Subtema C:

INTERACCIÓN DE DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LOS CDI CELEBRADOS POR EL PERÚ Y LA LEGISLACIÓN INTERNA

Ponente Individual: **Luciana Yañez Salgado**[1]

Resumen ejecutivo

La presente ponencia aborda la problemática interpretativa y aplicativa del resultado de la interacción de los CDI y la legislación interna, propios de los términos y conceptos empleados en los CDI, en concreto respecto a las categorías de renta establecidas en los mismos y de las posibles calificaciones unilaterales de las administraciones tributarias de los Estados contratantes y límites a la remisión de la legislación interna ante términos no definidos en los propios CDI; así como, la relación de las cláusulas anti-elusivas específicas previstas en los CDI o en la legislación interna y la norma anti-elusiva general peruana al momento de aplicar las disposiciones del CDI.[2]

1. Relación entre los CDI y la legislación interna

Para efectos de explicar la interrelación entre los CDI y la legislación interna en el Perú, debe previamente tenerse en cuenta el sistema constitucional peruano que regula la incorporación y la aplicación de los CDI en nuestro ordenamiento interno.

De acuerdo con el sistema constitucional peruano, los CDI que han culminado satisfactoriamente el respectivo proceso complejo de celebración y de entrada en vigor[3] –como tratados internacionales que son[4]–, forman parte del derecho nacional

---

[1] Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Estudios Avanzados en Derecho Tributario Internacional por el International Tax Center Leiden - ITC de la Universidad de Leiden, Holanda. Postgrado en Fiscalidad Internacional en la Universidad de Castilla - La Mancha, España. Socia de Zuzunaga, Assereto & Zegarra Abogados.

[2] Los alcances de la presente ponencia se limitan a las interrogantes que han sido propuestas por el Relator General, José Chiarella, a propósito de las XIII Jornadas Nacionales de Tributación de IFA Perú. En tal sentido, cada una de las interrogantes específicas planteadas por el Relator General, será materia de análisis en la presente ponencia, teniendo en cuenta el énfasis en la tributación de personas naturales.

[3] Las reglas para la aplicación de los CDI en el Perú están previstas en los artículos 55 y 56 de nuestra Constitución Política. Dichos artículos señalan lo siguiente:

"Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional".

"Artículo 56.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. *Derechos Humanos.*
2. *<u>Soberanía</u>, dominio o integridad del Estado.*
3. *Defensa Nacional.*

peruano, por disposición expresa del artículo 55 de la Constitución Política del Perú.[5,6] En efecto, Perú adopta la teoría monista o sistema de recepción automática,[7] que supone la aplicación de las normas convencionales en el ordenamiento jurídico, una vez que el tratado ha entrado en vigor internacionalmente (conservando su propia naturaleza), sin requerirse de algún acto posterior interno de conversión a norma jurídica interna, para consolidar que la norma convencional está en vigor internamente.[8]

---

4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución". (El subrayado es nuestro).

Adicionalmente, a nivel legislativo, la Ley Nº 26647, regula los actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano. Este procedimiento debe ser cumplido por los CDI debido a que (a) los mismos versan sobre la soberanía fiscal del país porque limitan la potestad tributaria del Estado peruano; (b) las disposiciones del CDI requerirán de medidas legislativas para su ejecución; y, (c) en términos análogos o extensivos a una modificación legal, un CDI supone la afectación de los términos en que se aplican los tributos peruanos, como consecuencia de una norma convencional internacional, lo que no significa que dicho tratado modifique la legislación interna en sí misma, debido a que no forma parte de ella (es una relación de coordinación e interacción).

4 La CVDT define un tratado de la siguiente manera: *"2. Términos empleados: a) se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".*

5 Para mayor detalle, ver Zegarra Vílchez, Juan Carlos. (Relator nacional). "Planificación transnacional agresiva y abuso de tratados: herramientas de Derecho Interno y Derecho Internacional para contrarrestarlos en la era BEPS". *En: Memorias del 9no Encuentro Regional Latinoamericano*. Buenos Aires, 2017.

6 Posición reconocida por la Administración Tributaria peruana mediante Informe Nº 111-2015-SUNAT/5D0000.

7 Para analizar las relaciones entre Derecho Internacional y los Derechos Internos es inevitable hacer referencia a dos teorías: dualismo y monismo. Como señala TRIEBEL, el dualismo parte de la idea de que el Derecho Internacional y el Derecho Interno tienen distintas fuentes y ambas regulan relaciones distintas; el Derecho Internacional se ocupa de las relaciones de los Estados, mientras que el Derecho Interno regula las relaciones entre el Estado y sus administrados o las relaciones entre los particulares. Por lo tanto, uno y otro ordenamiento son ordenamientos distintos e independientes, en la medida en que las normas internacionales son irrelevantes para las internas, resultando incluso inaplicables mientras que no se transformen en norma interna mediante un acto del legislador. Triepel, H. *Völkerrecht und Landesrecht*, Liepzig: Verlag von C.L. Hirschfeld, 1899, Págs. 111 y ss. Por su parte, la doctrina monista –cuya escuela más representativa es la de KELSEN–, el Derecho Internacional y el Derecho Interno forman un único sistema jurídico. De esta manera, existe una norma que fundamenta todo el Derecho, que para KELSEN es la norma internacional, lo que implica que el Derecho Internacional es superior al Derecho Interno, quedando este último subordinado al primero sin necesidad de un acto de recepción alguno. Kelsen, H. *Pure theory of Law.* Traducción de Knight, M. Los Angeles: University of California Press, 1967. (Págs. 214 y ss.). Citado por: Rodriguez Lozada, Soraya. *La Interpretación de los Convenios para Evitar la Doble Imposición suscritos por España*. Primera edición. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2012, Pág. 29.

8 Rodríguez Carrión, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Quinta edición. Madrid: Tecno, 2012, Pág. 258. Citado por: Novak Talavera, Fabián y García-Corrochano Moyano, Luis. *Derecho Internacional Público*. Volumen I. Segunda edición. Lima: Thomson Reuters, 2016, Pág. 258.

De este modo, la entrada en vigor de un CDI significa que el mismo "forma parte" de un único ordenamiento jurídico peruano ("derecho nacional"),[9] el cual incluye el Derecho Internacional y el Derecho Interno; y, en tal sentido, cuando entra en vigor un CDI surte efectos en el orden jurídico internacional e interno simultáneamente, quedando el Estado peruano obligado de manera automática y sin necesidad de algún tipo de trámite o procedimiento adicional de incorporación a la legislación interna (Derecho interno) de la que no forma parte. Así, el CDI no se convierte en Derecho Interno, sino que mantiene su naturaleza de norma internacional convencional (Derecho Internacional), pues ambos "forman parte" de un único sistema jurídico peruano –derecho nacional–. Asimismo, debe tenerse en cuenta que cuando los CDI se encuentran en vigor despliegan importantes efectos para los Estados parte (y para las personas naturales y jurídicas comprendidas en el ámbito subjetivo de aplicación), en la medida que, con carácter general, limitan o modifican el ejercicio de los poderes soberanos que corresponden a los Estados con arreglo al Derecho Internacional, en virtud del principio de *"pacta sunt servanda"* contemplado en el artículo 26 de la CVDT.[10]

Sin embargo, aun cuando en la vigente Constitución Política del Perú de 1993 no existe disposición que establezca expresamente una solución ante una posible colisión entre los tratados y la legislación interna,[11] como si lo tenía previsto el artículo 101 de la Constitución Política del Perú de 1979,[12] debemos señalar que como consecuencia

---

Adicionalmente, Novak señala que nuestra Constitución ha adoptado una clara posición monista, señalando que *"La doctrina monista, imperante en el derecho internacional actual afirma que la incorporación de la norma internacional al derecho interno es automática, no requiriendo acto de validación estatal. Ellos parten de concebir el derecho internacional y el derecho interno como partes de un mismo orden normativo"*. Novak Talavera, Fabián. Ibídem, Pág. 260.

9 Esto es una norma jurídica válida de Derecho Internacional que forma parte del Derecho nacional. Para el Tribunal Constitucional peruano, *"los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano (…)"*. (Expediente Nº 047-2004-AI/TC, de fecha 24 de abril de 2006).

10 El principio *"pacta sunt servanda"* recogido en el artículo 26 de la CVDT, ratificado por el Perú mediante Decreto Supremo Nº 0209-2000-RE, prescribe la obligatoriedad de los tratados, otorgando seguridad jurídica al derecho internacional. Es necesario señalar que nuestro Derecho Interno también garantiza el principio internacional *"pacta sunt servanda"* en el primer párrafo del artículo 7 de la Ley Nº 26647: *"Los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano, conforme a lo señalado en los artículos anteriores, sólo 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 de este modo que mediante un acto interno se deje sin efecto, se modifique o suspenda los alcances de los tratados suscritos por el Estado peruano.

11 Esta situación generó que el Tribunal Fiscal acepte la tesis de que una norma interna podía modificar los términos de un tratado por considerar que ambos tenían el mismo rango de ley y, por ello, el conflicto entre ambas debía resolverse por los criterios de aplicación de normas en el tiempo. En efecto, el Tribunal Fiscal mediante Resoluciones Nºs 02362-A-2002, 02361-A-2002, 02360-A2002, 02355-A-2002, 02354-A-2002, 02344-A-2002, entre otras, estableció la igualdad del tratado con la ley.

12 Constitución Política del Perú de 1979**:**

"Capítulo V De los tratados

Artículo 101.- Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman

de los principios generales del derecho, como son el principio de *"pacta sunt servanda"* y primacía del Derecho Internacional convencional sobre Derecho Interno, los tratados prevalecen sobre normas internas.[13,14] Asimismo, de acuerdo con nuestra Constitución Política existe una *"reserva de competencia"* vinculada a las funciones normativas diferentes que cumplen los CDI y la legislación interna.

De este modo, cuando la legislación interna entre en conflicto con un CDI (norma de Derecho Internacional ratificada y, por tanto, parte del derecho nacional), deberá preferirse el CDI e inaplicarse la legislación interna.[15]

Sobre el particular, resulta de interés citar el pronunciamiento del Tribunal Fiscal que enfatiza la fuerza jurídica derivada de las disposiciones de los tratados internacionales (como los CDI) y su interrelación con la legislación interna.[16] Así, el Tribunal Fiscal mediante jurisprudencia de observancia obligatoria contenida en la Resolución Nº 03041-A-2004,[17] reconoció que los tratados que versan sobre materias de soberanía tributaria prevalecen sobre las normas internas con rango de ley, criterio plenamente aplicable a los CDI.

---

parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero". (El subrayado es nuestro).

13 El principio de primacía del derecho internacional sobre el Derecho Interno, recogido en el artículo 27 de la CVDT, dispone que un Estado queda obligado por el derecho internacional mediante un tratado en vigor, por lo que éste no puede invocar las disposiciones de su Derecho Interno para incumplir sus obligaciones internacionales, o para eludir sus consecuencias, esto es, no puede modificar unilateralmente los términos convenidos.

14 Ambos principios se encuentran consagrados tanto en la legislación internacional como nuestra legislación interna. En el caso de nuestra legislación interna, de conformidad con la Norma III y IX del Título Preliminar del Código Tributario, los tratados son fuente de derecho tributario y para efectos para interpretar el derecho son de aplicación supletoria los Principios Generales de Derecho, entre los cuales se encuentran el *"pacta sunt servanda"*, y el principio de primacía de los tratados.

15 Zuzunaga del Pino, Fernando. Ponencia General "IX Jornadas Nacionales de Tributación". En: *Convenios para evitar la doble imposición tributaria*. Asociación Fiscal Internacional (IFA) Grupo Peruano. Lima, 2008, Pág. 309.

16 En la Resolución Nº 845-4-2001, el Tribunal Fiscal ya había señalado en forma previa –pero sin observancia obligatoria– lo siguiente: *"Que aun cuando el texto Constitucional vigente no contiene norma expresa que disponga la prevalencia del Tratado sobre las leyes internas, esta primacía puede inferirse desde el hecho que los tratados son normas internacionales mediante las cuales los Estados se obligan frente a otros, y su procedimiento de aprobación tienen rango constitucional, por lo cual los mismos no pueden verse enervados por normas que rigen el orden interno de un país, como el caso de las leyes*". (El subrayado es nuestro).

17 En la jurisprudencia de observancia obligatoria contenida en la Resolución Nº 03041-A-2004, el Tribunal Fiscal debía determinar si una norma con rango legal –Decreto Supremo Nº 016-91-AG publicado el 2 de mayo de 1991 que dispuso la aplicación de un derecho especifico a las importaciones provenientes de todos los países sin excepción alguna– podía modificar lo dispuesto en un Tratado Internacional celebrado entre Perú y Colombia (que establecía un arancel común con gravámenes únicos). En tal sentido, el Tribunal concluyó que el Tratado había sido incorporado como fuente normativa en nuestro ordenamiento jurídico y que, si bien la Constitución actual no debía una solución ante un caso de colisión de tratados con normas internas, tal conflicto debe ser resuelto mediante la aplicación del principio general del derecho de *"pacta sunt servanda"*, sobre el cual prescribe la obligatoriedad de los tratos, así como también debía primar el Derecho Internacional convencional sobre el Derecho Interno. Hasta la fecha dicho criterio no ha variado.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú aceptada en materia fiscal, si bien los CDI no ostentan una condición supralegal,[18] ante un supuesto de conflicto normativo, sus disposiciones prevalecen sobre la ley peruana, aunque no la deroga ni la invalida, sino que solo suspende sus efectos incompatibles. En otras palabras, este criterio de prevalencia de los tratados sobre las normas internas implica que el mismo deja inaplicables las normas internas opuestas, a efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano derivadas de su condición de parte de un tratado.[19] De este modo, la regla de prevalencia salvaguarda la autonomía y correcta aplicación del sistema de eliminación de la doble imposición encarnado en el CDI.[20]

Es importante mencionar que dicha prevalencia no ha sido otorgada en nuestro país en virtud de un criterio de jerarquía normativa, sino, por una *"reserva de competencia"* a favor de los tratados en las materias que regulan, la que impide su invasión por normas de Derecho Interno.[21] De este modo, concluimos que un conflicto entre un tratado y una ley no se resuelve con el criterio de jerarquía, sino bajo un examen de competencia. El legislador pierde así la potestad para normar aquellas materias contenidas en un tratado o para alterar su regulación, porque carece de competencia para hacerlo, la que le pertenecía antes de la celebración y entrada en vigor del tratado.

Es preciso tener en cuenta que los CDI y la ley interna tienen funciones normativas distintas; el CDI restringe la potestad tributaria de los Estados,[22] mientras que la ley interna regula normas materiales de ejercicio de potestad tributaria para la creación, modificación o supresión de impuestos. En efecto, los CDI y la legislación interna se rigen por el principio de competencia normativa, actuando cada uno en el ámbito que le es propio.

