

Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional

Por Renée Antonieta Villagra Cayamana¹

1. Introducción

La globalización y la consiguiente integración internacional, sumadas al progreso tecnológico, han afectado la capacidad de recaudación de los estados y la distribución de la carga impositiva. En tal sentido, en la actualidad todos los países, en mayor o menor medida, incluyen en sus ordenamientos jurídicos normas contra la elusión fiscal.

Por su parte, estas medidas pueden ser de carácter general, o de carácter específico. Dentro del último grupo, hasta hace muy poco, se ubicaban como medidas defensivas unilaterales para solucionar o enfrentar los problemas derivados de la fuga o deslocalización de bases imponibles²:

- La transparencia fiscal internacional.
- Las operaciones de vinculadas y los precios de transferencia.
- La subcapitalización.
- Los “exit tax” o impuestos de salida³.

Hoy en día, esta gama se ha extendido al FATCA -iniciales del *Foreign Account Tax Compliance Act*⁴- régimen muy criticado y cuestionado por temas de soberanía que obliga a las entidades financieras no estadounidenses a llegar a acuerdos con el Servicio de Impuestos Internos de los Estados Unidos (IRS) para proporcionarle información relevante respecto a las cuentas financieras mantenidas por sus ciudadanos⁵.

En el presente trabajo se analiza las medidas antielusivas en la fiscalidad internacional contempladas en la legislación comparada, enfatizando en el tratamiento otorgado por los países de la región.

Para un adecuado análisis se recurre a la doctrina, incluyendo fuentes de mucha actualidad, entre otras la nueva versión del Modelo de Convenio para evitar la doble

¹ L.L.M. en Tributación por la Universidad de Florida. Docente de la Maestría en Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Consultora en Tributación Internacional y Precios de Transferencia.

² Eduardo Sanz Gadea, desde la perspectiva española incluye dentro de estas medidas a la fiscalidad de las instituciones de inversión colectiva extranjeras. Sanz Gadea, Eduardo. Transparencia Fiscal Internacional. Manual de Fiscalidad Internacional. IEF 2004. Página 619.

³ En el Congreso de la Asociación Fiscal Internacional (IFA) llevado a cabo en Roma el año 2010 se identifican como las medidas antiabuso más frecuentes a los “exit taxes”, los regímenes CFC y a las reglas de subcapitalización. Cahiers de droit fiscal international. Volumen 95^a. Reporte General, elaborado por Van Weeghel sobre “*Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*”, Sdu Uitgeversm The Hague, Holanda, página 23.

⁴ [http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Foreign-Account-Tax-Compliance-Act-\(FATCA\)](http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Foreign-Account-Tax-Compliance-Act-(FATCA))

⁵ El profesor Lawrence Lokken sostiene que el único objetivo es la obtención de información de los contribuyentes norteamericanos con inversiones fuera de su país y no la aplicación de la retención del 30% ante el incumplimiento. Ponencia sobre el FATCA en el Seminario de Tributación Internacional organizado por IFA Chile y la Universidad de Florida en Santiago de Chile el 23 de mayo de 2012.

imposición de la Organización de las Naciones Unidas, en adelante ONU; así como su Manual Práctico de Precios de Transferencia para países de vías de desarrollo publicado el 2013, los reportes de los últimos Congresos de la Asociación Fiscal Internacional IFA, incluyendo el reciente llevado a cabo en agosto del 2013 en Copenhague; así como el novedoso Plan de Acción BEPSA (*Base Erosion and Profit Shifting*) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, en adelante OCDE.

Considerando que las operaciones entre partes vinculadas o empresas asociadas ha sido objeto de numerosos estudios, he visto por conveniente analizar en profundidad el régimen de la transparencia fiscal internacional; para después aludir al régimen de precios de transferencia y finalmente a la subcapitalización enfatizando su tratamiento en los países latinoamericanos.

Finalmente cabe señalar que si bien existe una amplia gama de medidas unilaterales que las legislaciones han adoptado con relación a los países de baja o nula imposición, cabe señalar que las más importantes están relacionadas con la transparencia fiscal internacional que está directamente vinculada a este tipo de países, al igual que el régimen de precios de transferencia. Finalmente se expondrá el problema de la subcapitalización de las empresas y las reglas que los países han incorporado en sus legislaciones para afrontarla.

