique el contenido de un tratado.

#### 5. El principio de jerarquía, de especialidad y de competencia<sup>12</sup>

La Constitución vigente no señala el rango legal de los tratados en el ordenamiento legal peruano; se interpreta por inferencia del artículo 200 de la Constitución Política que el tratado tiene rango equivalente a la ley, porque contra ella se puede interponer una acción de inconstitucionalidad, lo que solo es posible en caso de leyes o norma equivalente que vulneren la Constitución.

Siendo ello así, en caso de conflictos normativos entre el tratado y la ley, procede acudir a los principios generales que resuelven las antinomias en el derecho; la ley especial prevalece sobre la ley general, la ley posterior deroga la ley anterior, la ley general posterior no deroga la ley especial anterior, o el principio de competencia normativa en virtud del cual determinadas materias normativas están reservadas para su regulación por normas especiales, no siendo posible que otras invadan ese ámbito reservado.

Nuestra opinión es que la relación entre el tratado y la ley interna debe regularse por el principio de competencia normativo, de modo que las materias reservadas al tratado no pueden ser invadidas por la ley interna, uno y otro tipo de normas a pesar de su rango legal equivalente, no pueden superponerse.

Los tratados regulan las normas de restricción del poder tributario de los Estados contratantes, y en esa línea los Estados pueden obligarse a restringir su potestad tributaria con distintos matices, desde la más absoluta limitación de no ejercicio de la potestad tributaria hasta la más relativa de imposición de alícuotas límites o el respeto del principio de renta neta para el establecimiento permanente, entre otros.

En cambio, la ley interna contiene las normas materiales de creación, modificación o supresión de los impuestos, normas que exteriorizan el ejercicio de la soberanía fiscal de los Estados, para

10 Roberto Bernales Soriano. Treaty Interpretation and Treaty Override: the Spanish case law on royalties under the Spain United States Income Tax Treaty. *European Taxation*. Volume 53, number 9. 2013. Pág. 459 a 466.

11 Sachin Sachdeva. Overriding Tax Treaty Overrides: Proposing a solution. *European Taxation*. Volume 53, number 9. 2013. Pág. 468 a 474.

12 Klaus Vogel. The domestic Law Perspective. *En Tax Treaties and Domestic Law*. IBFD: 2006. Pag. 3 a 11.

lo cual, las Constituciones de los distintos países exigen que se aprueben por el poder legislativo.

Lo expuesto demuestra que el contenido material de un tratado está determinado por los representantes del Poder Ejecutivo que los negocian, para luego ser aprobados por el Poder Legislativo; no se trata de normas materiales gestadas, discutidas y aprobadas en el seno del Poder Legislativo, por lo que, no se identifican en su génesis con el contenido material de una ley expedida por el Congreso. Esta sutil diferencia entre CDI y ley interna, es un segundo criterio importante para la interpretación de los tratados en el marco de la ley interna.

En este orden de ideas, en lo que concierne al ordenamiento peruano las relaciones entre tratado y ley interna pueden resumirse en:

- El tratado y la ley interna a pesar de su rango equivalente de ley, tienen funciones normativas diferentes, el tratado restringe la potestad tributaria de los Estados<sup>13</sup>, la ley interna regula normas materiales de ejercicio de potestad tributaria para la creación, modificación o supresión de impuestos.
- El tratado y la ley interna, en el sentido indicado, se rigen por el principio de competencia normativo, cada una de ellas actúa en el ámbito que le es propio.

En ese sentido, desde nuestro punto de vista no es posible que la ley interna modifique las reglas de distribución del poder tributario en forma directa produciendo un fenómeno de *treaty override*, que según el reporte de la OCDE concurre con la publicación de una ley cuyo propósito es modificar las obligaciones asumidas a través del tratado<sup>14</sup>.

No obstante ello, pensamos que es posible la colaboración supletoria de la ley interna en el ámbito propio del CDI, cuando:

- El tratado se remite, específicamente, a la ley interna de uno de los Estados para completar la definición normativa del convenio, es el caso del concepto de residencia, el concepto de bienes inmuebles, el concepto de dividendos o intereses en los CDI celebrados por el Perú, con Canadá, Brasil y Chile.

En este primer nivel, las NAE se aplican por remisión directa del propio CDI, como veremos líneas más adelante, el concepto de dividendo de la ley interna peruana, se aplica en el ámbito del convenio cuando el Perú ocupa la posición de país de la fuente.

- El tratado no define diversos conceptos normativos para lo cual se remite a la *colaboración dinámica* de la ley interna de cada uno de los Estados, a menos de que su contexto se infiera una interpretación contextual consensuada.

La remisión a la ley interna es natural si se tiene en consideración que las partes contratantes al tiempo de negociar los CDI tienen en mente los conceptos que emanan de su legislación interna<sup>15</sup>. La referencia a la legislación interna promueve seguridad jurídica, porque se trata de conceptos conocidos y plenamente manejados por los Estados que aplican su propia legislación.

VOGEL<sup>16</sup> señala que ni el contexto ni el recurso a la legislación interna operan en abstracto: será necesario comprobar cuál es el resultado de una interpretación basada en la legislación interna y de una interpretación contextual antes de decantarse por una u otra, sin dejar de reconocer que cuando la interpretación contextual es lo suficientemente concluyente debe prevalecer sobre la interpretación de la legislación interna del Estado contratante.

