

ANÁLISIS DE LA COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL Y LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN - EL "TEST DE DOBLE IMPOSICIÓN"

Gustavo E. Tarazona Ospina*

- Perú -

Primer Lugar del 4to Premio Internacional de Investigación del Comité Regional Latinoamericano de IFA

I. INTRODUCCIÓN

El Régimen de Transparencia Fiscal Internacional es una herramienta del derecho tributario que muchos países han decidido introducir en sus legislaciones tributarias internas, a efectos de evitar que sus residentes difieran para efectos tributarios, el reconocimiento de las rentas pasivas que obtiene a través de canalizar inversiones en el exterior en empresas constituidas en países de baja nula imposición. En el Perú, este régimen entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2013, como parte de una serie de normas que buscaban combatir la elusión fiscal.

Ahora bien, la aplicación del citado Régimen en caso los residentes de ambos países (la empresa del exterior que obtiene las rentas pasivas y su titular) hayan suscrito un Convenio para Evitar la Doble Imposición, podría generar diversos conflictos respecto a la compatibilidad de ambos conceptos, que entre otros, podrían conllevar a la vulneración de principios del derecho internacional, específicamente el Pacta Sunt Servanda y la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno. De la revisión de la doctrina tributaria nacional e internacional y de la jurisprudencia de diversos tribunales extranjeros que se han pronunciado sobre el particular, puede concluirse que a la fecha no hay unanimidad respecto a esta materia. Incluso, la propia Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico (OCDE) en uno de los comentarios a su modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición, se habría pronunciado a favor de la compatibilidad del Régimen de Transparencia Fiscal con los Convenios para Evitar la Doble Imposición. No obstante, en otros de los comentarios a dicho modelo, también reconoce expresamente que dicha aplicación podría generar resultados de doble imposición, siendo esta situación contraria a los fines de los convenios.

Esta situación toma mayor relevancia y actualidad, en la medida que la OCDE al librar una lucha frontal contra la elusión y la planificación fiscal agresiva, ha emitido el "Plan de Acción para prevenir la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios" (Base Erosion and Profit Shifting por sus siglas en inglés), que su Acción 3 recomienda la fortificación del Régimen de Transparencia Fiscal Internacional. Como detallaremos más adelante, en nuestra opinión esta Acción 3 debería hacer expresa referencia a que el citado Régimen debe ser aplicado sin generar doble imposición a sus residentes.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Asociado Senior de Rebaza, Alcazar & De las Casas, Abogados Financieros.

En la medida que no existe una opinión unánime a nivel mundial, a fin de resolver esta interrogante en el presente trabajo propondremos una forma objetiva de determinar si las CFC rules son compatibles con los CDIs. A dicha forma objetiva la denominaremos "Test de Doble Imposición". A partir del régimen de transparencia fiscal peruano, de los CDIs suscritos por el Perú y de los mecanismos internos peruanos para evitar la doble imposición, vamos a explicar cómo funcionaría el citado Test para resolver esta inquietud. Consideramos que este Test de Doble Imposición puede ser aplicado por todos los países a los que se les presente la misma interrogante, para que con sus propias reglas de Régimen de Transparencia Fiscal, de los CDIs que hayan suscrito y de sus propios sistemas internos para evitar la doble imposición puedan determinar si el Régimen de Transparencia Fiscal resulta compatible o no con los Convenios para Evitar la Doble Imposición.

A efectos de arribar a nuestras conclusiones primero desarrollaremos brevemente el marco conceptual con el que trabajaremos, este es, un desarrollo resumido del Régimen de Transparencia Fiscal, haciendo incidencia en el régimen peruano, los objetivos de los Convenios para Evitar la Doble Imposición y sus mecanismos para evitar la doble imposición y de las diversas opiniones a nivel internacional respecto a la compatibilidad de ambos conceptos.

II. EL RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Antes de pasar a analizar el tema de fondo del presente trabajo, resulta necesario fijar algunos conceptos, los cuales serán referidos en el desarrollo del presente artículo.

Así, el Régimen de Transparencia Fiscal Internacional o Controlled foreign Company legislation (en adelante nos referiremos al mismo como "CFC rules") es una importante herramienta que sirve a muchos países para evitar la elusión tributaria. En líneas generales, las CFC rules establecen que un residente de un país que es titular de una compañía controlada y domiciliada en una jurisdicción de baja o nula imposición (Entidad Controlada no Domiciliada, en adelante, "ECND"), está gravado anualmente por las utilidades de dicha compañía controlada, aun cuando los ingresos no hayan sido distribuidos como dividendos a dicho residente, u obtenidos por el referido residente como una ganancia de capital. El objetivo de las CFC rules es evitar el diferimiento de la imposición de dichas utilidades, toda vez que en tanto las mismas no sean distribuidas por las ECND a los titulares de las mismas, dichas utilidades no serán materia de imposición.¹

El primer país en establecer CFC rules fue Estados Unidos en 1962, con la introducción de la "Subpart F legislation". Desde ese momento, muchos países han decidido establecer CFC rules en su legislación interna. El Perú, con la

¹ DAHLBERG, Mattias y WIMAN, Bertil, Reporte General del 67 Congreso del International Fiscal Association realizado en Copenhagen en el año 2013. Volumen 98 a, página 25.

publicación del Decreto Legislativo N° 1120 en el mes de julio de 2012, introdujo las CFC rules a la Ley del Impuesto a la Renta (Decreto Legislativo N° 774 y normas modificatorias, en adelante "Ley del IR"). Dichas reglas están vigentes en el Perú a partir del 1 de enero de 2013.

III. LAS CFC RULES EN EL PERÚ

De conformidad con lo establecido en el inciso d) del artículo 57 de la Ley del IR, los sujetos domiciliados en el Perú deben imputar las rentas de fuente extranjera que obtengan al ejercicio gravable en el que se perciban.² No obstante, por excepción dichos sujetos no domiciliados tendrán que reconocer rentas por aplicación de las CFC rules, aun cuando no las perciban.

Así, de conformidad con el Capítulo XIV de la Ley del IR, las CFC rules son aplicables a los contribuyentes domiciliados en el país que conduzcan sus inversiones en el extranjero a través de ECND (comúnmente llamadas "Sociedades Offshore"), respecto de las rentas pasivas que éstas generen u obtengan (dividendos, intereses, ganancias de capital, entre otros). Como indicamos, las CFC rules buscan eliminar la posibilidad de diferir el reconocimiento de resultados provenientes de rentas pasivas y el consecuente pago del Impuesto a la Renta (en adelante, "IR") por parte del contribuyente domiciliado, controlador de las inversiones.

En consecuencia, al amparo del RTFI no sería necesario que exista previamente una distribución de dividendos por parte de las entidades controladas no domiciliadas a los accionistas domiciliados en el Perú, para que éstos se encuentren obligados a tributar por dichas rentas.

Conforme al artículo 112 de la Ley del IR, para efectos de la aplicación del Régimen, ECND es aquella que cumple con los siguientes requisitos:

- i) Para efectos del IR tiene personería distinta a la de sus socios o, en general, a las personas que la integran;³
- ii) Está constituida o domiciliada en:
 - a. Un país o territorio de baja o nula imposición tributaria;
 - b. Un territorio en el que sus rentas pasivas no estén sujetas al impuesto a la renta;

² El Tribunal Fiscal del Perú en las resoluciones N°s 5657-5-2004 y 11362-1-2011 ha entendido que se considera percibido un ingreso desde que éste ha sido "puesto a disposición" del beneficiario, lo que debe ser entendido como la oportunidad en que el contribuyente puede hacer suyo el ingreso, dependiendo sólo de su voluntad que tal situación acontezca.

³ El artículo 62 del Reglamento de la Ley del IR establece qué criterios deben observarse a fin de establecer si una entidad no domiciliada tiene personería distinta a la de sus socios. No obstante, se ha dispuesto de manera expresa que, en cualquier caso, se considerará que los fondos de inversión, trusts y parternships sí tienen personalidad distinta a la de sus socios.

- c. Un territorio en el que sus rentas pasivas estén sujetas a un impuesto a la renta que sea igual o inferior al 75% del IR que correspondería en el Perú sobre rentas de la misma naturaleza,⁴ y,
- iii) Sea de propiedad de contribuyentes domiciliados en el país (por sí solos o conjuntamente con sus partes vinculadas⁵ domiciliadas en el país).

Sobre el particular, se entenderá que la ECND es de propiedad de un contribuyente domiciliado en el país cuando por sí solo o conjuntamente con sus partes vinculadas domiciliadas en el país, tengan una participación directa o indirecta, en más del 50% del capital o en los resultados de dicha entidad, o en los derechos de voto en ésta.

Asimismo, el artículo 114 de la Ley del IR establece que para efectos de la aplicación del Régimen, se considera como rentas pasivas, entre las más relevantes, a las siguientes:

- Los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades, salvo que se trate de:
 - i) Dividendos presuntos en supuestos específicos.⁶
 - ii) Los dividendos y otras formas de distribución de utilidades pagadas por una ECND a otra.
- Los intereses y demás rentas de segunda categoría.⁷
- Las regalías.
- Las rentas originadas en la enajenación, redención o rescate de valores mobiliarios.
- Las rentas provenientes de cesión de derechos de autor, marcas, derechos de llave, patentes, entre otros.

Al respecto, deberá tenerse en cuenta que la norma presume, admitiendo prueba en contrario que:

1. Todas las rentas obtenidas por una entidad controlada no domiciliada que esté constituida o establecida, o sea residente o domiciliada en un país o territorio de baja o nula imposición, son rentas pasivas.
2. Una entidad controlada no domiciliada constituida, establecida, residente o domiciliada en un país o territorio de baja o nula imposición, genera, en un ejercicio gravable, una renta neta pasiva igual al resultado de multiplicar la tasa de interés activa más alta que cobren las empresas del sistema financiero del referido país o territorio por el valor de adquisición

⁴ Hasta el 31 de diciembre de 2014, la tasa efectiva era del 22.5%, en el ejercicio 2015 y 2016, la tasa efectiva será del 21%.

⁵ Para este requisito en particular, el artículo 63 del Reglamento de la Ley del IR ha establecido los supuestos en los que se considera a dos personas o más como partes vinculadas.

⁶ A mayor abundamiento, no se considerará como rentas pasivas a los conceptos previstos en los incisos g) y h) del artículo 24-A de la Ley del IR.

⁷ Específicamente, las rentas a las que se refiere el inciso a) del artículo 24 de la Ley del IR.

de la participación o el valor de participación patrimonial, el que resulte mayor, que corresponda a la participación, directa o indirecta, de los propietarios domiciliados en el país que controlan a la entidad o domiciliada.

En relación a la oportunidad de atribución y la tasa aplicable a las rentas pasivas atribuidas, el artículo 113 de la Ley del IR establece que el sujeto domiciliado que controle a la ECND deberá, **al cierre del ejercicio**, determinar la totalidad de las rentas pasivas sujetas al RTFI con el objeto de que le sean atribuidas.