2. La transparencia fiscal internacional o reglas CFC⁶

El régimen de transparencia fiscal internacional (TFI), conocido como CFC por las iniciales en inglés de *Controlled Foreign Corporation*, no constituye una medida novedosa en el mundo, por el contrario, su origen se remonta a más de medio siglo atrás cuando en 1962 en Estados Unidos se introduce la Subparte F del Código de Rentas Internas (Sección 951). En aquella oportunidad, el Comité del Senado norteamericano sustentó la introducción de tales reglas en el diferimiento de las rentas de fuente extranjera obtenidas por sus residentes en “paraísos fiscales”, en tanto éstas no eran gravadas en su país sino hasta que los dividendos fueran recibidos por las matrices norteamericanas o por sus accionistas⁷.

Con posterioridad, tal régimen, que no está exento de cuestionamientos de orden constitucional y de soberanía, con diversos matices fue adoptado por muchos países, principalmente por los desarrollados, industrializados⁸ y exportadores de capital. En Latinoamérica el régimen de transparencia fiscal internacional está recogido por la ley en Argentina, Brasil, México, Perú, Uruguay y Venezuela.

De acuerdo al Glosario de términos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, en adelante OCDE⁹, la legislación CFC está diseñada

⁶ Basado en la Investigación: “Análisis crítico del régimen de transparencia fiscal internacional vigente en el Perú a partir del 2013”. Revista THEMIS 64, PUCP. Lima – Perú, páginas 51-81. Enero 2014.

⁷ Así lo reconoció el Comité de Finanzas del Senado de Estados Unidos en la Explicación General de su Reforma de 1987, citado por Bittker, Boris y Lokken, Lawrence. *Fundamentals of International Taxation*. Segunda Edición. Warren, Gorham y Lamont. Boston 1997. Página 68.27.

⁸ Cosín Ochaita califica a este régimen como “*formula muy potente y generalizada en los países industrializados*”. En *Fiscalidad de los Precios de Transferencia*. CISS Wolters Kluwer España S.A. Valencia, España 2007. Página 240.

⁹ <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>

usualmente para combatir el refugio de las utilidades de las compañías residentes en jurisdicciones de baja o nula imposición. Una de las características esenciales de tales regímenes es que atribuyen una proporción de la renta refugiada en tales compañías a los accionistas residentes en el país y que, generalmente, sólo ciertos tipos de renta caen en el ámbito de la legislación CFC, como por ejemplo las rentas pasivas tales como dividendos, intereses y regalías.

La misma OCDE en su conocido Reporte *Harmful Tax Competition – An emerging Global Issue* publicado el año 1998, emitió como su primera recomendación para hacer frente a los países o territorios de baja o nula imposición, la adopción de reglas CFC. Es preciso notar que la segunda recomendación de la OCDE, a efecto de contrarrestar las prácticas que constituyen competencia tributaria dañina, fue que los países consideren la adopción de las reglas de Fondos de Inversión Extranjera o *Foreign Investment Funds*¹⁰ o FIF.

El razonamiento tras la sugerencia es que las reglas CFC se aplican solamente a empresas extranjeras controladas por accionistas residentes que tienen un interés significativo en la empresa (por ejemplo el 10% o más); no obstante en la práctica es posible diferir el impuesto adquiriendo acciones en fondos mutuos que pertenecen a una amplia cantidad de propietarios, los cuales no son controlados por un grupo pequeño de accionistas residentes, ni en los que los accionistas residentes poseen un interés significativo. En tal situación los residentes no serían sujetos a las reglas CFCs.

Por su parte, en el Congreso de la Asociación Fiscal Internacional (IFA) llevado a cabo en Roma el año 2010 se reconoce a la legislación CFC como el régimen más difundido y frecuente para el tratamiento de la renta “*off shore*” de las compañías base; y se identifica un gran número de elementos comunes en las distintas legislaciones, al igual que a las reglas vinculadas a los “*exit taxes*” y a la subcapitalización¹¹.

En general uno de los objetivos originales del régimen de TFI es evitar el beneficio del diferimiento de las rentas de fuente extranjera; no obstante, en la actualidad el régimen se ha abierto a más supuestos, en tanto se parte de la presunción de que la localización de rentas a través de entidades residentes en países de baja imposición y que no derivan de actividades económicas, se debe al deseo de localizar artificialmente beneficios y rendimientos en países de baja imposición¹².

Se considera que la motivación para generar renta móvil a través de corporaciones extranjeras, en lugar de corporaciones domésticas, se justifica frecuentemente en los beneficios tributarios que se esperan conseguir utilizando tales vehículos corporativos foráneos; en tal sentido, desde la perspectiva del Estado resulta justificado eliminar los beneficios tributarios de esa transacción, colocando en la misma situación a las opciones de inversión nacional y foránea a través de las reglas CFC, fomentando así el uso del capital de forma más eficiente¹³.

