

# ***El criterio de vinculación efectiva en el marco del modelo peruano***

**GUSTAVO LAZO SAPONARA<sup>(\*)</sup>**

## **INTRODUCCIÓN**

El Perú ha celebrado CDI con Canadá y Chile en base al Modelo Peruano que a su vez ha tomado como punto de partida el MCOCDE.

Para efectos de atribuir rentas a un EP, en el MCOCDE se consagra el criterio de vinculación efectiva, ocurriendo lo mismo en el Modelo Peruano.

El MCOCDE no define el concepto de “*vinculación efectiva*”, aunque los Comentarios al mismo arrojan algunas luces, dejando en definitiva a cada CDI y/o legislación interna la tarea de llenar su contenido.

El ejercicio consistente en determinar cuándo existe vinculación efectiva entre los bienes o derechos generadores de rentas (como por ejemplo, dividendos, intereses, regalías, entre otras) y el EP resulta considerablemente más complejo de lo que puede parecer a priori. Este análisis resulta fundamental para determinar el régimen de imposición particular que le resultará aplicable al beneficiario de la renta.

La ausencia de una definición comprensiva de vinculación efectiva puede dar lugar a resultados impredecibles. En algunas circunstancias, ello puede hacer que los residentes de un Estado se vean impedidos de conocer de manera anticipada en qué medida se verán expuestos a contingencias tributarias por sus actividades en el otro Estado.

Asimismo, en el caso de rentas pasivas, la falta de definición sobre el mencionado criterio tiene como consecuencia la incertidumbre de tributar sobre base neta (i.e. como beneficio empresarial) o sobre base bruta (i.e. como renta pasiva).

En este sentido, una interpretación amplia que pretenda abarcar el mayor

---

<sup>(\*)</sup> Socio del Estudio Olaechea. Abogado y Contador por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

universo de situaciones, otorgará un poder de imposición pleno al Estado de la fuente sobre un mayor número de casos en los que se tratará la renta como beneficio empresarial de EP, lo que no necesariamente implicará una mayor recaudación para dicho Estado, pues, dicho resultado dependerá de cada caso en particular.

En la legislación peruana no se contempla expresamente este criterio y mucho menos se encuentra regulado. Tampoco existe regulación del concepto en los CDI vigentes, ni existe jurisprudencia actual sobre la materia.

En tal sentido, resulta de máxima importancia determinar si la legislación peruana admite este criterio o no. En caso negativo, (por ejemplo, si admite exclusivamente el criterio de fuerza de atracción) entonces estaremos enfrentando un serio problema de aplicación de los CDI habida cuenta que estos no pueden modificar la legislación interna. En caso positivo, tomando como referencia los Comentarios al MCOCDE, urge dotarlo de un contenido expreso. Asimismo, debe definirse el alcance de este criterio y adecuar nuestra legislación para evitar propiciar potenciales conductas elusivas.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La falta de regulación expresa del criterio de “*vinculación efectiva*” puede prestarse a arbitrariedades a la hora de aplicarse un CDI celebrado en el marco del Modelo Peruano. En efecto, la incertidumbre que genera el concepto de vinculación efectiva hace que la atribución de rentas a un EP esté rodeada de ambigüedades. Uno debe asumir hasta qué punto la Autoridad Tributaria considerará que los bienes o derechos que generan una renta se encuentran efectivamente conectados a un EP. La interpretación de la expresión vinculación efectiva involucra cierto grado de subjetividad, pudiendo la Autoridad Tributaria del Estado de la fuente entenderla de un modo injustificadamente amplio.

En atención a ello, se hace necesaria la adopción de un estándar que defina objetivamente el criterio de vinculación efectiva. Una definición completa y adecuada de este criterio reforzaría el principio de equidad al garantizarse un trato similar a los residentes de otros Estados que se encuentren en situaciones similares. Asimismo, aseguraría que los residentes de un Estado cuyas actividades los hacen partícipes en la economía del otro Estado compitan en igualdad de condiciones con los residentes de este último.

La claridad del conjunto de requisitos que formen el estándar coadyuvará a que la Autoridad Tributaria de un Estado administre eficientemente el impuesto a la renta sin imponer costos de cumplimiento irrazonables a los

residentes del otro Estado.

La adopción de una definición sobre el particular permitirá que los residentes de un Estado determinen con antelación las consecuencias tributarias de sus actividades en el otro Estado.

En definitiva, una definición de vinculación efectiva excluirá de la imposición sobre base neta una gran cantidad de casos límite en los que consideraciones administrativas y de cumplimiento tributario menoscaban la eficiencia económica y los principios de equidad y de seguridad jurídica.

Por otra parte, en nuestra legislación sólo se admite que un EP tribute sobre sus rentas de fuente peruana. Ello ocasiona que se fomenten prácticas elusivas al privarse de gravar las rentas de fuente extranjera efectivamente vinculadas al EP.

Por ende, no sólo urge dotar de contenido al concepto de vinculación efectiva en nuestra legislación interna, sino que ésta debe modificarse para que dicho criterio de atribución de rentas pueda aplicarse plenamente y así propiciar una correcta asignación del poder impositivo, en atención a los principios de equidad y neutralidad, salvaguardando la recaudación.

## II. ANÁLISIS DEL PROBLEMA

### 1. Los criterios de atribución y el MCOCDE

Las posibles soluciones técnicas para atribuir rentas a un EP en relación con su sede central, pueden clasificarse de la siguiente manera:<sup>1</sup>

1. La “*vis atractiva*”, por la que se atribuyen a un EP todas las rentas obtenidas en el territorio por la empresa no residente (sede central) de quien depende (fuerza de atracción global).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Medina Cepero, Juan Ramón. Los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal. Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., 1º Ed, Noviembre, 2003. Página 87.

<sup>2</sup> Este criterio también se denomina “fuerza de atracción global”. En palabras de Tundo, “Algunos convenios bilaterales, según una nueva posición no conforme con el Modelo OCDE, han adoptado la solución según la cual la totalidad de los beneficios producidos por la empresa en el territorio de otro Estado deben ser imputados al establecimiento permanente que allí opera, aun cuando no hubiesen sido producidos a través del mismo.” Tundo, Francesco. En: “Curso de Derecho Tributario Internacional”, Tomo I. Editorial Temis S.A., Colombia, 2003. Página 246. También véase

2. La “*similitud*”, por la que se asignaría a un EP la renta que su sede central obtiene en el ejercicio de actividades parecidas (fuerza de atracción limitada).<sup>3</sup>
3. La “*vinculación efectiva*”, por la que se atribuye a un EP los beneficios de sus actividades y los de los capitales vinculados efectivamente a dicho EP.

