

El Establecimiento Permanente de Empresas Peruanas en el Exterior

*Karina Montestruque Rosas**
Ponente Individual

I. INTRODUCCIÓN

El establecimiento permanente (EP) es una de las figuras más importantes y complejas del Derecho Tributario, tanto a nivel del derecho interno como a nivel del derecho tributario internacional. Dicha complejidad deviene de las dificultades para precisar su propio concepto y alcances hasta lo problemático de su régimen impositivo o tributación, por lo que se plantean diversos cuestionamientos que van desde la atribución de rentas y gastos, la aplicación o no del principio de plena concurrencia (*arm's length principle*) a sus operaciones con la casa central y viceversa, hasta la posibilidad de que los Convenios de Doble Imposición (CDI) resulten plenamente aplicables a los EP.

En efecto, como señala el profesor García Prats¹ si bien la figura del EP tiene su origen en la legislación interna (concretamente la prusiana), su reconfiguración y desarrollo obedece al derecho tributario internacional, siendo que tal evolución se refleja en la legislación interna de los Estados.

A nivel internacional la figura del EP representa un criterio para legitimar la soberanía del Estado de la fuente (o Estado donde se ubica el EP) para gravar o someter a imposición las rentas de origen empresarial. Así, cuanto más amplio sea el concepto del EP mayor será el alcance del poder tributario del Estado de la fuente; mientras que en el derecho interno la figura del EP tiene por función ampliar el ámbito

* Abogada. Master en Asesoría Fiscal, Universidad de Navarra, España. Especialización en Tributación Internacional por el International Tax Center de la Universidad de Leiden, Holanda y la Universidad Austral, Argentina. Profesora de Derecho Tributario en el Centro de Educación Continua de la PUCP. Supervisora de Impuestos de BDO - PLR Asesores de Negocios S.A., Firma Miembro de BDO Internacional.

¹ García Prats, Francisco A. "El Establecimiento Permanente", Págs. 39 y sgtes. Editorial Tecnos, Madrid. 1996.

de aplicación del impuesto a la renta a sujetos que, jurídicamente, no gozan de personería jurídica dotándolos de dicha personalidad para propósitos tributarios o, inclusive, considerándolos como sujetos residentes o domiciliados.

Ahora bien pese a la complejidad que representan los EP en el mundo empresarial, y concretamente, en el ámbito jurídico - tributario, no es menos cierto que el desarrollo de las actividades económicas en el mercado exterior continúa canalizándose a través de dos opciones: (a) la constitución de una sociedad subsidiaria de acuerdo con la legislación del país del exterior donde pretenda realizarse la inversión, o (b) la actuación directa en el extranjero a través de una sucursal o establecimiento permanente. Nótese que si bien la finalidad de la actividad empresarial es la misma en ambos casos, esto es invertir en el exterior, no es lo mismo realizar actividades **con** un país extranjero que realizarlas **en** el exterior.

En el primer caso, la sociedad filial tendrá su propia personalidad jurídica, así como la consideración -a todos los efectos- de domiciliada o residente en el Estado de que se trate, con independencia de que su capital pertenezca a una sociedad no residente en el mismo. En el segundo caso, por el contrario, la sucursal o establecimiento permanente, desde un punto de vista jurídico, no tendrá personería jurídica independiente respecto de la de su casa central, es decir, de la sociedad no residente que opera en un país del extranjero.

Evidentemente, si bien la forma jurídica elegida puede presentar ciertas diferencias, resulta deseable que desde un punto de vista tributario el tratamiento que deba recibir cada operación difiera lo menos posible, a fin de evitar economías de opción y discriminaciones contrarias al principio de neutralidad.

Partiendo de dicha premisa, el presente trabajo tiene por objeto analizar la figura del EP en la legislación interna del Perú, concretamente los EP de empresas peruanas en el exterior, a fin de dilucidar si el tratamiento otorgado guarda coherencia y concordancia con el otorgado a los EP de empresas del exterior ubicados en el Perú, o si es conforme con los principios y doctrina comparada o si por el contrario existen modificaciones que pueden plantearse con la finalidad, como se ha señalado, de evitar un trato discriminatorio y vulnerar el principio de neutralidad que debe existir en el tratamiento fiscal de toda operación económica.

II. EL CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

De conformidad al numeral 1, inciso a) del artículo 3 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (en adelante LIR), aprobado por Decreto Supremo No 122-94-EF, constituye EP distinto a las sucursales y agencias, cualquier lugar fijo de negocios en el que se desarrolle, total o parcialmente, la actividad de una empresa unipersonal, sociedad o entidad de cualquier naturaleza constituida en el exterior.

La anterior es la definición general que contiene nuestra legislación interna respecto de la figura del EP, estableciendo en los incisos siguientes la figura del agente dependiente e independiente así como el contrato de agencia como un supuesto de EP, los casos que no configuran la existencia de un EP y el EP filial o subsidiaria en caso de empresas vinculadas.

A nivel de los CDI celebrados por el Perú (con Chile, Canadá y Brasil) la definición de EP es más amplia, en tanto incluye como supuestos de EP a las actividades esporádicas de construcción y consultoría o prestación de servicios, en general siempre que superen el plazo de 6 meses o 183 días, respectivamente.