¹⁰ OCDE. *Harmful Tax Competition – An emerging Global Issue*. Paris, 1998. Páginas 42 y 43.

¹¹ Cahiers de droit fiscal international. Volumen 95^a. Reporte General del Congreso de la Asociación Fiscal Internacional (IFA) llevado a cabo en Roma el año 2010, elaborado por Van Weeghel sobre “*Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*”, Sdu Uitgeversm The Hague, Holanda, páginas 23 y 24.

¹² “Todo Fiscal 2012”. Impuesto sobre Sociedades. España, Madrid. Página 1480.

¹³ Así lo reconoció el Congreso de Estados Unidos en la Explicación General de su Reforma de 1987, citado por Bittker, Boris y Lokken, Lawrence. *Taxation of Income, Estates and Gifts*. 1999 Cumulative Supplement N° 3 Text. Warren, Gorham y Lamont. Boston 1999. Página S67A-2.

A nivel internacional, los diferentes países que han adoptado la legislación de transparencia fiscal internacional, continuamente la modifican y perfeccionan, por ejemplo en Estados Unidos constituye uno de los temas de debate permanente, incluso a nivel político¹⁴. Otro ejemplo lo constituye el Reino Unido donde las últimas modificaciones en el régimen de las CFC se llevaron a cabo con el único propósito de facilitar las adquisiciones y fusiones con entidades extranjeras, con el fin de elevar la competitividad de sus empresas¹⁵. Entre ellas, cabe resaltar la incorporación de la Exención a Territorios Excluidos (ETE)¹⁶ bajo cuyo sistema simplificado se excluye del tratamiento de CFC a Australia, Canadá, Francia, Alemania, Japón y Estados Unidos.

Por su parte, es preciso notar en el contexto internacional, como uno de los recientes acontecimientos vinculados a las reglas CFC, que su flexibilización respecto a intereses responde en gran medida al requerimiento de liquidez por parte de los diferentes Estados. En tal sentido, en cuanto a la ficción de gravar los intereses otorgados por una CFC como renta de fuente propia, en la actual coyuntura internacional de crisis crediticia y financiera, entran en conflicto dos intereses del Estado, por un lado la necesidad de atraer capital o liquidez a los Estados el cual se materializa a través de préstamos provenientes de partes vinculadas de paraísos fiscales, y por otro, la urgencia de desalentar las inversiones fuera del Estado tratando de someterlos a gravamen según las reglas de la transparencia fiscal.

Tal conflicto generó, entre otros, que el Servicio de Rentas Internas de Estados Unidos (IRS) en octubre de 2008 emitiera una norma para “facilitar la liquidez” flexibilizando los períodos en los que los intereses por créditos de corta duración procedentes de CFC a su empresas vinculadas en Estados Unidos no se consideraban como renta gravada (como si hubiesen sido repatriados), en tal sentido, el período de 60 días (Notice 2008-91, I.R.B. 2008-43) en el que no operaba la ficción de considerarlo gravado fue extendido a 180 días¹⁷.

Respecto a la tendencia mundial del régimen de las CFC, cabe resaltar el Caso *Cadbury Schweppes* en cuyo fallo la Corte de Justicia de la Unión Europea negó la consideración como renta de fuente Británica a la procedente de subsidiarias que operaban en Irlanda dentro del régimen de las Centro Internacional de Servicios Financieros (IFSC) de Dublín. Tal fallo fue interpretado como una manifestación de que las reglas CFC no empeorarían en el futuro en la Unión Europea¹⁸; no obstante, es preciso notar que la Corte indicó que podrían aplicarse las reglas CFC para “arreglos totalmente artificiales”, resaltando que en el caso *Cadbury Schweppes* la empresa contaba con infraestructura, maquinaria y personal.

Al respecto, el Reporte General del Congreso de la Asociación Fiscal Internacional (IFA) del 2010 da cuenta que las legislaciones de algunos países, entre ellos Dinamarca, Alemania y Portugal, fueron modificadas como consecuencia del fallo

¹⁴ Willens, Robert. “*Unchecking the Box*” Could Lead to Fierce Debate. The Economist.com. 2009. <http://lexisnexis.com>.