No debe confundirse el criterio de fuerza de atracción global con el de vinculación efectiva. En efecto, el primero implica que habiéndose producido una conexión entre el Estado de la fuente y el residente en el otro Estado (a través de su EP), se faculte al Estado de la fuente a gravar todas las rentas producidas en su territorio por el residente en el otro Estado. A diferencia de ello, el segundo implica que habiéndose producido dicha conexión, se faculte al Estado de la fuente a imputar las rentas efectivamente vinculadas al EP producidas fuera de su territorio por el residente en el otro Estado.<sup>4</sup>

Dado que el análisis de los métodos de imputación de beneficios escapa el objetivo del presente trabajo, bastará mencionar que el MCOCDE adopta preferentemente el modelo de “*contabilidad separada*”, si bien cabe advertir que también se acepta la aplicación del método de “*la cifra relativa*” bajo ciertas condiciones.<sup>5</sup>

Ahora bien, de las posibles soluciones técnicas para atribuir las rentas de la matriz a su EP, el MCOCDE adopta la de vinculación efectiva.<sup>6</sup> Tomando

---

Larking, B.(ed.), *International Tax Glossary*, Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 2001, 4th ed., página 105. Dicho autor señala que es un concepto bajo el cual el EP es sujeto a imposición en el Estado en el que se ubica no sólo respecto de sus rentas o bienes o derechos sino también respecto de las rentas generadas en dicho Estado pero obtenidas por su casa matriz situada en otro Estado.

<sup>3</sup> Este criterio también se denomina “fuerza de atracción limitada” y se encuentra recogido en el artículo 7(1) del Modelo ONU. Tundo también lo define como el principio: “...por el cual solamente la renta que resulte “directa” y “efectivamente” conexas a la actividad de la unidad productiva puede ser imputada al establecimiento permanente y, consecuentemente, ser sujeto al régimen impositivo de la renta de empresa.” Idem.

<sup>4</sup> García Prats, Francisco Alfredo. *El Establecimiento Permanente. Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1996. Página 323.

<sup>5</sup> Véase al respecto a Holmes, Kevin. “International Tax Policy and Double Tax Treaties. An Introduction to Principles and Application”. IBFD Publications BV. The Netherlands, 2007. Páginas 178-189. Estos métodos también pueden calificarse como directo (entidad separada) e indirecto (cifra relativa).

<sup>6</sup> García Prats. Francisco Alfredo. Obra citada, página 313-320.

como base al MCOODE, el artículo 7(1) del Modelo Peruano establece lo siguiente:

*“Las utilidades de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, las utilidades de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que sean atribuibles a ese establecimiento permanente.”*

Esto confirma el principio, generalmente aceptado en el ámbito de la fiscalidad internacional y en los CDI, según el cual un residente de un Estado no puede ser gravado en el otro Estado a no ser que las actividades en ese otro Estado sean realizadas a través de un EP.<sup>7</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, no cabe la posibilidad de atribuir al EP aquellas rentas obtenidas por la empresa residente en el otro Estado que no tengan vinculación con dicho EP.<sup>8</sup>

Por consiguiente, en el marco del MCOODE (y por ende del Modelo peruano) sólo cabe imputar al EP las rentas efectivamente vinculadas al mismo, habiéndose renunciado al principio de fuerza de atracción en todas sus manifestaciones.

---

Este autor fundamenta la aplicación exclusiva y excluyente del principio de vinculación efectiva en el Modelo OCDE a partir de un análisis de los artículos 7, 10(4), 11(4), 12(3), y especialmente del 21(1). En esta línea, señala en nota a pie de página: “La aplicación de un criterio de vinculación efectiva emanado del CDI ha sido admitida en la jurisprudencia de otros países. Así el caso inglés General Reinsurance Co Ltd de 27 de enero de 1970 (...)” La mala interpretación del artículo 10(5) del Modelo OCDE “... ha sido enmendada por la sentencia de 20 de enero de 1993 (...) aceptando de modo definitivo el principio de vinculación efectiva, tal y como lo propuso la Federal Ruling Alemana de 22 de septiembre de 1988 (...) en contra del primer pronunciamiento del Bundesfinanzhof, aplicando el criterio de vinculación efectiva con independencia del lugar de pago de los rendimientos vinculado al establecimiento permanente y la procedencia de los mismos...”

<sup>7</sup> Párrafo 3 del Comentario al Artículo 7(1) del Modelo OCDE.

<sup>8</sup> En el párrafo 5 del Comentario al Artículo 7(1) del Modelo OCDE se establece: “...cuando una empresa realice actividades empresariales por medio de un establecimiento permanente situado en el otro Estado, ese Estado puede gravar las utilidades de la empresa, pero sólo en la medida en que puedan imputarse al establecimiento permanente, lo cual significa que la potestad tributaria no se extiende a las utilidades que la empresa pueda obtener en ese Estado por otros medios.”

No obstante, ciertos Estados (entre los que no se encuentra el Perú) han considerado que los dividendos, intereses y regalías puedan verse afectados por el principio de fuerza de atracción. Es el caso, por ejemplo, de la reserva de Italia al MCOCD E con respecto al derecho a someter los dividendos, intereses y regalías a la tributación prevista en su legislación siempre que sus beneficiarios cuenten con un EP en Italia, incluso si la participación generadora de los dividendos, intereses o regalías no está efectivamente vinculada a tal EP.

El MCOCD E ciñe el ámbito a las rentas realizadas por el EP, lo que permite la atribución de rentas derivadas de las relaciones internas con la casa matriz u otros EP de ésta en virtud de la extensión del criterio de entidad separada e independiente. Así, se reitera el fundamento material y funcional de los criterios que dan contenido a la vinculación efectiva y se dificulta la posible utilización fraudulenta de estos criterios de atribución de rentas derivadas de elementos patrimoniales de gran movilidad y fácil asignación a EP o entidades ubicados en países de baja imposición (i.e. intangibles). Este supuesto se reconoce en los Comentarios al MCOCD E.<sup>9</sup>

## **2. La vinculación efectiva en los textos de los artículos 10, 11 y 12 del Modelo Peruano<sup>10</sup>**

Esta parte del trabajo se abocará al análisis de aquellas rentas pasivas reguladas en los artículos 10, 11 y 12 del Modelo Peruano,<sup>11</sup> aún cuando el concepto de vinculación efectiva también puede encontrarse en otras disposiciones referidas a otras rentas (i.e. artículos 13(2)<sup>12</sup> y 21(2) del Modelo Peruano), y que no abordaremos puesto que no variarán el sentido

---

<sup>9</sup> García Prats, Francisco Alfredo. Obra citada, página 321.

<sup>10</sup> Véase la Propuesta Peruana de Convenio, en: Resultado de Consulta Ciudadana “Los convenios para evitar la doble tributación internacional y para prevenir la evasión fiscal” publicada el 21 de junio de 2001 en Separata Especial del Diario Oficial El Peruano. Páginas 32-33.

<sup>11</sup> En doctrina internacional, se conoce a los artículos que contienen el criterio de conexión efectiva como “permanent establishment proviso”. Véase Vogel, Klaus, “Klaus Vogel on double taxation conventions. A commentary to the OECD, UN, and US Model Conventions for the avoidance of double taxation on income and capital. With particular reference to German Treaty practice.” Kluwer Law International, Ltd. 3ª ed. London, 1999. Páginas 565-569. También remítase a García Prats, Francisco Alfredo. Obra citada, páginas 315-317. Finalmente, para un análisis comparativo de las tasas impositivas previstas en los CDI suscritos por España con Ecuador, Bolivia, Chile, Venezuela, Colombia y Perú, véase a Ramos Fernández, Gilberto. En: Análisis Tributario, Vol. XX Nº237, Octubre 2007, páginas 25-28.