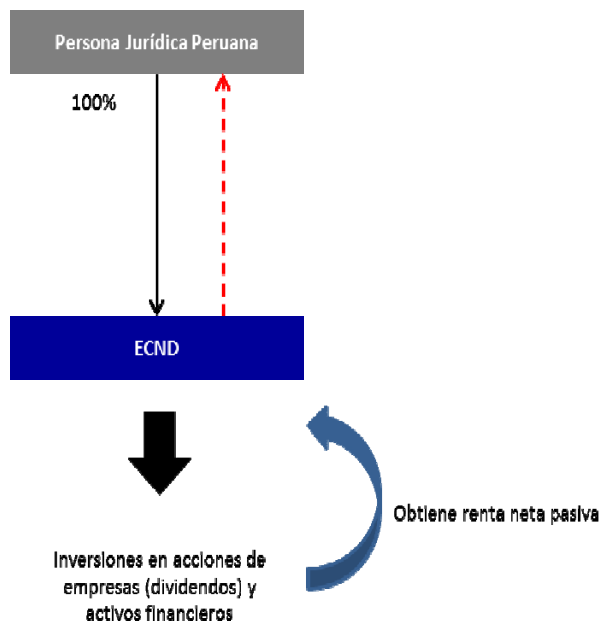
Cabe precisar que a efectos de determinar el importe de la renta atribuida, se deberá compensar los ingresos, ganancias o pérdidas de capital, gastos y pérdidas de los distintos tipos de rentas (dividendos, regalías, intereses, entre otros) que hubiese generado la ECND. En caso el resultado luego de la compensación fuese negativo, no se efectuará atribución alguna. Por el contrario, si el resultado fuese positivo, éste constituirá la renta neta pasiva atribuible al sujeto domiciliado.

Asimismo, en la medida que la distribución de los beneficios de la ECND probablemente se realice en un periodo posterior al ejercicio en el cual se atribuya y tribute por las rentas pasivas obtenidas según el RTFI, los dividendos que provengan de la entidad controlada no domiciliada que ya hubieran sido objeto a imposición en el Perú, no deberán ser considerados como rentas gravables en el ejercicio en el que efectivamente se perciban.⁸

Para efectos del presente trabajo y del análisis que realizaremos, partiremos de la premisa que una persona jurídica peruana⁹ realiza inversiones pasivas a través de un ECDN en el exterior, de acuerdo al siguiente gráfico:

⁸ Sobre el particular, el Ministerio de Economía y Finanzas en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1120 (norma que introdujo las CFC rules a nuestro ordenamiento jurídico), señaló lo siguiente: "*Finalmente, a efectos de evitar una doble imposición, se señala que los dividendos que una entidad no domiciliada que hubiera atribuido rentas pasivas a su propietario domiciliado en el país, distribuya a este último, deberán estar gravados únicamente por aquella parte que corresponda a conceptos que no fueron materia de atribución. Lo contrario significaría gravar la renta atribuida dos veces, al momento de atribuirla al domiciliado y al momento de ser efectivamente distribuida a dicho domiciliado*".

⁹ Nos restringiremos sólo a las personas jurídicas peruanas a efectos de no excedernos del espacio establecido en el Reglamento del presente concurso.



Respecto a la tasa empresarial de Tercera Categoría, hasta el 31 de diciembre de 2014 la tasa era del 30%. Con la publicación de la Ley N° 30296 con fecha 31 de diciembre de 2014, las tasas aplicables a las rentas de tercera categoría (rentas empresariales de personas jurídicas) y a la distribución de dividendos, serán las siguientes:

Ejercicios gravables	Tasas 3ra Categoría	Tasas a la distribución de dividendos
2015-2016	28%	6.8%
2017-2018	27%	8.0%
2019 en adelante	26%	9.3%

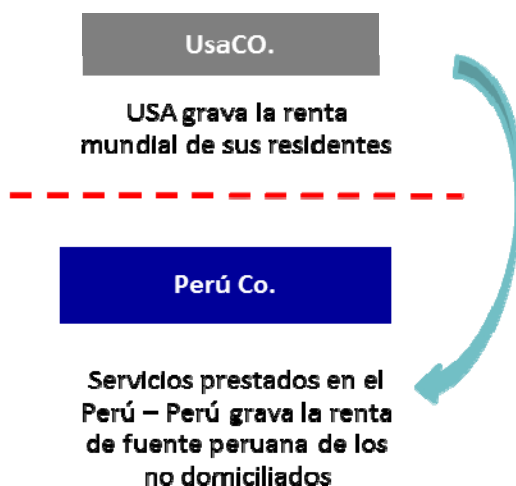
En conclusión, en el supuesto que una empresa peruana, controle inversiones pasivas en el extranjero a través de una sociedad holding que califique como ECND ubicada en un Paraíso Fiscal o en un país en que las rentas pasivas estén sujetas a una tasa efectiva del IR **inferior al 21% en los ejercicios 2015 y 2016, 20.25% en los ejercicios 2017 y 2018, y; 19.54% en el ejercicio 2019 en adelante**, la referida empresa peruana deberá tributar por las rentas pasivas obtenidas por la ECND de manera anual siempre que el resultado luego de la compensación fuese positivo, y no cuando las rentas sean percibidas por la empresa peruana, conforme al régimen general.

IV. LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN (CDIs)

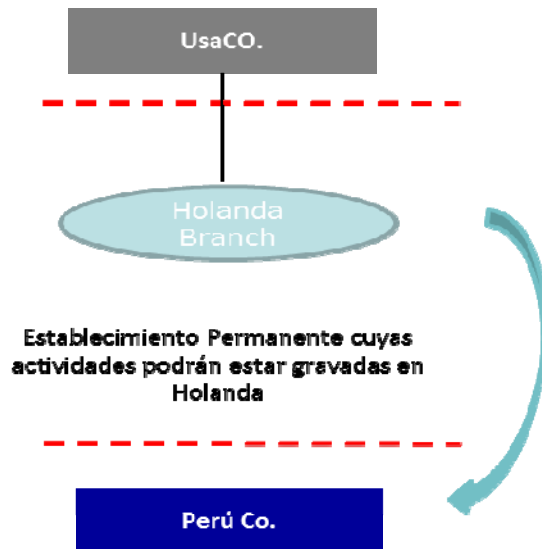
1. La Doble imposición internacional y el objetivo principal de los CDIs

La Doble Imposición Internacional se produce cuando se somete a imposición a una misma persona por impuestos de naturaleza similar (como es el caso del Impuesto a la Renta) en dos o más Estados a la vez, por un mismo objeto imponible y por el mismo período fiscal. Ello se produce básicamente por el conflicto de en los criterios de vinculación de renta que pudiera existir entre dos jurisdicciones en las que una misma operación se desarrolla. Los conflictos que podrían producirse son los siguientes:

- 1.1. Residencia versus Fuente.- En este caso, el Estado residencia de un sujeto, gravaría las rentas mundiales de sus residentes. Si este residente realiza actividades comerciales en otro Estado, este último también podría gravar las rentas que un sujeto no residente obtenga en este estado, bajo el criterio de vinculación de fuente. Para ilustrar mejor este conflicto de criterios de vinculación, proponemos el siguiente ejemplo:



- 1.2. Fuente versus Fuente.- En este caso, dos estados que consideren como criterio de vinculación, el lugar en donde está situada la fuente productora de renta, considerarían que una sola operación ha generado una renta gravada en sus propias jurisdicciones. Para graficar ello, podríamos proponer el siguiente ejemplo:



Servicio digital (Supuesto que de acuerdo a artículo 9 de la Ley del IR, genera renta de fuente peruana sin importar que se hayan realizado o no, actividades en territorio peruano.

- 1.3. Residencia versus Residencia.- Este supuesto podría presentarse cuando dos Estados consideran que un sujeto es residente de ambos. Esto podría presentarse por ejemplo, en el caso que una compañía esté constituida en el Perú (domiciliada en el Perú de conformidad con el literal a) del artículo 14 de la Ley del IR) y que tenga su administración y control efectivo en Inglaterra (de acuerdo a las normas de dicho país, la administración efectiva de una empresa determinaría que dicha empresa sería domiciliada en Inglaterra para efectos tributarios).

Cuando la doble imposición se presenta sobre la misma persona, en aplicación del principio de la identidad subjetiva se produce lo que en doctrina se conoce como la "doble imposición jurídica". Esto se presentaría por ejemplo, cuando la renta obtenida por un sujeto peruano que realiza actividades directamente en el extranjero está gravada con Impuesto a la Renta tanto en el Perú, como en el país en donde realizó sus actividades generadoras de ingreso.

Si no existe identidad de sujetos sobre quien recae el impuesto o si se trata de impuestos distintos pero que recaen sobre el mismo hecho imponible, se presenta lo que en la doctrina tributaria se denomina como "doble imposición económica". Esto se presenta por ejemplo en los casos en que un sujeto peruano es propietario de las acciones representativas del capital de una empresa domiciliada en un país extranjero que produce renta gravada en ese país extranjero, y a su vez, dicha renta también es gravada en el Perú con ocasión de la distribución de dividendos efectuada por parte de la empresa extranjera al sujeto peruano.

Es por ello que la eliminación de dicha doble imposición es tan importante, toda vez que esta situación representa un impedimento para la expansión de las relaciones económicas de cada país, en el contexto de una economía globalizada en crecimiento. Para estos efectos, determinados países negocian

y suscriben convenios para evitar la doble imposición (en adelante, "CDI" o "CDIs").

La doctrina internacional se ha pronunciado en ese sentido, poniendo especial énfasis en el objetivo de evitar la doble imposición a efectos de viabilizar el intercambio en las relaciones económicas de los países. Así, Fernando Serrano Antón en la Relatoría General de las XXVI Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario realizadas en Santiago de Compostela en septiembre de 2012 (Tema I – Interpretación y aplicación de los Convenios para evitar la doble imposición para evitar la doble imposición internacional) señaló lo siguiente: *"Los Convenios para evitar la doble imposición internacional en materia de renta y patrimonio y prevenir la evasión fiscal son tratados internacionales que regulan las relaciones fiscales entre dos países, distribuyendo la potestad tributaria entre ellos, con el objeto de eliminar la doble imposición internacional, prevenir la evasión fiscal, garantizar la seguridad jurídica a los contribuyentes y a los Estados y asegurar una aplicación uniforme de la legislación fiscal en ambos. (...)".*¹⁰

De igual manera se pronuncia Victor Uckmar en los siguientes términos: *"lo característico de los CDIs es que se trata de textos normativos que tienen naturaleza de tratados internacionales y que su función es la colaboración para la para la eliminación de conflictos positivos de tributación. Estos conflictos son originados por el ejercicio de la soberanía tributaria por los distintos Estados, y por el hecho de que, cada Estado pueda imponer su propia potestad tributaria a todas aquellas circunstancias que impliquen una relación o nexo económico con su propio sistema (...)".*¹¹

La posición anterior también ha sido corroborada por el Estado Peruano. En efecto, en el Dictamen al Proyecto de Resolución Legislativa N° 2865/2010-PE con el cual se propone aprobar el "Convenio entre la República del Perú y la Confederación Suiza para evitar la Doble Tributación en relación con los impuestos sobre la Renta y el Patrimonio", el Congreso de la República del Perú afirmó lo siguiente: *"El objetivo general de que el Estado Peruano celebre este tipo de Convenios, se basa en la política del gobierno peruano de fomentar el empleo a través de la atracción de la inversión nacional y extranjera, evitando sobre costos al inversionista, como es la doble tributación, en consonancia con el mandato imperativo de la Constitución, artículo 118 incisos 3 y 11".*¹² (Los subrayados son nuestros). Como puede apreciarse, hay una clara alusión a que el objetivo de los CDIs es evitar la doble imposición.

2. Mecanismos para evitar la Doble imposición

¹⁰ SERRANO ANTÓN, Fernando; "Fiscalidad y Globalización". Relatoría General de las XXVI Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario realizadas en Santiago de Compostela en septiembre de 2012, página 52.

¹¹ UKMAR, Victor, citado por Serrano, Fernando en "Fiscalidad y Globalización", Ob. Cit. Página 53.

¹² Dictamen al Proyecto de Resolución Legislativa N° 2865/2010-PE elaborado por el Congreso de la República del Perú, página 6. El mismo se puede encontrar en la página institucional del Congreso Peruano: <<http://www.congreso.gob.pe/>>.

Ahora bien, a fin de eliminar la doble imposición, los CDIs generalmente establecen dos reglas: (i) la determinación de los derechos de imposición que tiene cada país respecto de los diferentes tipos de renta, y; (ii) la determinación de mecanismos de desgravación necesarios frente a los derechos de imposición, parciales o totales, con los que cuenta cada país.