En efecto, la tributación de una transacción transfronteriza se basa en la legislación interna mientras que los CDI restringen dicha tributación. En ese sentido, para van Raad, la pregunta esencial al momento de aplicar los CDI, no es si éstos tienen alguna regla que permita la tributación, sino si existe alguna disposición en los CDI que

---

[18] Nótese que la Constitución Política de 1993 no señala, expresamente, el rango que corresponde al tratado. Se desprende del artículo 200 de la Constitución Política que el tratado tiene rango equivalente a la ley, porque contra él se puede interponer una acción de inconstitucionalidad, lo que solo es posible en caso de leyes o norma equivalente que vulneren la Constitución.

[19] Danós Ordoñez, Jorge. "La incidencia de la nueva Constitución en las fuentes del Derecho Tributario". *Revista del Foro*. Lima, volumen 39, 1994, Pág. 44.

[20] Calderón Carrero, José Manuel, Martín Jiménez, Adolfo, "Los Tratados Internacionales. Los convenios de doble imposición en el ordenamiento español; naturaleza, efectos e interpretación" En: Carmona Fernández, Néstor, (Coordinador), *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*. Valencia: CISS Grupo Wolters Kluwer, 2006, Pág. 44.

[21] En la Sentencia que resuelve el expediente Nº 0002-2009-PI/TC (ver numeral 61), el Tribunal Constitucional peruano señaló: *"(…) el principio que rige la aprobación de un tratado-ley es el de competencia y no el de jerarquía. Pero, constitucionalmente existe una suerte de cláusula residual a favor del Poder Ejecutivo; en la medida que lo no previsto a favor del Congreso le corresponde aprobarlo al Poder Ejecutivo dando cuenta al Congreso, según el artículo 57º de la Constitución"*. (El subrayado es nuestro).

[22] Van Raad, Kees. "Five Fundamental Rules in applying tax treaties". En: *Liber Amicorum*. Luc Hinnekens. Bruxelles: Bruylant, 2002, Págs. 587-589.

prohíba la irrestricta aplicación de la legislación interna.[23] Por ello, los CDI modulan y limitan el derecho a gravar de los Estados contratantes.

Del mismo modo, Baker sostiene que: *"el convenio no describe en modo alguno el sistema al cual estará en realidad enfrentado el contribuyente sino en realidad los límites máximos a los cuales puede llegar a extenderse este sistema tributario. Describe las fronteras de lo permisible del sistema tributario, pero no el sistema en sí mismo considerado (...)"*.[24] (El subrayado es nuestro)

En consecuencia, en nuestro país se privilegia la aplicación de los CDI, en casos de conflicto con la legislación interna.

Ahora bien, la relación entre las disposiciones de los CDI y la legislación interna no se reduce ni se puede explicar únicamente a partir de la regla de primacía convencional. Así, por un lado, la prioridad o prevalencia de los CDI sobre la legislación interna no debe llevar a la conclusión de que los CDI y la legislación interna constituyen compartimientos estancos. Por el contrario, entre las disposiciones de los CDI y la legislación interna existe una interrelación normativa en el sentido de que complementa la regulación convencional. De este modo, estamos ante conjuntos normativos que entran en intersección para complementarse.

Por otro lado, a fin de definir las relaciones entre los CDI y la legislación interna debe tenerse en cuenta la posición en que están las concretas normas convencionales respecto de las normas internas afectadas. En efecto, la aplicación prevalente del CDI respecto del Derecho Interno se produce fundamentalmente respecto de las normas internas que se encuentran en *"posición horizontal"* respecto de las establecidas en el CDI (por ejemplo, las que regulan el concepto de EP). Pero tal prevalencia del CDI, en general no afecta las normas internas que se hallan en *"posición vertical"* respecto de las disposiciones convencionales; esto es, las normas internas que regulan una materia previa al CDI, sobre la cual se aplica el CDI, o que no es regulada por el CDI.[25] Nótese que entre las normas internas verticales, tenemos aquellas que regulan el hecho imponible de los impuestos cubiertos por el CDI, que de acuerdo al artículo 74 de nuestra Constitución Política, constituyen una labor del Congreso.

Los CDI restringen el ejercicio efectivo de las potestades tributarias por parte de los Estados contratantes, estableciendo específicamente, respecto de cada renta o patrimonio, cuál de los referidos Estados pueden ejercer su potestad tributaria de forma exclusiva o compartida. Asimismo, los CDI pueden contemplar limitaciones a la tributación resultante como consecuencia de la aplicación de la legislación interna mediante la imposición de límites a dicha tributación o tasa aplicable.

En ese sentido, de manera general, puede señalarse que las disposiciones internas que configuran el hecho imponible de los impuestos de los Estados contratantes cubiertos por un CDI se encuentran en *"posición vertical"* frente a las disposiciones de los CDI; ello significa que tales disposiciones internas configuradoras del hecho imponible son previas a los CDI o constituyen el presupuesto sobre el cual luego se

---

[23] Ibídem, Pág. 588.

[24] Baker, Philip. "Double Taxation Agreements and International Tax Law", citado y traducido por Evans Márquez, Ronald en: *"Régimen Jurídico de la Doble Tributación Internacional."* Caracas: Editorial McGraw-Hill, 1999, Pág. 65.

[25] Calderón Carrero, José Manuel, Martín Jiménez, Adolfo. Op. Cit., Págs. 44-45.

aplican las disposiciones de los CDI.[26] De este modo, nuestra LIR es la que delimita cuál es la materia imponible que nuestro legislador ha seleccionado para ser sometida a imposición; partiendo de tal selección el CDI delimitará si el Perú puede o no gravarla y en qué medida puede hacerlo.

1.1. La relación entre las normas anti-elusivas de los CDI y las normas anti-elusivas recogidas por la normativa interna

En Perú, la aplicación de las cláusulas anti-elusivas específicas previstas en los CDI,[27] no genera mayor problema en teoría para Perú. En efecto, al formar el CDI parte del derecho nacional peruano, las medidas anti-elusivas específicas previstas en los CDI se interrelacionan sin mayor problema con las disposiciones de la legislación interna, las cuales regulan el hecho imponible gravable. Respecto a la relación[28] con las cláusulas anti-elusivas específicas previstas en la legislación interna[29] debe tenerse en cuenta que al formar los CDI parte del derecho nacional, cualquier abuso del CDI implica un abuso de la legislación peruana por lo que resultan plenamente aplicables las medidas anti-elusivas de la legislación interna peruana a los casos de transacciones transfronterizas cubiertas por un CDI; también es cierto que la aplicación de aquellas puede generar incompatibilidades,[30] tal como es el caso de la

---

[26] Ibídem, Pág. 45.

[27] Para ver el detalle de las cláusulas anti-elusivas específicas previstas en los CDI celebrados por Perú. CORES, Ferrada, Roberto. (Relator nacional) "Las cláusulas anti-elusivas específicas y los convenios para evitar la doble imposición suscritos por el Perú". En: *Memorias de la XXVII Jornadas latinoamericanas de Derecho Tributario*. Tomo II. Instituto Peruano de Derecho Tributario. 2014, Págs. 401-419. Yañez, Luciana. (Comunicante Técnico) "Medidas nacionales para evitar la erosión de la base tributaria: Influencia de las BEPS en Latinoamérica" con la ponencia titulada "Perú haciendo la diferencia ante la problemática BEPS: cuando la experiencia es creativa". En: *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.* México: ILADT México, 2015, Págs. 625-659.

[28] La relación entre las disposiciones anti-abuso de la legislación interna y los CDI ha sido siempre un aspecto polémico. Los diferentes puntos de vista se reflejaron en los comentarios MCOCDE previos al 2003. Ver párrafo 9.1 del Comentario al artículo 1 del MCOCDE. Los Comentarios del MCOCDE fueron enmendados en el 2003 estableciendo que el principal objetivo de los CDI no es solo facilitar el intercambio de bienes y servicios transfronterizos ni circulación de personas a través de la eliminación de la doble imposición sino también prevenir la elusión y evasión fiscal. Ver párrafo 7.1 Comentario del artículo 1 del MCOCDE. De acuerdo con esta nueva versión de Comentarios, se señala que las maniobras de los contribuyentes para aprovechar las diferencias de las legislaciones de los estados deben ser combatidas por la legislación interna de los estados. De esta manera, los CDI no limitarán la aplicación de esta legislación interna anti-abuso, inclusive si no se ha hecho mención expresa en los mismos, tal como se establece en el párrafo 7.1 del Comentario al artículo 1 del MCOCDE.

[29] Nótese que legislación interna peruana contempla hechos imponibles complementarios, presunciones y ficciones con el objeto de enfrentar específicamente determinadas conductas que afectan a la aplicación de un hecho imponible concreto, tales como nuevos supuestos de hecho que se consideran dividendos, la imposibilidad de deducir pérdidas de capital en casos de wash sales, la prohibición de deducir gastos constituidos por la diferencia entre el valor nominal de un crédito originado entre partes vinculadas y su valor de transferencia a terceros que asumen el riesgo crediticio del deudor, reglas antiabuso en materia de reorganizaciones, las reglas de subcapitalización, normas vinculadas a países o territorios de baja o nula imposición, precios de transferencia, enajenación indirecta de acciones, transparencia fiscal internacional.

[30] En la presente ponencia no analizaremos en extenso estas posibles incompatibilidades, sino nos limitaremos a los supuestos requeridos por el Relator General.

disposición interna de subcapitalización, dividendos presuntos, etc.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta la remisión normativa del propio CDI cuando dispone que la caracterización de cierto tipo de rentas se efectuará conforme a la ley interna del Estado Fuente, lo que permite la aplicación de determinadas cláusulas anti-elusivas, pero siempre sujetas a los límites previstos en el CDI. En estos supuestos, existe una remisión a la normativa interna para completar conceptos no definidos en el CDI a la legislación interna de los Estados contratantes, sin que se contradiga el contexto del CDI conforme al apartado 2 del artículo 3 de los CDI.

Tenemos como ejemplo, el caso de los dividendos presuntos, cuya aplicación en los CDI es limitada por el artículo 10 del CDI, pues el mismo exige que se trate de dividendos pagados. El apartado 3 del artículo 10 de los CDI suscritos por Perú con Canadá y Chile abre las puertas a la definición amplia de dividendos presuntos que contiene el artículo 24-A de LIR, al incluir expresamente a los *"rendimientos de otros derechos sujetos al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las rentas de acciones por la legislación del Estado del que la sociedad que hace la distribución sea residente".* En cambio, no ocurre lo mismo en los casos concretos de los CDI con Brasil, México, Suiza, Corea del Sur y Portugal, en donde el correspondiente apartado 3 limita el concepto de dividendos a los *"rendimientos de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen tributario que las renta de acciones"* por lo que al hacerse referencia a un sustrato corporativo de los rendimientos, quedarían excluidos los dividendos presuntos tales como los que se refieran a sumas que signifiquen una disposición indirecta de rentas empresariales no susceptibles de posterior control tributario.

En ese sentido, los supuestos de interacción entre las cláusulas anti-elusivas específicas que se contemplan en la legislación interna peruana con casos de transacciones transfronterizas cubiertas por un CDI suscrito por Perú deben ser analizados caso por caso, teniendo en cuenta la naturaleza de la cláusula anti-elusiva y los alcances de las disposiciones de los CDI. En efecto, no debe perderse de vista que los CDI responden a la pregunta si existe alguna limitación para que un Estado ejerza su potestad tributaria, por lo que luego de absuelta esta pregunta, el cómo se grava es una pregunta que debe ser respondida por la legislación interna de cada Estado contratante. De este modo, en el caso de las cláusulas anti-elusivas específicas previstas en la legislación interna, el CDI nos da el marco general de aplicación, delimitando si existe una limitación al ejercicio de la potestad tributaria, ya sea esta exclusiva o compartida con limitaciones en la base imponible o en la tasa aplicable. Asimismo, al momento de aplicar la cláusula anti-elusiva interna junto con el CDI, debería tenerse en cuenta el examen de abuso, esto es, no conceder los beneficios del CDI si: (i) cuando uno de los principales objetivos para realizar determinadas operaciones o manejos es garantizar una posición fiscal más favorable; y, (ii) la obtención de este tratamiento fiscal más favorable en dichas circunstancias sea contrario al objeto y propósito de las disposiciones en cuestión.[31]

Para un mayor análisis de la remisión del CDI a la legislación interna ver el acápite 2 de la presente ponencia.

En cuanto a la regulación expresa de la interacción entre las cláusulas específicas

[31] De acuerdo con el párrafo 9.5 del Comentario al artículo 1 del MCOCDE. Ver: Arnold, Brian J. y van Weeghel Stef. "The relationship between Tax Treaties and domestic anti-abuse measures". En: Maisto, Guglielmo Maisto, G., (ed), *Tax Treaties and Domestic Law*, Amsterdam: IBFD, 2006, Págs. 104-105.

previstas en la legislación peruana y los CDI, en los CDI suscritos por Perú, existe una cláusula especial de reenvío a las medidas anti-elusivas internas.[32] En efecto, en los CDI celebrados con Brasil[33] y México,[34] se señala que las disposiciones del CDI no impedirán la aplicación de las normas anti-abuso, referidas a las reglas de subcapitalización y de transparencia fiscal.

Por otro lado, respecto a la interacción de la cláusula general anti-elusiva prevista en la legislación interna peruana y los CDI, se dispone en los CDI suscritos con Corea del Sur[35] y Portugal;[36] y, la Decisión 578,[37] que las disposiciones de los CDI y de la Decisión, no impedirán la aplicación de las normas anti-abuso o anti-elusivas de los Estados contratantes.

1.2. El rol de la Norma XVI y las disposiciones del CDI

Nuestro Derecho Interno cuenta con una cláusula anti-abuso o anti-elusivo general propiamente dicha a partir del 19 de julio de 2012, cuando se incorpora la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, mediante el Decreto Legislativo Nº 1121, para incluir el concepto de "elusión" dentro de nuestro ordenamiento interno y para regular los requisitos y efectos derivados de la recalificación que se realice en base a dicho supuesto.[38] Esta norma anti-elusiva en sentido estricto, constituye una norma material (posición vertical) de Derecho Interno que pretende gravar conductas elusivas de "evitamiento" del hecho imponible (no de "ocultamiento" o de "equivocación"), por considerar que dichos comportamientos suponen un abuso del derecho a pactar libremente "negocios jurídicos"; y por tanto, la recalificación de la conducta que se considera "abusiva" –por eludir artificialmente o de manera impropia

---

32 Sin embargo, en los CDI celebrados con Chile y Canadá no existe una disposición expresa sobre la relación de las normas de transparencia fiscal y subcapitalización.

33 Ver acápite 5.d) del Protocolo del CDI con Brasil. Las disposiciones del CDI, especialmente las del artículo 23 (no discriminación), no impedirán que un Estado contratante aplique las disposiciones de su legislación nacional relativa a la subcapitalización o para combatir el diferimiento del pago del Impuesto a la Renta, incluida la legislación de sociedades controladas extranjeras (legislación "CFC") u otra similar.