En cuanto al concepto de EP contenido en nuestra legislación, así como en los CDI, observamos que se cumple con los criterios esenciales para la configuración de un EP contenidos en los Comentarios al artículo 5 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE (MCOCDE) referidos a:

- a) La existencia de un “lugar fijo de negocios” (place of business): se refiere a que la realización de actividades industriales o comerciales requiere la localización de un emplazamiento, de una sede física o corporal. Los Comentarios al MCOCDE consideran que la expresión “lugar de negocios” comprende cualquier local, instalaciones o medios materiales utilizados para la realización de las actividades empresariales, sirvan o no para tal fin.²
- b) El lugar de negocios debe ser “fijo”. Los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE se refieren al elemento de “fijeza” como al vínculo que debe de existir entre el lugar de negocios y un punto geográfico específico. En la medida que el lugar de negocios debe ser fijo resulta evidente que para que pueda afirmarse que existe un EP se requiere que tal lugar de negocios posea cierto grado de perma-

² Párrafo 4 de los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE.

nencia, lo cual no acontece cuando posee un mero carácter temporal. Así, a efectos de determinar esta característica lo relevante resulta de verificar si el EP no fue creado o establecido para o con una finalidad temporal, aunque tal establecimiento haya existido en la práctica durante un corto periodo de tiempo debido a la especial naturaleza de la empresa o como consecuencia de circunstancias excepcionales. Del mismo modo, cuando un lugar de negocios que, en un principio, debía tener corta duración se mantiene durante un periodo largo que impide considerarlo temporal, pasa a ser un lugar fijo de negocios y, en consecuencia -retrospectivamente- un EP.³

- c) El lugar de negocios debe realizar actividades de la empresa: se refiere a que en el lugar de negocios debe realizarse, total o parcialmente, una actividad empresarial, de negocios, de una manera regular y con independencia que aquéllas tengan o no carácter productivo.

Por consiguiente, atendiendo a los criterios o elementos antes mencionados, habrá que analizar cada caso en concreto a fin de determinar si se configura o no un EP.

De otro lado, respecto a la interrelación entre el concepto de EP en nuestra legislación interna y el concepto convencional (contenido en los CDI) somos conscientes que el segundo resulta más amplio que el primero en tanto contiene supuestos adicionales no contemplados a nivel de la legislación interna (caso de los EP con actividad esporádica), por lo que ante dicha situación surge la interrogante de si existe o no una vulneración de la ley interna por parte del CDI y cuál es en definitiva la ley que prevalece, en su caso.

Al respecto, somos de la opinión que en tanto la finalidad de los CDI es sólo distribuir competencia tributaria entre los Estados firmantes sin generar ningún efecto jurídico en la norma tributaria interna, que es la que regula la hipótesis de imposición y la obligación tributaria, será esta última la que prevalezca sobre la norma convencional; caso contrario se produciría no sólo una extralimitación de la función normativa del criterio de territorialidad en el marco de los Convenios, sino sobre todo una violación de la soberanía fiscal del Estado Contratante.

En este contexto, la potestad tributaria le corresponde al Estado de la fuente sólo si se configura el EP. Una vez configurado el EP bajo las

³ Párrafos 5, 6 y 20 de los Comentarios al artículo 5° del MC OCDE.

reglas del CDI, el Estado de la fuente puede ejercer su potestad tributaria según su legislación interna.⁴

III. ATRIBUCIÓN DE RENTAS AL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

A nivel doctrinario y de la práctica internacional tributaria, son dos los sistemas que se han planteado para la atribución de beneficios al EP, a saber:

- a) El sistema de contabilidad separada (*separate accounting*) o también denominado sistema directo de determinación de beneficios.
- b) El sistema de reparto proporcional.

El sistema de contabilidad separada descansa sobre los principios de empresa separada y empresa independiente que consideran al EP como un centro de imputación de rentas similar a cualquier empresa o sociedad residentes, acudiendo a los resultados que se infieren de la contabilidad propia de cada establecimiento para determinar los beneficios sujetos a imposición. Es decir, el sistema de contabilidad separada parte de la premisa de considerar al EP como una entidad separada, independiente y distinta de su casa central, como si tuviera personería jurídica independiente de ésta, a fin de imputarse y atribuirse las rentas que le correspondan por el desarrollo de sus actividades.

El método de contabilidad separada descansa asimismo en una premisa de carácter teórico. Cada Estado debe gravar únicamente el beneficio neto que se origine en su territorio con independencia del resultado

⁴ Pues bien, conforme a la legislación interna peruana el EP con actividad esporádica no es considerado EP y, por consiguiente, no tiene la condición de domiciliado para efectos de la Ley del IR. En este orden de ideas, los EP configurados por la duración temporal de la actividad deben someterse al régimen de los no domiciliados a fin de determinar el IR que le corresponda pagar. Así puede ocurrir que el EP constituido bajo la cláusula general y especiales (agente dependiente e independiente) se someta al régimen tributario de los domiciliados, mientras que el EP con actividad esporádica se sometería al régimen tributario de los no domiciliados. Cabe anotar que opinión contraria a la nuestra es la expuesta por la Administración Tributaria en el Informe N° 039-2006/SUNAT del 6.2.2006 donde señala que configurado el concepto de EP del CDI, debe considerarse como una persona jurídica domiciliada en el país. Es decir, si bien la Administración Tributaria se ha pronunciado de manera genérica sobre las consecuencias jurídicas que deben considerarse en caso de constituirse un EP según el CDI, no ha analizado específicamente los efectos jurídicos respecto de los EP con actividad esporádica.