<sup>12</sup> El artículo 13(2) también recoge el criterio de vinculación efectiva, excluyendo al de fuerza de atracción. Véase el párrafo 25 del Comentario al artículo 13(2) del Modelo OCDE.

de nuestras apreciaciones.<sup>13</sup> El resultado de este análisis aplica tanto para el Modelo Peruano como MCOCDE, aunque sólo hagamos referencia al primero.

Baste recalcar que de acuerdo a los artículos 7 y 21, aunque con la excepción del caso de los inmuebles, se colige la primacía de la atribución de rentas conforme al criterio de vinculación efectiva, tanto sobre el principio general y residual de atribución de rentas al Estado de residencia, que no impide la tributación en el Estado donde se ubica el EP cuando la renta -sin importar su origen- se vincula efectivamente al mismo. También se desprende su primacía sobre el principio de tributación limitada en el Estado donde se ubica el EP cuando proceden de dicho Estado dividendos, intereses y regalías; es más se verifica la modificación del régimen impositivo sobre estas rentas pasivas por parte del Estado donde se ubica su fuente.

Por lo tanto, cabe reafirmar que en el Modelo Peruano el criterio de vinculación efectiva debe considerarse como la regla principal de asignación de rentas de carácter empresarial a un Estado.<sup>14</sup>

**a. El Modelo Peruano en su artículo 10 (4) establece:**

*“Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 de este Artículo no son aplicables si el beneficiario efectivo de los dividendos, residente de un Estado Contratante, realiza en el otro Estado Contratante, del que es residente la sociedad que paga los dividendos, una actividad empresarial a través de un establecimiento permanente situado allí, o presta en ese otro Estado unos servicios personales independientes por medio de una base fija situada allí, y la participación que genera los dividendos está vinculada efectivamente a dicho establecimiento permanente o base fija. En tal caso, son aplicables las disposiciones del Artículo 7 o del Artículo 14, según proceda.”(subrayado nuestro)*

Este artículo ha sido replicado en el CDI con Chile y guarda mucha similitud con el artículo 10(4) del CDI con Canadá.

También emplea la misma redacción que el artículo 10(4) del MCOCDE, aunque agrega el supuesto de atribución de dividendos a una “base fija”

---

<sup>13</sup> Debe tenerse en cuenta que no profundizaremos en los casos especiales o triangulares que también pueden quedar abarcados por el criterio de vinculación efectiva, i.e. en aplicación de las cláusulas de la “permanent establishment proviso”.

<sup>14</sup> Garcia Prats, Francisco Alfredo. Obra citada, página 318.

cuando éstos se encuentran vinculados efectivamente a dicha base fija.<sup>15</sup>

Con relación al MCONU también guarda una semejanza sustancial, observándose únicamente una mínima variación formal (i.e. en el empleo de algunos términos así como en la redacción).

**b. El Modelo Peruano en su artículo 11 (4) establece:**

*“Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no son aplicables si el beneficiario efectivo de los intereses, residente de un Estado Contratante, realiza en el otro Estado Contratante, del que procedan los intereses, una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado allí, o presta unos servicios personales independientes por medio de una base fija situada allí, y el crédito que genera los intereses está vinculado efectivamente a dichos establecimiento permanente o base fija. En tal caso, son aplicables las disposiciones del Artículo 7 o del Artículo 14, según proceda.”* (subrayado nuestro)

Este artículo ha sido replicado en el CDI con Chile y guarda mucha similitud con el artículo 11(4) del CDI con Canadá.

También emplea la misma redacción que el artículo 11(4) del MCOCDE, aunque agrega el supuesto de atribución de dividendos a una “base fija” cuando éstos se encuentran vinculados efectivamente a dicha base fija.

Con relación al MCONU también guarda una semejanza sustancial, observándose que el MCONU incluye un presupuesto adicional para que resulte de aplicación exclusiva el artículo 7 (beneficios de las empresas) señalando que el crédito por el que se paguen los intereses se encuentre vinculado efectivamente con “*las actividades mencionadas en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 7*”; esto es, con “*otras actividades comerciales de naturaleza idéntica o similar a la de las efectuadas por medio del citado establecimiento permanente*” (principio de similaridad o fuerza de atracción limitada).<sup>16</sup>

**c. El Modelo Peruano en su artículo 12 (4) establece:**

*“Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 de este Artículo, no son*

---

<sup>15</sup> Respecto a las diferencias entre el EP y la base fija en el Modelo Peruano, léase a Gildemeister Ruiz Huidobro, Alfredo. “El concepto de base fija en el CDI suscrito con Chile”. En: Análisis Tributario, diciembre 2004, Páginas 7 a 12.

<sup>16</sup> Vogel, Klaus. Obra citada, página 744.



*aplicables si el beneficiario efectivo de las regalías, residente de un Estado Contratante, realiza en el Estado Contratante del que proceden las regalías una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado allí, o presta servicios personales independientes por medio de una base fija situada allí, y el bien o el derecho por el que se pagan las regalías están vinculados efectivamente a dichos establecimiento permanente o base fija. En tal caso, son aplicables las disposiciones del Artículo 7 o del Artículo 14, según proceda.”(subrayado nuestro)*

Este artículo ha sido replicado en el CDI con Chile y guarda mucha similitud con el artículo 12(4) del CDI con Canadá.

También emplea una redacción similar a la del artículo 12(3) del MCOCDE,<sup>17</sup> agregando asimismo el supuesto de atribución de dividendos a una “base fija” cuando éstos se encuentran vinculados efectivamente a dicha base fija.

Con relación al MCONU también guarda una semejanza sustancial, observándose que el MCONU incluye un supuesto alternativo adicional para que resulte de aplicación exclusiva el artículo 7 (beneficios de las empresas) exigiendo que el derecho o propiedad por el que se paguen los cánones se encuentre vinculado efectivamente con “*las actividades comerciales mencionadas en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 7*”; esto es, con “*otras actividades comerciales de naturaleza idéntica o similar a la de las efectuadas por medio del citado establecimiento permanente*” (principio de similitud o fuerza de atracción limitada).

### **3. Interrelación del artículo 7 con los artículos 10, 11 y 12 del Modelo Peruano**

El CDI reparte el poder de imposición entre el Estado de la residencia y el

---

<sup>17</sup> Con relación a este punto, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central del 11 de junio de 1997, citada por Medina Cepero, Juan Ramón. Obra citada, página 93, hace referencia a “...los pagos efectuados por una empresa española a una empresa alemana por la utilización de su hardware y red de comunicaciones. Al delimitar si estamos ante “beneficios empresariales” o “cánones”, el Tribunal señala que entre los servicios que presta la sociedad alemana no se comprende la cesión del derecho de uso del software o del programa de ordenador, por lo que los pagos derivados de la prestación del servicio no tienen la consideración de cánones, sino de una prestación de servicios que efectúa la empresa alemana y, en consecuencia, resulta aplicable el artículo 7 del Convenio hispano-alemán y no el artículo 12. El Tribunal recuerda además, que si bien se alega una contestación de la Dirección General de Tributos a una consulta formulada el 13 de diciembre de 1988, ésta no tiene carácter vinculante.”

de la fuente. Para tal efecto, ciertos tipos de rentas son tipificadas y tratadas de manera independiente en artículos especiales. Por lo general, estos artículos establecen una tasa máxima más allá de la cual el Estado de la fuente no tiene la potestad de ejercer su poder de imposición.