34 En el apartado 2 del artículo 22 del CDI con México se establece que las disposiciones del CDI no impedirán la aplicación de las disposiciones relacionadas con capitalización delgada y las empresas extranjeras controladas (en el caso peruano, las reglas de transparencia fiscal y en el caso de México, las reglas de regímenes fiscales preferenciales).

35 En el apartado 2 del artículo 27 del CDI con Corea del Sur se dispone que no se impedirá de ningún modo la aplicación de cualquier provisión de la legislación de un Estado contratante, diseñada para evitar la evasión o a elusión de impuestos, sea o no descrita como tal.

36 Ver acápite 11.a) del Protocolo. Se establece que las disposiciones de los CDI no serán interpretadas de forma tal que prevengan la aplicación de las reglas anti-abuso contempladas en la legislación interna del Estado Contratante.

37 Ver artículo 20 de la Decisión, en el que se establece que nada de lo dispuesto en la Decisión impedirá la aplicación de las legislaciones de los países miembros para evitar el fraude y la evasión.

38 Si bien anteriormente contábamos con el segundo párrafo de la Norma VIII del mismo Código (que tenía un texto idéntico al que tiene el primer apartado de la actual Norma XVI) su aplicación por la jurisprudencia estuvo referida a los supuestos de errónea calificación jurídica de los hechos y de simulación; excluyendo los supuestos de elusión (fraude de ley y otros). El criterio del Tribunal Fiscal, en torno al segundo párrafo de la Norma VIII, se manifestó en la Resolución Nº 6686-4-2004, criterio que siguieron las Resoluciones Nºs 4773-4-2006 y 4100-4-2007, entre otras.

un hecho imponible sin otra justificación que la ventaja tributaria–, supone el nacimiento de una obligación tributaria, a partir del momento en que se produce dicha recalificación.[39]

De este modo, como norma general anti-elusiva, que es parte de las disposiciones fundamentales de la legislación interna que determinan qué hechos dan lugar a una deuda tributaria, se entiende no contemplada en los CDI y por tanto no se ve afectada por ellos.

En cuanto a la relación de las disposiciones de los CDI con la norma general anti-elusiva prevista en la legislación interna, debemos indicar que, teniendo en cuenta que los CDI no tienen como propósito regular una cláusula general anti-elusiva[40] (contra el fraude y como una "extensión" del hecho generador), se admite la aplicación de una cláusula general anti-elusiva interna, excepcionalmente y con máxima cautela, para evitar fines distintos a los previstos en los CDI, siempre y cuando exista una clara evidencia del uso indebido del CDI en base a estándares equivalentes en ambos países. De este modo, procede la aplicación de la Norma XVI siempre que no se vulneren preceptos esenciales del CDI, y en cualquier caso dejando abierta la posibilidad de que por la vía del procedimiento de acuerdo mutuo se resuelvan los conflictos interpretativos.

En ese sentido, desconocer el beneficio contenido en un CDI ante una manifiesta vulneración a los fines del mismo no necesariamente implicaría desconocer el principio *"pacta sunt servanda"*, pues el mismo supone la buena fe y no debería amparar el abuso de derecho.

2. Relación de los CDI con las normas incorporadas en la LIR luego de entrada en vigor de un CDI: algunos ejemplos

En caso de que surgiese un eventual conflicto entre la legislación interna y los CDI, debe tenerse en cuenta que, si bien no existe una superioridad jerárquica del CDI, como tratado internacional, goza de una primacía sobre la legislación interna y "reserva de competencia", tal como lo explicamos en el acápite 1 de la presente ponencia, por lo que como tratados que versan sobre materias de soberanía tributaria prevalecen sobre las normas internas con rango de ley. En efecto, el criterio de

---

[39] Zuzunaga, sostiene que, en virtud de esta norma anti-elusiva, se ha producido un *"ensanchamiento"* de los hechos imponibles de los tributos que conforman nuestro sistema tributario, *"al quedar gravados tanto los hechos acaecidos en la realidad que responden a la hipótesis de incidencia, como aquellos hechos equivalentes, que no han aprobado los aludidos test"*. (El subrayado es nuestro). Zuzunaga del Pino, Fernando. "La cláusula anti-elusiva general vulnera la Constitución Peruana" En: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. Nº 53, 2013, Pág. 35.

[40] En efecto, los Comentarios al artículo 1 del MCOCDE señalan respecto a la aplicación de las normas internas anti-elusivas lo siguiente:

"*22.1 Tales reglas son parte de las disposiciones fundamentales de la legislación nacional que determinan qué hechos dan lugar a una obligación tributaria; dichas reglas no están contempladas en los tratados fiscales y por tanto no se ven afectadas por ellos. Así pues, como norma general (…) no habría conflicto.*

22.2 Aun cuando estas reglas no son contrarias a los convenios fiscales, se está de acuerdo en que los países miembros deben cumplir rigurosamente las obligaciones establecidas en los convenios fiscales con la finalidad de determinar la doble imposición mientras no exista evidencia clara de un uso indebido de los convenios". (El subrayado es nuestro).

prevalencia de los CDI sobre las normas internas implica que el mismo deja inaplicables las normas internas opuestas, a efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano derivadas de su condición de parte de un tratado internacional.

En ese sentido, las normas de rango de ley que se dicten o aprueben y entren en vigor con posterioridad a la entrada en vigor de un CDI en Perú, deben tener en cuenta que dicho CDI ostenta una fuerza pasiva resistente frente a las mismas.[41] Dicha fuerza pasiva de los tratados se refleja en el artículo 57 de nuestra Constitución en el que se dispone que corresponde al Congreso intervenir respecto de los tratados vigentes a través de los procedimientos de denuncia y establece las materias cubiertas por los tratados, quedando establecida una verdadera reserva de competencia que impide su invasión por normas de Derecho Interno.[42]

Asimismo, teniendo en cuenta la naturaleza de los CDI como tratados internacionales, los mismos resultan obligatorios y vinculantes para las partes una vez que se integran al ordenamiento jurídico peruano. De este modo, la eficacia y vigencia de los CDI no puede ser afectada por la existencia de normas de Derecho Interno anteriores o posteriores a los mismos, que regulan la misma materia en un sentido diferente, dada la fuerza pasiva de los CDI.

En consecuencia, no es posible que la legislación interna modifique las reglas de distribución de poder tributario prevista en los CDI de manera directa, produciendo un fenómeno de *treaty override*,[43] que según el reporte de la OCDE concurre con la publicación de una ley cuyo propósito es modificar las obligaciones asumidas a través del tratado.[44]

Por otro lado, las cláusulas anti-elusivas específicas, a través de las cuales se definen el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica en función a la sustancia económica de la transacción, no afectarán la aplicación de los CDI al encontrase dichas normas en posición distinta a las disposiciones de los CDI, siempre que no alteren el reparto de potestades previamente pactado por los Estados contratantes en el correspondiente CDI, dado que lo contrario vulneraría el principio de *"pacta sunt servanda"*.

A continuación, analizamos algunos ejemplos:

2.1 Caso de asistencia técnica y el artículo 14 del CDI

En el 2004, con la entrada en vigor del Decreto Legislativo Nº 945, se incorporó como una operación cuyos ingresos generan rentas de fuente peruana a los servicios de asistencia técnica, cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en dichas operaciones y el lugar de celebración o cumplimiento de los contratos, siempre que fueran utilizados económicamente y/ o usados en el país.

---

41 Danós Ordoñez, Jorge. Op. Cit., Pág. 44.

42 En efecto, el legislador pierde la potestad para normar aquellas materias contenidas en un tratado o para alterar su regulación, porque carece de competencia para hacerlo, la que le pertenecía antes de formalizar el tratado.

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

44 Posición compartida por Villanueva Gutiérrez, Walker. (Comunicante Técnico) Tema 2. Las cláusulas anti-abuso específicas y los convenios de doble imposición En: *Memorias de la XXVII Jornadas latinoamericanas de Derecho Tributario*. Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario, 2014, Pág. 874.

Esta incorporación del nuevo supuesto implicó un cambio sustancial en la elección de los criterios de conexión[45] a fin de legitimar el ejercicio de la potestad tributaria por parte de Perú. A partir de la modificación comentada se optó por extender la aplicación del criterio de utilización económica a determinadas rentas activas, específicamente aquellas derivadas de la prestación de servicios típicamente extraterritoriales, como el supuesto de asistencia técnica.

En el caso específico de servicios de asistencia técnica, se estableció que los mismos generarían renta de fuente peruana siempre que éstos fueran utilizados económicamente en el país.[46] Los alcances de su definición están previstos en el inciso c) del artículo 4-A del RLIR, por lo que, ante una prestación de servicios por una persona natural residente en alguno de los Estados contratantes con los que Perú tiene suscrito un CDI, luego de determinar que dicha prestación de servicios resulta gravada de acuerdo a la legislación interna peruana, corresponde verificar si dicha tributación se encuentra limitada por alguna disposición del CDI, de acuerdo a la categoría de rentas previstas en los CDI, a fin de determinar si la potestad tributaria peruana queda restringida de algún modo. Para mayor detalle de la relación de los conceptos de la legislación interna y los CDI, nos remitimos al acápite 3 de la presente ponencia.

En cuanto a su regulación en los CDI, Perú se ha alejado del MCOCDE para optar por dos fórmulas a fin de preservar en fuente las rentas de los referidos servicios, dada su condición de país importador de capitales: por un lado, como beneficios empresariales o prestación de servicios profesionales; y, por el otro, como regalías.

Nótese que el cambio de criterio de conexión en el caso servicios consistentes en asistencia técnica brindadas por personas naturales en nada ha alterado la distribución de potestades tributarias previstas en los CDI negociados (2001) antes de la incorporación del nuevo criterio de conexión para el caso de asistencia técnica, debido a que los mismos requieren presencia física y/o cumplir un determinado umbral de tiempo para que el Estado Fuente (Perú) pueda ejercer su potestad tributaria, tal como está previsto en el apartado 1 del artículo 14 de los CDI suscritos con Chile y Canadá.

De esta manera, en los CDI de Canadá y Chile, las rentas derivadas de los servicios de asistencia técnica prestados por una persona natural residente en Canadá o Chile estarán gravadas con una tasa del 10% sobre renta bruta si el servicio es prestado

---

[45] En efecto, tradicionalmente la normativa tributaria peruana determinó el principio de la fuente sobre la base de criterios básicos tales como la ubicación de la fuente productora, el de lugar de realización o prestación de los servicios y el de utilización económica para el caso de rentas pasivas.

[46] De conformidad con el inciso c) del artículo 4-A del RLIR, se entiende que la asistencia técnica se utiliza económicamente en el país, cuando ocurre cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Sirve para el desarrollo de las actividades o cumplimiento de sus fines, de personas domiciliadas en el país, con prescindencia que tales personas generen ingresos gravados o no.

   Se presume que un contribuyente perceptor de rentas de tercera categoría que considera como gasto o costo la contraprestación por la asistencia técnica, el que cumple con el principio de causalidad previsto en el primer apartado del Artículo 37 de la LIR, utiliza económicamente el servicio en el país.

2. Sirve para el desarrollo de las funciones de cualquier entidad del Sector Público Nacional.

por una persona natural que no tenga una base fija; o no esté presente en Perú por más de 183 días dentro de un período consecutivo de 12 meses. En caso esta persona natural tenga una base fija en Perú; o, una presencia en Perú por más de 183 días dentro de un periodo consecutivo de 12 meses no resultará aplicable la limitación de la tasa prevista en el CDI, resultando aplicable la tasa del 24% sobre la renta bruta. Si el servicio es prestado íntegramente en el exterior, Perú tendría completamente restringido el ejercicio de su potestad tributaria.

Por otro lado, en el caso del CDI con México se ha previsto una regulación específica para el caso de asistencia técnica,[47,48] constituyendo un supuesto especial de EP,[49] supuesto aplicable solo a prestación de servicios por un perceptor de rentas empresariales. En consecuencia, en el caso de prestación de servicios de asistencia técnica por una persona natural resulta de aplicación el artículo 14 del CDI, referido a la prestación de servicios personales independientes. De esta manera, en el CDI celebrado con México, las rentas derivadas de los servicios de asistencia técnica prestados por una persona natural residente en México estarán gravadas con una tasa del 24% sobre renta bruta, si el servicio es prestado por una persona natural que tenga una base fija, o esté presente en Perú por más de 183 días dentro de un período consecutivo de 12 meses. Si el servicio es prestado íntegramente en el exterior, o no se supera el referido umbral temporal, Perú tendría completamente restringido el ejercicio de su potestad tributaria.

Alejándose un poco más de la posición plasmada en el MCOCDE, se encuentran los CDI suscritos con Brasil, Suiza, Corea del Sur y Portugal[50] en los que, cada uno con ciertas variantes, disponen que las rentas por servicios de asistencia técnica serán consideradas como regalías.[51] Por lo tanto, el Estado Fuente puede ejercer su potestad tributaria desde el primer día, con una limitación de la tasa aplicada contra la renta bruta. Nótese que para efectos de la aplicación de su artículo 12, el CDI no distingue entre presencia física en el país fuente o ausencia de dicha presencia.

Ninguno de los referidos CDI define el concepto de asistencia técnica, por lo que la

---

47 Se configura un supuesto de EP por asistencia técnica si la misma se presta en el país por un período que exceda los 90 días. De este modo, las rentas derivadas de asistencia técnica sólo serán gravables por el Estado de Residencia, salvo que se supere el referido umbral temporal, supuesto en el cual, al configurarse un supuesto de EP por Asistencia Técnica, Perú podrá ejercer su potestad tributaria.

48 Asimismo, debemos señalar que el CDI suscrito con México tiene la variante que contempla una definición del alcance del concepto de asistencia técnica. En efecto, en el acápite 2 de su Protocolo se establece que: *"Se entiende por asistencia técnica, la transmisión de conocimientos especializados, no patentables, que sean necesarios en el proceso productivo, de comercialización, de prestación de servicios o cualquier otra actividad realizada por el usuario. La asistencia técnica también comprende el adiestramiento de personas para la aplicación de los conocimientos especializados antes mencionados"*.

49 De conformidad con el inciso c) del apartado 3 del artículo 5 del CDI celebrado con México.

50 En el CDI con Portugal se dispone que se dará el tratamiento de regalías a aquellas rentas derivadas de servicios de asistencia técnica en conexión con el uso, derecho de uso, derechos de autor, bienes o información relacionada a la generación de regalías

51 En el presente trabajo, no se tratará el tema de problemas de caracterización de rentas en cuanto a los servicios de asistencia técnica brindados por un perceptor de renta de tercera categoría, que se podrían generar en los CDI suscritos con Brasil, Suiza, Corea del Sur y Portugal, dado que respecto a algunos servicios de asistencia técnica según la definición de la legislación peruana podría interpretarse que están tratados como beneficios empresariales y regalías de acuerdo con las categorías de rentas previstas en los CDI.

interpretación de sus alcances podrá ser definida por la legislación interna de los Estados contratantes, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 3 de los CDI, cuyos alcances son explicados en el acápite 3 de la presente ponencia.