Respecto a la primera regla, los CDIs pueden otorgar un derecho exclusivo de imposición a una jurisdicción (usualmente el favor del país de "residencia" del sujeto que genera la renta gravada) o pueden otorgar imposición compartida a los dos países firmantes, limitando la tasa exigible por el país de la "fuente" en el cual se genera la renta gravada.

Así por ejemplo, usualmente el artículo 7 de los CDIs suscritos bajo el modelo de CDI elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) establece que los beneficios empresariales obtenidos por un sujeto solamente estarán gravados en el país de residencia del mismo (derecho exclusivo de imposición), mientras que el artículo 10 establece que los dividendos pagados por una sociedad residente en un estado a favor de un residente en otro estado pueden estar gravados en este último, y en ese caso la tasa de imposición no puede superar una tasa máxima (derecho de imposición compartido sujeto a límite).

Respecto a la segunda regla, los métodos de desgravación que un CDI puede implementar son los siguientes:

- 2.1. El método de la Exención: mediante este mecanismo, el Estado de residencia de un contribuyente considera como exonerada la renta que este contribuyente obtiene en un país extranjero, la cual está gravada tanto en el país extranjero en donde se realiza la actividad (en aplicación de la teoría de la fuente), como en el país de residencia del contribuyente (en aplicación de la teoría de renta sobre fuente mundial).

Este método para evitar la Doble Imposición ha sido adoptado por ejemplo en la Decisión 578 de la Comunidad Andina – "Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal". Así, en su artículo 3 establece lo siguiente:

"Artículo 3.- Jurisdicción Tributaria

Independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas, las rentas de cualquier naturaleza que éstas obtuvieren, sólo serán gravables en el País Miembro en el que tales rentas tengan su fuente productora, salvo los casos de excepción previstos en esta Decisión.

Por tanto, los demás Países Miembros que, de conformidad con su legislación interna, se atribuyan potestad de gravar las referidas rentas, deberán considerarlas como exoneradas, para

los efectos de la correspondiente determinación del impuesto a la renta o sobre el patrimonio".

2.2. El método del Crédito Tributario: Este método a su vez contiene dos tipos de mecanismos para evitar la doble imposición:

- a) El Crédito Directo: Mediante este método un sujeto peruano que obtiene rentas de fuente extranjera (gravadas en el Perú en aplicación de la teoría de rentas sobre fuente mundial) podrá utilizar como crédito el impuesto que gravó directamente la renta proveniente de sus actividades realizadas en el país extranjero, y que dicho contribuyente peruano pagó al fisco de dicho país extranjero.

Este método es utilizado para evitar los supuestos de "doble imposición jurídica" y ha sido adoptado por el literal e) del artículo 88 de la Ley del IR, el cual otorga el derecho de utilizar como crédito el impuesto a la renta pagado en el exterior por las rentas de fuente extranjera obtenidas.

Según dicho dispositivo, los contribuyentes podrán deducir del IR los impuestos a la renta abonados en el exterior por las rentas de fuente extranjera que también son gravadas por la Ley del IR. Añade que el importe que por cualquier circunstancia no se utilice en el ejercicio gravable, no podrá compensarse en otros ejercicios ni dará derecho a devolución alguna.

- b) El Crédito Indirecto: Este crédito está previsto para solucionar la "doble imposición económica" habida cuenta de que en el caso de distribución de utilidades, (y adicionalmente al crédito otorgado por el impuesto directo pagado sobre el dividendo en el país fuente) se permite acreditar contra el impuesto a la renta el impuesto pagado por la sociedad extranjera que distribuye la utilidad.¹³

Así, el Crédito Indirecto se otorga a una persona por los impuestos pagados en el extranjero por otra persona, siendo necesario que a la persona a la que se otorga el Crédito Indirecto tenga un nivel de vinculación económica.

En otras palabras, el Crédito Indirecto se aplica cuando el beneficio de una sociedad queda sometido a un doble gravamen respecto de dos personas diferentes pero que tienen un determinado nivel de vinculación entre sí.

Cabe precisar que actualmente, la legislación peruana no ha incorporado el crédito indirecto a la Ley del IR. Existe un proyecto de ley en el Congreso de la República (3599/2013-CR), el mismo

¹³ TEJEIRO, Guillermo; "Aplicación de las Normas Tributarias en el Espacio"; en "Tratado de Tributación", Tomo I, Volumen 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, página 797.

que a la fecha se encuentra en análisis por la Comisión de Economía del Congreso. En nuestra opinión es fundamental que en el Perú exista el crédito indirecto en nuestra legislación interna, para evitar los efectos de doble imposición que se originan en caso de que contribuyentes peruanos realicen sus inversiones a través de subsidiarias en el exterior. Sólo a efectos de graficar los efectos perniciosos de doble tributación que se presenta cuando no existe crédito indirecto, a continuación nos remitimos a la siguiente tabla, en donde una sociedad peruana es titular de una empresa operativa en México.

Con crédito indirecto

Utilidad en Operativa México	100
Tasa IR en México	30.00%
IR pagado en México (crédito indirecto en el Perú)	30

Distribución efectiva - base impuesto a los dividendos en México	70.00
Impuesto a los dividendos México (crédito directo)	7.00
Remesa efectiva a Perú	63.00
Cálculo IR en el Perú (se recompone base - con tasa 28%)	28.00
Crédito (directo e indirecto)	28.00
IR por pagar efectivamente en el Perú	0.00

Flujo de efectivo en el Perú	63.00
-------------------------------------	--------------

Sin crédito indirecto

Utilidad en Operativa México	100
Tasa IR en México	30.00%
IR pagado en México	30

Distribución efectiva - base impuesto a los dividendos en México	70.00
Impuesto a los dividendos México (crédito directo)	7.00
Remesa efectiva a Perú	63.00
Cálculo IR en el Perú con tasa 28%	19.60
Crédito (sólo directo)	7.00
IR por pagar efectivamente en el Perú	12.60

Flujo de efectivo en el Perú	50.40
-------------------------------------	--------------

La diferencia al realizar la comparación de la simulación de los flujos de inversión a la sociedad peruana con la aplicación del crédito indirecto y sin dicha aplicación resulta bastante clara.

3. Red de CDIs suscritos por el Perú

A la fecha, la red de CDIs suscritos por el Perú es todavía limitada, aun cuando este año entraron en vigor 4 convenios suscritos. De dichos CDIs, sólo en 2 casos se hace una mención expresa a las CFC rules. A continuación presentamos un detalle de los CDIs suscritos por el Perú actualmente vigentes y cuáles de ellos hacen una mención a CFC rules:

País	Fecha en que surte efectos	Mención expresa a CFC rules
Brasil	1/1/2010	Sí
Canadá	1/1/2004	No
Chile	1/1/2004	No
Comunidad Andina	1/1/2005	No
Corea del Sur	1/1/2015	No
México	1/1/2015	Sí
Portugal	1/1/2015	No
Suiza	1/1/2015	No

V. ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS CFC RULES A ECND CONTRALADAS DOMICILIADAS EN JURISDICIONES CON LAS QUE PERÚ CELEBRÓ CDIs

En este punto, pasaremos a analizar si es que las CFC rules son compatibles con los CDIs. Para ello, dividiremos el presente análisis en dos partes: i) Casos en los que los CDIs no efectúen una mención expresa a la posibilidad de aplicar CFC rules a residentes de los países intervinientes; ii) Casos en los que los CDIs sí contienen disposiciones específicas respecto a los CDIs.

1. CDIs que no mencionan expresamente la aplicación de las CFC rules

1.1. Argumentos esgrimidos para considerar la aplicación o no de las CFC rules cuando los CDIs no lo han mencionado expresamente:

La doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera han analizado y emitido opiniones distintas respecto al tema que nos ocupa en este punto, no existiendo unanimidad a la fecha. En los siguientes puntos expondremos los puntos a favor y en contra.

- i) *Opiniones en contra de la compatibilidad de las CFC rules con los CDIs cuando no hay una mención expresa en los CDIs.*

Sobre el particular, podemos citar a José Almudí, quien señaló lo siguiente:

"En nuestra opinión, es el artículo 10 del MCOCDE, que resulta plenamente coherente con lo previsto por el artículo 7 del modelo de convenio, el que impide que se sometan a gravamen los dividendos o los beneficios sociales con carácter previo a su distribución (...) Asimismo, el artículo 10.5 del MCOCDE impide, de forma genérica, que se sometan a tributación los beneficios no distribuidos por la entidad participada (...) sin especificar el sujeto pasivo al que se refiere dicha prohibición (...). Por tanto, la aplicación del régimen de TFI, que permite someter a gravamen, en sede de los socios residentes, los beneficios no distribuidos obtenidos por una entidad establecida en el otro Estado contratante, dará lugar a una clara vulneración de las previsiones del MCOCDE".¹⁴

Del mismo modo, Villanueva Gutierrez considera lo siguiente:

"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 predicable respecto de los beneficios obtenidos en el propio Estado Chileno o en terceros Estados por la ECE".¹⁵

Mucho más enérgica en la posición de la no compatibilidad de las CFC Rules con los CDIs es Renee Villagra, quien considerad que las CFC rules son incompatibles aun cuando hayan sido mencionadas expresamente en el CDI. Así, sustenta su posición en los siguientes términos: *"Cabe resaltar, no obstante, que las cláusulas referidas a la transparencia fiscal internacional, previstas en el artículo 22 (2) del CDI con México y en el Protocolo 5(d) del CDI con Brasil, colisionarían, entre otros, con los artículos 10(5) de los mismos, que siguiendo el MCOCDE prohíben someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuestos sobre los mismos, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos, consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de otro Estado".¹⁶*

¹⁴ ALMUDÍ CID, Jose Manuel. Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Tomo II. Instituto Peruano de Derecho Tributario. Lima. 2014. Página 305-306.

¹⁵ VILLANUEVA GUTIERREZ, Walker. Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Tomo II. Instituto Peruano de Derecho Tributario. Lima. 2014. Página 884.

¹⁶ VILLAGRA, Renee; "Principales Implicancias del CDI Perú – México", en Informe Tributario, diciembre de 2014, página 22.

Respecto a la jurisprudencia comparada que se pronuncia en contra de la compatibilidad de las CFC rules cuando no hay una mención expresa, de nuestra investigación podemos señalar las siguientes:

a) Francia

En el "Caso Schneider" resuelto por la Corte Suprema de Francia, la Administración Tributaria Francesa trató de aplicar las normas de transparencia fiscal internacional para gravar las ganancias de una sociedad suiza (Paramer) cuya propietaria (casi en un 100%) era una sociedad francesa (Schneider SA).

Según la Corte Suprema de Francia, las ganancias de la sociedad suiza no podían ser gravadas en aplicación de las CFC Rules francesas, ya que: (i) la sociedad suiza no tenía un establecimiento permanente en Francia y (ii) dicha situación violaría directamente el artículo 7 del CDI Francia-Suiza, ya que según dicho artículo los beneficios empresariales de una sociedad suiza sólo podían estar sujetos a imposición en dicho país, y no en Francia, concluyendo que la aplicación de las CFC Rules francesas tenían como consecuencia una doble imposición económica que no era razonable. En tal sentido, la Corte Suprema Francesa falló indicando que el CDI Francia-Suiza impedía la aplicación de las CFC Rules francesas.¹⁷

b) Brasil

De igual modo, la Corte Superior de Justicia de Brasil (corte de mayor jerarquía) falló indicando que las CFC Rules de Brasil no eran compatibles con el artículo de beneficios empresariales (artículo 7 del Modelo de CDI de la OCDE) del tratado celebrado por Brasil con Bélgica, con Dinamarca y con Luxemburgo. La Corte Superior de Justicia indicó que la jurisprudencia de este Tribunal Superior ordena que las disposiciones de los acuerdos fiscales internacionales prevalecen sobre las normas de derecho interno.