En este segundo nivel, las NAE puede completar, supletoriamente, los distintos conceptos del tratado, sin acudir a los fundamentos derivados de las fuentes del derecho internacional o a los fundamentos interpretativos derivados de la Convención de Viena, los cuales con distintos matices no esbozan argumentos convincentes para la aplicación del principio del abuso del derecho en el ámbito de los CDI.

## 6. Aplicación de NAE por remisión expresa del CDI

### 6.1 La NAE que define el concepto de dividendo

El concepto de dividendos del artículo 10 de los Convenios celebrados con Canadá, Chile y Brasil

13 Kees Van Raad. Five Fundamental Rules in applying tax treaties. International Tax Center Leiden.

14 OECD Committee on Fiscal Affairs. Tax Treaty Override (OECD 1989).

15 Ramos Huerta, Adalberto. Conflicts of Qualification and the interpretation of Tax Treaty Law. "It seems to be logical that tax treaty negotiators when discussing with counterparts the scope of treaty terms, take into account the specific legal terms as provided for their own domestic law and therefore intend to apply the same meaning for purposes of the tax treaties as well". En: Conflicts of Qualification in Tax Treaty Law. Edited By Eva Burgstaller y Katharina Haslinger. Postgraduate International Tax Law. Lnde. Viena Austria. 2007. Pág. 23.

16 "The latter interpretation is endorsed by Klaus Vogel, who states that from wording of Article 3 (2) of the OECD Model MC it is not possible to infer a systematic preference for interpretation based on the context rather than an interpretation by reference to domestic tax law". Ramos Huerta, Adalberto. Conflicts of Qualification and the interpretation of Tax Treaty Law. En: Conflicts of Qualification in Tax Treaty Law. Edited By Eva Burgstaller y Katharina Haslinger. Postgraduate International Tax Law. Lnde. Viena Austria. 2007. Pág. 23.

se completa bajo una norma de remisión bajo el tenor siguiente: *"así como los rendimientos de otros derechos sujetos al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las rentas de las acciones por la legislación del Estado el que la sociedad que hace la distribución es residente"*.

En el caso de Perú, el concepto de dividendos comprende la distribución de dividendos, la reducción de capital cuando se reembolsa un importe mayor al aporte inicial, la reducción de capital de utilidades previamente capitalizadas, la reducción de capital en caso de liquidación si excede el aporte original, los gastos no susceptibles de control tributario y en el 2012 se ha introducido una nueva norma antielusiva, la reducción de capital hasta el importe de las utilidades de libre disposición.

También la ley peruana prevé como NAE que las remuneraciones de los accionistas que trabajan como dependientes en la Compañía, y que exceden del valor de mercado, constituyen dividendos.

### 6.2 Los ajustes primarios de precios de transferencia

El artículo 9.1 del CDI Modelo OCDE prevé el ajuste a valor de mercado de las transacciones internacionales entre partes vinculadas para las empresas del respectivo Estado contratante, que debe entenderse comprende las empresas residente de dicho Estado contratante (art. 3.1. f) del CDI Perú Canadá)<sup>17</sup>.

El ajuste primario a valor de mercado está regulado por la norma interna peruana. Según la ley interna el ajuste está supeditado a la verificación del menor pago del Impuesto a la Renta al fisco peruano, lo que definitivamente constituye a la norma de precios de transferencia es una NAE y no en una auténtica norma de valoración de la base imponible del IR.

El ajuste a valor de mercado es de simple apreciación cuando se trata de transacciones de salida hacia el extranjero (outbound transactions) que se encuentren por debajo de valor de mercado o cuando se trata de transacciones de entrada hacia el país (inbound transactions) que se encuentren por encima de valor de mercado.

Así, la ley peruana completa la regulación de los ajustes primarios de precios de transferencia que hasta el año 2012 surtía efectos solo para el sujeto domiciliado en el país y que a partir del año 2013

incorpora los ajustes de precios de transferencia para los sujetos no domiciliados, por ejemplo para los préstamos gratuitos otorgados desde el extranjero, en que la ley obliga a reconocer un interés presunto a valor de mercado, designando como responsable a la empresa domiciliada.

En estos casos, la ley interna regula un ajuste primario respecto de la renta imputable a una empresa del otro Estado contratante, cuando este tipo de ajuste, según el artículo 9.1 del CDI, debe operar solo respecto de las empresas residentes del propio Estado contratante.

Nótese que la colaboración de la NAE debe ocurrir en el marco de las obligaciones asumidas por el CDI, sin exceder su contenido, ni los límites impuestos por el Convenio.

### 6.3 La subcapitalización – los ajustes secundarios

Los intereses según el artículo 11 de los CDI celebrados con Canadá, Chile y Brasil comprenden *"cualquier otra renta que la legislación del Estado de donde procedan los intereses asimile a las rentas de las cantidades dadas en préstamo"*.