2.2. Caso de enajenación indirecta de acciones y el artículo 13 del CDI

A partir del 16 de febrero de 2011 se considera como renta de fuente peruana a la proveniente de la enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de una persona jurídica no domiciliada en Perú, que a su vez es propietaria en forma directa o indirecta, de acciones o participaciones representativas de capital de una o más personas jurídicas constituidas en Perú, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) en cualquiera de los 12 meses anteriores a la enajenación, el valor de mercado de las acciones y participaciones de las personas jurídicas domiciliadas en el Perú de las que la persona jurídica no domiciliada sea propietaria, de manera directa o por intermedio de otra u otras personas jurídicas, equivalga al 50% o más del valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica no domiciliada en el Perú; y, (ii) en un período cualquiera de 12 meses, se enajenan acciones o participaciones que representan el 10% o más del capital de una persona jurídica no domiciliada en el Perú.[52]

De este modo, con la incorporación del inciso e) del artículo 10 de la LIR, se busca enfrentar la conducta elusiva por medio de la cual se interpone una empresa holding entre el accionista y la sociedad peruana con el exclusivo propósito de evitar la tributación de las ganancias de capital en el Estado Fuente, que en este caso es Perú.[53] En ese sentido, debemos tener en cuenta que producto del cambio normativo de la legislación interna peruana, Perú tiene potestad tributaria por ser el país donde se localiza la inversión, no sólo en función a la ubicación de la fuente (acciones emitidas en el país de la fuente) sino en función al lugar de la generación del valor económico de la inversión, aun cuando las acciones objeto de enajenación hubieran sido emitidas en el extranjero.

---

[52] Asimismo, se contemplan otros dos supuestos que también son considerados como enajenación indirecta de acciones y que no son parte del análisis de la presente ponencia: (i) la emisión de nuevas acciones por parte de la persona jurídica no domiciliada como consecuencia de un aumento de capital y su posterior colocación por un valor inferior al valor del mercado, siempre que en cualquiera de los 12 meses anteriores a la fecha de emisión, el valor de mercado de las acciones de la persona jurídica domiciliada en el Perú de las que la persona jurídica no domiciliada sea propietaria, de forma directa o indirecta, equivalga al 50% o más del valor de mercado de todas las acciones de la persona jurídica no domiciliada antes de la fecha de emisión; y, (ii) el aumento de capital por parte de una persona jurídica no domiciliada, ya sea por nuevos aportes, reorganización empresarial o capitalización de créditos, y la posterior reducción de capital con devolución de aportes a su accionista original en un plazo de 12 meses posteriores a la reducción, siempre que en cualquiera de los 12 meses anteriores al aumento de capital, el valor de mercado de las acciones de la persona jurídica domiciliada en el Perú de las que la persona jurídica no domiciliada sea propietaria de forma directa o indirecta, equivalga al 50% o más del valor de mercado de todas las acciones de la persona jurídica no domiciliada antes del aumento de capital. En este segundo caso, si bien es una enajenación indirecta de acciones encubierta, la Ley del Impuesto a la Renta le otorga a dicha devolución de aportes el tratamiento de dividendos de fuente peruana, gravados con la tasa del 30%.

[53] En efecto, se pretende gravar con la referida norma los supuestos en los que una empresa no domiciliada cuyas acciones se transfieren, participa directamente en una sociedad peruana; o, esa empresa no domiciliada cuyas acciones se transfieren participa por intermedio de terceros en una sociedad peruana.

Por otro lado, debemos indicar que existe compatibilidad entre la regla prevista en la legislación interna peruana referida a la enajenación indirecta de acciones y las reglas de los CDI, teniendo en cuenta que aquellas no se emitieron para alterar las reglas de distribución de potestades tributarias sino para gravar una situación específica de ganancias de capital no gravada por la LIR. De este modo, no se vulneraría el texto del CDI, existiendo buena fe, tal como lo establece la CVDT.[54] En efecto, la regla de la enajenación indirecta de acciones se incorporó a fin de evitar aquellas prácticas elusivas que describimos precedentemente en las que se interpone una empresa holding entre el accionista y la sociedad peruana, con el exclusivo propósito de evitar la tributación de las ganancias de capital en Perú; donde el valor de las acciones materia de enajenación proviene en un 50% de acciones de sociedades peruanas, esto es, lo determinante es que el valor económico de las acciones se haya generado en Perú.

Habiendo determinado la compatibilidad de las normas de enajenación indirecta de acciones y las disposiciones de los CDI, cabe señalar que en los CDI suscritos con Canadá, Chile y Brasil no contemplan alguna cláusula que regule expresamente la enajenación indirecta de acciones, ya que los referidos CDI se negociaron antes que Perú incluyera en su ordenamiento la regla de enajenación indirecta de acciones. Nótese que tampoco el CDI suscrito con México tiene una disposición expresa sobre la enajenación indirecta, aun cuando se suscribió el 27 de abril de 2011, cuando las reglas de enajenación indirecta se encontraban vigentes.

Luego de su inclusión en el ordenamiento jurídico peruano, los CDI de Suiza, Corea del Sur y Portugal[55] incorporan una regla de distribución de potestad tributaria específica para las ganancias de capital derivadas de la enajenación indirecta de acciones.

En ese sentido, resulta necesario definir si en los CDI de Chile, Canadá, Brasil y México, así como en la Decisión Nº 578, Perú mantiene o no su potestad para gravar la enajenación indirecta de acciones.

Al respecto debemos indicar que, de conformidad con el apartado 4 del artículo 13 del CDI suscrito con Chile, referido a las ganancias derivadas de la enajenación de títulos u otros valores representativos de capital de una sociedad, la potestad tributaria si bien es compartida, la misma supone que el enajenante (residente de un Estado) enajena <u>acciones emitidas por una sociedad del otro Estado</u>, por lo que esta disposición estaría dirigida a regular la distribución de potestad tributaria en enajenaciones directas de acciones.[56]

Siendo ello así, cabría evaluar si resultaría aplicable el apartado 5 del artículo 13 del CDI suscrito con Chile, referido a aquellos supuestos de "*ganancias de enajenación de*

---

[54] Ver Villanueva Gutiérrez, Walker. Op. Cit., Pág. 880.

[55] En los CDI de Suiza, Corea del Sur y Portugal se otorga potestad tributaria compartida al Estado Fuente, en el caso de enajenación indirecta de acciones, sujeta a condiciones, por lo que Perú puede aplicar su norma anti-elusiva específica siempre que se cumplan las condiciones de la legislación interna y de los CDI. Para mayor detalle de la interrelación de las reglas de transferencia indirecta de acciones previstas en la LIR y en los CDI suscritos con Suiza, Corea del Sur y Portugal ver: Yañez, Luciana. Op. Cit., Págs. 641-643.

[56] En efecto, el apartado 4 del artículo 13 del CDI suscrito con Chile permite que el Estado Fuente ejerza su potestad de manera compartida, única y exclusivamente a acciones situadas en el Estado contratante en donde se encuentren situadas las acciones, por lo que no se incluiría un supuesto de enajenación indirecta de acciones, cuyo objeto de enajenación corresponde a acciones emitidas en un tercer Estado o en el Estado de Residencia.

cualquier otro bien distinto de los mencionados en los apartados anteriores", en los que solamente pueden someterse a imposición en el Estado contratante en que resida el enajenante. Al respecto, la literalidad de la disposición nos llevaría entender que la renta derivada de la enajenación indirecta de las acciones no estaría comprendida al referirse la norma al tipo de bien y no a las ganancias. Bajo este último supuesto, alguna de las partes podría pretender aplicar lo dispuesto en el artículo 21 del CDI, en el que se dispone que las rentas de un residente de un Estado contratante, no mencionadas en los artículos anteriores del CDI y que provengan del otro Estado contratante, también se pueden imponer a imposición en este último Estado.

Sin embargo, dicha interpretación iría contra el sentido del apartado 5 del artículo 13 del CDI. En efecto, el párrafo 30 del Comentario al artículo 13 del MCOCDE, respecto de los alcances del referido apartado, señala que teniendo en cuenta que el artículo no contiene reglas especiales para las ganancias resultantes de la enajenación de acciones de una sociedad (distintas de las de una sociedad, contempladas en el apartado 4) o de valores mobiliarios, bonos, obligaciones u otros títulos; tales ganancias sólo pueden someterse a imposición en el Estado Residencia del cedente. En consecuencia, para las ganancias de capital derivadas de cualquier otro tipo de enajenación, el CDI suscrito con Chile otorga potestad tributaria exclusiva al Estado Residencia. De este modo, según lo dispuesto por el apartado 5 del artículo 13, la ganancia de capital derivada de la enajenación indirecta de acciones solo podrá ser gravada en Chile, perdiendo Perú su potestad tributaria. En efecto, en los términos en que fue negociado el CDI con Chile, se observa que respecto de las ganancias de capital no tratadas en los apartados previos se encuentra restringida la potestad del Estado Fuente, no correspondiendo recurrir al artículo 21 del CDI.[57]

A diferencia del CDI suscrito con Chile, las normas sobre ganancias de capital contenidas en el CDI suscrito con Canadá no hacen referencia expresa al país de procedencia de las acciones que son materia de transferencia, por lo que se podría sustentar que en virtud del apartado 4 del artículo 13 del mismo, Perú podría ejercer su potestad tributaria, indistintamente de que la enajenación de acciones se realice de manera directa o indirecta,[58] pero sujeta a que el valor principal[59] de las acciones provenga de propiedad inmueble situada en Perú y que las acciones hayan sido emitidas por sociedades peruanas cuyo giro de negocio es el arrendamiento. Nótese que esta interpretación es acorde con la finalidad del apartado 4 del artículo 13 del CDI, el mismo que está diseñado para evitar prácticas elusivas que buscan evitar la

---

[57] Como señala Vogel, el artículo 21 solo resulta aplicable cuando el tipo de renta no es cubierto por algunas de las reglas de distribución de potestad tributaria previstas entre los artículos 6 al 20 de los CDI. De este modo, las reglas de distribución en las que se regulan íntegramente las consecuencias de dicha distribución –como el apartado 5 del artículo 13 de los CDI que contienen una *"catch all clause"*– no son afectadas por las disposiciones del artículo 21 del CDI. Vogel, Klaus. *On Double Taxation Conventions A commentary to the OECD, UN and U.S. Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital with particular reference to German treaty practice*. (3ra edición). Reino Unido: Kluwer Law International, 1997, Pág. 1071.

[58] Es preciso señalar que en el CDI suscrito con Canadá el énfasis ya no estaría puesto en el Estado en el cual están situadas las acciones a ser transferidas, sino en el Estado en el cual están situados los bienes raíces o propiedad inmueble que conforman el valor principal de las acciones.

[59] El requisito de que el valor de las acciones provenga "principalmente" de bienes raíces o inmuebles genera un problema en la práctica al no haberse definido un mínimo porcentual o parámetro objetivo. Sin embargo, de acuerdo con el MCOCDE y MCONU se entendería que el mínimo porcentual requerido sería del 50% del valor de las acciones.

tributación aplicable a la enajenación de inmuebles a través de la imposición de sociedades titulares de estos últimos.

Asimismo, en caso, el valor principal de las acciones de la sociedad peruana que es materia de enajenación indirecta no provenga de propiedad inmueble, Perú no podría ejercer su potestad tributaria, tal como lo dispone el apartado 6 del artículo 13 del CDI.[60,61]

En cambio, el CDI suscrito con Brasil no contiene una cláusula específica que regule las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones. Sin embargo, en el apartado 4 del artículo 13 del referido CDI, se establece que nada de lo establecido en el mismo, afectará la aplicación de la legislación de un Estado contratante para someter a imposición las ganancias de capital provenientes de cualquier otro tipo de propiedad distinta a las mencionadas previamente (las que no incluyen la enajenación de acciones). En ese sentido, se estaría permitiendo que tanto el Estado de Residencia como el Estado Fuente puedan ejercer su potestad tributaria. En consecuencia, Perú podría aplicar sin limitación alguna sus reglas de enajenación indirecta de acciones. De este modo, la ganancia de capital obtenida por un residente en Brasil por la enajenación de acciones de una empresa brasilera (o de cualquier otro país extranjero) que a su vez tenga como subyacentes acciones emitidas por una empresa peruana, se encontrará sujeta a tributación tanto en Perú como en Brasil.

Por su parte, el apartado 4 del artículo 13 del CDI suscrito con México establece que las ganancias que un residente de un Estado contratante obtenga de la enajenación de acciones de una sociedad residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado, siempre que el receptor de la ganancia, en cualquier momento durante el período de 12 meses anterior a dicha enajenación, junto con todas las personas relacionadas con el receptor, hayan tenido una participación de al menos el 20% en el capital de dicha sociedad.

Nótese que se regula un supuesto consistente en la enajenación de acciones de una sociedad residente del otro Estado contratante, por lo que puede entenderse que se refiere exclusivamente a la enajenación directa y deja de lado la enajenación indirecta. Sin embargo, el apartado 3 del artículo 13 del CDI suscrito con México establece que

---

60 Nuevamente, de manera muy similar al CDI suscrito con Chile, el apartado 6 del artículo 13 del CDI, establece que *"las ganancias **de cualquier propiedad**, **distinta** a aquella referida en los apartados 1, 2, 3 y 4, debe someterse a imposición solamente en el Estado contratante del cual el enajenante es residente"*, lo que podría llevar a algunas de las partes a interpretar por la literalidad de la norma, que la renta derivada de la enajenación indirecta de las acciones no estaría comprendida al referirse la norma al tipo de propiedad y no a las ganancias, generándose la incertidumbre en la aplicación de las disposiciones de los CDI. Problemática de la literalidad de la redacción del apartado bajo comentario, detectada por Simontacchi. Ver: Simontacchi, Stefano. "Chapter 9: Capital Gains (article 13 OECD Model Convention)" En: *Taxation of Capital Gains under the OECD Model Convention, with Special regard to Immovable Property*. La Haya: Kluwer.2007.

61 Por otro lado, debemos señalar que la interpretación señalada precedentemente respecto al alcance del apartado 4 del artículo 13 del CDI suscrito con Canadá podría considerase extensiva, dado que expresamente no se habría incluido la referencia a que el valor de las acciones provenga "directa o indirectamente" principalmente de bienes inmuebles. Nótese que tanto el MCOCDE como el MCONU vigentes al momento de la negociación, ya incluía la referencia a "directa o indirectamente" por lo que se podría concluir que las partes no tuvieron la intención de incluir un supuesto de enajenación indirecta de acciones. Más aún cuando Perú no tenía regulado dentro de su ordenamiento jurídico, la enajenación indirecta de acciones.

las ganancias derivadas de la enajenación de acciones en una sociedad cuyos bienes consistan, directa o indirectamente, en más de un 50% en bienes inmuebles situados en Perú, pueden someterse a imposición en Perú, lo que estaría permitiendo la aplicación de las reglas de enajenación indirecta prevista en la legislación interna peruana en caso se cumplan dichos requisitos.