La Corte Superior de Justicia decidió que la renta de una compañía matriz brasilera (parent company) no podía ser gravada según las CFC Rules cuando la renta no ha sido efectivamente distribuida a esta última, ya que se afectaría el artículo 7 de los CDIs suscritos con Bélgica, con Dinamarca y con Luxemburgo.¹⁸

ii) *Opiniones a favor de la compatibilidad de las CFC rules con los CDIs cuando no existe una mención expresa en los CDIs*

¹⁷ La explicación de este caso fue tomada del reporte de Francia realizado por Nicolas Jacquot, realizado en el marco del 67 Congreso del International Fiscal Association realizado en Copenhague en el año 2013. Volumen 98 (páginas 314 y 315).

¹⁸ <<http://www.ey.com/GL/en/Services/Tax/International-Tax/Alert--Brazil-s-Superior-Court-of-Justice-rules-CFC-regime-not-compatible-with-tax-treaties>>.

Existen posiciones en la doctrina internacional que se pronuncian a favor de la compatibilidad de las CFC rules con los CDIs. Así, Soler Roch considera que no exista incompatibilidad, de la siguiente manera: "(...) se trata a mi juicio de un debate fuera de lugar si se tiene en cuenta que, en ambos casos, las potestades tributarias de los dos Estados contratantes sobre la entidad no residente permanecen intactas ya que, en definitiva, a lo que afecta la norma CFC es al ejercicio de la potestad tributaria sobre los socios o partícipes de dicha entidad por parte del Estado de residencia de los mismos; en todo caso, puede haber riesgo de doble imposición económica en relación con el beneficio global de la renta obtenida por la entidad transparente, si se grava en su Estado de residencia y a la vez la renta de los socios en el Estado que aplica la norma CFC (aunque lo primero será improbable o reducido, dado que la hipótesis normativa más frecuente es la que sitúa a la entidad transparente en territorios de baja tributación)".¹⁹

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Finlandia, en la Decisión KHO 596/2002 señaló que las CFC Rules finlandesas no entraban en conflicto con el CDI Finlandia-Bélgica de 1976. A fin de llegar a esta conclusión, la corte no trató la renta atribuida como "dividendos" u "otras rentas", sino como "beneficios empresariales", aplicando por ello el artículo 7 del CDI.²⁰ Principalmente señaló lo siguiente:

- El CDI entre Finlandia y Bélgica tiene como objetivo evitar la doble imposición jurídica (no económica) y las CFC Rules finlandesas no contravienen dicho objetivo.
- Los CDI no previenen la aplicación de reglas domésticas antielusivas, incluyendo las CFC Rules.

También en la misma línea, la Corte Japonesa en la Decisión Gyo – Hi N° 2008-91 del 29 de octubre de 2009, consideró que sus CFC Rules eran compatibles con el artículo 7 del CDI suscrito entre Japón y Singapur. Dicha Corte tomó como principal sustento los comentarios del Comité de Asuntos Fiscales al Convenio Modelo de la OCDE, y además señaló que las CFC Rules japonesas gravaban el ingreso del accionistas japonés y no el ingreso de la compañía ubicada en Singapur, por lo que no había incompatibilidad entre las normas analizadas.²¹

¹⁹ SOLER ROCH, María Teresa. Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Tomo II. Instituto Peruano de Derecho Tributario. Lima. 2014. Página 107.

²⁰ KUŹNIACKI, Błażej, "Tax Treaty Interpretation by Supreme Courts: Case Study of CFC rules", páginas 4 y 5. <http://www.ibdt.com.br/material/arquivos/Palestras/B_Kuzniacki_Supreme_Courts_Case_1aw_CFC_rules_and_tax_treaties_version%20from%20Sept_final.pdf>.

²¹ KUŹNIACKI, Błażej, "Tax Treaty Interpretation by Supreme Courts: Case Study of CFC rules", páginas 8 y 9.

iii) *Posición de la OCDE*

La OCDE, en el comentario 23 al artículo 1 de Modelo de CDI del año 2003, la siguiente opinión:

"La utilización de sociedades controladas ha de ser combatida con una legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC–. Un número significativo de países miembros y no miembros ha adoptado recientemente dicha legislación. Aunque la concepción de esta clase de legislación varía considerablemente entre los distintos países, un rasgo común de estas normas –consideradas ahora, en el ámbito internacional, como instrumento legítimo para proteger la base imponible nacional– radica en que permiten que un Estado contratante grave a sus residentes por la renta atribuible a su participación en determinadas entidades extranjeras. A veces se ha argumentado, basándose en cierta interpretación de determinadas disposiciones del Convenio, tales como el apartado 1 del Artículo 7 y el 5 del 10, que el citado rasgo común de las legislaciones sobre transparencia fiscal internacional –CFC– va en contra de dichas disposiciones. Por las razones dadas en el párrafo 13 de los Comentarios al Artículo 7²² y en el 37 de los Comentarios al Artículo 10,²³ la mencionada interpretación no es conforme al texto de las disposiciones. Tampoco puede mantenerse esta interpretación cuando se leen estas disposiciones en su contexto. Por ello, aunque algunos países hayan considerado que es útil precisar expresamente en sus convenios que la legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC– no era contraria al Convenio, dicha precisión es innecesaria. Se reconoce que la legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC– que sigue este enfoque no entra en conflicto con las disposiciones del Convenio".²⁴

²² "El objeto del apartado 1 es definir los límites del derecho de un Estado contratante a gravar las utilidades de empresas del otro Estado contratante. Por el contrario, este apartado no limita el derecho de un Estado contratante a gravar sus propios residentes en virtud de su legislación nacional relativa a la transparencia fiscal internacional –CFC–, incluso si el impuesto exigido a sus residentes puede calcularse sobre la parte de las utilidades de una empresa residente del otro Estado contratante, atribuible a la participación de dichos residentes en esa empresa. El impuesto así aplicado por un Estado a sus propios residentes no reduce las utilidades de la empresa del otro Estado y, por lo tanto, no podrá decirse que se ha exigido sobre esas utilidades".

²³ "Podría argumentarse que, cuando el país de residencia del contribuyente utiliza una legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC– u otras reglas con similares efectos para gravar las utilidades que no han sido distribuidas, está contraviniendo lo dispuesto en el apartado 5. Sin embargo, es necesario señalar que este último apartado únicamente contempla la imposición en el lugar de la fuente de las rentas y que, en consecuencia, no afecta a la imposición en el lugar de residencia del accionista, en virtud de esta clase de legislación o de estas reglas. Además, el apartado se refiere solamente a la imposición de la sociedad, y no del accionista".

²⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, Versión Abreviada, Julio 2008, página 63.

Con ello, la OCDE estaría expresando su posición respecto a la aplicación de los CFC rules cuando no hay una mención expresa en los CDIs. No obstante, como veremos más adelante, la OCDE en otro de sus comentarios al Modelo de CDIs también considera que la aplicación de las CDIs pueden originar doble imposición y con ello contravenir los objetivos de los CDIs.

Cabe precisar que en el párrafo 27.4 de los comentarios del artículo 1 del modelo de CDI de la OCDE se deja constancia de lo siguiente:

"Bélgica no comparte los puntos de vista expresados en el párrafo 23 del Comentario. Este país considera que la aplicación de la legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC– contradice a las disposiciones de los apartados 7 del artículo 5, 1 del artículo 7 y 5 del artículo 10 del Modelo de Convenio. Este es el caso, en especial, cuando un Estado contratante grava la renta de uno de sus residentes generada en una entidad extranjera utilizando la ficción de atribuir a dicho residente la citada renta en proporción a su participación en el capital de la citada entidad. Al actuar de dicha forma, este Estado aumenta la base imponible de su residente incluyendo en esta, renta no generada por el residente en cuestión, sino por una entidad extranjera que de acuerdo con el Convenio no está sujeta a impuestos en el citado Estado". (el subrayado es nuestro).

Asimismo, según los párrafos 27.6,²⁵ 27.7,²⁶ 27.8²⁷ y 27.9²⁸ de los comentarios al artículo 1 del Modelo de CDI, Luxemburgo, los Países Bajos, Portugal y Suiza opinan en la misma línea que Bélgica.

²⁵ Luxemburgo no comparte la interpretación dada en los párrafos 9.2, 22.1 y 23 que establece, como regla general, que no existe conflicto entre las cláusulas antiabuso de la legislación nacional de un Estado contratante y las disposiciones de los convenios tributarios firmados por él. Cuando se carece de una disposición convencional expresa, Luxemburgo estima que un Estado sólo puede aplicar su legislación nacional antiabuso en casos muy determinados, una vez agotado el procedimiento amistoso.

²⁶ Los Países Bajos se oponen a la interpretación contenida en los Comentarios según la cual las disposiciones relativas a la transparencia fiscal internacional –CFC– no entran en conflicto con las de los convenios tributarios. La compatibilidad de dichas reglas y disposiciones con los tratados fiscales depende, entre otras cosas, de la naturaleza y redacción de la disposición específica, de la redacción y objetivo de la disposición en cuestión del tratado y de las relaciones entre el derecho nacional e internacional en el país en cuestión. Como el propósito de los convenios tributarios no es facilitar su uso indebido, la aplicación de las normas y disposiciones nacionales puede estar justificada en casos específicos de abuso o de uso claramente no previsto en el convenio. En este tipo de situaciones la aplicación de medidas nacionales debe respetar el principio de proporcionalidad y no debe ir más allá de lo que es preciso para evitar el abuso o la utilización no prevista.

²⁷ Siempre que no se respete la prevalencia jerárquica de los convenios tributarios sobre el derecho interno, Portugal no se adherirá a las conclusiones sobre la clasificación de las reglas antiabuso nacionales incluidas en los Comentarios al Artículo 1.

²⁸ (...) En relación con el párrafo 23, Suiza considera que la legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC– puede, dependiendo del concepto en cuestión, ser contraria al espíritu del Artículo 7.

Como puede apreciarse, las opiniones respecto a este punto son bastante diferentes y contrarias entre sí, de ello da fe diversa jurisprudencia emitida por varios tribunales internacionales en sus casos concretos.

iv) *Las CFC rules y los CDIs en el Perú*

En el caso peruano, como indicamos, actualmente la red de CDIs suscrita por el Perú aún es limitada, y de dichos CDIs, sólo en el caso de México y Brasil se hace una mención expresa a la aplicación de las CFC Rules. De nuestra investigación, entre los países con los que el Perú ha celebrado CDIs que actualmente están vigentes, en las cuales podría constituirse una ECND respecto la cual, potencialmente podría aplicarse las CFC rules, se encuentran los siguientes:

i) Suiza

El impuesto a la renta suizo está compuesto por tres niveles: (i) el Impuesto Federal (7.8%), (ii) el Impuesto Cantonal, cuya tasa varía dependiendo del Cantón en el que esté ubicada exactamente la Holding y (iii) el Impuesto Municipal. Así, la tasa efectiva total del impuesto a la renta puede variar entre 11.22% (Cantón de Lucerne) y 24.5% (Cantón de Ginebra). Sin perjuicio de ello, Suiza cuenta con régimen especial aplicable a los dividendos recibidos por parte de subsidiarias de empresas suizas. Al respecto, bajo dicho régimen (denominado "Participation Exemption Regime"), los dividendos recibidos por una empresa suiza por parte de sus subsidiarias extranjeras no estarán gravados si:

- La empresa suiza es propietaria de, al menos, 10% de las acciones representativas del capital de la empresa que distribuye los dividendos, o;
- El valor de mercado de las acciones de la empresa que distribuye los dividendos equivale a, mínimo, 1 millón de francos suizos (CHF).