La subcapitalización es una típica NAE que regula el endeudamiento entre partes vinculadas que excede de los límites razonables de mercado. Dos son los sistemas que se regulan en derecho comparado, la recalificación del interés como dividendo o la no deducción del interés para fines de calcular la renta neta<sup>18</sup>. La ley peruana sigue este último sistema, no recalifica el interés como dividendo, se limita a señalar que el interés no es deducible para fines de determinar la renta neta gravable.

La norma de subcapitalización tiene como fundamento el principio de plena competencia o *arm's length principle* y, en función a él, la ley interna regula un límite objetivo de endeudamiento de 3 veces el patrimonio del deudor, monto hasta el cual, la norma fiscal interna estima que el nivel de endeudamiento responde a condiciones de mercado.

En este orden de ideas, los intereses derivados de préstamos pactados entre partes vinculadas se encuentran regulados por el artículo 11 de los CDI con Canadá, Chile y Brasil, por cuanto el interés que compensa el endeudamiento que excede de mercado, sigue teniendo la condición jurídica de interés, aplicándose la tasa límite de retención del 15% solo al interés que no exceda de valor de mercado.

17 Adolfo Jiménez y José Manuel Calderón Carrero. Precios de Transferencia. SUNAT. Indesta. 2013 pág. 89.

18 Makhmudova, Kamila. Conflict of Qualification and Thin Capitalisation Rules. En: Conflicts of Qualification in Tax Treaty Law. Edited by Eva Burgstaller y Katharina Haslinger. Postgraduate International Tax Law. Lnde. Viena Austria. 2007. Pág. 259.

Ninguna exclusión o excepción se prevé en los mencionados Convenios para el interés equivalente a tasas de mercado, en la parte que exceda del endeudamiento de mercado, que en el caso de Perú, es de 3 veces el patrimonio neto del deudor. Lo que significa que es aplicable la tasa límite de 15% al interés de mercado aunque provenga de endeudamientos que excedan tres veces el patrimonio del deudor.

Como puede observarse hasta aquí la NAE de subcapitalización se aplica en el ámbito de los CDI celebrados por el Perú como intereses. Sin embargo, el artículo 9 de los CDI impone para las transacciones entre parte vinculados, el principio de plena competencia, admitiéndose las normas de subcapitalización que respeten dicho límite<sup>19</sup>. Entendemos que la imposición objetiva de un endeudamiento máximo constituye una regla de safe harbour que, según las condiciones de mercado, puede violentar el principio de plena competencia, debiendo preverse en tal caso, que el contribuyente pruebe que el endeudamiento se encuentra dentro de límites de mercado.

Finalmente los intereses que exceden de valor de mercado no constituyen gastos deducibles y no se benefician de la tasa límite del 15% prevista en el artículo 11 de los CDI celebrados por el Perú. Sin embargo, el exceso de interés constituye según la ley interna peruana una disposición indirecta de rentas sometida al mismo régimen tributario que los dividendos, de modo que aplicaría en forma preferente la regla del artículo 10 de los CDI celebrados con Canadá, Chile y Brasil que disponen que el término interés, no incluye las rentas comprendidas en el artículo 10, lo que otorga preeminencia a la regla de los dividendos sobre los intereses<sup>20</sup> y a la aplicación de tasas límite distintas 10% ó 15%.

## 7. La aplicación de las NAE internas por remisión del artículo 3.2.

Nuestra opinión es que la aplicación de las NAE de la ley interna de los países contratantes por remisión del artículo 3.2 del CDI tiene fundamentos más sólidos en comparación con los derivados de las fuentes del derecho internacional (principio, costumbre) o de los criterios interpretativos de la Convención de Viena (objeto, finalidad, contexto, significado ordinario, significado especial). Veamos:

- La NAE son normas que definen el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica en función a la sustancia económica de la transacción. Las NAE definen el régimen tributario aplicable a una determinada transacción, el cual puede ser aplicado sin dificultades en el ámbito propio del CDI.
- Las NAE, por su propia naturaleza, se gestan en forma dinámica, esto es, se generan ex post a una realidad que excedió la previsión del legislador. El perfeccionamiento dinámico de las NAE y la remisión a la ley interna del artículo 3.2 de los CDI que es también de carácter dinámico, evidencia la consonancia entre ambas normas.
- Las NAE aplicada en el contexto del artículo 3.2. de los CDI no constituye un fenómeno de treaty override sino una complementación de las normas del CDI en el ámbito que le es propio al convenio, esto es, en la regulación de normas que restringen la potestad tributaria de los Estados contratantes.
- Las NAE se aplicarán en el ámbito de los CDI cuando su propósito no haya sido alterar las reglas de restricción de la potestad tributaria del Estado, pues en este caso, aplicaría el principio de buena fe, que obliga a las parte a adoptar conductas coherentes que no vulneren los derechos de la contraparte.

### 7.1 La enajenación indirecta en el CDI con Chile y Canadá

En los últimos años, en nuestro país se ha introducido Normas Antielusivas Específicas (NAE) con impacto internacional, nos referimos, por un lado, a la enajenación indirecta de acciones de compañías extranjeras propietarias de empresas peruanas (febrero 2011), que nos recuerda al caso Vodafone; la regulación de las normas de transparencia fiscal internacional (TFI) aplicable a partir del 1 de enero de 2013 y, finalmente, la regulación del principio de plena competencia para las relaciones del casa central con su establecimiento permanente.