En cambio, el artículo 7 del Modelo Peruano otorga pleno poder de imposición al Estado de la fuente para gravar la renta atribuida al EP sin tope alguno. Esto se funda en el hecho que el EP implica una presencia importante en el Estado de la fuente por parte del residente en el otro Estado, quien participa sustancialmente en la vida económica del Estado de la fuente. Por lo tanto, se justifica plenamente que el Estado de la fuente pueda ejercer su poder de imposición sobre dicha renta.<sup>18</sup>

Para asegurar el ejercicio de este poder pleno del Estado de la fuente, los artículos pertinentes sobre rentas pasivas se remiten al artículo 7. Esta remisión implica que en caso la renta pasiva se encuentre vinculada efectivamente con el EP dicha renta debe regularse por las disposiciones del artículo 7.

En definitiva, si el activo que genera la renta se encuentra efectivamente vinculado al EP entonces la renta será gravada de acuerdo a las normas previstas en el artículo 7 y el Estado de la fuente ejercerá pleno derecho de imposición. En cambio, si el activo que genera la renta no se encuentra vinculado al EP entonces el derecho del Estado de la fuente se limita con la tasa máxima establecida en el artículo que regula la renta pasiva correspondiente.

Poniendo como ejemplo el caso de rentas por dividendos, se observa de los párrafos 1 y 2 del artículo 10 que el reparto de potestades fiscales sobre éstos no establece el derecho exclusivo a gravarlos ni en el Estado de la residencia del beneficiario ni en el de residencia de la sociedad que los pone a disposición, optándose por una fórmula de potestad compartida. Así, tanto el Estado donde reside el beneficiario como el Estado donde se ubica la fuente detentan el derecho a gravar los dividendos. Sin embargo, esta fórmula de potestad compartida es dejada de lado cuando se verifica la incidencia de los EP en aplicación del artículo 10(4).<sup>19</sup>

En efecto, en cuanto a la potestad impositiva del Estado donde se ubica la fuente del dividendo, el artículo 10(4) tiene por objeto reconocerle pleno

---

<sup>18</sup> Para una referencia respecto a las diferencias entre la imposición a rentas pasivas y activas, véase Graetz, Michael J. "Foundations of International Income Taxation" By Michael Graetz. Foundation Press, New York, 2003. Páginas 320-321.

<sup>19</sup> Carmona Fernández, Néstor. En: "Convenios Fiscales Internacionales 2005".Ed. Cisspraxis S.A. Valencia, enero de 2005. Página 189.

poder tributario para que grave a dicha renta pasiva como beneficio empresarial obtenido por medio de un EP, y por tanto se aplique lo dispuesto por el artículo 7 del Modelo Peruano. Ello, en contraposición al poder limitado otorgado al Estado donde se encuentra la fuente para someterlos a imposición según el artículo 10 (2) del Modelo Peruano (i.e. 10 ó 15%, según sea el caso).

Como se evidencia, el derecho del Estado de la residencia no prima cuando el beneficiario tenga un EP al que se vincula la participación generadora del dividendo, prevaleciendo en cambio las reglas que norman la tributación de los beneficios empresariales (i.e. "reserva de EP"). Así, pues, las rentas pasivas obtenidas por el beneficiario pierden autonomía pues dejan de estar sometidas a una imposición aislada y analítica -vía retención en la fuente- para pasar a ser gravadas compleja y sintéticamente como un beneficio empresarial.<sup>20</sup>

Nótese asimismo, que los beneficios empresariales del EP son gravados sobre renta neta, esto es, se permite la deducción de los gastos necesarios realizados para los fines del EP, comprendiendo los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines.<sup>21</sup> A diferencia de ello, los dividendos, intereses y regalías se encuentran gravados sobre la base de la renta bruta.<sup>22</sup> Cada caso en concreto determinará si la aplicación de una u otra norma implica una mayor o menor recaudación para cada Estado.<sup>23</sup>

De lo expuesto, se aprecia que determinar cuándo la renta pasiva debe regirse bajo el artículo 7 y cuándo bajo el 10, 11 ó 12 del Modelo Peruano, reviste la máxima importancia puesto que las consecuencias de aplicar una u otra norma son sustancialmente distintas.

Para lograr dicho propósito, resulta fundamental analizar en cada caso concreto cuándo la participación que genera el dividendo, el crédito que genera el interés, o el bien o derecho que genera la regalía se encuentran "vinculadas efectivamente" con el EP a través del cual actúa empresarialmente el beneficiario de la renta pasiva.

---

<sup>20</sup> Xavier, Alberto. "Derecho Tributario Internacional. Conceptos Fundamentales." Ed. Ábaco de Rodolfo DePalma SRL. Buenos Aires, 2005. Páginas 373-374.

<sup>21</sup> Artículo 7(3) del Modelo Peruano.

<sup>22</sup> Artículos 10(2), 11(2) y 12(2) del Modelo Peruano.

<sup>23</sup> Holmes, Kevin. Op. cit. P.226. A la misma conclusión llega Radhakishan, Rawal. "The Taxation of Permanent Establishments. An international perspective." Spiramus, London, September 2006. Páginas 283-285.

#### 4. Concepto de vinculación efectiva de acuerdo al Comentario al MCOCDE: caso de las rentas pasivas

En primer lugar, debe enfatizarse el hecho que ninguno de los Modelos de CDI ni la legislación peruana han regulado expresamente el concepto de “vinculación efectiva”.<sup>24</sup> Habiéndose basado el Modelo Peruano en el MCOCDE,<sup>25</sup> resulta pertinente remitirnos para tal efecto a los Comentarios a este último, más aún cuando los artículos pertinentes en uno y otro Modelo no contienen divergencia fundamental alguna que pueda afectar nuestro análisis.

Ahora bien, el Comentario al MCOCDE da algunas luces sobre el referido concepto.<sup>26</sup>

Para el caso de las rentas por dividendos,<sup>27</sup> establece que el Estado donde se encuentra ubicada la fuente de los mismos ejercerá el poder impositivo sobre éstos como si se tratase de un beneficio empresarial más generado por el EP a favor del beneficiario residente en el otro Estado contratante, *“...si dichos dividendos son producidos por participaciones que forman parte del activo de ese establecimiento permanente o, de una u otra forma, están efectivamente vinculados al citado establecimiento...”*

Asimismo, señala que un determinado emplazamiento sólo constituye un EP si en él se realiza una actividad o negocio, y el requisito *“... que la participación en el capital ha de estar “vinculada efectivamente” con este emplazamiento implica que la citada participación esté realmente vinculada con dicha actividad.”*

---

<sup>24</sup> De acuerdo al artículo 3 (2) del Modelo OCDE, debe remitirse a la legislación interna la definición de aquellos conceptos no regulados en el Convenio sólo si el contexto no requiere una interpretación diferente. Acá surge la discusión (abierta hasta hoy) en torno a si debe primar la interpretación estática o la dinámica, esto es, la legislación vigente al momento de la firma del Convenio o de su aplicación, habiendo el Comité de Asuntos Fiscales preferido la última.