Al respecto, cabe indicar que el régimen de *Participation Exemption* sólo es aplicable a los dividendos, por lo tanto, otro tipo de ingresos, como intereses, ganancias de capital, entre otros, sí estarían gravados.

No obstante, la legislación suiza prevé otro régimen especial aplicable únicamente a las empresas Holding (denominado "*Holding Company Regime*"), en virtud del cual, bajo el cumplimiento de determinados requisitos, los ingresos obtenidos por este tipo de empresas están exentos del Impuesto Cantonal y Municipal, quedando afectos sólo al Impuesto Federal.²⁹

²⁹ A efectos de acogerse a dicho régimen, las empresas Holding deben cumplir tres requisitos:

- Los estatutos de la compañía deben establecer que la principal actividad de la misma será el manejo de inversiones;

Teniendo en cuenta lo antes indicado, una empresa Holding suiza que esté sujeta a ambos regímenes antes descritos estará sujeta a una tasa del impuesto a la renta de 7.8% sólo por los ingresos que obtenga que no califiquen como dividendos o ganancias de capital.

De lo contrario, si la empresa Holding suiza no cumpliera con los requisitos para aplicar alguno de los regímenes antes descritos, podría estar sujeta a una tasa efectiva total del impuesto a la renta de 11.22% en caso se constituya en el Cantón de Lucerne.

Como puede apreciarse, para el caso peruano, aun cuando una empresa suiza contratada por un residente peruano no califique al Régimen de Participation Exception o al *Holding Company Regimen* , igual estará bajo el ámbito de aplicación de las CFC rules, toda vez que la tributación efectiva (en caso esté domiciliada en Lucerne) será del 11.22% (menor al 21%).

ii) Portugal³⁰

El impuesto empresarial general asciende a 25%. Sin embargo existe un régimen particular aplicable a empresas constituidas en la zona franca de Madeira a las cuales se les aplicará una tasa diferenciada del 5% hasta el ejercicio 2020 siempre y cuando cumplan con determinados requisitos.³¹

Sin perjuicio de ello, el exceso en la inversión de acuerdo a cada nivel estará gravado con una tasa del 25%.

-
- Los estatutos de la compañía deben establecer que la misma no podrá realizar actividades operativas dentro de Suiza.
 - Como mínimo, dos tercios del total de los activos de la compañía deberán consistir en inversiones en subsidiarias o, alternativamente, dos tercios del total de los ingresos deberán provenir de dividendos que provengan de inversiones a largo plazo.

Información extraída del documento denominado "Swiss Holding Companies", página 1. Dicho documento puede encontrarse en: <<http://www.kpmg.com/CH/en/Library/Articles-Publications/Documents/Tax/pub-20130719-swiss-holding-companies-en.pdf>>.

³⁰ <http://www.ibc-madeira.com/Tax_Benefits.aspx?ID=29>.

- ³¹
- Estar domiciliada e inscrita en la Zona Franca de Madeira.
 - De contar entre 1 y 2 empleados la inversión podrá ser hasta € 2.73 Millones.
 - De contar entre 3 y 5 empleados la inversión podrá ser hasta € 3.55 Millones.
 - De contar entre 6 y 30 empleados la inversión podrá ser hasta € 21.87 Millones.
 - De contar entre 31 y 50 empleados la inversión podrá ser hasta € 35.54 Millones.
 - De contar entre 51 y 100 empleados la inversión podrá ser hasta € 54.68 Millones.
 - De contar con más de 100 empleados la inversión podrá ser hasta € 205.5 Millones.
 - Realizar una inversión obligatoria en activo fijo tangible e intangible por al menos € 75,000.00 en los primeros dos años, salvo que hayan contratado al menos 6 personas, en los 6 primeros meses de actividad.

Como puede apreciarse, para el caso peruano, cuando una empresa portuguesa contralada por un residente peruano, esté domiciliada en Madeira y cumpla con los requisitos antes detallados estará bajo el ámbito de aplicación de las CFC rules, toda vez que la tributación será del 5% (menor al 21%).

En la medida que las CFC rules han sido introducidas recientemente a nuestro ordenamiento jurídico, no existen pronunciamientos administrativos o judiciales sobre el particular. En nuestra opinión, no deberían aplicarse las CFC rules cuando los CDIs no lo han previsto expresamente toda vez que estos últimos constituyen tratados bilaterales regidos por el derecho internacional, negociados y suscritos por los Estados en igualdad de condiciones que tienen como función principal la eliminación de la doble imposición. Distinto es el caso de las CFC rules que son medidas legislativas unilaterales que tienen como finalidad el diferimiento en el reconocimiento de las rentas. Como puede apreciarse, ambos mecanismos legales tienen objetivos distintos. Por un lado, las CFC rules son medidas que tienen como objetivo determinar la imposición de la renta de manera unilateral. Por otro lado, los CDIs tienen como objetivo evitar la doble imposición. En tanto las partes (estados contratantes) no hayan negociado sobre la aplicación de las referidas CFC rules, y en la medida que la aplicación de estas últimas podrían generar problemas de doble imposición³² (situación que trata de evitar los CDIs), las CFC rules no podrían ser aplicables. Aplicar las CFC rules cuando los CDIs no las mencionaron expresamente (ambas con objetivos distintos), implica una vulneración directa a los principios del "Pacta Sunt Servanda" y de la "primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno". Ambos conceptos han sido adoptados por el Tribunal Fiscal peruano en la Resolución N° 3041-A-2004, cuyo criterio constituye jurisprudencia de observancia obligatoria.³³

³² En el siguiente punto desarrollaremos y demostraremos como la aplicación de las CFC rules conllevan a la doble imposición.

³³ Sobre el particular, la RTF N° 3041-A-2004, en las páginas 4 y 5, el Tribunal Fiscal estableció lo siguiente: *"En el derecho internacional público, el principio del Pacta Sunt Servanda prescribe la obligatoriedad de los tratados, otorgando así seguridad jurídica al derecho internacional y es recogido en los artículos 26° y 27° de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, el cual ha sido ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N° 0209-2000-RE, publicado el 21 de setiembre de 2000. Así, el artículo 26° de la referida convención establece que "Todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe", y el artículo 27° cuando regula el derecho interno y la observancia de los tratados prescribe expresamente que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado", a lo que la doctrina del derecho internacional denomina como el principio de primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho humano.*

Asimismo, debe señalarse que nuestra propia legislación interna garantiza el principio del Pacta Sunt Servanda en el primer párrafo del artículo 7° de la Ley N° 26647, que aprobó las normas que regulan los actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado Peruano, publicada el 28 de junio de 1996, cuando establece que "los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano, conforme a lo señalado en los artículos anteriores, solo podrán ser denunciados, modificados o suspendidos, según lo estipulen las disposiciones de los mismos, o en su defecto de acuerdo con las normas generales del derecho internacional", impidiéndose que mediante acto interno se deje sin efecto, se modifique o suspenda los alcances de los tratados suscritos por el Estado.

Como indicamos anteriormente, de acuerdo a los comentarios 27.8 y 27.9 al artículo 1 del Modelo de CDI, tanto Portugal como Suiza tienen opiniones en contra de la aplicación de las CFC rules cuando no fueron expresamente considerados en el texto de los CDIs. Justamente, estos son los países con los que podrían presentar la aplicación de CFC rules si un residente peruano constituye una ECND en dichos países (por ejemplo, en el cantón de Lucerne o en Madeira). De suceder esta situación, esto es, que el Estado Peruano a través de su administración tributaria (Superintendencia de Administración Tributaria y Aduanera – "SUNAT") pretenda aplicar las CFC rules a una estructura como la planteada a un ECND constituido en Portugal o Suiza, en nuestra opinión el Perú estaría vulnerando los principios de Pacta Sunt Servanda y primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, toda vez que dicha aplicación no fue negociada en la redacción de dichos CDIs, siendo que ambos estados (Portugal y Suiza) consideran que las CFC rules no deberían ser aplicadas.

En nuestra opinión, el argumento anterior se complementa con los posibles efectos de doble imposición que pudiera presentarse, como demostraremos en el siguiente punto.

1.2. Argumento que en nuestra opinión resulta el principal para no aplicar las CFC rule cuando los CDIs no lo han mencionado expresamente - el "Test de Doble Imposición"

Al margen de la discusión teórica y de la abundante jurisprudencia internacional tanto a favor como en contra de la aplicación de las CFC rules cuando existen CDIs de por medio, creemos que el principal motivo para la no aplicación de los CFC rules en este caso, es la posibilidad de generar una doble imposición a un determinado sujeto residente en el Perú, en el retorno de sus inversiones.

Como indicamos, el principal objetivo de los CDIs es evitar la doble imposición. Para ello los CDIs cuentan con un artículo (generalmente el artículo 22 o 23) que regula los mecanismos para la eliminación de la doble imposición. En el caso del Perú, la mayoría de CDIs suscritos establecen como mecanismo para eliminar la doble imposición la posibilidad de acreditar contra el IR que se deba pagar en Perú, créditos directos (impuesto a la renta pagado en el otro país) y créditos indirectos (en el caso de la distribución de dividendos, este crédito

El principio de primacía del derecho internacional sobre el derecho interno surge del hecho que el Estado queda obligado por el derecho internacional mediante un tratado en vigor, en tal sentido no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para disculpar la falta de cumplimiento de sus obligaciones internacionales, o para escapar a las consecuencias de ella; es decir, no puede unilateralmente modificar los términos convenidos. El criterio de prevalencia de los tratados sobre las normas internas no tiene efectos derogatorios sobre las normas internas que les sean opuestas, sino únicamente las deja inaplicables a efectos de un tratado. En tal sentido, la ley resultará aplicable en todos los supuestos en que no se contraponga con lo dispuesto en el tratado.

En tal sentido, de lo expuesto se puede concluir que, de acuerdo a los principios del Pacta Sunt Servanda y de la primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno, los tratados que versan sobre materias de la soberanía tributaria prevalecen sobre las normas internas con rango de ley".

comprende el impuesto pagado por la sociedad residente en el otro país, quien distribuye los dividendos, sobre la renta que generó los mismos).

Ahora bien, en el caso de Perú, por aplicación de las CFC rules, un contribuyente domiciliado en el país está obligado a reconocer las rentas pasivas atribuidas al 31 de diciembre de cada ejercicio gravable, debiendo en ese momento tributar por las mismas según la tasa que le corresponda. Posteriormente, cuando la ECND distribuya los dividendos que corresponden a rentas pasivas que fueron atribuidas con anterioridad, **el artículo 116-A de la Ley del IR prevé expresamente que dichos dividendos no estarán gravados con el IR en la parte que correspondan a rentas netas pasivas que hubiesen sido atribuidas conforme a lo previsto en el artículo 113 de la citada Ley.**

Sin perjuicio de ello, al momento de la distribución de dividendos, es probable que el país de la fuente (en este caso, país de residencia de la ECND que distribuye los dividendos) también tenga derecho a exigir un gravamen (retención) por concepto del impuesto a la renta sobre los mismos. Para el caso concreto de los países con los que Perú suscribió CDIs que no mencionan la aplicación de CFC rules, ello se presentaría en el caso de Suiza (la retención en Suiza se determinaría aplicando la tasa del 35%).³⁴ No obstante, por aplicación del artículo 10 del CDI celebrado con Suiza, la distribución de los dividendos de una empresa holding residente en Suiza estará gravada con una tasa máxima de retención de **10% del importe bruto de los dividendos** en caso el beneficiario efectivo sea una sociedad que posea directamente al menos el 10% de las acciones con derechos de la sociedad que paga los dividendos y el **15% del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos.**

Sobre el particular, podría presentarse el caso que, bajo la aplicación de las CFC rules, la atribución y tributación de la renta neta pasiva en el Perú se realice en un "año 1" y, la tributación de los dividendos en el país de la fuente se realizaría en el "año 3", cuando los mismos sean efectivamente distribuidos.