¹⁵ El detalle de la propuesta de modificaciones se encuentra en http://www.hm-treasury.gov.uk/d/corporate_tax_reform_part3a_cfc_interim_improvements.pdf

¹⁶ Excluded Territories Exemption (ETE). http://www.hm-treasury.gov.uk/controlled_foreign_companies.htm

¹⁷ Willens, Robert. “*Court Precedent Looms over IRS “Crisis” Fix*”. The Economist.com. 2008. <http://lexisnexis.com>.

¹⁸ O’Brien, Conor. “*Carbury ruling saved our tax regime*”. The Irish Times 2006. <http://lexisnexis.com>.

antes citado; no obstante, se plantea la interrogante de si las enmiendas son suficientes para conciliar la libertad de establecimiento con las reglas CFC¹⁹.

Entre las críticas al régimen de transparencia fiscal se encuentra su complejidad difícilmente justificable, así como la incertidumbre jurídica originada por la apertura del régimen a cada vez más supuestos²⁰. También se ha calificado al régimen como injusto, por obligar al contribuyente a tributar por una renta que aún no ha percibido²¹ y se le responsabiliza, en cierta medida, por la “desaparición” de las matrices antes situadas en los países exportadores de capital.

Respecto a lo antes afirmado, cabe señalar que el fenómeno de empresas “invertidas o revertidas” (*inverted companies*) ha crecido notablemente en los últimos años, ocasionando que se deje de tributar por la aplicación de las reglas CFC en circunstancias en las que procedería el gravamen a los dividendos u otras rentas (figura del *de-controlled* de CFC). Las empresas invertidas o revertidas son aquellas que originalmente tenían matrices situadas países desarrollados que gravan las rentas de fuente mundial y que aplican las reglas CFC y que por efecto de la inversión o reversión (entendida como modificación o transformación) dejan de tener la obligación de tributar por tales rentas²².

El Plan de Acción BEPSA *Base Erosion and Profit Shifting* diseñado y publicado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) recientemente (2013) ha identificado al fortalecimiento de las reglas CFC como la tercera (de un total de quince) acción prioritaria para luchar contra la erosión de las bases tributarias y el desvío de utilidades; igualmente considera que el trabajo para limitar la erosión de las bases vía intereses y otros pagos financieros debe ser coordinado con las reglas CFC²³.

No obstante la reciente posición de la OCDE, en el Congreso de la Asociación Fiscal Internacional llevado a cabo en Copenhague en agosto de 2013, que trató el tema del gravamen de las rentas pasivas de los grupos empresariales, se llegó a una conclusión muy interesante, y quizás no novedosa para los países que cuentan con la legislación CFC hace tiempo, y es que si bien la citada legislación tiene el objetivo de prevenir la elusión fiscal, raramente es aplicada en la práctica²⁴.

El RTFI es de aplicación a los contribuyentes propietarios de entidades controladas no domiciliadas (ECND) respecto a sus rentas pasivas obtenidas en países de baja o nula

¹⁹ Cahiers de droit fiscal international. Volumen 95^a. Reporte General del Congreso de la Asociación Fiscal Internacional (IFA) llevado a cabo en Roma el año 2010, elaborado por Van Weeghel sobre “*Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*”, Sdu Uitgeversm The Hague, Holanda, páginas 30 y 55.

²⁰ Rosembuj, Tulio. Fiscalidad Internacional. Instituto de Fiscalidad Internacional. Marcial Pons. 1998. Madrid. Página 65.

²¹ Altamirano, Alejandro. Transparencia Fiscal Internacional. Revisa del Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT) Vol. N° 43, Agosto 2005. Página 34.

²² Kun Orsolia realiza un análisis exhaustivo de la inversión o reversión de empresas; así como de sus modalidades, en el artículo “*Corporate Inversions: The interplay of tax, corporate, and economic implications*” publicado en el Delaware Journal of Corporate Law, el año 2004. <http://lexisnexis.com>.

²³ OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>
<http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>

²⁴ Wiman, Dahlberg. Reporte General del Congreso del 2013 llevado a cabo en Copenhague “The taxation of foreign passive income for groups of companies”. Cahiers de droit fiscal international. Volumen 98a. Página 55.

imposición, siempre que se encuentren sujetos al Impuesto a la Renta por sus rentas de fuente extranjera. La consecuencia del RTFI es el gravamen de las rentas imputadas de entidades no domiciliadas, incluso en los casos en los que tales rentas no son distribuidas.