Considerando que los CDIs celebrados por Perú se encuentran vigentes desde el año 2004 (Chile, Canadá) y Brasil (2006), nuestro trabajo es analizar si ambas cláusulas antielusivas específicas

19 *The opinion of the OECD is that the Art. 9 does not prevent application of the borrower to the amount corresponding to the profits that would have accrued in an arm's length situation. It is stated that the Art. Is relevant not only in determining whether the rate of interest provided for in a loan contract is an arm's length rate, but also whether prima facie loan can be regarded as a loan or some other kind of payment, in particular a contribution to equity capital.* Makhmudova, Kamila. Conflict of Qualification and Thin Capitalisation Rules. En: Conflicts of Qualification in Tax Treaty Law. Edited By Eva Burgstaller y Katharina Haslinger. Postgraduate International Tax Law. Lnde. Viena Austria. 2007. Pág.258.

20 TamasFehed. Conflict of Qualification and Hybrid Financial Instruments. En En: Conflicts of Qualification in Tax Treaty Law. Edited By Eva Burgstaller y Katharina Haslinger. Postgraduate International Tax Law. Lnde. Viena Austria. 2007. Pág. 240.

(enajenación indirecta y TFI) reguladas en forma posterior a la celebración de los CDIs pueden ser aplicadas a nivel de los CDIs cuando estos carecen de regulación específica (artículo 3.2 de los CDI).

En el caso de las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones, se analiza la posibilidad de otorgar potestad tributaria al país donde se localiza la inversión no solo en función a la ubicación de la fuente (acciones emitidas en el país de la fuente) sino en función al lugar de generación del valor económico de la inversión aun cuando las acciones objeto de enajenación hubieran sido emitidas en un país extranjero<sup>21</sup>.

En el caso de Perú, la enajenación indirecta se planteó como una NAE a fin de evitar que las compañías extranjeras que decidieran retirar su inversión del país vendieran sus acciones de su holding extranjera sin que el Fisco peruano pudiera exigir el IR sobre la ganancia de capital generada por dicha inversión, a pesar que su valor proviniera, principalmente, de inversiones localizadas en el país.

#### 7.1.1 Planteamiento del problema

En la ley peruana se introdujo en febrero de 2001 una NAE en virtud de la cual se grava la enajenación de acciones emitidas por compañías extranjeras cuando el valor de dichas acciones provenga en un 50% de acciones de compañías constituidas en el Perú y se transmita un paquete de control de 10% de las acciones con derecho a voto.

En el caso particular de Perú, el CDI con Canadá regula la enajenación de acciones cuyo valor provenga, principalmente, de inmuebles situados en el país de la fuente, lo que alcanza también a la enajenación los derechos sobre un trust o fondo de inversión inmobiliarios. Se trata de una cláusula específica a nivel del CDI, la cuestión por analizar es si esta cláusula se puede ampliar para comprender la enajenación indirecta de acciones cuyo valor provenga, principalmente, de inmuebles situados en el otro Estado mediante la aplicación de la NAE de la ley interna regulada a partir del año 2011.

En el caso de Chile, se otorga potestad tributaria al estado de la fuente respecto de la enajenación de acciones o títulos situados en ese Estado.

En definitiva, se trata de examinar si es posible aplicar la NAE interna en aplicación del artículo 3.2. para la definición de acciones cuyo "valor principalmente provenga de bienes inmuebles"<sup>22</sup>, que en el caso de la enajenación indirecta sería el 50% de su valor; y en el caso de Chile, en la

definición de acciones "situadas" en el otro estado contratante.

#### 7.1.2 Desarrollo

La enajenación indirecta de acciones emitidas por empresas extranjeras, al margen del problema de soberanía fiscal que presenta dicha norma, se expidió en el país con el propósito de gravar las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones de holdings extranjeras cuyo valor provenía en un 50% de acciones emitidas por compañías residentes en el Perú, en otras palabras, cuando el valor económico de las acciones se había generado en el Perú.

En ese sentido, la NAE se expidió no para alterar las reglas de distribución del poder tributario sino para regular una concreta situación de ganancias de capital no gravadas con el Impuesto a la Renta, de modo que, su aplicación en el ámbito de los CDI con Canadá y Chile no vulnera la buena fe de la Convención de Viena.

Las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones cuyo valor, principalmente, provenga de bienes raíces situados en el otro Estado, tiene un criterio de conexión con el Estado de la fuente que está dado por los inmuebles o bienes raíces situados en el otro Estado contratante, con exclusión de los inmuebles en los que la sociedad ejerce su actividad.

La norma define la conexión de la enajenación de acciones en función a la ubicación de los inmuebles en el Estado, pero ninguna referencia hace al lugar de emisión de las acciones sino a que su valor, principalmente, provenga principalmente de bienes inmuebles situados en el otro Estado.

De modo que, es posible que en aplicación del artículo 3.2. de los CDI, la definición de valor principal en el caso de la enajenación indirecta, esté dado por el 50% del valor de las acciones extranjeras. Esta NAE específica serviría para completar la definición del "valor principalmente" proveniente de inmuebles, en el ámbito que le es propio, esto es, el de la enajenación indirecta de acciones, que además encajaría en la finalidad de la norma que es otorgar potestad tributaria al Estado de la fuente en función al valor de las acciones.