<sup>25</sup> Véase la “Comparación anotada Modelo OCDE - Modelo Peruano”. En: Resultado de Consulta Ciudadana: “Los Convenios para evitar la doble tributación Internacional y para prevenir la evasión fiscal” publicada el 21 de junio de 2001 en Separata Especial del Diario Oficial El Peruano. Páginas 16 y 36.

<sup>26</sup> Párrafos 31 y 32 del Comentario al artículo 10 (4) del Modelo OCDE; párrafo 24 del Comentario al artículo 11 y párrafo 20 del Comentario al artículo 12. Se aprecia prácticamente la misma explicación para los casos de rentas por dividendos, intereses y regalías.

<sup>27</sup> Véase también Corasaniti, Giuseppe. Dividendos, intereses y plusvalías en el Modelo OCDE. En: Impuestos sobre el comercio internacional. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L. Buenos Aires, 2003. Página 765.

Siguiendo el mismo criterio, establece que para el caso de rentas por intereses será de aplicación el artículo 7 *“...si dichos intereses se derivan de créditos que formen parte del activo del establecimiento permanente o que de una u otra manera se vinculan efectivamente a este establecimiento...”*

En el caso de las regalías también se sigue esta línea, estableciendo que se aplicará el artículo 7 exclusivamente *“...si dichas regalías se derivan de derechos o bienes que forman parte de los activos del establecimiento permanente o que, de una u otra manera, se vinculan efectivamente a este último...”*.

De lo expuesto, se desprende que a efectos de determinar cuándo la renta pasiva se encuentra gravada en el Estado de la fuente conforme al artículo 7, debe establecerse primero si el bien o derecho que la genera se encuentra vinculado efectivamente al EP. Para ello, dicho bien o derecho debe formar parte de los activos del EP o debe encontrarse vinculado a él de una u otra forma.

Se observa, pues, que el Modelo opta por una concepción funcional de la vinculación.

Llegado a este punto, resta por determinar qué debe entenderse por *“formar parte del activo del EP”* y por *“encontrarse vinculado a él de cualquier forma”*. Si bien el primer criterio nos acerca a un estándar más concreto, el segundo criterio resulta demasiado amplio y nos deja en el mismo lugar en que comenzamos.

Como punto de partida, cabe citar a García Prats,<sup>28</sup> según quien *“...la vinculación efectiva debe fundarse en criterios materiales de carácter económico que establezcan una relación entre el territorio, el beneficio imputable y el establecimiento permanente entendido como centro de atribución personal”*.

Tomando ello como base, dicho autor reconoce que la pertenencia al activo del establecimiento permanente es tan sólo uno de los criterios admisibles con relación al criterio de vinculación efectiva. Asimismo, establece que será la normativa interna de cada Estado Contratante la que determine en definitiva los criterios concretos de vinculación al EP.

La concreción de estas reglas en la normativa interna resulta importante puesto que permite evitar supuestos de elusión fiscal.<sup>29</sup> En esta línea, a fin

---

<sup>28</sup> García Prats, Francisco Alfredo. Obra citada, página 321.

<sup>29</sup> Véase este supuesto en los Comentarios al artículo 21.2 del Modelo OCDE. No

de evitar la elusión, algunas legislaciones como la de EEUU han incorporado expresamente en su normativa la prueba del factor material.<sup>30</sup>

## 5. Concepto de vinculación efectiva en otras fuentes de derecho

En primer lugar, debemos advertir que existen múltiples aportes de las más diversas fuentes de derecho que de alguna manera han hecho referencia al concepto de vinculación efectiva.

Así, por ejemplo, se sostiene que la exigencia de que el bien o derecho que genera el dividendo se encuentre vinculado efectivamente al EP no debe limitarse a los supuestos en los que las participaciones de las que deriven los dividendos “...*forme parte del activo contable y afecto del EP, sino también a todos aquellos en los que exista una vinculación real en la práctica, aunque no resulte de una propia vinculación jurídica...*”.<sup>31</sup>

En esta misma línea, el Tribunal Fiscal alemán ha concluido que la conexión entre los bienes y derechos que generan la renta y el EP es decisiva. Por su parte, conforme se desprende de los textos de los CDI celebrados por los Inglaterra y Francia, lo que debe examinarse es si el activo se encuentra vinculado con el EP no sólo formalmente sino también sustancialmente. Asimismo, doctrinarios alemanes entendieron el concepto de vinculación efectiva como *una relación tan cercana que el derecho extiende la fortaleza económica del EP*. En definitiva, las “holdings”, los préstamos, etc., deben servir los propósitos del EP para encontrarse vinculados efectivamente a éste.<sup>32</sup>

---

establece ninguna regla específica y da libertad a los Estados para introducir las mismas en su legislación interna o en el texto de los CDI. La elusión se puede dar en mayor medida respecto a la asignación de las rentas de capital habida cuenta de su fácil desplazamiento.

<sup>30</sup> García Prats, Francisco Alfredo. Obra citada, página 322. Dicho autor anota que de acuerdo con esta prueba deben imputarse al EP aquellas rentas que obtenga por llevar a cabo actividades relacionadas con la cesión, arrendamiento, licencia o cambio del que la renta o la ganancia deriva o bien por la realización de servicios significativos relativos a aquellas actividades. Sin embargo, no se atribuyen a un EP que simplemente desarrolle, cree, produzca o adquiera y añada valor sustancial a la propiedad que es arrendada, cedida o vendida, simplemente recaude las rentas derivadas de aquellas actividades, ejerza una supervisión general de las actividades y las personas encargadas de la recaudación y contabilización, funciones de oficina o simplemente de la aprobación final para la ejecución de la licencia, venta o arrendamiento.

<sup>31</sup> De Arespachoga, Joaquín. “Planificación Fiscal Internacional. Convenios de Doble Imposición. Estructuras fiscales. Tributación de no residentes.” Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2da Ed. Madrid, 1998. Página 253.

<sup>32</sup> Vogel, Klaus. Obra citada, página 568.

Vogel,<sup>33</sup> apunta que resulta difícil imaginar cómo un bien o derecho puede vincularse efectivamente a un EP de una manera distinta a la de formar parte de sus activos. Al respecto, el Tribunal Fiscal alemán ha señalado que este caso se da cuando la participación se encuentra funcionalmente vinculada con la actividad llevada a cabo en el EP y, por tanto, los beneficios de la tenencia de la participación parecen ser secundarios a los beneficios derivados del EP.

Para la legislación española, componen la renta imputable al EP los siguientes conceptos:

- a) Los rendimientos de las actividades o explotaciones económicas desarrolladas por dicho EP
- b) Los rendimientos derivados de elementos patrimoniales afectos al mismo.
- c) Las ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de los elementos patrimoniales afectos al mismo.

Asimismo, se consideran elementos patrimoniales afectos al EP los vinculados funcionalmente al desarrollo de la actividad que constituye su objeto.