Finalmente, el apartado 6 del artículo 13 del CDI suscrito con México, establece que en el caso de *"ganancias de capital distintas a las mencionadas en los apartados anteriores"*[62] pueden someterse a imposición en ambos Estados contratantes (potestad tributaria compartida sin limitación alguna), lo que llevaría a interpretar que la enajenación de acciones distinta a los supuestos contemplados en los apartados 3 y 4 del artículo 13 del CDI, entre los cuales se encontrará la enajenación indirecta, Perú podría ejercer su potestad tributaria. Cabe señalar que de la redacción integral del artículo 13 del CDI suscrito con México, se observa que la intención de las partes fue permitir que el Estado Fuente pueda ejercer su potestad tributaria salvo en el caso de buques o aeronaves explotadas en el tráfico internacional o de bienes muebles explotados en la referida actividad.

Finalmente, en la Decisión Nº 578 se ha previsto una regla para evitar la doble imposición tratándose de acciones, pero sólo resulta aplicable a las enajenaciones directas, tal como se observa del inciso b) de su artículo 12, es decir, sólo se ha garantizado la eliminación de la doble imposición cuando un residente de uno de los Países Miembros enajena acciones <u>emitidas</u> por una sociedad residente del otro País Miembro.[63] En ese sentido, si una sociedad residente en un País Miembro enajena acciones de una sociedad residente en otro País Miembro, que a su vez es titular de acciones de una sociedad peruana, Perú no podría aplicar sus reglas de enajenación indirecta, toda vez que la potestad exclusiva la tiene el País Miembro donde reside la sociedad emisora de las acciones enajenadas. De este modo, se observa que como resultado de la aplicación del inciso b) del artículo 12 de la Decisión 578, sólo se ha garantizado la eliminación de la doble imposición cuando un residente de uno de los Países Miembros enajena acciones emitidas por una sociedad residente del otro País Miembro.

Sin embargo, al momento de estar bajo un supuesto descrito precedentemente, no debe perderse de vista el artículo 20 de la Decisión 578, en la que si bien se dispone que la interpretación y la aplicación de lo dispuesto en la Decisión se hará siempre de tal manera que se tenga en cuenta que su propósito principal es el evitar la doble imposición de unas mismas rentas o patrimonios a nivel comunitario, también se establece que no son válidas aquellas interpretaciones o aplicaciones que permitan como resultado la evasión fiscal correspondiente a rentas o patrimonios sujetos a

---

[62] Nótese que a diferencia de otras cláusulas generales referidas a las ganancias de capital en los CDI previos (tales como los CDI de Chile y Canadá), en el CDI suscrito con México no se hace referencia a la enajenación de "cualquier propiedad distinta" o "cualquier otro tipo de bien distinto" sino ganancias de capital distintas a las mencionadas por lo que el artículo se referiría a todo tipo de ganancias de capital no cubierta por los apartados precedentes del artículo 13 sin importar el tipo de bien que fue materia de enajenación. Ver: Simontacchi, Stefano. Op. Cit.

[63] Debe tenerse en cuenta que, el artículo 3 de la Decisión 578 establece que, independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas, las rentas de cualquier naturaleza que éstas obtuvieran sólo serán gravables en el País Miembro en que tales rentas tengan su fuente productora, salvo los casos de excepción previstos por la propia Decisión. Nótese que de conformidad con el literal g) del artículo 2 de la Decisión 578 se entiende por "fuente productora" a la actividad, derecho o bien que genere o pueda generar una renta.

impuestos de acuerdo con la legislación de los Países Miembros, ni que nada de lo dispuesto en la Decisión impedirá la aplicación de las legislaciones de los Países Miembros para evitar el fraude o la evasión fiscal.

Por otro lado, bajo el escenario en que las acciones enajenadas por una sociedad residente en un País Miembro no sean emitidas por ninguna sociedad residente en un País Miembro, la referida norma no resultaría aplicable; y en consecuencia, al no existir una disposición referida a la distribución de potestad tributaria en "otros tipos de ganancias de capital" u "otras rentas" y al basarse la norma comunitaria en el gravamen exclusivo en la fuente, no habría norma que limitara la potestad tributaria de Perú, pudiendo en estos casos generarse situaciones de doble o múltiple imposición.

2.3. Caso de transparencia fiscal internacional y el artículo 10 del CDI

Las reglas de TFI buscan empoderar al Estado Residencia respecto a su potestad de gravar a sus residentes respecto de rentas derivadas de sus entidades constituidas en el exterior, controladas por estos últimos. Ello debido a que el control sobre estas entidades permite a los contribuyentes canalizar sus rentas a través de las mismas difiriendo el efecto de la distribución de la ganancia obtenida por la entidad no residente, logrando un diferimiento que en algunos casos puede llegar a ser definitivo. De este modo, la racionalidad de esta legislación es combatir aquellas estructuras de los contribuyentes residentes que canalizan sus ganancias a estados donde las mismas tienen un tratamiento más favorable. En efecto, los contribuyentes pueden diferir su obligación tributaria hasta que las ganancias de la entidad controlada en el exterior sean repatriadas en la forma de dividendos o ganancias de capital.

En ese sentido, la regla de TFI busca gravar la renta derivada de las ECND en donde participan los contribuyentes domiciliados. Se debe tener en cuenta que las normas de transparencia constituyen un instrumento legítimo para proteger la correcta formación de la base imponible de las personas o entidades residentes de un Estado contratante.

En Perú, a través del Decreto Legislativo Nº 1120,[64] se incorporaron las reglas de TFI, diseñadas para evitar la disminución de la base imponible del impuesto a la renta local mediante la aplicación de ciertos mecanismos de planificación tributaria internacional. De este modo, mediante las nuevas reglas de TFI se grava en cabeza de las personas domiciliadas las rentas pasivas[65] que obtengan sus vehículos o entidades instaladas en paraísos o territorios con regímenes preferenciales,[66] lo que se logra imputando como propias las rentas de estos vehículos.

La aplicación del régimen de TFI en el Perú está condicionada a la concurrencia de las

---

[64] Vigente a partir del 01 de enero de 2013.

[65] La normativa dispone que los ingresos calificarán como rentas pasivas si son iguales o mayores al 80% del total de ingresos de la entidad controlada, el total de ingresos serán considerados como rentas pasivas.

[66] Por otro lado, se presume que todas las rentas de las entidades controladas constituidas o establecidas o residentes o domiciliadas en un país o territorio de baja o nula imposición tienen la naturaleza de pasiva; y que las referidas entidades generen en un ejercicio gravable una renta neta pasiva igual al resultado que provenga 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 de la participación o valor de participación patrimonial, el que resulte mayor, que corresponda a la participación, directa o indirecta, de los respectivos propietarios domiciliados. Ambas presunciones admiten prueba en contrario.

siguientes situaciones: (a) existencia de un contribuyente domiciliado en el Perú, obligado a tributar también por rentas de fuente extranjera; y, (b) control del contribuyente domiciliado[67] en el Perú sobre una entidad establecida en un paraíso fiscal o territorio de baja o nula imposición[68] o en el que las rentas pasivas no estén sujetas a un IR, o estándolo, el impuesto sea igual o inferior al 75% del que correspondería en Perú sobre las rentas de la misma naturaleza.

Las rentas pasivas sobre las que aplica el régimen, entre otras, incluyen a los dividendos y cualquier forma de distribución (salvo aquellos pagados a una entidad controlada no domiciliada a otra); intereses, incrementos o reajustes de capital (salvo aquellos pagados por entidad bancaria o financiera); regalías; las ganancias de capital provenientes de la enajenación de intangibles e inmuebles no utilizados para la actividad empresarial, valores mobiliarios (incluyendo la redención y rescate); rentas por arrendamiento o cesión temporal de inmuebles (salvo que la entidad controlada se dedique al negocio de bienes raíces); así como, las rentas provenientes de la cesión de derechos sobre las facultades de usar o disfrutar cualquiera de los bienes o derechos generadores de las rentas consideradas pasivas.

Asimismo, se incluyen como rentas pasivas a las rentas obtenidas por una ECND que obtenga como producto de operaciones con sujetos domiciliados en el país, siempre que: estos y aquellos sean personas vinculadas; tales desembolsos constituyan gastos deducibles para los sujetos domiciliados para la determinación de su impuesto en el país; y, dichas rentas no constituyan rentas de fuente peruana, o estén sujetas a la aplicación del IR peruano parte y parte (presunción prevista en el artículo 48 de la LIR), o siendo íntegramente de renta de fuente peruana esté sujeto a un impuesto a la renta menor al 30%. En efecto, señala que el propósito de su inclusión fue evitar la disposición indirecta de renta a través de la neutralización del impacto que genera el gasto generado en operaciones con sujetos domiciliados, cuya razón de ser no es otra que relocalizar rentas en la ECND, situación que se lograba atribuyendo como renta el mismo importe reconocido como gasto por el sujeto domiciliado en el país.[69]

Nótese que, considerando el carácter anti-elusivo del régimen, se establecen ciertos supuestos que pese a calificar como rentas pasivas no resultan atribuibles a la controladora local. Así, por ejemplo, no son atribuibles: (i) las rentas de fuente peruana (salvo la descrita en el apartado precedente); (ii) las rentas pasivas extranjeras gravadas con un IR en un país o territorio distinto a aquel que la entidad controlada no domiciliada esté constituida o establecida, o sea residente o domiciliada, con una tasa superior al 75% del IR que correspondería en el Perú sobre las rentas de la misma naturaleza; (iii) la renta neta pasiva obtenida por la entidad controlada igual o menor a 5 UIT; y, (iv) las rentas pasivas sean iguales o menores del 20% del total de rentas que genera la ECND. Ello debido a que en estos casos resultará claro que esa entidad no fue constituida como un mero vehículo para eludir el IR en el Perú, sino

---

67 Si el contribuyente residente en Perú tiene un control directo o indirecto del 50% del capital, de los resultados de la entidad controlada o de los derechos de voto.

68 Se entiende como paraíso fiscal o territorio de baja imposición cuando se cumpla con lo siguiente:

a) El país esté calificado como paraíso fiscal de acuerdo con el Anexo del RLIR.

b) Territorio de baja imposición: 0 o menor al 50% o más del Impuesto a la Renta peruano sobre rentas de la misma naturaleza, y que cumplan con las condiciones del artículo 86 del RLIR.

69 De acuerdo con la Exposición de Motivos del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1120.

como una entidad operativa.

Con esto se busca que las ECND no sean usadas como vehículos para erosionar la base imponible del IR. Asimismo, el régimen de TFI tiene la finalidad de evitar que los contribuyentes domiciliados en el Perú difieran temporalmente el pago del IR sobre rentas pasivas de fuente extranjera a través del uso de entidades[70] constituidas en países con beneficios fiscales.

Teniendo en cuenta lo anterior pasemos a analizar la controversia sobre la compatibilidad de las reglas de transparencia fiscal internacional peruana con los CDI suscritos con Perú, la cual se encuentra referida a los artículos 7,10 y 21 de los CDI concluidos por los Estados de Residencia del inversionista (Perú) y el Estado de Residencia donde se constituye o establece la ECND. En efecto, sólo se podría sostener que la aplicación de las reglas de transparencia fiscal del Estado de Residencia del Inversionista (Perú) puede significar una vulneración del CDI, si se gravara rentas que solo deberían estar gravadas en el Estado Fuente (donde se constituye o establece la ECND).

Al respecto, debemos tener en cuenta que los países con los cuales tenemos suscrito un CDI que regulan en su ley interna regímenes preferenciales bajo los cuales el pago del IR se encuentra en un rango inferior al 21%, son Suiza, Portugal y Chile.

Respecto a la relación de las reglas de TFI y los CDI, los Comentarios del MCOCDE 2003, consideran que las reglas de TFI no son incompatibles con los CDI por lo que no es necesario establecerlo expresamente en los mismos,[71] ello en la medida de que, dichas reglas no afecten actividades empresariales[72] realizadas efectivamente en el

---

[70] Nótese que a través del numeral 1 del artículo 62 del RLIR, se amplía el concepto de ECND, estableciendo que se encuentra comprendida cualquier persona o entidad, con personería jurídica o sin ella, tales como cualquier sociedad, fondo de inversión, trust, partnership, asociación y fundación.

[71] Las normas sobre TFI determinan hechos imponibles que afectan a residentes, de manera que las mismas no entran en conflicto con los CDI. No hay conflicto porque ambos conjuntos normativos regulan materias diferentes. Los CDI distribuyen potestades tributarias para gravar las rentas obtenidas por los no residentes y la TFI afecta exclusivamente a los residentes. Las reglas de transparencia fiscal internacional no deben aplicarse en relación con los países en los que el nivel de imposición es comparable al del país de residencia del contribuyente. (párrafos 23 y 26 del Comentario al artículo 1 del MCOCDE). Nótese que ambos requisitos se cumplen en la legislación interna peruana que regula el ámbito de aplicación de las reglas de TFI.

[72] De este modo, se señala que la regla de distribución de potestad tributaria prevista en el artículo 7 del MCOCDE –tributación solo en el Estado Residencia del que lleva a cabo el negocio– (de redacción similar en los CDI suscritos por Perú) no limita al Estado Residencia del inversionista para aplicar sus normas de transparencia fiscal.[72] El párrafo 10.1 del Comentario al artículo 7 del MCOCDE señala que no se encuentra incompatibilidad entre lo previsto en dicho precepto y la TFI porque *"(…) el propósito del apartado 1 (del artículo 7) es establecer límites del derecho de un Estado contratante a gravar las utilidades de empresas residentes en el otro Estado contratante. Por el contrario, este apartado no limita el derecho del Estado contratante a gravar a sus propios residentes en virtud de su legislación nacional relativa a la transparencia fiscal internacional, 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 exigido por un Estado sobre sus propios residentes no reduce las utilidades de la empresa del otro Estado y, por tanto, no podrá, decirse que se ha exigido sobre esas utilidades (…)".*

país o territorio en que reside la entidad afectada y/o su aplicación no generen un escenario de doble imposición.[73]

En nuestra opinión, sin perjuicio de los Comentarios del MCOCDE, el artículo 7 protege la tributación de las rentas empresariales ganadas por empresas no residentes, independientemente de quién es el contribuyente. De este modo, las reglas de TFI sólo vulnerarían los CDI, si incluyeran en la base imponible de la ECND, beneficios empresariales que no deberían estar gravados en el Estado Residencia, lo que no ocurriría con lo dispuesto en la normativa peruana. En efecto, de la lectura del artículo 7 del CDI se observa que el mismo tiene un alcance objetivo, protección de *"rentas empresariales"* y no uno subjetivo, como sería si dispusiera que las empresas no residentes no deben ser gravadas.