Usualmente las rentas de fuente extranjera provenientes de la explotación de un negocio o empresa en el exterior se imputan al ejercicio gravable en que se perciban; sin embargo bajo el régimen de TFI, se observan dos consecuencias, la desconsideración de la sociedad o ente del extranjero y el gravamen de las rentas generadas por la entidad del extranjero, aunque no hayan sido percibidas por sus propietarios.

Conforme lo explica Rosembuj, el régimen de transparencia fiscal desmonta la heterogeneidad subjetiva entre la sociedad no residente y sus socios, desencadenando como efecto principal la imputación directa del beneficio obtenido a la matriz²⁵. Adicionalmente, el otro efecto igualmente importante, es, precisamente, considerar como percibidas en todos los casos, las rentas generadas por la entidad del extranjera.

En cuanto a la propiedad requerida de contribuyentes residente, el régimen establece que se entiende que la ECND es de propiedad de un contribuyente domiciliado en el país, por sí solo o conjuntamente con sus partes vinculadas domiciliadas en el país, cuando tengan una participación, directa o indirecta, ascendente a más del ciento (50%) del capital o en los resultados de dicha entidad, o de los derechos de voto en ésta.

Esta diversidad de criterios (porcentaje del capital, de los resultados, de los derechos de voto, o de una opción de compra de participación) se debe a la variedad de entidades no domiciliadas que pueden existir, en tanto es posible, por ejemplo, no contar con participación en el capital o derecho a voto, y sin embargo participar en los resultados, o a la inversa.

En Estados Unidos, por ejemplo, en virtud a la sección 951 b) del Código de Rentas Internas, se considera que una empresa extranjera²⁶ constituye una Compañía Extranjera Controlada (CFC) si más del 50% de sus acciones son de propiedad de accionistas norteamericanos; no obstante esta última calidad la poseen sólo las personas norteamericanas que son propietarias de por lo menos 10% del accionariado, directa, indirectamente o por ficción.

La legislación española no sólo requiere una participación igual o superior al 50 % en el capital, los resultados o los derechos de voto de la entidad no residente en territorio español, en la fecha del cierre del ejercicio social de esta última; sino que la participación igual o superior al 50% se aplica a “los fondos propios”, en la fecha del cierre del ejercicio social de esta última. Los rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, están considerados como rendimientos íntegros del capital mobiliario y constituye un concepto previamente definido por su ley²⁷.

²⁵ Rosembuj, Tulio. *Fiscalidad Internacional*. Instituto de Fiscalidad Internacional. Marcial Pons. 1998. Madrid. Páginas 63 y 64.

²⁶ En virtud a la Sección 7701 (a)(5) del Código de Rentas Internas, una empresa se considera extranjera si se ha organizado bajo la legislación de una jurisdicción distinta a la de los Estados Unidos de Norteamérica, un Estado de Estados Unidos o el distrito de Columbia.

²⁷ Artículo 23 de la LIRPF..

Con relación a los criterios que determinan la existencia de control en la legislación española, José Rodríguez Ondarza y Juan José Rubio Guerrero señalan que el criterio que primaría sería el de la participación en los resultados frente a los fundamentados en la participación en el capital, los fondos propios o los derechos de voto, los cuales constituirían criterios subsidiarios²⁸.

La legislación española prevé que la renta se atribuye al ejercicio gravable en que la entidad no residente concluye su ejercicio social, que a estos efectos no podrá tener una duración superior de doce (12) meses; excepto el caso en que opta por imputarlos al período de aprobación de las cuentas, siempre que no hayan transcurrido más de seis (6) meses de la conclusión del mismo y se mantenga esta opción por tres años.

En algunos países se otorgan exclusiones con el ánimo de fomentar alguna conducta, en el caso particular de Israel, a efecto del cómputo del porcentaje mínimo de tenencia, las posesiones de inmigrantes nuevos o residentes senior de regreso no se toman en cuenta²⁹.

Para evaluar la propiedad requerida para configurar una ECND se toma en cuenta al contribuyente solo o en conjunto con sus partes vinculadas o empresas asociadas.

El efecto de la TFI es que las rentas netas pasivas que obtengan las ECND sean atribuidas a sus propietarios residentes. En tal sentido, los propietarios domiciliados, a quienes se les atribuye la renta, se encuentran en la obligación de incluir la misma en la base imponible del impuesto a la renta y de tributar por ella en su declaración jurada anual. Al respecto cabe señalar que en España, la normatividad es clara en tanto prescribe expresamente que los sujetos pasivos “*incluirán en su base imponible la renta positiva obtenida por una entidad no residente en territorio español (...)*”³⁰.