general de la empresa. De este modo, se logra la correcta asignación del beneficio a su lugar de origen, estableciéndose una relación directa entre el método de contabilidad separada y el principio de tributación en origen de los resultados empresariales. El gravamen en el Estado de origen debe recaer sobre los rendimientos que sean el resultado directo de las actividades realizadas por el EP.⁵

De otro lado, atendiendo al principio de empresa independiente que tiene como corolario el principio de plena concurrencia o competencia, las rentas imputables al EP derivadas de sus relaciones internas con la casa central, deberán corresponder a las rentas que dicho EP hubiera obtenido, si, en vez de operar con su casa central, hubiera operado con cualquier otra empresa independiente. Es decir, las relaciones internas entre el EP y la casa central u otras partes de la empresa deberán valorarse a precios normales de mercado como si aquél tratase con total independencia con la empresa de la que es EP.

La doctrina internacional reconoce en este punto que el principio de plena concurrencia o *arm's length*, como principio fundamentador de las relaciones internas no opera únicamente en las operaciones que un EP lleve a cabo con su casa central, sino también en aquellas otras concluidas entre EPs de una misma empresa, e incluso en las realizadas entre un EP y las sociedades filiales de su propia empresa.

En este contexto, como bien señala García Prats⁶ la necesidad de reflejar los beneficios realmente obtenidos en un territorio conlleva la posibilidad de realizar ajustes en la contabilidad separada tomada como base, con la intención de adecuar el resultado reflejado en la contabilidad a la expresión de capacidad económica de esta empresa conectada con el territorio del Estado que impone el gravamen. La teoría del *arm's length* avala la realización de estos ajustes, que tienden a asegurar la recta asignación del beneficio al territorio de cada una de las partes intervinientes en la transacción, estableciendo como criterio rector el precio de libre concurrencia o de mercado que pactarían dos partes completamente independientes.

Como puede advertirse, la atribución de rentas al EP bajo el método de contabilidad separada implica la consideración de éste como una empresa separada y como una empresa independiente sin que la aplicación de ambos principios deba confundirse. La condición de entidad

⁵ García Prats, ídem, Pág. 262 y sgtes.

⁶ García Prats, ídem, Pág. 264.

separada convierte al EP en un centro de atribución de rentas separado y autónomo de la casa central o del resto de las partes de la empresa; mientras que la condición del mismo como entidad independiente no afecta tanto a los rendimientos que deben asignarse al mismo sino a los criterios conforme a los cuales deben valorarse y computarse aquéllos: la independencia afecta al plano de la cuantificación y distribución de la renta y es posterior a la consideración separada del establecimiento, que afecta a la calificación y asignación de los hechos objeto de cuantificación.⁷

Por su parte, el sistema de reparto proporcional parte de la consideración de empresa única para la atribución y distribución de las rentas o rendimientos. Así, bajo esta concepción unitaria los EP no se consideran como una empresa separada e independiente de la casa central sino que forman parte de ésta, constituyendo los EP y la casa central una sola unidad empresarial a la cual se le atribuye el beneficio total obtenido para posteriormente repartirse entre los diferentes establecimientos, utilizando para ello distintas variables o módulos de reparto.⁸

La principal consecuencia que se deriva de esta unidad es que, tanto desde el punto de vista mercantil como contable, las operaciones que pueda realizar la casa central con sus sucursales o EP, o las que puedan llevar a cabo los EP o sucursales entre sí, o las operaciones entre éstos y su casa central, serán operaciones puramente internas que no conllevarán jurídicamente ningún efecto traslativo, ni -por consiguiente- generarán ningún tipo de resultado.

Resulta obvio que, desde el punto de vista tributario, existirá resistencia de los Estados para dejar de gravar las rentas empresariales que genere un EP dentro de sus respectivas jurisdicciones, por lo que abo-

⁷ Del mismo parecer es Calderón Carrero, José Manuel que entiende que el principio de empresa independiente opera enmarcado o sobre el resultado de aplicar previamente el principio de empresa separada; de esta forma, el principio de plena competencia operaría como regla de valoración de las operaciones entre la casa central y el EP o entre éste y otras partes de la empresa. “La tributación de los beneficios empresariales”, en “Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España”, Pág. 435. Fundación Pedro Barrié de la Maza e Instituto de Estudios Económicos de Galicia. 2004.

⁸ Estos módulos pueden tener en cuenta criterios de carácter externo (como el clima, condiciones sociales, situación del país, infraestructura, nivel económico, etc.) como criterios exclusivamente internos que suelen basarse en tres parámetros de carácter operativo: los ingresos de la empresa, los gastos de la misma y la estructura del capital atribuido a cada sucursal, EP o parte de la empresa.

garán por el principio de la tributación separada del EP, que supone establecer una vinculación a efectos exclusivamente fiscales entre éste último y su casa central.

De esta manera, la existencia de un EP -muy aparte del sistema de atribución de rentas que adopte- es la llave para permitir a un determinado Estado ejercer su poder tributario respecto de los beneficios empresariales extranjeros obtenidos dentro de su territorio.

IV. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES DE EMPRESAS PERUANAS EN EL EXTERIOR

Conforme hemos indicado anteriormente (punto II) la definición de EP en nuestra legislación se encuentra recogida en el Reglamento de la Ley del IR, toda vez que la Ley no contiene ninguna definición al respecto vulnerando con ello, en nuestra opinión, el Principio de Reserva de Ley recogido tanto a nivel constitucional como en el Título Preliminar del Código Tributario. Tratándose del elemento subjetivo de la hipótesis de incidencia su definición debe encontrarse recogida en la Ley y no en una norma de rango inferior.