Teniendo en cuenta lo anterior, Perú como Estado Residencia podría aplicar sus reglas de TFI teniendo en cuenta el artículo 7 de los CDI que no restringen la potestad de Perú. Asimismo, tal como lo hemos descrito precedentemente, las reglas de TFI no gravan rentas empresariales sino solo rentas netas pasivas atribuibles.

Asimismo, siguiendo el mismo razonamiento, en caso se considere que las rentas de la ECND califican como un "dividendo nocional" al considerar que se derivan de acciones para el contribuyente residente peruano –posición que no compartimos– debemos tener en cuenta que el apartado 5 del artículo 10[74] de los CDI se refiere a la tributación en el Estado Fuente, por lo que no afecta las reglas de potestad tributaria del Estado Residencia del accionista respecto a las reglas de transparencia fiscal.[75]

Por otro lado, puede concluirse que al no estar ante rentas empresariales ni dividendos comprendidos en los artículos 7 y 10 respectivamente, sino que la legislación interna peruana referida a TFI se refiere a "rentas netas pasivas de fuente extranjeras",[76] tal como se desprende del artículo 113 de la LIR, resultaría aplicable el artículo 21 de los CDI, que regula la categoría de rentas no comprendidas en otros artículos del CDI.

---

[73] Párrafos 23 y 26 de los Comentarios al artículo 1 del MOCDE.

[74] El apartado 5 del artículo 10 excluye la imposición extraterritorial de dividendos; es decir, la práctica de los Estados que gravan los dividendos distribuidos por una sociedad no residente exclusivamente porque las utilidades sociales que sirven a tal distribución de dividendos proceden de su territorio (por ejemplo, si son producidos por medio de un EP situado en ese territorio); así como, las sociedades no residentes no sean sometidas a impuestos especiales sobre utilidades no distribuidas por parte del Estado Fuente.

[75] Del mismo modo, el párrafo 37 de los Comentarios al artículo 10 del MCOCDE, establece que *"(…) podría argumentarse que en el caso en que el país de residencia del contribuyente, aplicando la legislación sobre transparencia fiscal internacional 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 la imposición en el lugar de residencia del accionista, en virtud de esta clase de legislación o estas reglas. Además, el apartado se refiere solamente a la imposición de la sociedad, y no del accionista"*.

[76] Nótese que las reglas de TFI no se refieren a un tipo específico de renta como si se desconociera el velo societario de la ECND, por cuanto dichas normas requieren que la ECND sea una distinta a la controladora en Perú, y, además, las rentas de fuente extranjera no se categorizan en distintos tipos de renta sino dentro de una categoría global denominada renta neta de fuente extranjera.

En ese sentido, desde la perspectiva de Perú como país de residencia, las rentas netas pasivas estarían comprendidas en el artículo 21 que en el caso de Chile y Portugal permiten potestad tributaria compartida a ambos estados cuando las rentas son procedentes del otro Estado contratante, mientras que, en el caso de Suiza, al no tener una cláusula similar, no habría un límite para que Perú ejerza su potestad tributaria.

Finalmente, debemos señalar que en los CDI suscritos con Brasil[77] y México,[78] se señala que las disposiciones del CDI no impedirán la aplicación de las normas anti abuso, referidas a las reglas de subcapitalización y de transparencia fiscal.

3. Relación entre los conceptos de los CDI y los previstos en la legislación interna

Establecida la naturaleza dual[79] de los CDI –que son normas internacionales y a la vez una parte del ordenamiento interno– habrá que distinguir, por un lado, la interpretación de los términos definidos expresamente en el CDI y, por otro, la interpretación de los términos utilizados en el CDI, pero no definidos en él.

Para dichos efectos se deberá tener en cuenta que los CDI como tratados internacionales que son deben ser interpretados siguiendo las reglas internacionales de interpretación recogidas en el CVDT. De este modo, tomando en cuenta los artículos 31 a 33 de la CVDT, la interpretación de un tratado debe considerar los siguientes factores: (i) la buena fe; (ii) el sentido corriente de los términos del tratado; (iii) el contexto, objeto y fin del tratado; (iv) la interpretación auténtica explícita del tratado; y, (v) la búsqueda del efecto útil del tratado.

Como regla general de interpretación, de conformidad con el numeral 1 del artículo 31 de la CVDT, un CDI debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y de acuerdo con su objeto y finalidad. Asimismo, la CVDT señala dos criterios adicionales de interpretación, considerando que el uso lingüístico de los términos puede no permitir un sentido claro y preciso, tales como el contexto en el que aparece la cláusula que se interpreta, y el objeto y finalidad del tratado.

Entendiéndose que el contexto del tratado incluye el texto, el preámbulo y los anexos; así como todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de la celebración del tratado; y, todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptados por los demás como instrumento referente al tratado. Esto incluye el intercambio de notas o de

---

[77] Ver nota 33.

[78] Ver nota 34.

[79] En la medida que son tratados internacionales y al mismo tiempo forman parte del ordenamiento tributario interno. Como señala Arespacochaga: *"Todo CDI disfruta de una doble naturaleza: de un lado, como auténtico tratado internacional por el que los dos Estados deciden limitar el alcance de su respectiva soberanía con el fin de evitar o, al menos, reducir la doble imposición de sus residentes. Pero, de otro lado, puede ser considerada también como una norma incorporada de forma independiente al ordenamiento jurídico interno de cada uno de los Estados contratantes"*. Arespacochaga, Joaquín de. *Planificación fiscal internacional: Convenios de doble imposición. Estructuras fiscales. Tributación de no residentes*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 1998, Pág. 114.

correspondencia que hayan acompañado la firma de los CDI. Además, debe tenerse en cuenta: (i) los acuerdos en que las partes interpretan auténticamente el tratado; (ii) la interpretación por conducta ulterior de las partes; y (iii) toda otra norma pertinente de derecho internacional aplicable entre las relaciones de las partes.

Asimismo, la interpretación de los tratados debe tener en cuenta el objeto y la finalidad de los mismos, esto es, la totalidad del tratado y no el objetivo específico de cada una de sus disposiciones.

El artículo 32 de la CVDT establece que se puede recurrir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios de tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31 de la CVDT o para determinar el sentido, cuando la interpretación dada por dicho artículo resulte ambigua u oscura; o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Considerando la naturaleza dual de los CDI y la compleja interrelación existente entre éstos y la legislación interna, las reglas o principios internacionales de interpretación resultan insuficientes para interpretar los CDI. Es por ello que resulta necesario recurrir a las siguientes reglas específicas:[80] interpretación bilateral,[81] artículo 3 de los CDI, Comentarios al Modelo del CDI,[82] principio de calificación autónoma, las cuales serán desarrolladas en los siguientes puntos.

3.1. Respecto de los términos utilizados en el CDI que se encuentran definidos en los mismos

Teniendo en cuenta la complejidad y la ambigüedad de ciertas nociones, los propios MCOCDE y MCONU, que son plasmados en los diferentes CDI vigentes, contemplan sus propias definiciones de conceptos jurídicos. Dichos conceptos son autónomos e independientes de los empleados por la legislación tributaria interna, aunque su *nomen iuris* coincida, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 3 de los correspondientes CDI.[83]

---

[80] Reglas que prevalecen sobre las disposiciones de la CVDT y las disposiciones internas de los Estados contratantes debido a su carácter especial.

[81] La interpretación de los CDI no puede resultar desvinculada de la legislación interna de los Estados contratantes, dado que de la interrelación de ambos conjuntos normativos se extrae el ordenamiento jurídico-tributario (microsistema) que procede aplicar a hechos imponibles internacionales.

[82] Los Comentarios al MCOCDE y MCONU, si bien no son legalmente vinculantes para los Estados contratantes, pues no forman parte de los CDI firmados por los Estados, tienen una importancia especial en la interpretación de los CDI. Teniendo en cuenta los CDI de Chile, Canadá, Brasil, México, Suiza, Corea del Sur y Portugal, los Comentarios constituyen un medio de interpretación complementario, sirviendo para confirmar la interpretación obtenida aplicando las reglas previstas en el artículo 31 de la CVDT o, para determinar el sentido, cuando la interpretación dada de conformidad con tales reglas deje ambiguo u oscuro el sentido; o, conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable según lo indicado en el artículo 32 del CVDT. Ver: Zuzunaga, Fernando. Op. Cit., Págs. 316-327. Finalmente, debe tenerse en cuenta, que los Comentarios no resultarán aplicables a los artículos que se separen evidentemente del MCOCDE y MCONU ni tienen fuerza interpretativa en aquellos casos que existan reglas específicas de interpretación fijadas por el propio CDI.

[83] Tal como establecen Vogel y Prokisch *"los Convenios de doble imposición deberían interpretarse en todo los posible sin que influyeran reglas y principios de interpretación nacional (…) En la medida en que los Convenios de doble imposición utilicen una*

De este modo, el apartado 1 del artículo 3 de los CDI, contiene una serie de definiciones cuya virtualidad y efectos se extienden a todo el CDI, salvo que el contexto imponga otra interpretación. En consecuencia, cuando el CDI haga una referencia específica a alguno de los conceptos del referido apartado 1 del artículo 3 se debe acudir a él para determinar su significado. En efecto, dicho apartado constituye una regla especial de interpretación y propone, entre un elenco de términos, una serie de definiciones que deben ser utilizadas en la interpretación y aplicación de un convenio, esto es, establecen un lenguaje fiscal internacional.[84]

La regla prevista en el referido apartado 1 del artículo 3, se aplicará de modo preferente, ya sea frente al apartado 2 del artículo 3, frente a disposiciones internas, como frente a las reglas generales de interpretación de la CVDT. En efecto, el apartado 1 del artículo 3 de los CDI da preferencia a las definiciones contenidas en los mismos.

Por otro lado, a lo largo del texto de los CDI se contemplan definiciones propias, como por ejemplo, las de "residente" (artículo 4), "establecimiento permanente" (artículo 5), "bienes inmuebles" (artículo 6), "dividendos" (artículo 10), "intereses" (artículo 11), "regalías" (artículo 12), "profesión" (artículo 14), "pensiones" y "anualidades" (artículo 19), que son la base de las reglas de distribución de potestades tributarias (artículos del 6 al 20 de nuestros CDI), reglas que tienen como único fin determinar cuál de los Estados contratantes tiene potestad tributaria.[85] Cabe señalar, que las definiciones previstas en los CDI son autónomas de la legislación interna por lo que al momento de estar frente a una renta derivada de una transacción transfronteriza dichos conceptos no deben mezclarse a fin de determinar la tributación aplicable.

Es decir, aquellas expresiones a las cuales el CDI le atribuya un significado particular deben ser entendidas conforme tales "particularidades", sin que quepa ninguna interferencia contextual o de elementos pertinentes a las categorías de la legislación interna de los Estados contratantes. Las disposiciones que están expresamente definidas en el seno convencional son generalmente aquellas que comportan "calificaciones"[86] de elementos inductores de concursos normativos, como "residencia", "establecimiento permanente", etc., y por tal motivo una interpretación que viniese a privilegiar criterios de Derecho Interno alteraría el equilibrio de la definición para el

---

terminología fiscal internacional, está a priori excluido recurrir al derecho fiscal nacional". (Vogel, Klaus. y Prokisch, R.G., "Interpretación de los Convenios de doble imposición", En: *Cahiers de Droit Fiscal Internacional*. Países Bajos: IFA, 1993, Pág. 130.

84 El referido apartado 1 del artículo 3 de nuestros CDI indica cómo deben interpretarse los siguientes términos: "persona", "sociedad"," "empresa de un Estado contratante", "empresa de otro Estado contratante", "tráfico internacional", "autoridad competente", "nacional".

85 Raad, Kees van. Op. Cit., Pág. 589

86 Como parte de los matices pertinentes en la interpretación de los CDI, debe tenerse en cuenta el principio de calificación autónoma. Dicho principio derivado de la aplicación del CDI señala que el mismo tiene la posibilidad de subsumir los hechos o las relaciones económicas recogidos en su ámbito de aplicación en una concreta categoría de rentas o instituto jurídico delimitado por el propio CDI. En efecto, el propio CDI puede contemplar los elementos necesarios tanto interpretativos como aplicativos, para otorgar una calificación jurídica a una situación real a la que se atribuyan determinados efectos, que pueden derivarse tanto por el CDI como la interrelación entre éste y la normativa interna. García Prats, Francisco Alfredo. *El Establecimiento Permanente*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1996, Págs. 89-90. Esto significa, que, para determinar la asignación de potestad tributaria a un Estado contratante, el sentido y alcance del CDI debe analizarse de manera aislada a la legislación interna.

interés del respectivo Estado, lo que debe ser evitado para una correcta aplicación del acuerdo.[87] En efecto, respecto de estas "calificaciones" no procede recurrir al Derecho Interno de los Estados contratantes debido a que ello sería un recurso subsidiario ilegítimo al Derecho Interno.[88]

De la revisión de los CDI suscritos por Perú, encontramos normas autónomas y cerradas, que definen el tipo de renta, sin hacer remisión a la legislación interna. De esta manera se evita la calificación por los Estados contratantes y el conflicto. Ejm. regalías, EP.

Por otro lado, existen las normas autónomas y abiertas a la legislación interna, esto es las normas convencionales proporcionan una definición normativa propia del CDI y complementan su caracterización conceptual a través de una norma de remisión. Ejemplo en los CDI suscritos por Perú, los dividendos (artículo 10) y los intereses (artículo 11).[89] De este modo, queda abierta la calificación a la normativa interna por ejemplo de los préstamos participativos.

En consecuencia, debe tenerse en cuenta que las definiciones previstas en los CDI son relevantes sólo para la aplicación de la correspondiente regla distributiva de las potestades tributarias entre los Estados contratantes por lo que tan pronto la referida regla distributiva ha sido aplicada a fin de determinar en qué medida la tributación del Estado Fuente se encuentra restringida, la definición prevista en los CDI ya no es más relevante.[90]

En ese sentido, si una determinada renta es clasificada como un supuesto bajo el término de intereses para propósitos de los CDI, esto significa que por ejemplo el Estado Fuente no podrá gravar más allá del 10% (o el límite previsto en el correspondiente CDI) de la renta bruta por dicho tipo de renta, sin importar que bajo la legislación interna del Estado Fuente dicha renta no haya sido clasificada como interés, sino que más bien haya sido clasificada como dividendo u otro tipo de renta. Lo relevante es que la tributación que imponga el Estado Fuente sobre la referida renta no exceda el 10% de la renta bruta.[91]

Por otro lado, otro ejemplo claro de la aplicación de dicho principio se manifiesta también en la calificación de una situación como una actuación a través de un EP. En efecto, si bien la legislación interna del Estado Fuente puede contemplar una definición

---

87 Pasquale, Pistone y Taveira Torres, Heleno (Coordinadores). *Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional: Homenaje latinoamericano a Victor Uckmar* Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, Págs. 893-894.