Es preciso notar que el control no está exclusivamente vinculado al poder de voto, sino también, por ejemplo al valor de la participación; así lo reconoció la legislación norteamericana que recién el año 1986 se modificó para incorporar como criterio para identificar el control al valor, con el objetivo de disminuir las posibilidades de manipulación³¹.

Los efectos de la TFI son dos, por un lado la desconsideración de la sociedad o ente del extranjero y, por el otro, el gravamen de las rentas generadas por la entidad del extranjero, aunque no hayan sido percibidas por sus propietarios; procede analizar la situación del establecimiento permanente.

En España aparentemente el tema no amerita discusión ya que su legislación requiere, a efecto ser incluidos en el régimen de transparencia, que los contribuyentes residentes en ese país participen en una entidad “residente en el extranjero”³² y según

²⁸ Rodríguez Ondarza, José Antonio y Rubio Guerrero, Juan José. La Transparencia Fiscal Internacional: Protocolos para su aplicación. Crónica Tributaria N° 96. Madrid, 2000. Página 128.

²⁹ Sección 75b de la Ordenanza del Impuesto a la Renta (*Income Tax Ordinance* ITO).

³⁰ Artículo 107° del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de España.

³¹ Bittker, Boris y Lokken, Lawrence. *Taxation of Income, Estates and Gifts*. 1999 Cumulative Supplement N° 3 Text. Warren, Gorham y Lamont. Boston 1999. Páginas S67A-6 y S67A-7.

³² El Artículo 107 señala: “(...) 1. Los sujetos pasivos incluirán en su base imponible la renta positiva obtenida por una entidad no residente en territorio español, (...)”.

algunos tributaristas, entre los que se encuentran Almudí Cid³³, José Rodríguez Ondarza y Juan José Rubio Guerrero³⁴, tal condición no puede atribuirse al establecimiento permanente perteneciente a una entidad española. Tal argumento, a mi entender, podría debilitarse ante legislaciones como la peruana, que otorgan calidad de domiciliado al establecimiento permanente³⁵, de esa forma, el establecimiento permanente de una empresa española tendría la condición de residente o domiciliado en el Perú.

En Venezuela, por lo menos con relación a las sucursales, que constituyen una modalidad de establecimiento permanente, no habría discusión ya que su ley la menciona textualmente, al indicar que están sujetos al régimen los contribuyentes que posean inversiones, entre otros, en sucursales ubicadas en jurisdicciones de baja imposición fiscal³⁶. Asimismo, se refiere a entes con o sin personalidad jurídica; se cita fideicomisos, asociaciones en participación, fondos de inversión, y se añade “*así como en cualquier otra figura jurídica similar*” creada o constituida de acuerdo con el derecho extranjero ubicadas en jurisdicciones de baja imposición fiscal. Por su parte, la misma norma legal expone una gama supuestos en los que se considera que una inversión está “ubicada” en una jurisdicción de baja imposición fiscal³⁷.

En México se alude a entidades o “figuras jurídicas” extranjeras en las que participen, directa o indirectamente; así como entidades o figuras jurídicas que sean “transparentes en el extranjero”³⁸.

Finalmente, es preciso señalar que la discusión de la consideración o no el EP como ECND podría parecer inútil considerando que el régimen de TFI se focaliza en la atribución de rentas pasivas, en cuya generación usualmente se prescinde de un lugar fijo de negocios en el que se lleva a cabo total o parcialmente la actividad, lo cual constituye básicamente un establecimiento permanente. Sin embargo, el alcance del establecimiento permanente es más amplio, en tanto, por ejemplo las sucursales o *branch* constituyen la primera modalidad de establecimiento permanente al margen de consideraciones geográficas.

³³ Almudí Cid, José Manuel. El régimen antielusivo de transparencia fiscal internacional. Las medidas antielusión en la normativa interna española con proyección internacional. Monografías Fiscalidad Internacional dirigida por Fernando Serrano Antón, Ediciones CEF, 4º Edición. Madrid 2010. Página 1,072.

³⁴ Rodríguez Ondarza, José Antonio y Rubio Guerrero, Juan José. La Transparencia Fiscal Internacional: Protocolos para su aplicación. Crónica Tributaria N° 96. Madrid, 2000. Páginas 123-147.