En atención a lo anterior, se puede observar que una misma renta estaría siendo gravada en dos oportunidades: (i) en el Perú al momento de la atribución de la renta neta pasiva por aplicación del Régimen en "el año 1" y (ii) en el país de la fuente (por ejemplo, Suiza) al momento de la distribución de dividendos efectiva de los dividendos en "el año 3", configurándose una doble imposición en caso no puede aplicarse como crédito el impuesto retenido en Suiza en este "año 3".

Usualmente esta doble imposición se eliminaría, entre otras medidas, aplicando como crédito contra el IR a pagar en el Perú, el impuesto a la renta retenido en el país de la fuente (ya sea por una disposición expresa del CDI o por la propia legislación peruana). Sin embargo, en caso se apliquen las CFC rules, e

³⁴ KPMG; "Swiss Holding Companies", página 4. Información descargada en <<https://www.kpmg.com/CH/en/Library/Articles-Publications/Documents/Tax/pub-20130719-swiss-holding-companies-en.pdf>>.

contribuyente domiciliado no podría utilizar dicho crédito directo toda vez que los dividendos de fuente extranjera no se encontrarán gravados en el Perú cuando se distribuyan.

En efecto, el impuesto a la renta retenido en el extranjero (en nuestro ejemplo, Suiza) no podrá ser utilizado como crédito por las siguientes consideraciones:

- El artículo 58 del Reglamento de la Ley del IR (norma que reglamenta el literal e. del artículo 88 de la Ley del IR, referida a la aplicación como crédito directo del IR, el impuesto pagado en el exterior) señala expresamente que para efectos del crédito por impuesto a la renta abonado en el exterior, el crédito sólo se concederá por todo impuesto efectivamente abonado en el exterior que incida sobre las rentas consideradas como gravadas por la Ley. Tal como dispone el artículo 116-A, los dividendos que las ECND distribuyan a los contribuyentes domiciliados no estarán gravados con el IR en la parte que correspondan a rentas netas pasivas que hubiesen sido atribuidas conforme las CFC rules. En ese sentido, los dividendos provenientes de rentas pasivas atribuidas con anterioridad (en nuestro ejemplo, en el "año 1") no se encuentran gravadas.
- El mismo artículo 58 del Reglamento de la Ley del IR agrega en su último párrafo que no será deducible el impuesto a la renta abonado en el exterior que grave los dividendos que correspondan a rentas que hubieran sido atribuidas a contribuyentes domiciliados en el país en aplicación de las CFC rules.

En la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 258-2012-EF (cuyo artículo 27 introdujo el presente párrafo), el Ministerio de Economía y Finanzas del Perú indicó lo siguiente: *"en el Proyecto se está indicando expresamente que no serán deducibles del Impuesto en el país que grave las rentas distribuidas, el impuesto pagado en el exterior por concepto de los dividendos distribuidos en la parte que correspondan a rentas atribuidas, al mismo que le resultan de aplicación las reglas establecidas en el artículo 88 de la Ley (...)".* (El subrayado es nuestro).

Con la introducción de este último párrafo en el artículo 58 antes citado, de una interpretación literal podría concluirse que nunca podría tomarse como crédito en el Perú, el impuesto retenido en ocasión de la distribución efectiva de dividendos, cuando dichos dividendos hayan sido atribuidos en ejercicios anteriores por aplicación de las CFC rules. En nuestra opinión, dicha interpretación no guardaría lógica con lo expuesto en la Exposición de Motivos, de la cual se desprende que dicho impuesto retenido en el exterior por distribución de dividendos, tendría vocación de ser (en principio) utilizado como crédito en el Perú, conforme a las regla del literal e) del artículo 88 de la Ley del IR.

- Aun cuando se interprete que el último párrafo del artículo 58 del Reglamento detallado en el punto anterior no impediría la deducción del tributo retenido con ocasión de la distribución de dividendos, el literal e)

del artículo 88 de la Ley del IR, establece expresamente que el impuesto a la renta abonado en el exterior por las rentas de fuente extranjera gravadas por esta Ley podría ser utilizada como crédito, siempre que no excedan del importe que resulte de aplicar la tasa media del contribuyente a las rentas obtenidas en el extranjero, ni el impuesto efectivamente pagado en el exterior. El importe que por cualquier circunstancia no se utilice en el ejercicio gravable, no podrá compensarse en otros ejercicios ni dará derecho a devolución alguna.

- Tomando en consideración lo anterior, en el supuesto que los dividendos sean distribuidos por una ECND residente en Suiza a un residente peruano, el artículo 23 del CDI suscrito entre Suiza y Perú establece que los residentes en Perú podrán acreditar contra el impuesto a la renta peruano, como crédito, el impuesto suizo pagado por la renta gravada según la legislación suiza, sin que el crédito exceda el IR peruano que se pagaría por la renta que procede de Suiza. Tratándose de dividendos que corresponden a rentas pasivas atribuidas, no existiría ningún "IR peruano a pagar por la renta suiza" debido a que los dividendos que se distribuyan no estarían gravados en el Perú por las disposiciones de las CFC rules previstas en el artículo 116 – A de la Ley del IR ya señaladas.

En tal sentido, se puede apreciar que en caso se aplique las CFC rules en el Perú a una ECND residente en Suiza , no sería posible la aplicación de los mecanismos establecidos en los CDIs para eliminar la doble imposición, ello ante la imposibilidad de aplicar como crédito el impuesto a la renta abonado en el exterior (el impuesto retenido en Suiza en el "año 3") en aplicación del último párrafo del artículo 58 del Reglamento de la Ley del IR y/o del literal e) del artículo 88 de la Ley del IR. Como consecuencia, estaríamos ante una violación directa a la principal intención de los CDIs (que es evitar la doble imposición) y además, Perú estaría incumpliendo sus obligaciones pactadas con otro estado (en este caso Suiza) y sus obligaciones asumidas según el Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados.

Sobre el particular, los propios Comentarios al Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición de la OCDE reconocen que la aplicación de las CFC rules dificultan la aplicación del artículo 23 del Convenio Modelo de la OCD. Al respecto, el párrafo 39 de los Comentarios de la OCDE al artículo 10, señala lo siguiente:

*"Cuando la sociedad controlada distribuye efectivamente dividendos, las disposiciones de un convenio tributario relativas a los dividendos han de aplicarse normalmente ya que se trata de rentas que tienen el carácter de dividendos en el sentido del convenio. El país de la sociedad controlada puede, en consecuencia, someter el dividendo a una retención en la fuente. El país de residencia del accionista aplicará los métodos normales para evitar la doble imposición (otorgando un crédito fiscal o una exención). **Esto supone que el impuesto retenido en la fuente sobre el dividendo debería imputarse en el país de residencia del accionista aun cuando las utilidades distribuidas (los dividendos) se hayan gravado***

años atrás en aplicación de la legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC– o de otras reglas con efectos similares. Sin embargo, es dudoso que el convenio obligue, en este supuesto, a otorgar el crédito fiscal. Generalmente, el dividendo como tal está exento de imposición (dado que se habría gravado con anterioridad en aplicación de la legislación o reglas en cuestión), por lo que podría argumentarse que no existe fundamento para el reconocimiento de un crédito fiscal. Por otra parte, sería contrario a los fines del convenio que pudiera evitarse la deducción del impuesto extranjero simplemente anticipando el gravamen del dividendo mediante la adopción de normas que contrarrestan los abusos. El principio general, expuesto anteriormente, sugiere que debe concederse el crédito fiscal (crédito por impuestos pagados), aunque las modalidades puedan variar en función de los aspectos técnicos de este tipo de disposiciones o reglas y de las modalidades de imputación de impuestos extranjeros, así como de las circunstancias de cada caso particular (por ejemplo, el tiempo transcurrido desde el gravamen del «dividendo presunto»). (...)"

Así pues, la propia OCDE reconoce que sería contrario a los fines de los CDIS que pudiese evitarse la aplicación como crédito, del impuesto pagado en el extranjero con el simple anticipo de dichos dividendos por aplicación de las CFC rules. En otras palabras, la restricción de las reglas propias de los CDIS por aplicación de las CFC internas, contravienen el sentido y objetivo de los CDIs, y esto es reconocido por la propia OCDE en este comentario. Es por ello que, analizar si es que la aplicación de las CFC rules implican resultados de doble imposición en el retorno de las inversiones de un determinado contribuyente, en nuestra opinión constituye el eje medular y punto de partida para analizar si es que las CFC rules deben ser aplicadas cuando existe un CDI de por medio.

A efectos de realizar este análisis, proponemos lo que en adelante, denominaremos como "Test de Doble Imposición". Este test básicamente consistirá en la comparación del retorno del flujo efectivo de inversión de un determinado residente en dos supuestos: i) el primero aplicando las CFC rules; ii) El segundo sin aplicación de las CFC rules y con la sola aplicación del artículo 23 de los CDIs y de los mecanismos de la legislación interna para no generar doble imposición (en el caso del Perú, crédito directo). En caso la aplicación de las CFC rules en el primer supuesto determinen que el retorno final sea menor al segundo supuesto (sin aplicación de las CFC rules), se determinará una doble imposición razón por la cual no podrá aplicarse las CFC rules cuando un CDI no lo mencione expresamente. Caso contrario, se contravendrá la razón fundamental de los CDIs (evitar la doble imposición).

En caso los retornos de flujo de efectivo sean iguales en ambos supuestos, no se configuraría doble imposición razón por la cual podría ser posible la aplicación de las CFC rules cuando no sean expresamente mencionadas en los CDIs. Ello en la medida que el cumplimiento de los objetivos de las CFC rules (evitar que el contribuyente de un determinado país difiera el reconocimiento de

rentas extranjeras) no estaría contraviniendo el objetivo primordial de los CDIs que es evitar la doble imposición.

A efectos de demostrar la pertinencia de la aplicación del "Test de Doble Imposición", proponemos como ejemplo una empresa peruana que tiene una ECND en el cantón de Lucerne, Suiza. Como sabemos, este cantón grava las utilidades con la tasa efectiva de 11.22% y por aplicación del CDI (bajo ciertos requisitos)³⁵ aplicará la tasa de 10% a la distribución de dividendos. Tomando en cuenta este supuesto, a continuación demostraremos los resultados del "Test de Doble Imposición":

Tabla 2

Con aplicación CFC rules			Sin aplicación de CFC rules		
Ejercicio			Ejercicio		
2015	Utilidad en Holding Suiza	100	2015	Utilidad en Holding Suiza (a)	100
	Tasa IR en Suiza	11.22%		Tasa IR en Suiza	11.22%
	IR pagado en Suiza	11.22		IR pagado en Suiza	11.22
2016	Atribución según CFC rules Peruano (cálculo RFE)	100.00	2016	Atribución según CFC rules Peruano (cálculo RFE)	0.00
	IR en el Perú tasa IR 28% - (a)	28.00		IR en el Perú	0.00
	Crédito de acuerdo a CFC Rules (IR pagado en Suiza) (b)	11.22		Crédito indirecto en el Perú por aplicación de CDI (b)	11.22
	Pago efectivo IR en el Perú por RTFI (a) - (b) = (c)	16.78		Pago efectivo IR en el Perú	0.00
2018	Distribución efectiva - base impuesto a los dividendos en Suiza (d)	88.78	2018	Distribución efectiva - base impuesto a los dividendos en Suiza: (a) - (b) = (c)	88.78
	Impuesto a los dividendos Suiza - Límite del 10% (e)	8.88		Impuesto a los dividendos Suiza - límite del 10% de (c) = (d). Esto es crédito directo en el Perú	8.88
	Remesa efectiva a Perú (d) - (e) = (f)	79.90		Remesa efectiva a Perú (c) - (d) = (e)	79.90
	IR en el Perú (lo que se pagó en el 2015) - (g)	16.78		Cálculo IR en el Perú (recomposición de base) - tasa IR 27%: (a) * 27% = (f)	27.00
				Crédito (directo e indirecto) (b) + (d) = (g)	20.10
				IR por pagar efectivamente en el Perú (f) - (g) = (h)	6.90
	Flujo efectivo en el Perú (f) - (g)	63.12		Flujo de efectivo en el Perú (e) - (h)	73.00

Diferencia por aplicar CFC rules (Doble Imposición)	9.88
--	-------------

De la aplicación del "Test de Doble Imposición" en el ejemplo antes propuesto, puede observarse lo siguiente:

- Para el caso del primer supuesto (con aplicación de CFC rules):
 - Por aplicación de las CFC rules en el ejercicio 2016, se determina un IR en el Perú de PEN 28, utilizándose como crédito el IR pagado en Suiza en estricta aplicación del artículo 116 de la Ley del IR y no por

³⁵ En este ejemplo, asumiremos que se cumplen las condiciones para que se aplique la tasa mínima de retención del 10%.

aplicación del artículo 23 del CDI con Suiza. Así, en el 2016 el residente peruano efectúa un pago efectivo a SUNAT de PEN 16.78 (línea "c").