En el caso del CDI con Chile la potestad tributaria corresponde al Estado de la fuente si las acciones se encuentran situadas en el otro Estado contratante. El criterio de conexión de la fuente es la "situación" de las acciones en el otro Estado,

21 Porus F. Kaka. India: Capital gain and tax avoidance. En. Tax Treaties Case law around the Globe 2012. Edición 2013, pág. 137 a 146

22 Stef van Weeghel. Of Substantial interest – and foreign taxpayers. A Tax Globalist. Essays in honour of Maarten J. Ellis, pag. 163 a 178.

concepto que no se encuentra definido en el CDI, a diferencia del artículo 12 de la Decisión 578 de la Comunidad Andina que otorga potestad tributaria al Estado en cuyo territorio se emitan las acciones.

A menos que del contexto del CDI, se infiera una definición convencional del lugar de "situación de las acciones", como por ejemplo, ocurre, implícitamente, con uno de los componentes de las ganancias de capital, la derivada de la "enajenación" de bienes, y no de cualquier otro evento que pudiera generar una ganancia de capital según la ley interna, todos los párrafos del artículo 13 se refieren a "enajenación", lo que nos da una idea contextual que la norma solo regula la ganancia derivada de la enajenación<sup>23</sup>.

El lugar de situación en el caso de acciones que son bienes intangibles, no materiales, no es apropiado a su naturaleza, pues los intangibles no se sitúan o ubican como los bienes corporales en un determinado territorio, de modo que, el lugar de situación de bienes incorporales o intangibles, necesariamente, es un concepto normativo.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la ley peruana define que enajenación de las acciones están situadas en el Perú, cuando el emisor de las acciones está constituido en el Perú, esto es, cuando se trata de una sociedad residente en el Perú (artículo 9 inciso h) de la Ley del Impuesto a la Renta). Además, a partir del año 2011, la ley incorpora un nuevo criterio de situación de las acciones conforme al cual también se sitúan en el Perú la enajenación de acciones de compañías extranjeras cuando su valor provenga en un 50% del valor de acciones de compañías residentes en el Perú y se transfiera el 10% de las acciones con derecho a voto.

En otras palabras, en virtud de la modificación normativa de la ley interna, la enajenación de acciones se encuentran situadas en el Perú en dos casos: (1) las acciones emitidas por compañías peruanas y (2) las acciones emitidas por compañías extranjeras.

Entendemos que en ausencia de definición del lugar de situación de las acciones corresponde la aplicación del artículo 3.2 de los CDI y en consecuencia, que el lugar de situación se defina en función a la ley interna del país de la fuente.

## 7.2 Transparencia Fiscal Internacional<sup>24</sup> - inversiones peruanas en Chile

La TFI es una típica NAE que busca evitar que a través de la interposición de entidades controladas extranjeras (ECE) localizadas en jurisdicciones de baja tributación o con regímenes tributarios preferenciales, se difiera el pago del Impuesto a la Renta sobre las rentas pasivas de fuente extranjera en función al reparto de utilidades<sup>25</sup>.

En el caso de Perú, la TFI aplica cuando la persona residente en el país tiene un control directo o indirecto del 50% del capital, de los resultados de la ECE o de los derechos de voto, y la ECE se encuentra establecida en país o territorio de baja o nula imposición o en el que el IR sea igual o inferior al 75% del IR que correspondería pagar en el Perú. Solo procede la aplicación de las reglas de TFI respecto de las rentas pasivas.

Se trata de analizar en concreto, si es posible la aplicación de las normas de TFI para las situaciones en que un residente peruano sea accionista de una sociedad Chilena común o de una plataforma de inversiones Chilena (régimen tributario preferencial similar a las holding extranjeras) que generen rentas pasivas por concepto de intereses, dividendos y regalías que provengan de su propio territorio o de terceros países.

La OCDE sostiene que las normas de TFI son compatibles con las normas del CDI Modelo OCDE, porque estas restringen la potestad tributaria del Estado de la fuente, pero no de residencia, de modo que es posible que el Estado de residencia aplique sin limitaciones su régimen de TFI sin violentar las normas del CDI.

En el caso de Perú, solo el CDI con Brasil señala expresamente que la disposiciones del Convenio no limitarán la posibilidad de aplicar la norma de subcapitalización o las normas para combatir el diferimiento del pago del Impuesto, incluida la legislaciones de sociedades controladas extranjeras (legislación CFC) u otra legislación similar (Protocolo, numeral 5.d).

### 7.2.1 Planteamiento del problema

Las NAE referidas a la TFI vigentes desde el año 2013 aplican para las inversiones peruanas en Chile, sabiendo que el IR de Chile es de 20% para las sociedades residentes en Chile y en el caso

23 Stefano Simontachi. Taxation of Capital Gains under the OECD Model Convention. Kluwer.2007. pag. 175 y pág. 324.

24 Michael Lang and et al. CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law. General Report. Kluwer. 2004.pág. 15 a 52.