Al respecto, parece exigirse con el concepto de vinculación funcional algo más que un mero registro contable entre los activos del EP, no debiendo impedir que, por ejemplo, los activos representativos de la participación en fondos propios de entidades, pudieran estar funcionalmente relacionados al EP, si los mismos sirven de alguna manera a la actividad desarrollada en España por el EP.<sup>34</sup>

Para la legislación de los EEUU,<sup>35</sup> los extranjeros no tributan por lo general sobre sus rentas de fuente extranjera. Sin embargo, para evitar abusos, la renta de fuente extranjera se considera vinculada efectivamente en los siguientes casos:

- (i) El extranjero (o su agente dependiente) debe tener un lugar fijo de

---

<sup>33</sup> Vogel, Klaus. *Idem*.

<sup>34</sup> Bistps Buiza, José Antonio. En: "Algunos aspectos problemáticos en la fiscalidad de no residentes." Doc. N°24/02. Documento de trabajo editado por el Instituto de Estudios Fiscales. Página.36. [http://www.ief.es/Publicaciones/Documentos/Doc\\_24\\_02.pdf](http://www.ief.es/Publicaciones/Documentos/Doc_24_02.pdf).

<sup>35</sup> Para revisar algunos antecedentes en la legislación interna de EEUU sobre definiciones al criterio de vinculación efectiva, véase Tillinghast, David R. *Tax aspects of international transactions*. International Economic Law. Copyright by Matthew Bender & Company, Inc. USA, 1980 Reprint. Part V. Páginas 274-280.

negocios en los EEUU.

- (ii) El lugar fijo de negocios debe representar un factor material en la generación de la renta de fuente extranjera y debe emplearse regularmente en actividades empresariales que produzcan el tipo de renta en cuestión.
- (iii) La renta de fuente extranjera debe ser cualquiera de las siguientes: regalías derivadas del uso de propiedad intangible en el exterior, dividendos o intereses derivados de la conducción activa de un negocio financiero o bancario en los EEUU o una compañía cuyo negocio principal sea comercializar con valores e instrumentos de deuda por cuenta propia.

Asimismo, la renta de fuente extranjera obtenida por un extranjero a través del esfuerzo material de un lugar fijo de negocios en EEUU constituye renta vinculada funcionalmente a la misma.<sup>36</sup>

Como puede apreciarse, se prestan innumerables situaciones en las que se puede ir delineando criterios comunes al de vinculación efectiva.<sup>37</sup> Estos criterios los podemos encontrar integrados en algunos CDI.

Un caso valioso de sistematización de este criterio lo podemos encontrar en diversos CDI celebrados por EEUU donde se desarrollan pautas más precisas para determinar el significado del concepto vinculación efectiva.

---

<sup>36</sup> Larkins R., Ernest, Obra citada, página 277.

<sup>37</sup> Adicionalmente, véase en Radhakishan, Rawal. Obra citada, páginas 41-43., los siguientes escenarios:

En el caso que un EP, a pesar de no ser su giro de negocio, actúe como custodio de certificados de acciones emitidos por una empresa situada en el mismo Estado a favor de la casa matriz del primero, las acciones no podrán ser contabilizadas en el balance general del EP, al ser éste un mero tenedor físico de dichos valores. Por lo tanto, en este caso no puede señalarse que las acciones formen parte del activo del EP.

Asimismo, aún cuando el actuar como custodio sea el giro de negocio del EP, dichas acciones no se encontrarán vinculadas efectivamente con el EP en la medida en que no han sido adquiridas para obtener ganancias en la forma de dividendos, ganancias de capital o de simple inversión estratégica.

Otro caso lo constituye la subsidiaria que opera además como un EP y distribuye dividendos a su matriz. En este supuesto, las acciones correspondientes se encuentran vinculadas efectivamente al EP debido a que la subsidiaria es un EP de su matriz y las acciones son de la subsidiaria.

Asimismo, si una subsidiaria declara dividendos en el mismo año en que su matriz configuró un EP por llevar a cabo una actividad similar a la que realiza la subsidiaria, resulta difícil sostener que las acciones de la subsidiaria se encuentran efectivamente vinculadas al EP.



Un modelo de ello lo constituye el artículo 8(6)(b) del CDI celebrado entre EEUU y Chipre:

*Para efectos de determinar si los bienes o derechos se encuentran vinculados efectivamente con un EP, los criterios a tomar en cuenta deben incluir si es que los bienes o derechos son utilizados en o tenidos para su utilización en la realización de una actividad comercial o industrial por medio de dicho EP y si es que las actividades realizadas a través de dicho EP constituyeron un factor relevante para la obtención de la renta derivada de dichos bienes o derechos. Para este propósito, debe atenderse al hecho de si es que dichos bienes o derechos o dicha renta fueron registrados contablemente por medio de dicho EP.*

Por lo tanto, se desprenden las siguientes pautas para determinar si existe vinculación efectiva entre la renta pasiva y el EP, pautas que en esencia no encontramos incompatibles con las contenidas en la legislación interna de los EEUU mencionadas líneas arriba:

- (i) los derechos o bienes deben emplearse o tenerse para ser empleados en las actividades empresariales del EP;
- (ii) el EP debe jugar un rol activo para efectos de la obtención de dicha renta, y
- (iii) los bienes o derechos, o la renta deben reconocerse en la contabilidad del EP.<sup>38</sup>

A nuestro entender, la primera pauta requiere que los activos generadores de las rentas pasivas deban estar destinados a promover la actividad empresarial del EP.

A manera de ejemplo, quedan comprendidas en este criterio las rentas derivadas de activos utilizados en una actividad comercial realizada por un residente en un Estado a través de una oficina en el otro Estado.<sup>39</sup>

En cuanto al segundo requisito, la actividad del EP debe constituir un factor determinante para la generación de la renta.

Así, esta prueba aplica a rentas que por lo general calificarían como pasivas pero que se obtienen directamente de una actividad empresarial. Por

---

<sup>38</sup> Véase en <http://www.irs.gov/pub/irs-trty/cyprtech.pdf> la explicación técnica al artículo 8.6(b) del CDI vigente entre EEUU y Chipre de 1984.

<sup>39</sup> Larkins R., Ernest, Obra citada, páginas 276-278.

ejemplo, la renta por intereses de un negocio de financiamiento, las primas de una compañía de seguros, las regalías de un negocio cuyo objeto principal es dar en licencia bienes intangibles, dividendos e intereses de un intermediario de valores mobiliarios, entre otros.<sup>40</sup>

En cuanto al tercer criterio, consideramos necesario que el activo en cuestión forme parte de los bienes del activo del EP, lo cual debe reflejarse en la contabilidad del mismo.

Este sería el caso de un EP cuyo objeto es otorgar financiamiento, puesto que la renta por intereses proviene de su actividad empresarial y las cuentas por cobrar correspondientes forma parte del activo del EP.<sup>41</sup>

Las pautas señaladas líneas arriba recogen gran parte de los criterios establecidos por distintas fuentes del derecho, por lo que resulta válido que aquellos Estados que pretendan establecer estándares para definir el criterio de vinculación efectiva, evalúen la conveniencia de adoptarlas oficialmente.

## **6. El criterio de vinculación efectiva y la legislación peruana**

El artículo 7 del MCOCDE, además de contemplar reglas distributivas de la competencia tributaria, contiene determinados criterios de atribución que, aún necesitando el concurso de la legislación interna, configuran tanto el reparto de la competencia sobre el poder tributario de los Estados respecto a las rentas empresariales, como el modo en que deben ejercer su competencia, al contemplar sus requisitos esenciales.<sup>42</sup>

Dado que nuestra legislación interna no concurre con el artículo 7 del MCOCDE para definir el criterio de vinculación efectiva, dicho vacío regulatorio dificulta la correcta atribución de rentas a un EP.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> Radhakishan, Rawal. Obra citada, página 43.