³⁵ El artículo 7º de la Ley del Impuesto a la Renta prevé: “Se consideran domiciliadas en el país: (...) e) Las sucursales, agencias u otros establecimientos permanentes en el Perú de personas naturales o jurídicas no domiciliadas en el país, en cuyo caso la condición de domiciliada alcanza a la sucursal, agencia u otro establecimiento permanente, en cuanto a su renta de fuente peruana. (...)”.

³⁶ Artículo 100º de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

³⁷ Artículo 102. “*Para efectos de lo dispuesto en este Capítulo, se considera que una inversión está ubicada en una jurisdicción de baja imposición fiscal, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1. Cuando las cuentas o inversiones de cualquier clase se encuentren en instituciones situadas en dicha jurisdicción. 2. Cuando se cuente con un domicilio o apartado postal en esa jurisdicción. 3. Cuando la persona tenga su sede de dirección o administración efectiva o principal o cuente con un establecimiento permanente en dicha jurisdicción. 4. Cuando se constituya en dicha jurisdicción. 5. Cuando tenga presencia física en esa jurisdicción. 6. Cuando se celebre, regule o perfeccione cualquier tipo de negocio jurídico de conformidad con la legislación de tal jurisdicción*”.

³⁸ Artículo 212º de la Ley del Impuesto sobre la Renta de Sociedades.

Con relación a los impuestos que deben de tomarse en cuenta a efecto de la comparación en España, Sanz Gadea señala que ésta no “*parece limitarse a los impuestos satisfechos en la jurisdicción en donde reside la entidad controlada, de manera tal que impuestos satisfechos a otras jurisdicciones, en particular los denominados withholding, también deberán ser tomados en consideración*”³⁹.

En México la discusión no existe, ya que la comparación se circunscribiría a un porcentaje en particular, en tanto su Ley del Impuesto sobre la Renta prevé que las personas morales deberán calcular el impuesto aplicando al resultado fiscal obtenido en el ejercicio la tasa del veintiocho por ciento (28%).

La comparación no está exenta de dificultades, ya que requiere un conocimiento que no se limita a la tasa nominal del impuesto a la renta en un tercer país. Cabe notar además que los criterios de sujeción que utilizan los países corresponden exclusivamente a su soberanía tributaria, manifestada por la voluntad del legislador.

3. Precios de Transferencia

A efecto de controlar la tributación de contribuyentes relacionados o vinculados con empresas no residentes, usualmente subsidiarias y establecimientos permanentes de multinacionales, las legislaciones internas de los diferentes países recogen, con diferente grado de detalle, normativa destinada a regular la figura de los precios de transferencia.

En cuanto a precios de transferencia, la OCDE ha liderado indiscutiblemente el tema, demostrando que tal problema constituye un perjuicio igualmente negativo para países desarrollados y en vías de desarrollo. A la fecha ningún otro organismo ha desarrollado una metodología alternativa y casi todos los países han adoptado al principio de libre concurrencia en su legislación interna como el apropiado para la determinación de los precios de transferencia.

Cabe señalar que el 2013 la ONU ha publicado un trabajo sobre Precios de Transferencia denominado “Manual Práctico de Precios de Transferencia para países de vías de desarrollo”; sin embargo, el mismo no se aleja de la metodología de precios de transferencia de la OCDE⁴⁰.

En tal sentido, los países de los diferentes continentes, han adoptado el principio de libre concurrencia en sus legislaciones de precios de transferencia para la determinación de los precios entre empresas asociadas y para efecto de la interpretación recurren a las Directrices o Guías de Precios de Transferencia de la OCDE.

A través de los precios de transferencia es posible desplazar o deslocalizar bases imponibles del impuesto a la renta de una jurisdicción a otra mediante una política de precios de compra y venta entre sociedades relacionadas o vinculadas. Sin embargo, cabe destacar que algunos países utilizan la metodología de precios de transferencia también para las operaciones con paraísos fiscales o países de nula o baja imposición,

³⁹ Sanz Gadea, Eduardo. *Transparencia Fiscal Internacional. Manual de Fiscalidad Internacional* dirigido por Teodoro Córdón Ezquerro. IEF 2004. Página 626.

⁴⁰ ONU. “*Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*”. Nueva York, 2013.

bajo la presunción de que la celebración de operaciones a través de entidades residentes en tales países facilitan el desvío de utilidades.

Es preciso señalar que la última situación antes descrita, no es recogida por la OCDE en sus Directrices de Precios de Transferencia ya que éstas se limitan a las operaciones entre partes vinculadas.