25 Se refiere que las CFC rules tienen un triple fundamentos: (i) como norma antielusiva que busca evitar situaciones de fraude o abuso (ii) como norma que busca evitar el diferimiento de rentas (iii) como una norma que permite la aplicación del principio de la neutralidad de la exportación de capitales. Fontana, Renta. The Uncertain Future of CFC regime in the Member States of the European Union. Part 1. European Taxation. 2006 IBFD. June 2006. Pág. 256 y siguientes.

de la plataforma de inversiones Chilena (Holding Chilena), el IR es cero respecto de sus rentas de fuente extranjera, sabiendo que las normas de TFI exigen un impuesto mayor al 22.5%.

La aplicación de las normas de TFI en el marco del CDI Perú Chile, pasa por examinar si corresponde la aplicación de las normas referidas a los “dividendos” (art. 10), “rentas empresariales” (art. 7) u “otras rentas” (art. 21) o como hipótesis si sería posible su aplicación en base al artículo 3.2 del CDI.

### 7.2.2 Desarrollo

El CDI con Chile prevé que la condición de entidad controlada no la convierte en el establecimiento permanente de la casa matriz (artículo 5.8), de modo que no pueden atribuirse los beneficios de la ECE en Chile como si se tratara de un establecimiento permanente.

Conforme a la regla de beneficios empresariales, la sociedad residente en el Perú solo podría gravar las rentas empresariales de la entidad controlada Chilena, como país de la fuente, en caso la ECE tuviera un establecimiento permanente en el Perú y solo respecto de los beneficios atribuibles a dicho establecimiento permanente.

Por lo tanto, parece claro que a pesar de la justificación de la OCDE no es posible que las rentas de la ECE se atribuyan a la sociedad matriz residente en el Perú, por cuanto se trata de dos entidades jurídicas distintas y cuyas reglas impiden que el Perú ejerza potestad tributaria sobre las rentas generadas por la ECE.

Sin embargo, el artículo 10 referido a los dividendos tiene preeminencia sobre el artículo 7. Algunos autores opinan que el artículo 10 no comprende los dividendos ficticios o imputados<sup>26</sup> sino solo los dividendos reales y que la regla de distribución impone una limitación temporal para ejercer la potestad tributaria: que se trate de dividendos pagados<sup>27</sup>. No obstante ello, otros autores sostiene que las rentas fictas si se encuentran comprendidos en las reglas de distribución del Modelo OCDE, y que la expresiones “paid”, “received”, “derived” *merely expressthat a certain tax liability is allocated to a certain tax payer by law*<sup>28</sup>.

En el ámbito del artículo 10 del CDI, el concepto de dividendo ficticio podría encajar dentro del concepto de rentas derivadas de las acciones, siempre que se considere que el “deemed dividend” está comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 10.

Nuestra opinión es que las rentas imputadas o fictas se encuentran comprendidas dentro de las reglas de distribución del CDI, por cuanto el concepto de renta real o ficta, renta producto, flujo de riqueza o incremento patrimonial, se define en la ley interna y no en las reglas del CDI, lo mismo que la oportunidad de devengo del Impuesto o de nacimiento de la obligación tributaria. Por lo que, es posible que las rentas atribuidas en virtud de las reglas de TFI encajen dentro del concepto de dividendos.

La ley peruana no es clara en su regulación como dividendo imputado adelantado (deemed dividend), lo que parece desprenderse del artículo 116-A de la Ley que se refiere que la distribución de los dividendos no se gravarán en la parte que corresponda a las rentas pasivas atribuidas con anterioridad o como rentas pasivas atribuidas a los socios controladores a través del desconocimiento del velo societario de la ECE (piercing the veil or look through approach)<sup>29</sup>, lo que parece desprenderse del artículo 114 que atribuye distintas clases de rentas pasivas (dividendos, intereses, regalías, ganancias de capital) o como una renta reveladora de capacidad contributiva independiente, como si se tratara de una renta nocial que no requiere discurrir el velo societario, atribuyéndose una categoría de renta distinta, “rentas pasivas nocials”<sup>30</sup>.

A pesar de esta limitación y aceptando que los dividendos ficticios se encuentran dentro del ámbito del artículo 10, coincidimos que el artículo 10.5 del CDI con Chile, impide gravar los beneficios no distribuidos de carácter extraterritorial, esto es, que la sociedad residente en el Perú, no puede gravar los beneficios obtenidos y no distribuidos por la ECE chilena en territorio peruano, de modo que, tampoco podrá gravarse los beneficios obtenido en el propio Estado Chileno donde reside la ECE o en terceros Estados<sup>31</sup>.

Finalmente, entendemos que es posible aplicar el artículo 21 del CDI “otras rentas”, si se sostiene

26 Watter, Peter and Marres, Otto. “Characterization of Fictitious Income under OECD Patterned Tax Treaties”. 43 European Taxation. 2003. pág.66 a 79.

27 Almudi Cid, José Manuel. Régimen Jurídico de la Transparencia Fiscal. IEF. 2005. Pág. 326, que opina que el artículo 10 del CDI no solo es una norma de reparto sino también una norma de limitación temporal, en el sentido no se puede ejercer potestad tributarias sobre los dividendos no distribuidos.