<sup>42</sup> García Prats, Francisco Alfredo. Obra citada, página 325.

<sup>43</sup> Respecto a los problemas que ocasiona la obsoleta e insuficiente regulación en el régimen tributario de no domiciliados por nuestra legislación interna véase a Zuzunaga, Fernando. Conflicts in the attribution of income to a person. En: Cahiers de droit fiscal international, Volume 92b, International Fiscal Association, 2007 Kyoto Congress, Subject 2. Páginas 511-536. Dicho autor, textualmente afirma: "In Peruvian domestic law there are no specific rules for tax treaties that allow clarifying: (a) to whom the income must be attributed; (b) who is the holder of the tax credit; and (c) who is the authorized person who may claim the application of the tax treaty. Nor is there any case law issued by the tax court or the judiciary containing criteria, principles or definitions of the subject." Críticas a similares vacíos en la le-

Existe un pronunciamiento de la Autoridad Tributaria peruana,<sup>44</sup> en el que parece haber interpretado que el criterio de fuerza de atracción global se encuentra recogido en la legislación interna. No obstante, de acuerdo a la legislación interna, los EP se rigen por el principio de entidad separada, siendo considerados personas jurídicas independientes para efectos del impuesto a la renta (Artículo 14(h) de la Ley del Impuesto a la Renta vigente). No existe en la legislación interna disposición alguna que autorice la aplicación (a nuestro modo de ver, excepcional) del principio de fuerza de atracción, debiendo primar el principio de vinculación efectiva.

En esta misma línea, García Prats<sup>45</sup> aboga por la preferencia del criterio de vinculación efectiva en el sentido que:

*“La adopción del principio de vinculación efectiva en perjuicio de la fuerza de atracción constituye un dato evolutivo interesante en la delimitación de las reglas de atribución de rendimientos en el derecho internacional tributario. La adopción del criterio de vinculación efectiva supone un notable avance en favor de una distribución equitativa de las competencias tributarias entre los Estados, en la medida en que ésta (sic) atribución demanda una relación causal entre las actividades llevadas a cabo por el establecimiento permanente y la renta que resulta gravada en el país de la fuente. Se evita al mismo tiempo que una diferencia de hecho no relacionada por la actividad provoque un tratamiento jurídico completamente distinto, lo que ocurre con el sistema de la vis atractiva en relación con las actividades realizadas sin establecimiento permanente.*

*Al mismo tiempo se profundiza en la caracterización personal y no real del establecimiento permanente. La relación directa de las rentas con el centro de imputación en que se constituye el establecimiento permanente es la que preside las reglas de imputación, y*

---

gislación interna también son abordadas por Zegarra Vilchez, Juan Carlos. La responsabilidad de los agentes de retención en el caso de los servicios temporales del exterior que califican como establecimientos permanentes de acuerdo con los convenios para evitar la doble imposición. En: Los sujetos pasivos responsables en materia tributaria. IX Jornadas Nacionales de Derecho Tributario. Instituto Peruano de Derecho Tributario. Páginas 343-367.

<sup>44</sup> Véase al respecto el Oficio N° 021-2000-KC0000, del 15 de marzo de 2000 emitido por la Autoridad Tributaria peruana dando respuesta a una consulta formulada por el Ministerio de Salud. Si bien no queda del todo claro, la Administración pareciera haber asumido que se trata de actividades desarrolladas en el Perú por una empresa no domiciliada sin importar si se encuentran vinculadas efectivamente a su sucursal o no.

<sup>45</sup> García Prats, Francisco Alfredo. Obra citada, páginas 324-325.

*no la relación territorial o real de la empresa no residente con el país en el que actúa. Se consigue, por tanto, una asimilación de la función del instituto del establecimiento permanente con la de la residencia fiscal, en tanto ambos quedan configurados como centros de imputación personal de la imposición sobre la renta societaria.”*

En esta línea, de acuerdo a los Comentarios al artículo 7(1) del MCOEDE, el derecho de imposición del Estado donde se sitúa el EP no se extiende a los beneficios que la empresa pueda obtener en ese Estado por otros medios. Así, para gravar los beneficios que una empresa extranjera obtiene en otro Estado, la Administración Tributaria de éste debe considerar separadamente las diversas fuentes de los beneficios que la empresa obtiene en el mismo y aplicar a cada una de ellas el criterio del EP. Esta consideración permite una administración simple y eficaz y responde mejor a una práctica normal de negocios en la que no se exija información excesiva a las empresas extranjeras.<sup>46</sup>

En el caso de la legislación peruana, resulta más natural aceptar la aplicación del criterio de vinculación efectiva para atribuir rentas a los EP a partir de la normativa que establece el poder de imposición sobre las rentas de actividades que se desarrollan en un lugar fijo de negocios, cada uno de los cuales constituye una persona jurídica independiente. Ello, aunado al hecho que no existe disposición alguna que obligue a atribuirle todas las rentas de fuente peruana generadas por su matriz y que no guarden una relación funcional con el EP, debiendo en esos casos tributar la matriz en función a sus rentas brutas (vía retención en la fuente), claro está, en caso no configure la existencia de un EP adicional.

Resulta curioso que a pesar de lo expuesto, en el Perú los EP se consideran personas jurídicas domiciliadas en el país y aún se encuentran sujetos a imposición sólo sobre sus rentas de fuente peruana (artículos 7 (e) y 6 de la misma ley), lo que puede llevar a sostener que prima una suerte de principio de vinculación efectiva “limitado”. Esto no ocurre en muchos países como España, donde, de acuerdo a la legislación interna, los EP tributan sobre sus rentas de fuente mundial.<sup>47</sup> De igual manera, en el caso de EEUU, los no residentes tributan sobre sus rentas de fuente estadouni-

---

<sup>46</sup> Párrafos 5, 8, 9 y 10 de los Comentarios al artículo 7(1) del Modelo OCDE.

<sup>47</sup> Véase Bustos Buiza, José Antonio. Obra citada, página 36. Dicho autor señala: “Una vez determinada la posibilidad de España de gravar las rentas procedentes del exterior que sean atribuibles al establecimiento permanente, debe analizarse si se permitirá al establecimiento permanente deducir al (sic) doble imposición que se produce cuando la renta procedente del extranjero haya estado sometida a tributación en ese Estado extranjero.”

dense únicamente, salvo que generen rentas efectivamente vinculadas a un lugar fijo de negocios.<sup>48</sup>

En el Perú, la diferencia entre aplicar el método de fuerza de atracción y el de vinculación efectiva radicaría en que en el primero, si bien se incluye la posibilidad de someter a imposición a rentas de fuente peruana no vinculadas efectivamente al EP (sean o no similares a las actividades que realiza el EP) se estaría excluyendo la posibilidad de gravar las rentas de fuente extranjera vinculadas efectivamente al EP. Sin embargo, como vimos, la legislación peruana excluye la posibilidad de someter a imposición a las rentas de fuente extranjera de los EP, así se hayan derivado de actividades vinculadas efectivamente al EP. Por tanto, en cualquiera de los dos casos, la legislación interna peruana estaría propiciando una pérdida en la recaudación.<sup>49</sup>

Por lo tanto, urge que la legislación peruana evite propiciar estas prácticas elusivas incluyendo la posibilidad de someter a imposición aquellas rentas de fuente extranjera efectivamente vinculadas a un EP.