- Cuando en el 2018 el residente peruano perciba efectivamente los dividendos de la ECDN por PEN 79.9 (remesa efectiva – línea "f"), los mismos no estarán gravados en el Perú por estricta aplicación del artículo 116 de la Ley del IR. En ese sentido, el IR retenido en Suiza de PEN 8.88 –línea "e"– (asumiendo que el residente peruano no tiene otras rentas de fuente extranjera) no podrán ser utilizados como crédito (toda vez que en aplicación literal del artículo 58 del Reglamento no podrá utilizarse como crédito, o en todo caso, en aplicación del literal e. del artículo 88 de la Ley del IR no podrá arrastrarse a ejercicios futuros), generándose de esta manera una doble imposición.
- La doble imposición se agrava toda vez que en el presente ejemplo, en el que en el ejercicio 2016 aplicará la tasa de 28% y en el 2018 aplicará la tasa de 27%, determinándose así un mayor gravamen de cargo del residente peruano.
- Para el caso del segundo supuesto (sin aplicación de CFC rules):
 - En el 2016 no se determina IR en el Perú por pagar de cargo del residente peruano.
 - En el 2018, por aplicación del artículo 23 del CDI y del literal e) del artículo 88 de la Ley del IR, cuando el residente perciba efectivamente el flujo de efectivo por PEN 79.90 (línea "e"), podrá aplicar como crédito directo e indirecto, el IR pagado por la ECDN y retenido por esta última en Suiza por PEN 20.10 (línea "g").
 - Como puede apreciarse, la aplicación de ambos créditos por PEN 20.10 determinan que el flujo de efectivo al residente peruano ascienda a PEN 73.00 (aplicándose así a esta operación, una tasa efectiva en el Perú de 27%, que es la tasa de IR de tercera categoría que estará vigente en el 2018).

De este ejemplo simple puede apreciarse que la aplicación del "Test del Doble Imposición" resultaría una herramienta objetiva a efectos de definir si es que resultan aplicables las CFC rules cuando los CDI no las hayan mencionado expresamente. Consideramos pertinente este método objetivo de análisis, toda vez que, como hemos detallado en los puntos anteriores, a la fecha existe senda jurisprudencia a nivel mundial a favor y en contra de la aplicación de los CDIs, no encontrando una respuesta uniforme sobre esta materia.

En nuestra opinión, la jurisprudencia internacional que se pronuncia a favor de la compatibilidad de los CFC rules con los CDIs, ha perdido de vista el efecto de doble imposición que se genera (demostrado en el "Test de Doble

Imposición" antes elaborado) que vulnera la esencia y verdadero objetivo de los CDIs.

Asimismo, puede apreciarse que en el caso del Perú el efecto de doble imposición se generaría por la aplicación de una norma interna (el literal e. del artículo 88 de la Ley del IR y el artículo 58 del Reglamento de la Ley del IR). No obstante, la causa de esta doble imposición, justamente se origina por la aplicación de otra norma interna (las CFC rules). Por ello, cuando un Estado (en este caso el Perú) pretenda aplicar sus CFC rules internas cuando los CDIs que ha celebrado no se han pronunciado expresamente respecto a su aplicación, necesariamente (y responsablemente) tendrán que hacer los ajustes necesarios en su legislación interna a efectos de no generar el efecto de doble imposición como el demostrado en la Tabla 2.

El referido Test de Doble Imposición podría ser aplicado por otros países a efectos de definir si es que se deben aplicar o no las CFC rules cuando no sean mencionados expresamente en los CDIs que dichos países celebraron. Para dichos efectos, cada país deberá analizar la redacción del artículo 23 de sus CDIs y los mecanismos internos para evitar la doble imposición (crédito directo, indirecto o exención). De verificarse un menor retorno en las inversiones de los residentes en el escenario de aplicación de CFC rules, dichas normas no podrán ser aplicables a fin de no contravenir los CDIs suscritos.

2. CDIs que mencionan expresamente la aplicación de las CFC rules

En caso los CDIs mencionen expresamente la aplicación de las CFC rules, en principio no habrían problemas en la aplicación de las mismas en caso el residente de un estado sea titular de una ECND en otro estado con el cual su país de residencia haya suscrito un CDI. En efecto, en este caso ambos países habrían negociado y previsto que los CDIs sí serían de aplicación, por lo que no se presentaría una vulneración a los principios de Pacta Sunt Servanda y de aplicación del derecho internacional sobre el derecho interno.

No obstante lo anterior, creemos que al momento de la negociación y suscripción de los CDIs, ambos países deberían asegurarse que la aplicación de las CFC rules, por aplicación de otras normas internas no conlleven a efectos de doble imposición para sus no residentes. Sobre el particular, debemos recalcar que los CDIs tienen como objetivo evitar la doble imposición, y ello no debe perder de vista los países que lo celebran, cuando pacten la posibilidad de la aplicación de los CDIs.

En el caso peruano, los únicos CDIs que hacen mención expresa a la aplicación de CFC rules, son los CDIs suscrito con México y Brasil. De acuerdo a nuestra investigación, en ninguno de estos países existe la posibilidad de que un residente peruano constituya una ECND. Por el contrario, la tributación en México es del 30%,³⁶ teniendo una tasa de retención

³⁶ Worldwide Corporate Tax Guide 2014, página 888. Dicha publicación se encuentra en la siguiente dirección electrónica: <<http://www.ey.com/GL/en/Services/Tax/Global-tax-guide-archive>>.

de dividendos del 10%,³⁷ y la tributación en Brasil (entre el impuesto federal y otros tributos) tendría una tasa efectiva de aproximadamente el 34%³⁸ y no habría retención de impuestos cuando se distribuya dichos dividendos al exterior. Como puede apreciarse, la imposición en los citados países sería mucha más alta que en el Perú por lo que no aplicaría las CFC rules peruanas.

No obstante, vale la pena hacer el ejercicio en caso existiera la posibilidad de que un residente peruano constituyera una ECND en dichos países. Para nuestro ejemplo, proponemos como supuesto que en México en el ejercicio 2015 en adelante, existiera la posibilidad de constituir empresas holding (que obtengan rentas pasivas) gravadas con la tasa del 15% sobre las rentas (dividendos y ganancias de capital) que obtengan del exterior, y los dividendos sigan gravados con la retención del 10% cuando sean distribuidos efectivamente. En este supuesto, aplicando el "Test de Doble Imposición" tendríamos los siguientes resultados:

Tabla 3

Con aplicación CFC rules			Sin aplicación de CFC rules		
Ejercicio			Ejercicio		
2015	Utilidad en Holding México	100	2015	Utilidad en Holding México	100
	Tasa IR en México (ejm. 15%)	15.00%		Tasa IR en México (ejm. 15%)	15.00%
	IR pagado en México	15		IR pagado en México (a)	15
2016	Atribución según CFC rules Peruano (cálculo RFE)	100.00	2016	Atribución según CFC rules Peruano (cálculo RFE)	0.00
	IR en el Perú tasa IR 28% - (a)	28.00		IR en el Perú	0.00
	Crédito (IR pagado en México (b))	15.00		Crédito indirecto en el Perú por aplicación de CDI (a)	15.00
	Pago efectivo IR en el Perú por RTFI (a) - (b) = (c)	13.00		Pago efectivo IR en el Perú	0.00
2018	Distribución efectiva - base impuesto a los dividendos en México (d)	85.00	2018	Distribución efectiva - base impuesto a los dividendos en México 100 - (a) = (b)	85.00
	Impuesto a los dividendos México - 10% (e)	8.50		Impuesto a los dividendos México - 10% de (b) = (c). Esto es crédito directo en el Perú	8.50
	Remesa efectiva a Perú (d) - (e) = (f)	76.50		Remesa efectiva a Perú (b) - (c) = (d)	76.50
	IR en el Perú (lo que se pagó en el 2015)	13.00		Cálculo IR en el Perú (se recompone base) tasa IR 27% (e)	27.00
				Crédito (directo e indirecto) (a) + (c) = (f)	23.50
				IR por pagar efectivamente en el Perú (e) - (f) = (g)	3.50
	Flujo efectivo en el Perú (f) - (c)	63.50		Flujo de efectivo en el Perú (d) - (g)	73.00

Diferencia por aplicar CFC rules (doble tributación)	9.50
--	------

Como puede apreciarse, de acuerdo al "Test de Doble Imposición" en el caso planteado, también se presenta un supuesto de doble imposición. Por ello,

³⁷ Worldwide Corporate Tax Guide 2014, página 888

³⁸ Worldwide Corporate Tax Guide 2014, página 170.

reiteramos que, en caso los estados que negocien y establezcan la posibilidad de la aplicación de las CFC rules en los CDIs que suscriban, necesariamente tendrán que adecuar sus legislación interna a efectos de evitar supuestos de doble imposición como el demostrado en el "Test de Doble Imposición" de este punto con México.

Con el ánimo de evitar la doble imposición antes anotada, consideramos necesario que las cláusulas que establezcan la posibilidad de aplicar las CFC rules, sean redactadas de tal manera que condicionen su aplicación a la no generación de doble imposición, a efectos de no contravenir la esencia y objetivos de los CDIs.³⁹

Así, para el caso del CDI suscrito con el Perú con México, podría agregarse un párrafo adicional en el segundo párrafo del artículo 22 del Convenio entre la República de Perú y los Estados Unidos Mexicanos en el siguiente sentido: *"las disposiciones del presente Convenio no impedirán a un Estado Contratante aplicar sus disposiciones relacionadas con capitalización delegada y empresas extranjeras controladas, en tanto la aplicación de estas últimas disposiciones no impliquen la generación de doble imposición a sus residentes".* (El subrayado es el párrafo que proponemos agregar).

Asimismo, para el caso de Brasil, el literal d) del numeral 5 del Protocolo del Convenio entre la República de Perú y la República Federativa de Brasil podría quedar redactado de la siguiente manera: *"Las disposiciones del Convenio, especialmente las del Artículo 23, no impedirán que un Estado Contratante aplique las disposiciones de su legislación nacional relativa a la sub-capitalización o para combatir el diferimiento del pago del Impuesto a la Renta, incluida la legislación de sociedades controladas extranjeras (legislación de «CFC») u otra legislación similar. Se aplicarán estas últimas disposiciones sólo en tanto no se genere supuestos de doble imposición para los residentes".* (El subrayado es el párrafo que proponemos agregar).