Ahora bien, nuestra normativa del IR distingue entre el tratamiento tributario reservado a los EP de empresas peruanas en el exterior y el de los EP situados en nuestro territorio de entidades no domiciliadas o no residentes. Si bien nos encontramos ante la misma figura del EP, es importante advertir que el tratamiento tributario que cada caso recibe en nuestra legislación no resulta equivalente. En efecto, mientras el EP de empresas o entidades no domiciliadas es considerado como una persona jurídica y como sujeto domiciliado para fines tributarios encontrándose gravado únicamente por sus rentas de fuente peruana, el EP de una empresa peruana en el exterior no constituye una persona jurídica independiente, es considerado domiciliado en el país y tributa por el criterio de renta mundial.

Para propósitos del presente trabajo analizaremos en forma exclusiva la regulación otorgada por nuestra legislación tributaria a los EP de empresas peruanas en el exterior a fin de determinar si la misma guarda coherencia con la doctrina comparada y la práctica fiscal internacional o, si, por el contrario, debería ser pasible de modificaciones a fin de lograr su objetivo final de incentivar la inversiones peruanas en el exterior.

Tal como hemos analizado en los puntos precedentes, la tributación

del EP puede darse de dos formas: (i) como ente único o (ii) como ente separado e independiente de la casa central.

Bajo la primera alternativa las rentas del EP se consolidan con las de la casa central, conformando una única renta empresarial que tributará en el país donde se encuentre ubicada la casa central bajo el principio de renta de fuente mundial. Esto es, atendiendo al principio de renta mundial la casa central domiciliada en un determinado Estado deberá tributar en dicho Estado por las rentas generadas dentro de su territorio así como por las rentas generadas por sus EP en cualquier lugar del mundo.

Ante dicha situación surge, entonces, la interrogante de cuál será la normativa que resulte aplicable a fin de calcular los rendimientos generados por el EP: la normatividad del país donde se encuentra ubicada la casa central o la legislación del país donde se encuentra ubicado el EP o país de destino. Considerando que la renta de fuente extranjera se integrará a las rentas generadas por la casa central, su determinación deberá seguir las reglas del país de origen o del país donde se encuentre ubicada la casa central, en tanto es dicho país el que ejerce su soberanía fiscal sobre estas rentas. Por su parte, el país de destino como país de la fuente de dichas rentas ejercerá también su soberanía fiscal sobre las mismas a fin de determinar su gravamen. Así las cosas a fin de determinar la RFE generada por la casa central a través de su EP, que se sumará o integrará con las rentas obtenidas directamente por la casa central, deberá de aplicarse las reglas del país de origen o donde se encuentre situada la casa central, sujetándose las mismas a los criterios de imputación que dicha legislación provea.

Asimismo, siendo que el EP genera una RFE sujeta a gravamen en el país de destino, la casa central podrá computar un crédito por dicha RFE al determinar el impuesto a su cargo. Debe tenerse en cuenta en este punto que, normalmente los Estados contemplan en su legislación interna el método de imputación limitada, por el cual sólo resulta aplicable como crédito contra su impuesto por pagar el impuesto a la renta efectivamente pagado en el exterior hasta el límite en que dicha renta hubiera tenido que tributar en el país de la casa central.

De otro lado, bajo la segunda alternativa que considera al EP, por ficción legal, como una entidad separada e independiente de su casa central, la tributación se producirá en dos Estados distintos. Por un lado, la casa central estará gravada en el país donde se encuentre domiciliada por sus rentas de fuente mundial y el EP, por otro, en el país donde se encuentre ubicado y, exclusivamente, por las rentas generadas en dicho territorio atribuibles al mismo.

En este escenario, la atribución que el EP realice a su casa central de una parte de los beneficios obtenidos por éste podrá realizarse bien como (a) un reparto de utilidades (similar a los dividendos), o bien (b) a través de la contraprestación pagada por el desarrollo de determinadas operaciones, esto es, vía prestación de servicios entre la casa central y el EP (por ejemplo, servicios técnicos, asistencia técnica, regalías, intereses, etc.).

Merece la pena resaltar que por los servicios prestados por la casa central al EP corresponderá la aplicación del principio de plena concurrencia o *arm's length* que obliga a valorar las operaciones conforme al precio de mercado, vale decir, como si se hubieran pactado entre partes independientes.

Atendiendo a ambas formas de tributación del EP puede advertirse que tratándose del EP como ente único, la tributación es más severa y onerosa; a la vez que se produce una doble imposición respecto de las rentas generadas por el EP, las cuales deberán tributar vía retención en el Estado donde se ubica el EP (tributación del EP como sujeto no domiciliado) y en el Estado de la casa central (EP como ente único). Por el contrario, en la hipótesis del EP como ente separado e independiente, el gravamen de sus rentas sólo se produce en el país de destino y no así en el país del lugar del domicilio de la casa central, logrando con ello una mayor neutralidad fiscal en la exportación del capital.

En el caso del Perú, el inciso d) del artículo 7° de la Ley del IR establece que se consideran domiciliadas a las personas jurídicas constituidas en el país. Al respecto, el artículo 4°, inciso a), numeral 3 del Reglamento de la Ley del IR dispone que la condición de domiciliado es extensiva a las sucursales, agencias u otros EP en el exterior establecidos por personas domiciliadas en el país.