88 Xavier, Alberto. *Derecho Tributario Internacional*. Argentina: Universidad Austral y Abaco de Rodolfo de Palma, 2005. Pág. 141.

89 Salvo en el caso de los CDI suscritos con Corea del Sur y Suiza, cabe precisar que en el acápite 4.b del Protocolo del CDI suscrito con Corea del Sur y acápite 11 del CDI suscrito con Suiza se establece las autoridades competentes podrán convenir de común acuerdo que otros elementos similares de otras transacciones financieras tratadas como intereses en la legislación nacional que entren en vigor después de la fecha de la firma del presente CDI se considerarán como intereses para fines del CDI; siendo necesario que las autoridades competentes publiquen la solución que adopten de común acuerdo.

90 Raad, Kees van. "Five fundamentals rules on applying tax treaties". En presentación preparada para el curso de "Fundamentals of International Law", curso dictado durante la Maestría en Estudios Avanzados en Derecho Internacional Tributario. 2011, diapositiva 18.

91 Ejemplo descrito por Kees van Raad. Op. Cit., Págs. 590-591.

de EP, se deberá considerar, en virtud del principio de calificación autónoma de los CDI, el significado y alcance de dicha figura jurídica, por lo que serán las disposiciones de los CDI, las que delimiten las condiciones de calificación de la realidad que resulten aplicables.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta, que dicha calificación autónoma debe aplicarse con respeto a la legislación interna del Estado Fuente, esto es, el principio de reserva de ley. En ese sentido, si a una situación se le otorga la calificación de EP de acuerdo con el CDI, y, como consecuencia de ello, se le otorga una serie de efectos jurídicos, éstos últimos deben estar previamente sujetos a imposición al amparo de la referida legislación interna.

Al respecto, Evans señala que:

> *Se reconoce que una de las finalidades de los conceptos establecidos en los CDI es la de tratar de abarcar al máximo posible las definiciones previstas en los dos Estados contratantes. Por ello, en la mayoría de los casos, las definiciones establecidas en el CDI son mucho más amplias que las de los Estados contratantes que las aplican. ¿Significa que esta definición amplia puede ser utilizada por un Estado contratante para gravar un determinado tipo de renta bajo un tipo impositivo que no corresponde al previsto en su legislación interna? Pensamos que no. En palabras del reconocido tratadista británico Avery Jones, si existe una definición convencional que sea más amplia que la prevista en la legislación interna del Estado contratante, los nuevos elementos del concepto no tendrán efecto alguno, por cuanto en la mayoría de los Estados, los convenios no pueden crear un derecho a gravar una renta que no esté previsto en la ley interna.*[92] (El subrayado es nuestro)

Asimismo, dicho autor agrega que las definiciones de los CDI normalmente se formulan en términos amplios y ejemplificativos, "(…) *sin que signifique esto que los convenios pueden ampliar las definiciones domésticas de los Estados*".[93] (El subrayado es nuestro).

3.1.1. Un ejemplo: las regalías

Mediante Informe Nº 030-2007-SUNAT/4B000, la SUNAT, a fin de verificar si existe una limitación para que Perú ejerza su potestad tributaria, se basa en la definición del propio CDI, y no confunde esta calificación con las categorías de renta prevista en la legislación interna. En efecto, al calificar el tratamiento tributario del arrendamiento de equipos para el monitoreo vía satélite, tiene en cuenta las disposiciones del CDI celebrado con Canadá por lo que, en virtud de la calificación autónoma de los tipos de renta previstos en el CDI, califica a la renta derivada de dicho arrendamiento como regalía de acuerdo con el concepto propio previsto en el artículo 12 del CDI. De este modo, al identificar que, bajo el CDI, la renta califica como regalía verifica la existencia a la limitación de la potestad tributaria peruana, en cuanto la tasa aplicable (límite de 15%) sobre renta bruta, sin concluir que para efectos de la LIR, esta operación califique también como regalías. De este modo, la SUNAT concluye que procede la retención prevista en el artículo 76 de la LIR, pero con el límite previsto en el CDI.

---

[92] Evans Márquez, Ronald. Op. Cit., Págs. 65-66.

[93] Evans Márquez, Ronald.Op. Cit., Pág. 74.

3.1.2. Otro ejemplo: el caso del EP

Dentro de los conceptos previstos en los CDI tenemos que el "EP", que, al ser un concepto de Derecho internacional tributario, debe ser interpretado dentro de su finalidad y funcionalidad, exclusiva y autónomamente al interior del respectivo CDI cuyo contenido es percibido sin necesidad de reenvío alguno".[94] En efecto, en el caso de la figura del EP, tal como señala Altamirano:

> *El concepto de EP contenido en los convenios para evitar la doble imposición resulta suficientemente específico para entender que se trata de una norma de directa aplicación que nos revela los alcances del concepto. Los convenios engarzan con el ordenamiento interno de los Estados, cumpliendo con los requisitos constitucionales exigibles, especialmente el que salvaguarda el derecho de auto-imposición. Por lo tanto, los efectos que produce la existencia de un EP deben ser reglados en la normativa interna de los Estados, razón del principio de legalización, el cual el impide que una norma de directa aplicación haga nacer obligaciones tributarias no previstas en las normas internas. Por ello, los convenios para evitar la doble imposición no son fuente de soberanía tributaria, sino que se limitan a funcionar como canal de aplicación de la normativa interna de cada Estado u, opuestamente, a impedir su aplicación.*[95] (En subrayado es nuestro)

De este modo, *"El concepto (del EP) sirve para delimitar a través de unos parámetros internacionales aceptados en qué medida estarán los inversionistas sujetos al impuesto. Si bien no estamos hablando propiamente de un método para evitar la doble tributación, el efecto de la disposición es similar, en el sentido de identificar diáfanamente cuándo puede un Estado gravar los enriquecimientos empresariales".*[96]

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que las implicancias jurídicas de la existencia de un EP se dividen en dos planos. En efecto, debe distinguirse los efectos jurídicos derivados de la legislación interna, por un lado, y las consecuencias de la aplicación e interrelación de los CDI. "*A este respecto, no debe olvidarse la diferente función otorgada al instituto de establecimiento permanente en la normativa interna frente a su posición como límite al poder tributario estatal en los CDI".*[97]

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, analicemos el supuesto en que el término de EP en la legislación interna es más restrictivo que el contemplado en los CDI. Por ejemplo, en la mayoría de los CDI celebrados por Perú,[98] se observa que la prestación de servicios prestados por un sujeto no residente por más de un determinado período en el Estado Fuente es calificada en los mismos como un EP; sin embargo, bajo la

---

[94] Pasquale, Pistone y Taveira Torres, Heleno Op. Cit., Pág. 895.

[95] Altamirano, Alejandro. "Aproximación al concepto de Establecimiento Permanente, Interpretación de los Convenios de Doble Imposición Internacional" En: Godoy, Juan Pablo (Coordinador). *Estudio de Derecho Internacional Tributario: Los Convenios de Doble Imposición*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT) y Legis Editores, 2006, Pág. 118.

[96] Ronald Evans. Op. Cit., Págs. 43-44.

[97] García Prats, Francisco Alfredo. Op. Cit., Pág. 224.

[98] Por ejemplo, en los CDI celebrados por Perú con Canadá, Chile, México, Suiza, Corea del Sur y Portugal.

legislación interna peruana la referida prestación de servicios no se encuentra calificada como un EP.[99]

Esta asimetría de conceptos ha generado diversas interpretaciones entre las administraciones tributarias de Perú[100] y Chile,[101] así como entre los diferentes expertos en materia de tributación. Por ejemplo, mediante el Oficio Nº 2890 de la Subdirección Normativa del Departamento de Normas Internacionales, la administración tributaria chilena ha emitido el siguiente pronunciamiento:[102]

> *(…) En aquellos casos en que no se configure un establecimiento permanente en Chile en los términos que define el artículo 58 Nº 1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, lo que podría ocurrir, por ejemplo, cuando la empresa envía personal que se limita a desarrollar la actividad que le ha sido encomendada, pero que no tiene poder para actuar en su representación, la empresa queda sujeta al Impuesto Adicional de retención contemplado en el artículo 59 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.* (el subrayado es nuestro)

Sin embargo, es preciso resaltar que dicha posición ha ido evolucionando en Chile, pues aparentemente la administración tributaria chilena a lo largo de los años habría tomado una posición distinta respecto a la forma cómo debe tributar el referido EP a fin de cumplir con los límites establecidos en los CDI respecto a la tributación de los EP –configurados de acuerdo a los términos del artículo 5 de los mismos– sobre una renta equivalente a la renta neta, tal como lo establece como límite el artículo 7 de los CDI. De este modo, mediante los Oficios Nºs 2887, 614 y 2438,[103y104] la referida administración ha establecido que en caso la empresa no residente configure un EP de acuerdo con el CDI y no bajo la legislación interna, la empresa estará sujeta a la tasa correspondiente a la retención según su legislación interna. Sin embargo, agrega la administración tributaria chilena que, "*por aplicación del Convenio, el contribuyente tiene derecho a tributar sobre su renta neta (rebajar costos y gastos necesarios para producir la renta). Para ejercer tal derecho, el contribuyente deberá cumplir con los procedimientos administrativos que rigen para los establecimientos permanentes de acuerdo al citado artículo 58 Nº 1, entre otros iniciar actividades, obtener RUT y llevar contabilidad completa (…)".*[105]

---

[99] Ver artículo 3 del RLIR.

[100] Fuente de debate en las IX y XI Jornadas Nacionales de Tributación de la Asociación Fiscal Internacional (IFA) Grupo Peruano, realizadas en el 2008 y 2011, respectivamente.

[101] Punto controvertido en Chile según el Reporte de Chile en IFA 2009. Melo, Ignacio y Orellana, Juan Pablo. "Is there a permanent establishment?". En: *Cahiers de Droit Fiscal International*. International Fiscal Association, Volumen 94 A, 2009, Pág. 197.

[102] Mediante dicho Oficio se emite pronunciamiento respecto a la consulta referida a la forma de tributación por parte de una empresa domiciliada en Perú, que presta servicios a una empresa constituida en Chile, en las cuales se incluye el envío de personal técnico a Chile, necesarios para la prestación de servicios por plazos que pueden exceder de 183 días. Oficio de fecha 04 de agosto de 2005.

[103] Oficios de fechas 26 de octubre de 2012, 14 de marzo de 2011 y 28 de diciembre de 2010, respectivamente.

[104] Mediante Oficio 2438 se emite pronunciamiento respecto a la consulta referida a la forma de tributación por parte de una empresa residente en Suiza, que presta servicios de consultoría a una empresa residente en Chile por más de 183 días. El Oficio fue emitido con fecha 28 de diciembre de 2010.

[105] La obligación de cumplir con los procedimientos administrativos que rigen para los

Por otro lado, la administración tributaria peruana mediante Informe Nº 039-2006-SUNAT/2B0000,[106] ha señalado, ante la pregunta de si los servicios prestados por empresas chilenas a favor de personas jurídicas domiciliadas en el país están afectos a la retención del Impuesto a la Renta peruano, que:

> *tratándose de una empresa del Estado Chileno que tenga un establecimiento permanente en el Perú, a través del cual realice actividades en este país, los beneficios que se atribuyan a este establecimiento permanente se encontrarán gravados con el Impuesto a la Renta peruano de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del Convenio, mas no estarán sujetos a la retención (…) prevista para los sujetos no domiciliados, debiendo tales beneficios tributar conforme las reglas previstas para los sujetos domiciliados perceptores de rentas empresariales.* (El subrayado es nuestro)

De este modo, de los últimos pronunciamientos de la administración chilena y del pronunciamiento de la administración peruana podemos señalar que la primera exige que a fin que el referido EP, configurado según los términos del CDI, pueda tributar sobre renta neta debe obtener un número de identificación tributaria y cumplir con todas las obligaciones administrativas de un EP según la legislación interna, mientras que la administración tributaria peruana confunde el concepto de EP contenido en la legislación interna con el EP definido bajo los parámetros del CDI.

Estas interpretaciones reflejan la problemática que se genera ante la asimetría entre los conceptos jurídicos previstos en los CDI y la legislación interna. Nótese que, para efectos de aplicar adecuadamente el microsistema generado como producto de la interrelación entre los CDI y la legislación interna, se debe saber integrar cuidadosamente y simétricamente los dos conjuntos normativos (CDI y legislación interna) en los dos Estados contratantes.

En ese sentido, la definición convencional de EP según los términos del CDI, a pesar de que es más amplia que la contemplada en la legislación interna del Estado Fuente, prevalece sobre la definición interna, de manera que la renta obtenida a través del EP se encontrará sujeta a imposición en el Estado Fuente (como Estado donde se genera la renta), siempre y cuando la renta en cuestión estuviera contemplada como renta gravada bajo la LIR. Cabe señalar que, bajo este supuesto, no se somete a imposición una renta no prevista como renta gravada por la legislación interna del Estado Fuente, sino que dicha renta está siendo sometida a una concreta modalidad de tributación, esto es, bajo la institución jurídica del EP.

Al amparo del concepto de EP previsto en los CDI se grava las rentas de un determinado sujeto residente en uno de los Estados contratantes bajo dicha modalidad, debiendo tenerse en cuenta que si bien la legislación interna definirá el cómputo de las rentas que se encontrarán gravadas, también resultan de aplicación los límites previstos para gravar las rentas generadas por el EP, contemplados principalmente en los artículos 7 y 24 de los CDI.

Dicha interpretación está de acuerdo con la naturaleza de los CDI explicada

---

establecimientos permanentes –configurados según legislación interna– había sido establecida como requisito para tributar sobre renta en Oficio 3397 de fecha 14 de diciembre de 2007.

[106] Informe emitido el 6 de febrero de 2006.

precedentemente, que determina que las reglas o límites materiales a la potestad tributaria establecidos en el Estado Fuente nunca pueden implicar la creación de un hecho imponible no previsto en la legislación interna, ni la modificación de su configuración, aspectos que son de competencia exclusiva del Estado Fuente, tal como lo explicamos en el acápite 1 de la presente ponencia.