El referido Test de Doble Imposición también podría ser aplicado por otros países, respecto a los CDIs que suscribieron en los que se haga expresa mención a la aplicación de las CFC rules. En caso se determine la doble imposición, dichos países deberían realizar los ajustes internos necesarios para no vulnerar el objetivo de los CDIs, o en todo caso incorporar algún párrafo que haga expresa referencia a la no aplicación de CFC en caso se verifique supuestos de doble imposición.

VI. TEST DE DOBLE IMPOSICIÓN Y BEPS

Desde el año 2014, la OCDE está trabajando el "Plan de Acción para prevenir la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios" (Base Erosion and

³⁹ Así por ejemplo, de acuerdo a lo expresado por Renee Villagra, México estila incluir disposiciones relativas a las CFC rules en sus CDIs, como por ejemplo el celebrado con Alemania, sin embargo, en este se establece que si el resultado constituye una doble imposición, las autoridades competentes se consultarán mutuamente sobre la forma de evitarla. VILLAGRA, Renee; "Principales Implicancias del CDI Perú – México", en Informe Tributario, diciembre de 2014, página 22.

Profit Shifting por sus siglas en inglés), en donde mediante 15 puntos específicos, dicho organismo trata de combatir supuestos de traslado de beneficios mediante la erosión de bases impositivas a efectos de lograr resultados de nula o baja imposición.

Entre las acciones propuestas, encontramos la Acción N° 3. Sobre el particular, la OCDE señala lo siguiente:

"Un área en la cual la OCDE no ha hecho un trabajo importante en el pasado son las CFC rules. Uno de las fuentes de preocupación de las BEPS, es la posibilidad de crear sociedades afiliadas no residentes y dirigir las rentas de las sociedades residentes a las sociedades no residentes. Las CFC y otras reglas antidiferimiento han sido introducidas en muchos países para remarcar este problema. (...) Mientras las CFC rules principalmente apuntan a incluir rentas en el país de residencia del último socio, también tienen un resultado positivo en la fuente de los países, porque los contribuyentes no tendrían (o tendrían pocos incentivos) para trasladar los beneficios a un tercer país de baja o nula imposición".
(Traducción libre).⁴⁰

Por ello, la OCDE concluye como Acción 3, el reforzamiento de las CFC rules.

Resulta importante y estamos de acuerdo en que la lucha contra la elusión fiscal es una tarea insoslayable de los estados y de sus administraciones tributarias, a efectos de cumplir con sus objetivos recaudatorios y lograr que los contribuyentes tributen de manera justa y/o oportuna. En ese contexto, las BEPS hacen sentido.

No obstante la buena y legítima intención de las BEPS y/o de algún otro mecanismo para combatir la elusión fiscal, no puede perderse de vista que los CDIs tienen como fin primordial evitar la doble imposición. Justamente, como indicamos, la CFC rules (cuyo reforzamiento recomienda la OCDE en la Acción 3 de las BEPS) tienen como fin evitar el diferimiento en el reconocimiento de tributos en el beneficiario final. No obstante, dicho objetivo (previsto en una norma interna) no puede sobreponerse a los objetivos de los CDIs. Si el reforzamiento de la aplicación de las CFC rules en casos en los que existe un CDI de por medio conllevan a resultados de doble imposición (como los ya anotados en las Tablas 2 y 3 del Test de Doble Imposición), consideramos que

⁴⁰ En: Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, página 16. Documento descargado en <<http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>>. El texto original es el siguiente:

One area in which the OECD has not done significant work in the past is CFC rules. One of the sources of BEPS concerns is the possibility of creating affiliated non-resident taxpayers and routing income of a resident enterprise through the non-resident affiliate. CFC and other antideferral rules have been introduced in many countries to address this issue. However, the CFC rules of many countries do not always counter BEPS in a comprehensive manner. While CFC rules in principle lead to inclusions in the residence country of the ultimate parent, they also have positive spillover effects in source countries because taxpayers have no (or much less of an) incentive to shift profits into a third, low-tax jurisdiction.

en esos casos específicos las CFC rules no podrían ser aplicables. Por ello, en nuestra opinión la Acción 3 de las BEPS debería incluir recomendaciones en el sentido de que los estados que se comprometan a reforzar la aplicación de CFC rules, necesariamente tendrán que comprometerse a tomar todas las medidas legislativas internas necesarias, para evitar resultados de doble imposición. De no hacerse estos ajustes legislativos internos, si con la aplicación del Test de Doble imposición antes aludido se verifican resultados de doble imposición, las CFC rules no deberían ser aplicables.

Si el Perú, mediante su Administración Tributaria considera adoptar la posición de que las CFC Rules deben aplicarse aun cuando exista un CDI de por medio tomando en consideración las BEPS, de modo responsable y consecuente con su compromiso de no generar doble imposición asumido al celebrar CDIs, deberá realizar todos los ajustes legislativos a efectos de no generar la doble imposición antes demostrada, al aplicar el Test de Doble Imposición. La lucha contra la elusión fiscal bajo ningún punto de vista puede vaciar la razón fundamental de los CDIs.

VII. CONCLUSIONES

Como puede apreciarse, en la actualidad no existe a nivel internacional unanimidad respecto a la compatibilidad o no de las CFC rules cuando tanto el país de constitución de una ECND, como de su titular, son residentes de países que han suscrito CDIs. La falta de unanimidad puede apreciarse de los sendos pronunciamientos en la doctrina tributaria y en la jurisprudencia, en donde se han emitido opiniones tanto a favor como en contra de la compatibilidad de las CFC rules con los CDIs.

A efectos de definir la compatibilidad antes anotada, proponemos que la misma sea determinada en función al "Test de Doble Imposición" desarrollado en el presente trabajo. Así pues, si es que al aplicar el Test de Doble Imposición se determina que el flujo de inversión del titular del ECND cuando se aplica las CFC rules, resulta menor al flujo de inversión cuando no se aplican las CFC rules y sólo se aplican los mecanismos previstos en los CDIs para evitar la doble imposición (crédito directo o indirecto), no podrá ser posible la aplicación de las CFC rules. Esta sería la forma más objetiva de resolver esta interrogante, y resultaría acorde con los objetivos de los CDIs (tratados internacionales), los mismos que deben sobreponerse a los objetivos de las CFC rules (normas internas). Ello a efectos de respetar el principio de Pacta Sunt Servanda y de la Primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

El mismo "Test de Doble Imposición" debería ser aplicado aun cuando los CDIs hayan previsto expresamente la aplicación de las CFC rules. En estos casos, los países que hayan acordado la inclusión de disposiciones específicas respecto a la aplicación de las CFC rules, deben hacer los ajustes legislativos internos que resulten necesarios a efectos de no generar doble imposición a sus residentes, y no contravenir el objetivo primordial de los CDIs.

Ahora bien, en los últimos años la OCDE ha librado una guerra frontal contra la elusión fiscal y la planificación fiscal agresiva, mediante la recomendación de diversas acciones previstas en las BEPS. Entre ellas se encuentra la recomendación de fortificar la aplicación de las CFC rules (Acción 3).

Consideramos una tarea loable y legítima la lucha contra la elusión fiscal que en última instancia nos perjudica a todos al haber una menor recaudación fiscal. No obstante, la misma no puede bajo ningún punto de vista vaciar el objetivo principal de los CDIs que es evitar la doble imposición. Por ello, en nuestra opinión la acción 3 de las BEPS debería incluir recomendaciones en el sentido de que los estados que se comprometan a reforzar la aplicación de CFC rules, necesariamente tendrán que comprometerse a tomar todas las medidas legislativas internas necesarias, para evitar resultados de doble imposición a sus residentes, como los demostrados en el presente trabajo. De no hacerse estos ajustes legislativos internos, si con la aplicación del Test de Doble imposición antes aludido se verifican resultados de doble imposición, las CFC rules no deberían ser aplicables.

Lima, 28 de enero de 2015

VIII. BIBLIOGRAFÍA

1. Dahlberg, Mattias y Wiman Bertil, Reporte General del 67 Congreso del International Fiscal Association realizado en Copenhagen en el año 2013. Volumen 98
2. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, Versión Abreviada, Julio 2008.
3. Tejeiro, Guillermo; "Aplicación de las Normas Tributarias en el Espacio"; en "Tratado de Tributación", Tomo I, Volumen 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, páginas 705-875.
4. Błażej Kuźniacki, "Tax Treaty Interpretation by Supreme Courts: Case Study of CFC rules". Artículo descargado en: <http://www.ibdt.com.br/material/arquivos/Palestras/B_Kuzniacki_Supreme_Courts_Case_law_CFC_rules_and_tax_treaties_version%20from%20Sept_final.pdf>.
5. Blum, Attorneys in Law; "Corporate Taxation System in Switzerland" <http://www.internationaltaxreview.com/pdfs/taxdata/tax_data_switzerland_000226.pdf>.
6. KPMG; "Swiss Holding Companies". <<http://www.kpmg.com/CH/en/Library/Articles-Publications/Documents/Tax/pub-20130719-swiss-holding-companies-en.pdf>>.
7. ALMUDÍ CID, Jose Manuel. Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Tomo II. Instituto Peruano de Derecho Tributario. Lima. 2014.
8. VILLANUEVA GUTIERREZ, Walker. Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Tomo II. Instituto Peruano de Derecho Tributario. Lima. 2014.
9. SOLER ROCH, María Teresa. Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Tomo II. Instituto Peruano de Derecho Tributario. Lima. 2014.
10. Villagra, Renee; "Principales Implicancias del CDI Perú – México", en Informe Tributario, diciembre de 2014, página 20 a 23.
11. Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. Documento descargado en <<http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>>.
12. Serrano Antón, Fernando; "Fiscalidad y Globalización". Relatoría General de las XXVI Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario

realizadas en Santiago de Compostela en septiembre de 2012, páginas 29-174.

13. EY - Worldwide Corporate Tax Guide 2014: <<http://www.ey.com/GL/en/Services/Tax/Global-tax-guide-archive>>.
14. Dictamen al Proyecto de Resolución Legislativa N° 2865/2010-PE con el cual se propone aprobar el "Convenio entre la República del Perú y la Confederación Suiza para evitar la Doble Tributación en relación con los impuestos sobre la Renta y el Patrimonio". Elaborado por el Congreso de la República del Perú. Dicho documento puede ser encontrado en <<http://www.congreso.gob.pe/>>.
15. EY – “Brazil’s Superior Court of Justice rules CFC regime not compatible with tax treaties”: <<http://www.ey.com/GL/en/Services/Tax/International-Tax/Alert--Brazil-s-Superior-Court-of-Justice-rules-CFC-regime-not-compatible-with-tax-treaties>>.

IX. ÍNDICE

Apartado de Introducción:

I. Introducción

Apartado de Análisis Crítico:

II. El Régimen de Transparencia Fiscal Internacional

III. Las CFC Rules en el Perú

IV. Los Convenios para Evitar la Doble Imposición (CDI)

1. La Doble imposición internacional y el objetivo principal de los CDIs.
2. Mecanismos para evitar la Doble imposición
3. Red de CDIs suscritos por el Perú

V. Análisis de compatibilidad en la aplicación de las CFC rules a ECND contraladas domiciliadas en jurisdicciones con las que Perú celebró CDIs

1. CDIs que no mencionan expresamente la aplicación de las CFC rules
 - 1.1. Argumentos esgrimidos para considerar la aplicación o no de las CFC rules cuando los CDIs no lo han mencionado expresamente
 - 1.2. Argumento que en nuestra opinión resulta el principal para no aplicar las CFC rule cuando los CDIs no lo han mencionado expresamente – el "Test de Doble Imposición"
2. CDIs que mencionan expresamente la aplicación de las CFC rules

VI. Test de doble imposición y BEPS

Apartado de conclusiones

VII. Conclusiones

VIII. Bibliografía

IX Índice