Como puede inferirse, la legislación peruana ha optado por acoger la teoría del EP como ente único a efectos de gravar sus rentas empresariales. De esta forma, al carecer el EP de una personalidad jurídica propia, sus rentas se consolidan con las originadas por la casa central, siendo ésta la que determina y paga el impuesto según la legislación del país de su domicilio. Es decir, las RFE del EP deberán sumarse o consolidarse con las rentas de fuente peruana (RFP) originadas por la casa central.

No obstante, respecto de las RFE que genere la casa central a través del EP corresponderá el pago del impuesto a la renta respectivo en el exterior, por el cual la casa central podrá aplicar en el Perú un crédito

contra el impuesto por pagar, tal como lo dispone el artículo 88° inciso e) de la Ley del IR.

Hasta aquí el tratamiento dispensado por nuestra legislación al EP resulta coherente y conforme con el principio de ente único; no obstante, lo establecido por el artículo 24°, numeral 11 de la norma reglamentaria vulnera dicha conformidad. En efecto, el artículo en mención al referirse a los supuestos que constituyen partes vinculadas (a efectos de la aplicación de las reglas de precios de transferencia) señala que tratándose de una empresa domiciliada en territorio peruano que tenga uno o más EP en el extranjero, existirá vinculación entre la empresa domiciliada y cada uno de sus EP.

Nótese que al considerar como partes vinculadas a la casa central y sus respectivos EP -a fin de aplicar las reglas de precios de transferencia respecto de las operaciones que se celebren entre ellas- nuestra ley implícitamente estaría reconociendo el carácter de entidad separada e independiente al EP, pese a haberle negado dicha naturaleza con anterioridad.

En este contexto, no resulta lógica ni coherente la calificación como partes vinculadas que otorga nuestra legislación al EP y la casa central, si al mismo tiempo reconoce y establece su régimen de tributación como ente único obligado a consolidar los resultados en la casa central. No tiene sentido, pues, disponer la aplicación de las reglas de precios de transferencia (cuyo propósito es evitar la deslocalización de rentas) cuando existe la obligación de consolidar resultados, por cuanto cualquier utilidad que se determine en el país de destino o de ubicación del EP terminará tributando por consolidación en el país de domicilio de la casa central.

Ahora bien, a fin de salvar la coherencia en el tratamiento dispensado por nuestra legislación tributaria puede sostenerse la ilegalidad del referido artículo 24°, numeral 11 del Reglamento de la Ley del IR al exceder y contradecir éste lo dispuesto en la Ley. Así, no existe en la Ley del IR ninguna disposición que permita el reconocimiento del EP de una empresa peruana en el exterior como persona jurídica y por ende su posible calificación como parte vinculada con su casa central, tal como ocurre con los EP de empresas domiciliadas en el exterior ubicados en el Perú, donde expresamente nuestra Ley del IR les ha otorgado la calidad de personas jurídicas distintas de la casa central y, en consecuencia, aplicables las reglas de precios de transferencia (artículo 24°, numeral 10 del Reglamento de la Ley del IR).

Así las cosas, en tanto nuestra legislación considere al EP de empresas peruanas en el exterior como ente único obligado a consolidar en la casa central las RFE y las RFP a propósito de determinar, declarar y pagar el IR respectivo, no resultará lógica y coherente la calificación de dichas entidades como partes vinculadas, toda vez que no se trata de dos sujetos distintos e independientes sino de un solo sujeto contribuyente (la casa central) obligado a tributar por los resultados que consolide en su país de residencia o domicilio. Bajo esta hipótesis, cabe recordar, conforme lo hemos señalado anteriormente, que las operaciones o actividades entre la casa central y el EP no tienen ningún efecto fiscal.

De lo analizado anteriormente, puede concluirse -entonces- que el tratamiento otorgado por nuestra legislación tributaria al EP de empresas peruanas en el exterior no incentiva la inversión en el extranjero, toda vez que representa una mayor carga fiscal para el inversionista peruano que tendrá que pagar un IR en el país del exterior (generalmente vía retención) y un IR en el Perú. Muy por el contrario, en el caso del EP con contabilidad separada únicamente se producirá el pago del impuesto en el exterior o en el país de destino.

A continuación, presentamos el tratamiento tributario que sobre este tema otorga la legislación comparada de Argentina y España.

Caso argentino

Señalan los profesores Raimondi y Atchabahian⁹ que el precepto general contenido en el artículo 1º de la Ley del Impuesto a las Ganancias (en adelante, la Ley) es que los sujetos residentes tributan por sus rentas de fuente mundial, vale decir sobre la totalidad de las ganancias obtenidas en el país o en el exterior.

Conforme este precepto, tratándose de una sucursal en el exterior de la casa matriz en el país resulta que esta última se encontrará gravada con el impuesto respecto de las ganancias de sus sucursales o filiales en el exterior.

En el mismo sentido, el primer párrafo del artículo 128º de la Ley establece que constituyen ganancias de fuente extranjera las atribuibles a establecimientos estables instalados en el exterior pertenecientes a sujetos residentes, sean éstos personas de existencia visible o perso-

⁹ Raimondi, Carlos y Atchabahian, Adolfo. "El impuesto a las ganancias", Pág. 181 y sgtes. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 2000.

nas de existencia ideal. Asimismo, el segundo párrafo de dicho artículo señala que los establecimientos que quedarían comprendidos son aquéllos organizados en forma de empresa estable para el desarrollo de actividades comerciales, industriales, agropecuarias, extractivas o de cualquier tipo.