El mismo problema fue abordado en los EEUU en 1966 y luego en 1986, tema que se solucionó con la correspondiente modificación de su legislación interna.<sup>50</sup>

Así, pues, la inclusión del gravamen a los EP sobre rentas de fuente mun-

---

<sup>48</sup> Larkins R., Ernest, "U.S. Income taxation of Foreign Parties: A Primer", 26 Syracuse J. Int'l L & Com 1, 9-11 (1998). En: "Foundations of International Income Taxation" By Michael Graetz. Foundation Press, New York, 2003. Página 277.

<sup>49</sup> En esta línea, Larkins R., Ernest. Idem. También García Prats, Francisco Alfredo. Obra citada, página 326. Este último autor afirma: "Otro de los argumentos favorables a la extensión de la obligación tributaria del establecimiento permanente a las rentas mundiales del mismo y no únicamente a las rentas obtenidas materialmente en el territorio del Estado de situación deriva de la necesidad de evitar el fraude fiscal internacional."

<sup>50</sup> García Prats, Francisco Alfredo. Obra citada, páginas 326-327. En cuanto a las razones que llevaron a los EEUU a variar su legislación interna para gravar las rentas de fuente extranjera atribuibles a un lugar fijo de negocios situado en EEUU, dicho autor cita el siguiente caso: "Una sociedad establecida en un país que aplicaba para sus entidades residentes la regla de la territorialidad, exceptuando de gravamen la renta obtenida en el extranjero a través de un establecimiento permanente. El establecimiento permanente de estas sociedades situado en los Estados Unidos -generalmente una oficina de ventas- se dedicaba a realizar operaciones con el exterior, generalmente con un país con nula tributación. Atendiendo a esa circunstancia el legislador americano entendió que la renta obtenida a través del lugar de negocios o del establecimiento permanente en los Estados Unidos debía considerarse efectivamente vinculada al mismo. Para ello esta renta se consideraba ficticiamente como de fuente americana."

dial buscó evitar el aprovechamiento de un Estado -con poder de imposición territorial limitado sobre entidades no residentes- como una especie de paraíso fiscal para las operaciones internacionales llevadas a cabo por medio del mismo.<sup>51</sup>

Dicha modificación normativa consideró la potencial pérdida recaudatoria derivada del tratamiento diferenciado de las sociedades residentes y los EP por parte del ordenamiento interno. Con el fin de eliminar esta situación discriminatoria se acordó atribuir determinadas rentas generadas en el extranjero al EP situado dentro del territorio de EEUU en función de su vinculación efectiva, considerando que se habían obtenido en su territorio.<sup>52</sup>

Por último, esta postura es compartida por García Prats, quien sentencia:

*“Debe ponerse de manifiesto finalmente que, en la medida en que las situaciones de utilización abusiva de los Convenios y las legislaciones internas y la atribución ficticia de derechos o propiedades generadores de rentas no afecta en exclusiva a la determinación de los rendimientos del establecimiento permanente, el criterio de vinculación efectiva podría utilizarse en un ámbito más amplio para la correcta asignación de rentas empresariales a nivel internacional. En este sentido, la asignación internacional de rentas de carácter empresarial conforme a un criterio de vinculación económica efectiva debería afectar no sólo a la imputación de rendimientos al establecimiento permanente sino a la asignación tributaria de rendimientos en el seno de los grupos y empresas multinacionales”.*<sup>53</sup>

### III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. En el Marco del MCOUDE, si el activo que genera la renta se encuentra efectivamente vinculado al EP entonces la renta será gravada como beneficio empresarial y el Estado de la fuente ejercerá pleno derecho de imposición. En caso contrario, el derecho del Estado de la fuente se limita con la tasa máxima establecida para la renta pasiva.

---

<sup>51</sup> Larkins R., Ernest, Obra citada, página 277. Este autor reconoce que no se tributaba en los EEUU (país donde se situaba el EP) ni en el Estado donde se situaba la fuente pues el beneficiario no tenía un EP en este último, ni en el Estado donde residía el beneficiario (por ejemplo, porque derivaba de fuentes extranjeras). Por tanto, los beneficios no eran gravados en ninguna jurisdicción.

<sup>52</sup> García Prats, Francisco Alfredo. Obra citada, página 327.

<sup>53</sup> Idem. Página 322.

2. Los beneficios empresariales del EP son gravados sobre renta neta, por lo que en principio se permite la deducción de los gastos necesarios realizados para los fines del EP. A diferencia de ello, los dividendos, intereses y regalías se encuentran gravados sobre la base de la renta bruta. En cada caso en concreto se determinará si la aplicación de uno u otro supuesto implica una mayor o menor recaudación para cada Estado.
3. Determinar cuándo la renta pasiva debe regirse bajo el artículo 7 y cuándo bajo el 10, 11 ó 12 del Modelo Peruano, reviste la máxima importancia puesto que las consecuencias de aplicar una u otra norma son sustancialmente distintas.
4. A efectos de determinar cuándo la renta pasiva se encuentra gravada en el Estado de la fuente conforme al artículo 7 del Modelo Peruano, debe establecerse primero si el bien o derecho que la genera se encuentra vinculado efectivamente al EP. Para ello, dicho bien o derecho debe formar parte de los activos del EP o debe encontrarse vinculado a él de cualquier forma (concepción funcional).
5. Para establecer si existe vinculación efectiva entre la renta pasiva y el EP, los derechos o bienes deben emplearse o tenerse para ser empleados en las actividades empresariales del EP; el EP debe jugar un rol activo para efectos de la obtención de dicha renta; y los bienes o derechos, o la renta deben reconocerse en la contabilidad del EP.
6. Siendo altamente recomendable que el Estado peruano oficialmente adopte pautas objetivas para definir el criterio de vinculación efectiva, debe considerar evaluar la conveniencia de tomar como referencia las pautas señaladas en la conclusión inmediata anterior.
7. En el marco del MCOCDE y de la legislación peruana sólo cabe imputar al EP las rentas efectivamente vinculadas al mismo, habiéndose dejado de lado el criterio de fuerza de atracción.
8. El EP debe considerarse como un centro de imputación de rentas de carácter personal, al que le son atribuibles ingresos y gastos en virtud a su vinculación efectiva al mismo con arreglo a unos criterios que respondan a la realidad económica de la actividad llevada a cabo en ese centro de imputación.
9. La legislación peruana contiene una versión limitada del criterio de vinculación efectiva, puesto que los EP no pueden tributar sobre las rentas de fuente extranjera efectivamente vinculadas a los mismos.

10. Para alcanzar una correcta asignación del poder impositivo, y en aras de los principios de equidad y neutralidad, la legislación peruana debe evitar propiciar prácticas elusivas, incluyendo la posibilidad de someter a imposición aquellas rentas de fuente extranjera efectivamente vinculadas a un EP situado en el Perú.