28 Lang, Michael. Fictitious Income and Tax Treaties. A Tax Globalist Essays in honour of Maarten J. Ellis. IBFD. 2005. Pág. 47.

29 En relación a la justificación del país de residencia (home state), Fornata señala que existen tres tendencias diferentes: el dividendo ficticio o deemed dividend, el desconocimiento del velo societario o look through approach y la aptitud o capacidad de pagar impuesto por los accionistas “ability to pay taxes”. Fontana, Renata. The Uncertain Future of CFC regime in the Member States of the European Union. Part 1. European Taxation. 2006 IBFD. June 2006. Pág. 261.

30 Almudi Cid, José Manuel. Régimen Jurídico de la Transparencia Fiscal. IEF. 2005. Pág. 139.

31 Hans Jorgen Aigner, Ulrich Scheuerle and Markus Stefaner. General Report of CFC legislation, Tax Treaties and EC law. 2004. Viena. Pág. 33 y 34; José Manuel Almudi Cid y Renata Fontana citados anteriormente.

que las rentas pasivas atribuidas en virtud del régimen de transparencia fiscal no comprende los dividendos ficticios, ni tampoco constituye un beneficio empresarial, por cuanto se atribuye precisamente las rentas pasivas, de modo que, aplicaría el artículo 21 si se considera que las rentas atribuidas constituye una categoría especial de renta.

Nuestra conclusión es que el ámbito del CDI con Chile no se puede aplicar la norma de TFI peruana, porque estaría contraviniendo la prohibición de gravar dividendos no distribuidos de carácter extraterritorial, lo que es aún más predicible respecto de los beneficios obtenidos en el propio Estado Chileno o en terceros Estados por la ECE.

### 8. Los gastos ncionales y las rentas ncionales – aplicación de la norma de precios de transferencia como NAE

Analizamos una situación particular de los CDIs celebrados por el Perú, respecto a la deducción de los gastos ncionales imputables al establecimiento permanente que se permiten en la ley interna desde el año 2001 bajo la normativa de precios de transferencia, mientras que los Comentarios al artículo 7.2. del Modelo OCDE se refieren a dicha posibilidad recién a partir del año 2008 y bajo una aplicación analógica de las Guías de Precios de Transferencia.

Aquí nos interesa explorar cómo compatibilizamos la ley interna que supone el reconocimiento de rentas nacionales que los Comentarios al Modelo OCDE sugieren que no debe producirse, porque el propósito de reconocer los gastos ncionales es una ficción para calcular los beneficios imputables al EP conforme al principio de independencia, pero no para generar rentas nacionales comprendidas en las demás reglas de distribución del Modelo OCDE.

La atribución de gastos ncionales por concepto de transacciones internas (servicios, intangibles y préstamos) con la finalidad de calcular los beneficios atribuibles al EP, no debería implicar el reconocimiento de rentas ncionales (retribuciones, regalías e intereses)

Ha sido objeto de reciente interés de la OCDE (2008) los “*gastos ncionales*”<sup>32</sup> derivados de transacciones

internas entre el establecimiento principal y su establecimiento permanente para atribuir costos financieros en la inyección de capital, retribución a los servicios prestados por el establecimiento principal y regalías por la cesión de intangibles<sup>33</sup>, los cuales son atribuibles para la determinación de los beneficios del establecimiento permanente<sup>34</sup>, aplicando por analogía la metodología de precios de transferencia.

En otras palabras, a partir el año 2008, la OCDE ha modificado los comentarios al artículo 7.2. del Modelo OCDE para adecuarlos al principio de independencia absoluto y no limitado como era hasta antes de dicha fecha, en que no se admitían la deducción de gastos por servicios, intereses y regalías “internos”, puesto que jurídicamente existe una sola entidad.

En contraste, la ley peruana desde el año 2001 somete las operaciones entre casa central y establecimiento permanente a las reglas de precios de transferencia y le son aplicables las Guías de la OCDE que tienen carácter interpretativo por disposición de la ley interna peruana<sup>35</sup>.

Nuestra ley reconoce al EP como ente independiente e impone como criterio general la aplicación del *arm's length principle*, de modo que, siendo un ente jurídico distinto a la Casa Central, cabe la deducción de los gastos ncionales derivados del uso del capital, de los intangibles atribuidos al establecimiento permanente y de los servicios recibidos de la Casa Central.

La ley interna no contiene reglas especiales para la deducción de gastos ncionales, ni para su acreditación, lo que determina que los EP apliquen las reglas generales de deducción, esto es, que constituyan gastos necesarios y devengados. Nuestra ley interna no establece el registro contable de los gastos, ni la retención del IR como condiciones para su deducción

Los gastos ncionales son gastos necesarios, pero no son gastos devengados en el sentido que exista obligación de pago, de modo que aquí, nos encontramos con un problema que deriva de la relación entre la norma convencional que atribuye tales gastos el establecimiento permanente y la ley interna que solo permite la deducción de gastos devengados<sup>36</sup>.

32 Bennet, Mary. The Attribution of Profits to Permanent Establishment. The 2008 Commentary on Art. 7 of the OECD Model Convention. European Taxation September 2008. Pág. 35 a 39.