Ahora bien, de conformidad al primer párrafo del artículo 129° de la Ley los establecimientos estables en el exterior, a los que alude el artículo 128°, deben llevar contabilidad separada de la de sus titulares residentes en el país y de las de otros establecimientos estables en el exterior de los mismos titulares. Adicionalmente, el segundo párrafo del mencionado artículo se refiere a las transacciones entre estos establecimientos estables y el titular del país, o entre aquél con otros establecimientos estables del mismo titular, instalados en terceros países, o con personas u otro tipo de entidades vinculadas, domiciliadas, constituidas o ubicadas en el país o en el extranjero, y dispone que se deberá considerar a dichas transacciones como efectuadas entre partes independientes, en el sentido de que aquéllas dan lugar a contraprestaciones que deben ajustarse a las que hubieran convenido terceros que, revistiendo el carácter indicado (el de ser partes independientes), llevan a cabo entre sí iguales o similares transacciones en las mismas o similares condiciones.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 129° de la Ley establece cómo se ha de proceder cuando las contraprestaciones no se ajusten a las que hubieran convenido partes independientes. Así, admite la posibilidad de que se realicen los *ajustes necesarios* a fin de determinar el resultado de fuente extranjera, esto es, que las diferencias en exceso o en defecto que se registren respecto de las que hubieran pactado las partes (a cargo del titular residente o a cargo del establecimiento estable) se incluirán en las ganancias de fuente argentina del titular residente.

Finalmente, el cuarto párrafo del artículo 129° prevé la consecuencia para que en caso la contabilidad separada no reflejara adecuadamente el resultado impositivo de fuente extranjera de un establecimiento estable, la Administración Tributaria (A.F.I.P.) pueda determinar dicho resultado sobre la base de las restantes registraciones contables del titular residente en el país o en función de otros índices que resulten adecuados.

Como puede observarse de lo anterior, en el caso argentino -al igual que en el Perú- el tratamiento tributario otorgado a los EP de empresas argentinas en el exterior adolece de algunos defectos, pues no obstante señalar que será la empresa residente en Argentina titular del

EP en el exterior la que como “residente” tributará por las rentas de fuente mundial, incluidas las de fuente extranjera, a la vez dispone la contabilidad separada del establecimiento y la aplicación de las reglas de precios de transferencia, al considerar a cada entidad como parte independiente en una transacción determinada.

Conforme hemos analizado anteriormente, este tratamiento no tiene sentido o utilidad práctica, pues no genera ningún beneficio ni obedece a ningún fundamento legal el considerar al EP y su casa central como partes independientes cuando no se reconoce a este último personería jurídica -al menos para propósitos tributarios- y por el contrario se dispone que la tributación se realice únicamente en el país donde se ubica la casa central.

Caso español

Conforme a la legislación interna española, el EP no goza de personería jurídica propia, por lo que no se encuentra autorizado a llevar contabilidad separada de su casa central.

El artículo 7º de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) contiene una lista taxativa de los sujetos pasivos del impuesto, no mencionando al EP de una empresa española situado en el exterior como tal. Tampoco el artículo 8º de la LIS le otorga el carácter de residente, disponiendo, en general, que se consideran residentes en territorio español las entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos: (a) que se hubieren constituido conforme a las leyes españolas, (b) que tengan su domicilio social en territorio español, y (c) que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.

No obstante, el artículo 16º de la LIS establece en su inciso j) que se considerarán personas o entidades vinculadas: la sociedad residente en territorio español y sus EP en el extranjero. Con esta disposición, el legislador español ha previsto la aplicación de la regla de valor de mercado a fin de valorar las transacciones que celebren entre sí la casa central y su EP o viceversa.

Ahora bien, en aplicación del artículo 20º de la LIS se ha dispuesto la exención de las rentas positivas obtenidas en el extranjero a través del EP siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- i) Que la renta del EP proceda de la realización de actividades empresariales en el extranjero.

- ii) Que la renta obtenida por el EP haya sido gravada por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IS, y que no se halle situado en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

Al igual que el caso peruano, puede observarse que si bien no se otorga al EP personería jurídica, debiendo integrarse las rentas del EP con las de la casa central obligada a tributar por sus rentas de fuente mundial, se impone la aplicación de las reglas de precios de transferencia a fin de valorar sus transacciones.

V. EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL MODELO DE LA OCDE: NUEVO ENFOQUE¹⁰

En las líneas siguientes nos vamos a referir al borrador del “Informe sobre Atribución de Beneficios al EP”¹¹ elaborado por el Comité de Asuntos Fiscales (CAF) de la OCDE, que ha sido publicado en junio del 2008 y que propone una nueva redacción del Artículo 7º del MC OCDE así como también importantes modificaciones a sus Comentarios Oficiales.

Conforme lo señala la CAF el propósito de esta modificación es dar una mayor certidumbre en los criterios aplicables para la atribución de beneficios a los EP, planteando una postura uniforme sobre la interpretación y aplicación de dicho artículo.