De este modo, los CDI, no pueden convertir a un sujeto no residente (cuyo hecho generador es de configuración instantánea) en uno residente (cuyo hecho generador es de configuración periódica). Lo que resulta de la aplicación de los CDI es que el Estado Fuente, tenga potestad tributaria de gravar las rentas generadas por un sujeto no residente, al configurarse un EP en su territorio, al amparo de la definición del CDI, pudiendo gravar dichas rentas de acuerdo con sus disposiciones internas, pero con los límites contemplados por los CDI.[107]

3.2. Respecto de los términos utilizados en el CDI que no se encuentran definidos en los mismos

El apartado 2 del artículo 3 de los CDI suscritos por Perú regula una regla general respecto a las reglas específicas de interpretación contenidas en los CDI (como por ejemplo las de su apartado 1 y otros artículos de los CDI). Esta regla constituye, al mismo tiempo, una regla especial de interpretación frente a las reglas generales de interpretación de tratados previstas en CVDT. Dicho apartado establece que, en relación con la aplicación de un CDI por un Estado contratante en un momento determinado, los términos no definidos en el mismo tendrán, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación del Estado relativa a los impuestos que son objeto del CDI, prevaleciendo el significado atribuido por la legislación impositiva, sobre el que resultaría de otras ramas del Derecho de ese Estado.

Tal como se desprende del referido apartado 2, se establece la prevalencia de la interpretación de los términos empleados en el CDI conforme a las definiciones contenidas en el mismo.

De este modo, cuando la expresión no aparezca definida en el texto del CDI, deberá evaluarse si el significado de la misma puede obtenerse del contexto del CDI.[108] En ese sentido, la referencia a la legislación interna del Estado contratante se subordina a tres condiciones: (i) rige exclusivamente respecto a términos empleados por el CDI; (ii) sólo se refiere a impuestos a los que se le aplica el CDI; y (iii) del contexto del CDI no se debe inferir una interpretación diferente.

---

[107] Para efectos del análisis de cómo las rentas generadas de transacciones transfronterizas que se lleven a cabo en un Estado contratante cuya definición de EP es más restringida que la de los CDI y que por tanto, el contribuyente que lleva a cabo las referidas transacciones no calificará como EP bajo la legislación interna de dicho estado, esto es, sigue tributando como sujeto no residente hará viable que la tributación sea equivalente a una tributación sobre renta neta tal como lo dispone el artículo 7 de los CDI ver: Yañez, Luciana. "¿Cómo afrontar la asimetría del concepto de establecimiento permanente entre los convenios de doble imposición y la legislación interna?". En: *Revista Internacional Legis de Contabilidad y Auditoría*. Bogotá: Legis Editores S.A. Nº 57.2014, Págs. 82-84. Nótese que el artículo 7 de los CDI no refleja la posición de que la tributación sobre renta bruta esté prohibida sino que establece que la tributación de un EP debe ser equivalente a una tributación sobre renta neta. Posición compartida por Pijl, Hans, "The OECD Services Permanent Establishment Alternative", En: *European Taxation*, 9, Volumen 48, 2008, p. 473.

[108] Para definir el contexto se debe recurrir al artículo 31 de la CVDT.

La expresión "*a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente*", requiere, bajo nuestro punto de vista, la aplicación prioritaria del CDI. Y después de determinar cuál es el "contexto" a que se refiere el apartado 2 del artículo 3 del MCOCDE, y tras concluir que de este contexto no se deduce una interpretación diferente, procederá entonces acudir al Derecho interno.[109] De este modo, estaremos contribuyendo a una aplicación uniforme de los CDI.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que para la aplicación del apartado 2 del artículo 3 de los CDI se debe seguir los siguientes pasos: (1) ¿el CDI prevé una definición para un término?; (2) si el CDI no prevé una definición ¿cuál es el significado en la legislación interna del término?; y, (3) ¿el contexto del CDI requiere un significado diferente al significado previsto en la legislación interna?[110]

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que existen diferentes posiciones respecto de los alcances del apartado 2 del artículo 3 del CDI. La primera interpretación establece que cada estado debe calificar los términos del CDI de acuerdo con la legislación interna. Cuando surge un conflicto respecto a la aplicación de la legislación interna por ambos Estados contratantes, la posible doble tributación o no tributación debe ser resuelta a través del procedimiento de acuerdo mutuo previsto en el artículo 25 del CDI.[111] La segunda interpretación, señala que ambos Estados deben tratar lograr una interpretación consistente de acuerdo con el contexto del CDI. De este modo, los términos del CDI deben ser interpretados a la luz del contexto. Una tercera interpretación, señala que esta interpretación debe ser de acuerdo con la legislación del Estado Fuente a fin de determinar si de acuerdo con su legislación interna se verifica la regla distributiva de potestad tributaria a fin de calificar una renta respecto de una determinada categoría y su alcance. De esta manera, el Estado Residencia a fin de aplicar el artículo 23 del CDI, seguirá dicha interpretación en la medida que el Estado Fuente haya gravado de acuerdo con el CDI, mitigando la doble imposición como consecuencia de la aplicación del impuesto pagado.

La última interpretación, en la que se establece que la definición del tipo de renta debe ser de acuerdo con el Estado Fuente, es la posición tomada por el MCOCDE 2000 –y que no ha cambiado a la fecha–, siguiendo el Reporte de aplicación del MCOCDE a partnerships 1999[112] y en concordancia con los artículos 23-A y 23-B del MCOCDE. De este modo, el Estado Residencia debe aceptar la calificación de la renta realizada por el Estado Fuente, otorgando la correspondiente mitigación de la doble imposición siguiendo esta calificación, inclusive si el Estado Residencia hubiera calificado la renta de otra manera debido a las diferencias en cuanto a la legislación interna.[113] Esta aproximación resulta aplicable en la medida que el uso de una disposición del CDI se

---

[109] Como señala García Novoa, para que resulte de aplicación la legislación interna, del contexto del CDI no debe deducirse significado alguno del vocablo utilizado en el mismo, pues el contexto (sea que se materialice en disposición expresa o mediante medio de interpretación complementario) prima sobre la legislación nacional y, por tanto, la descarta. García Novoa, César. "Interpretación de los Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional". En: *Estudios de Derecho Internacional Tributario: los convenios de doble imposición*. Godoy, Juan Pablo (Coordinador), Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Legis Editores. S.A, 2006, Págs. 47-56.

[110] Doernberg, Richard L. *International Taxation in a Nutshell*. Octava Edición. St Paul: Thomson West. 2009, Pág. 114.

[111] Vogel, Klaus. Op. Cit., Pág. 208, párrafo 60 y Pág. 214 párrafo 72.

[112] Párrafo 12 del Comentario al artículo 3 del MCOCDE.

[113] Párrafo 32.1 del Comentario al artículo 23 del MCOCDE.

deba a diferencias en la legislación interna, pero no en los supuestos de diferencias de calificación en los hechos o de la interpretación de las disposiciones del CDI. En esto últimos supuestos, el Estado Residencia puede alegar que no se ha gravado la renta de acuerdo con las disposiciones del CDI y por tanto se encuentra habilitado para no mitigar la doble imposición. Bajo este escenario, se deberá seguir el correspondiente procedimiento de acuerdo mutuo.[114]

De este modo, si el CDI recoge una definición de los términos en él contenidos, debemos interpretar el CDI de acuerdo con esa definición. En caso contrario, esto es, si el CDI no contiene una definición de un término particular, serán de aplicación las reglas de interpretación de los tratados internacionales, teniendo en cuenta la finalidad de los CDI y reconociendo la pertinente prioridad de los criterios de interpretación contenidos en el artículo 3 del CDI.

En conclusión, como resultado de la aplicación de las reglas de interpretación previstas en los artículos 31 y 32 de la CVDT y de los propios CDI suscritos por Perú, debemos tener en cuenta lo siguiente: (i) otorgar a los términos de los CDI, el sentido que surja de los mismos; teniendo en cuenta el principio de calificación autónoma; y para las expresiones no definidas en el CDI, el significado que surja de la legislación interna en caso no se oponga al contexto del CDI, tal como lo disponen los apartados 1 y 2 del artículo 3 de nuestros CDI; (ii) al confirmar el sentido o, en los casos que el sentido así determinado sea ambiguo u oscuro o el resultado sea manifiestamente absurdo e irrazonable, o en los casos que no se cuente con el sentido corriente en las fuentes antes indicadas, a utilizar los Comentarios MCOCDE en su función de medio complementario de interpretación.[115]

4. Conclusiones y recomendaciones

1. Los CDI en vigor forman parte del derecho nacional peruano, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución Política del Perú. Nuestro ordenamiento adopta la teoría monista, que supone la aplicación de los CDI en el ordenamiento jurídico, una vez que el tratado ha entrado en vigor internacionalmente (conservando su propia naturaleza), no requiriéndose de algún acto posterior interno de conversión a norma jurídica interna para que forme parte de nuestro derecho nacional.

2. Los CDI prevalecen sobre normas internas de acuerdo con el principio de *"pacta sunt servanda"* y primacía del Derecho Internacional convencional sobre Derecho Interno. En consecuencia, en nuestro país se privilegia la aplicación de los CDI, en casos de conflicto con la legislación interna. Dicha primacía no ha sido otorgada en nuestro país en virtud de un criterio de jerarquía normativa, sino, por una *"reserva de competencia"* a favor de los tratados en las materias que regulan, la que impide su invasión por la legislación interna.

3. El criterio de primacía de los CDI sobre las normas internas implica que el mismo deja inaplicables las normas internas opuestas, a efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano derivadas de su condición

[114] Párrafo 32.5 del Comentario al artículo 23 MCOCDE.

[115] Nótese que los Comentarios al MCOCDE serán un medio complementario de interpretación en la medida en que el texto del CDI siga el texto del MCOCDE, no pudiendo confirmar el sentido de los términos, ni establecerlo, en aquellos casos en los que el texto del CDI se aparte del MCOCDE. Zuzunaga, Fernando. Op. Cit., Pág. 327.

de parte de un tratado internacional. De este modo, las normas de rango de ley que se dicten o aprueben y entren en vigor con posterioridad a la entrada en vigor de un CDI en Perú, deben tener en cuenta que dicho CDI ostenta una fuerza pasiva resistente frente a las mismas de conformidad con el artículo 57 de nuestra Constitución.

4. Al formar el CDI parte del derecho nacional peruano, las medidas anti-elusivas específicas previstas en los CDI se interrelacionan sin mayor problema con las disposiciones de la legislación interna, las cuales regulan el hecho imponible gravable.

5. Respecto a la interacción de la cláusula general anti-elusiva prevista en la legislación interna peruana y los CDI, procede la aplicación de la Norma XVI siempre que no se vulneren preceptos esenciales del CDI, y en cualquier caso dejando abierta la posibilidad de que por la vía del procedimiento de acuerdo mutuo se resuelvan los conflictos interpretativos. Los CDI suscritos con Corea del Sur y Portugal, así como en la Decisión 578, establecen que las disposiciones de los CDI y de la Decisión, no impedirán la aplicación de las normas anti-abuso de los Estados contratantes.

6. Los supuestos de interacción entre las cláusulas anti-elusivas específicas que se contemplan en la legislación interna peruana en casos de transacciones transfronterizas cubiertas por un CDI suscrito por Perú deben ser analizados caso por caso, teniendo en cuenta la naturaleza de la cláusula anti-elusiva y los alcances de las disposiciones de los CDI.

7. Perú ha extendido su potestad tributaria en cuanto los servicios de asistencia técnica, sin que los mismos tengan un tratamiento uniforme en los CDI. El cambio de criterio de conexión en el caso servicios consistentes en asistencia técnica en nada ha alterado la distribución de potestades tributarias previstas en los CDI de Chile y Canadá, debido a que los mismos requieren presencia física y/o cumplir un determinado umbral de tiempo para que el Estado Fuente (Perú) pueda ejercer su potestad tributaria, tal como está previsto en el apartado 1 su artículo 14.

8. Perú ha extendido su potestad tributaria, en el caso de enajenación indirecta de acciones. A nivel de los CDI suscritos con Chile, Canadá, Brasil y México no contienen remisión expresa alguna a la enajenación indirecta de acciones, por lo que su aplicación debe interpretarse a la luz de los alcances de cada CDI. En el caso del CDI suscrito con Chile, Perú se encuentra impedido de ejercer su potestad tributaria en un supuesto de enajenación indirecta de acciones, en los demás CDI podrá ejercerla, pero sometida a ciertas condiciones. En la Decisión 578, Perú podría ejercer su potestad tributaria en un supuesto de enajenación indirecta de acciones siempre que el emisor de acciones esté ubicado en un país que no es miembro de la Comunidad Andina.

9. Perú ha extendido su potestad tributaria, evitando que, a través de la constitución de sociedades o entidades controladas en países de baja o nula imposición, los contribuyentes residentes en Perú puedan diferir el pago de impuestos respecto a la generación de rentas pasivas, habiendo incorporado reglas de transparencia fiscal. En cuanto a su regulación en los CDI, cabe señalar que en los CDI de Brasil y México se ha establecido que las disposiciones del CDI no impedirán la aplicación de las reglas de transparencia fiscal.

10. Para una adecuada interpretación de los CDI, dada su naturaleza dual y su

compleja interrelación con la legislación interna, se deben utilizar además de las reglas o principios internacionales de interpretación previstos en la CVDT, la interpretación bilateral, el artículo 3 de los CDI, los Comentarios a los Modelos y el principio de calificación autónoma.

11. Los conceptos jurídicos previstos en los CDI tienen como función servir como parámetros para distribuir las potestades tributarias de los Estados contratantes y aplicar los correspondientes límites previstos por los CDI, por lo que una vez verificado cómo se restringe la tributación del correspondiente Estado contratante, la definición prevista en los CDI ya no es más relevante.

12. De conformidad con el apartado 2 del artículo 3 de los CDI se debe absolver las siguientes preguntas ante la falta de definición de un término en un CDI: (1) ¿el CDI prevé una definición para un término?; (2) si el CDI no prevé una definición ¿cuál es el significado en la legislación interna del término?; y, (3) ¿el contexto del CDI requiere un significado diferente al significado previsto en la legislación interna?

13. El concepto de EP previsto en los CDI tiene como función básica servir de título habilitante para que el Estado Fuente pueda ejercer su potestad tributaria en los términos contemplados en su legislación interna y bajo los límites previstos en los CDI. Dichos últimos, establecen un límite a la tributación de las actividades transfronterizas que califiquen como EP, equivalente a tributación sobre renta neta, sin que dicho límite implique una prohibición a una tributación mediante una retención en función a una renta bruta. Los Estados contratantes –que de acuerdo con su legislación interna– establezcan que las actividades del sujeto no domiciliado deben tributar en su estado, al ser el Estado Fuente –en virtud de la configuración del EP en los términos del CDI– dicha tributación deberá ser equivalente a una renta neta sin que pueda resultar una carga tributaria más gravosa para el EP que para las empresas domiciliadas, caso contrario debería procederse con la correspondiente devolución a fin de no vulnerar el CDI. En ese sentido, los CDI suscritos por Perú que consideran la configuración de un EP por la prestación der servicios por un sujeto no domiciliado no limitan a Perú para que de acuerdo con su legislación interna aplique una retención, siendo necesario que se realicen los cambios normativos pertinentes a fin de que en los supuestos que esta retención sea más excesiva a una tributación equivalente a renta neta, se permita solicitar la correspondiente devolución.

Lima, abril de 2018.

----------o----------