33 Russo, Raffaele. Tax Treatment of Dealing Between Different Parts of the Same Enterprise under Article 7 of the OECD Model: Almost a Century of Uncertainty. International Bureau of Fiscal Documentation. 2004. Pag. 472 a 485.

34 2010 OECD Report n the Attribution of Profits to Permanent Establishment.

35 Artículo 32.A inciso h) Ley del Impuesto a la Renta: “Para la interpretación de lo dispuesto en este artículo, serán de aplicación las Guías sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales, aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE, en tanto las mismas no se opongan a las disposiciones aprobadas por esta Ley”.

36 Esta situación obliga a una decisión práctica, el EP procede a registrar en su contabilidad los gastos ncionales, como si se tratara de

En relación al segundo aspecto, la falta de simetría del principio de independencia en sede de la casa central y en sede del EP, puede originar que los gastos nacionales sean deducibles en el país de la fuente (Perú), mientras que el país de residencia no exista ninguna renta que reconocer derivada de esa transacción, y por lo tanto, cualquier retención que se hubiera aplicado a nivel del país de la fuente, no podría ser reconocido como crédito para efectos de eliminar la doble imposición.

## 9. Conclusiones

- Los fundamentos de la compatibilidad de las NAG y NAE en el ámbito de los tratados, planteados desde las fuentes del derecho internacional público (principio general del abuso del derecho o de la costumbre internacional en aplicación del abuso del derecho) no son convincentes, por cuanto el principio del abuso del derecho se ha aplicado para el comportamiento de los Estado en perjuicio de los intereses del otro Estado y no para conducta de los contribuyentes en beneficio del propio Estado.
  - De la misma forma, la compatibilidad sustentada en los criterios de interpretación de la teoría general de los tratados (buena fe, finalidad de los tratados, contexto) tampoco exhibe fundamentos convincentes, por cuanto nada del texto del CDI ha cambiado, ni tampoco de su contexto, sino solo la tímida incorporación en el título de los CDI suscritos por el Perú, del combate de la evasión fiscal, que no puede justificar desde nuestro punto de vista, la ampliación ilimitada del principio del pacta sunt servanda hasta un punto que no se pueda conocer con seguridad y certeza los compromisos asumidos a través del Tratado.
  - La explicación oficial de los Comentarios al Modelo OCDE sobre la distinta naturaleza de las NAG (normas de calificación de hechos) y las normas del tratado (normas que restringen la potestad tributaria), no penetra en la problemática de la compleja relación entre las normas internas y los Tratados, ni tampoco se examina los fundamentos que podrían defender la compatibilidad que pregona la OCDE.
  - En ese sentido, nuestro planteamiento es que los negociadores de los Convenios incorporan cláusulas antielusivas específicas en el propio tratado o las NAE de la ley interna pueden ser aplicados en el ámbito del CDI, sea por remisión expresa a la ley interna del país de la fuente o por la remisión supletoria a la ley interna de los países para los conceptos no definidos en su tenor.
  - En esa dinámica es que planteamos casos concretos de aplicación de NAE específicas cuando el tratado se remite expresamente a la ley interna del país de la fuente (dividendos – art. 10.3, los ajustes primarios de precios de transferencia – art.9.1, y la norma de subcapitalización – artículo 11.3 y el ajuste secundario – art. 9.2).
  - Igualmente planteamos casos concretos de aplicación de la NAE de la ley interna por aplicación supletoria del artículo 3.2. del CDI, es el caso de la enajenación indirecta de acciones emitidas por compañías extranjeras cuando su valor provenga principalmente de acciones emitidas por compañías peruanas (similar al caso Vodafone) aplicado en la interpretación del art. 13.4 del CDI con Canadá y el artículo 13.4 del Convenio con Chile; igualmente analizamos la aplicación de las recientes normas de TFI en el Convenio con Chile, llegando a la conclusión que los dividendos ficticios entran en el ámbito del artículo 10 del CDI, pero con la limitación que no puede gravarse los beneficios no distribuidos de carácter extraterritorial previsto en el artículo 10.5 del CDI con Chile.
  - Finalmente, analizamos la aplicación del principio de plena competencia del artículo 7.2. del CDI para la deducción de gastos nacionales (retribuciones, intereses y regalías) y la norma de precios de transferencia que es en la Ley peruana una NAE aplicable únicamente cuando se hubiera pagado un menor impuesto a la renta al Fisco Peruano.
- Aquí la ley interna permite la deducción de los gastos derivados de operaciones internas, pero por los requisitos internos de la ley previsto para dicha deducción: gastos devengados, gastos facturados, gastos pagados que se encuentren bancarizados, puede suponer el reconocimiento de rentas nacionales sujetas a las otras reglas de distribución del poder tributario, lo que podría originar una doble imposición sin solución posible, por cuanto el impuesto retenido en fuente no podría acreditarse en residencia donde no se reconocen las rentas nacionales. 

---

un pasivo con terceros y sustenta el gasto con un comprobante de pago emitido por la Casa Central. En caso, se trate de intereses, regalías y asistencia técnica, el registro del gasto da lugar a aplicar la retención del IR sobre la “renta nacional” generada a favor de la Casa Central.