Como se sabe, el artículo 7º del MC OCDE se refiere a los beneficios empresariales y a la distribución de la competencia tributaria de los Estados Contratantes a gravar dichas rentas en caso exista o no exista de por medio un EP.

La nueva redacción del artículo 7º propone modificaciones en sus párrafos 1 y 2, así como la eliminación de los párrafos 3, 4, 5 y 6. De esta forma, el nuevo artículo 7º estaría integrado por 4 párrafos versus los 7 que contiene actualmente.

La regla general contenida en el párrafo 1 dispone que los beneficios

¹⁰ En este apartado seguimos los Comentarios de Bennett, Mary y Russo, Rafael. “Discussion Draft on a new Art. 7 of the OCDE Model Convention”. *International transfer pricing journal*, Amsterdam Vol. 16 (2009), N° 2, Pág. 73-80.

¹¹ Discussion Draft on a new Article 7 (Business Profits) of the OCDE Model Tax Convention. See www.oecd.org

empresariales se gravan en el Estado de residencia, salvo que la empresa realice su actividad en el otro Estado a través de un EP. En tal caso, el otro Estado podrá gravar las rentas atribuidas a dicho EP conforme a las reglas contenidas en el nuevo párrafo 2.

Como puede observarse de una lectura comparativa del texto actual y del nuevo texto propuesto, el cambio introducido en el párrafo 1 tiene por objeto evitar una interpretación errónea que podría desprenderse del texto actual y que está referida a que mientras la empresa a la que pertenece el EP no obtenga ganancias o beneficios, el Estado de la fuente no podría gravar los beneficios atribuidos al EP, o que en caso la empresa obtenga pérdidas, ninguna renta o beneficio podría imputarse al EP. Así, incluyendo la referencia al párrafo 2 (también modificado) y eliminando la referencia a los beneficios de la empresa, el nuevo párrafo 1 intenta dejar claramente establecido que los beneficios atribuibles a un EP son aquéllos que el mismo hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta y separada, tratándose con total independencia de la empresa a la cual pertenece. Es decir, los resultados de un EP no se ven limitados por los resultados obtenidos por las restantes partes de la empresa, ni por los beneficios o pérdidas obtenidos por la empresa a la que pertenece, pudiendo darse, inclusive, el caso de que ningún beneficio sea atribuido al EP a pesar que la empresa haya obtenido utilidades.

Asimismo, la nueva redacción del párrafo 1 permite a los Comentarios¹² al mismo dejar sentado el rechazo expreso al principio de la “*fuerza de atracción*” aplicable en la legislación interna de algunos países. De acuerdo a dicho principio cuando un no residente mantiene un EP en un Estado, dicho Estado tiene derecho a gravar no sólo los beneficios atribuidos a dicho EP sino, en general, todos los beneficios que la empresa pueda generar en dicho Estado, sin importar si han sido obtenidos a través del EP o no. En este sentido, los Comentarios al artículo 7° dejan en claro que solamente los beneficios atribuidos al EP pueden encontrarse sujetos a gravamen en el Estado donde se encuentre situado dicho EP.

Por su parte, la propuesta del nuevo párrafo 2 reafirma la aplicación de la regla contenida en el párrafo 1 especificando cómo es que debe realizarse la atribución de beneficios al EP. Así, este párrafo incorpora el denominado principio de la “*empresa funcionalmente separada*” a fin de determinar los beneficios imputables a un EP como si fuese una

¹² Párrafo 10 de los Comentarios al nuevo artículo 7°.

empresa distinta y separada de la empresa a la que pertenece mediante la atribución de: los riesgos que entrañan las funciones sustantivas realizadas por el personal del establecimiento que resultan relevantes para la asunción de los mismos, o para su gestión; la propiedad económica de los activos tangibles e intangibles, respecto de los que el personal del EP realiza las funciones que así lo determinen; y el “capital libre” atribuible al establecimiento, es decir, aquella financiación que no genera un gasto deducible en concepto de intereses, que le permite ejercer las funciones, asumir los riesgos y utilizar los activos que sean atribuibles al establecimiento.

El principio de “empresa funcionalmente separada” debe ser aplicado por ambos Estados, tanto por el Estado de la fuente a fin de determinar los beneficios imputables al EP conforme al artículo 7º, como por el Estado de residencia a propósito de determinar los beneficios respecto de los cuales se aplicará alguno de los métodos para eliminar la doble imposición contenidos en el Artículo 23º del MC OCDE.

Ahora bien, como segundo paso, el párrafo 2 propuesto establece que deberá recurrirse al análisis funcional y de hechos para hacer posible la realización de la hipótesis del EP como una empresa separada y distinta. El análisis funcional pretende identificar y comparar las actividades y responsabilidades asumidas y ejercidas por el EP.

Como paso siguiente, las relaciones u operaciones entre el EP y la empresa deben ser valoradas conforme al principio de libre competencia o arm’s length principle, el cual implica la asignación de un valor de mercado a dichas transacciones como si se hubieran realizado entre partes independientes. En este contexto, para determinar la remuneración de cualquier operación o relación resultarán aplicables, por analogía, los métodos tradicionales contenidos en las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia (método del precio comparable no controlado, método del precio de reventa minorado y el método del coste incrementado), o cuando éstos no puedan ser aplicados, se aplicarán los métodos transaccionales basados en el beneficio (es decir, el método del reparto del beneficio o el método del margen neto transaccional).

En relación al párrafo 3 eliminado de la nueva redacción propuesta al artículo 7º, cabe indicar que dicha eliminación obedece a múltiples razones, entre ellas, la posibilidad de interpretar dicho párrafo como una excepción al principio de libre competencia a fin de imputar los gastos a un EP, o simplemente porque dicho párrafo resultaba innecesario frente a la nueva redacción del párrafo 2 que reconoce el principio de “empresa funcionalmente separada”.

Atendiendo a estos motivos es que el nuevo artículo 7º no reproduce el párrafo 3 del texto actual, siendo que el tratamiento de los gastos atribuidos a un EP estaría cubierto por el nuevo párrafo 2. Así, el enfoque autorizado por la OCDE determina qué ingresos y gastos deben atribuirse al EP, pero no determina si estos ingresos y gastos, una vez atribuidos, son computables o deducibles para calcular los beneficios del EP, cuestión que queda reservada al derecho interno del Estado donde se encuentra ubicado el EP.

Finalmente, la eliminación de los párrafos 4 y 5 obedece a que su interpretación a la luz del principio de “empresa funcionalmente separada” resulta innecesaria.

Por su parte, el párrafo 6 ha sido eliminado por cuanto no resulta consistente con el principio de libre concurrencia aplicable al EP como si fuera cualquier empresa independiente.

Por último, el párrafo 7 del texto actual se ha reproducido como párrafo 4 del nuevo artículo 7º estando referido a la prioridad de otros artículos del MC OCDE frente al artículo 7º comentado.

Teniendo en cuenta lo expuesto, y siendo que el Perú sigue el MC OCDE en la negociación de sus CDI resultará conveniente el análisis y estudio de las modificaciones propuestas al artículo 7º bajo comentario a fin de incorporarlas a los nuevos convenios que se suscriban o para tenerlas en cuenta para regular el tratamiento de los EP en la legislación interna, en lo que resulten aplicables.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Resulta conveniente revisar la noción de EP contenida en nuestra legislación interna a fin de incluir en la misma los supuestos de EP con actividad esporádica o temporal contenidos en los CDI, poniendo fin de esta manera a los problemas que surgen en la práctica por las diferentes definiciones de EP contenidas en la ley doméstica y en la ley convencional.
2. La concepción del EP como empresa separada e independiente de su casa central obedece a razones de índole tributaria, a fin de permitir al Estado de la fuente ejercer su poder tributario respecto de los beneficios empresariales extranjeros obtenidos dentro de su territorio.

3. La concepción del EP como empresa separada implica convertirse en un centro de atribución de rentas separado y autónomo de la casa central o del resto de las partes de la empresa, mientras que el EP como entidad independiente atiende a la cuantificación y distribución de la renta teniendo como base el principio de libre concurrencia o *arm's length*.
4. En la hipótesis de gravar al EP como ente único, la tributación de sus rentas se consolida con las de la casa central, encontrándose gravadas en su totalidad bajo el principio de renta mundial en el país de origen o de residencia de la casa central.

En dicho contexto, a fin de determinar la RFE generada por el EP deberán de seguirse las reglas y principios del país de origen que es el que en definitiva ejercerá el poder tributario sobre dichas rentas. Asimismo, la casa central podrá hacer uso del crédito por RFE al determinar su IR por pagar.

5. Bajo el supuesto de gravarse el EP como una entidad separada e independiente de la casa central, la tributación de sus rentas se producirá exclusivamente en el país de destino o Estado de la fuente o país donde se encuentre ubicado el EP, siendo atribuibles a su casa central parte de los beneficios bajo la forma de un reparto de utilidades (similar a los dividendos) o como contraprestación por los servicios prestados por su casa central (servicios técnicos, asistencia técnica, regalías, intereses, etc.).
6. Tratándose del Perú, la regulación del EP de empresas peruanas en el exterior resulta contradictoria, pues mientras el artículo 7º, inciso d) de la Ley del IR acoge la teoría del EP como ente único a efectos de gravar sus rentas, el artículo 24º, numeral 11 del Reglamento del IR considera como partes vinculadas a la casa central domiciliada en el país y a sus respectivos EP en el exterior.

En consecuencia, existe una evidente ilegalidad de la norma reglamentaria al exceder y contradecir lo dispuesto en la ley.

7. El nuevo enfoque del MCOCDE reafirma la configuración del EP como una empresa hipotéticamente separada y distinta a la que se le atribuyen los riesgos, la propiedad económica de los activos (tangibles e intangibles) y el capital libre, mediante la incorporación del principio de “empresa funcionalmente separada”.

Asimismo, el nuevo modelo del artículo 7º propone recurrir al análisis funcional y de hechos a fin de hacer posible la realización del EP como una empresa distinta y separada.

En cuanto a las operaciones o transacciones entre el EP y su casa central (o viceversa) y otros EP de la misma empresa corresponderá valorarlos según el principio de libre competencia o *arm's length*, utilizando para ello los métodos tradicionales contenidos en las Directrices de la OCDE sobre Precios de Transferencia o cuando éstos no puedan ser aplicados, los métodos transaccionales basados en el beneficio.

Por último, los gastos atribuibles al EP siguen también el principio de “empresa funcionalmente separada”, debiendo dejarse a la legislación interna o doméstica del Estado donde se ubica el EP la cuestión relativa a su deducibilidad. Es decir, será el Estado de la fuente el que determine si los gastos son computables o deducibles para calcular los beneficios del EP.

Lima, abril de 2010.