Conforme lo explica la OCDE en sus Directrices, cuando las empresas independientes negocian entre sí, las fuerzas del mercado determinan normalmente las condiciones de sus relaciones comerciales y financieras (por ejemplo, el precio de los bienes transferidos o de los servicios prestados y las condiciones de la transferencia o de la prestación). Sin embargo, cuando las empresas asociadas negocian entre sí, es posible que las fuerzas externas del mercado no afecten de la misma manera a sus relaciones comerciales y financieras aunque, a menudo, las empresas asociadas pretendan reproducir en sus negociaciones la dinámica de las fuerzas del mercado⁴¹.

La OCDE ha desarrollado una metodología a efecto de evitar el desvío de utilidades basada en el principio de libre competencia, conocido también como de libre concurrencia o principio *arm's length*. Tal principio es utilizado para la determinación de los precios de transferencia con fines fiscales.

En el artículo 9 del Modelo de Convenio fiscal de la OCDE el principio de libre competencia es enunciado de la siguiente forma: *“Cuando las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios, que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que, de hecho, no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de dicha empresa y someterse a imposición en consecuencia”*.

En tal sentido, la regulación de precios de transferencia establece la potestad de la Administración Tributaria para realizar un ajuste en la valoración de las operaciones en los casos en los que el valor declarado implica una menor tributación o un diferimiento de la renta.

Tratándose de operaciones internacionales lo teóricamente lógico es que se realice un ajuste bilateral, de forma que el resultado sea una correcta valoración de la operación considerada en su conjunto.

Cuando los sujetos implicados en las operaciones objeto de comprobación son residentes en distintos países, la Administración actuante solo tienen potestad sobre aquél sujeto implicado en la operación que reside en su país, por lo que sólo se puede practicar el ajuste unilateral. No obstante, para evitar la doble imposición económica que significa el ajuste hecho por un país, los Estados incluyen en los convenios para evitar la doble imposición la posibilidad de solucionar esa doble tributación.

En efecto, el modelo de convenio de la OCDE, así como el de la ONU en sus respectivos artículos 9° prevén disposiciones relativas a “Empresas Asociadas”. Básicamente se considera que el precio que regirá las transacciones entre empresas asociadas es el de libre concurrencia y en consecuencia prevé el ajuste primario en

⁴¹ OCDE. Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias. Introducción, numeral 1.2.

los supuestos en que difiera el precio (primer párrafo del artículo 9°). Adicionalmente, se prevé el ajuste de correspondencia (segundo párrafo del artículo 9°)⁴².

Tratándose de operaciones internacionales, la práctica de este ajuste unilateral, es decir, de la correcta valoración de la operación en una sola de las partes implicadas, genera efectos tributarios distorsionantes que conllevan a una base imponible global que no coincide con la real. Para evitar esto, lo usual es que los países al regular su régimen de valoración de precios de transferencia (u operaciones vinculadas), establezcan la posibilidad de solicitar a la Administración Tributaria del otro país implicado que realice el ajuste correspondiente en el otro sujeto pasivo. Esto se logra a través de lo que se conoce como procedimiento amistoso.

El esfuerzo para evitar la evasión internacional debe ser multilateral, de forma que algunos contribuyentes no se vean tentados al desvío de utilidades; sin embargo, la existencia de países que no cuentan con la legislación de precios de transferencia, convierte en vulnerable la recaudación de los Estados.

En el ámbito de los países bajo análisis, la realidad legislativa no es igual, en tal sentido se pueden identificar los que han regulado los precios de transferencia y países que no cuentan con tal legislación.

Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela cuentan con legislación sobre precios de transferencia siguiendo, con matices, los lineamientos o Directrices de la OCDE, salvo el caso de Brasil cuya legislación emitida el año 1996 incluye la determinación de los precios en función a índices o márgenes, que no respetarían el principio de libre competencia, lo cual ha originado conflictos principalmente en el ámbito bilateral y de los ajustes de correspondencia.

Si bien las reglas “*safe harbor*” pueden constituir mecanismos que facilitan o favorecen la aplicación y cumplimiento de las normas de precios de transferencia para las pequeñas y medianas empresas que quieren iniciar su expansión internacional, hasta el año 2012 la OCDE consideraba que tales mecanismos pueden poner en riesgo el objetivo del principio de libre competencia.

Sin embargo, algunos regímenes simplificados de determinación de precios de transferencia han sido aceptados, entre otros, el régimen de las maquiladoras en México, previsto en un acuerdo bilateral entre Estados Unidos y México.

Desde la perspectiva de la Administración Tributaria los *safe harbor* son convenientes porque usualmente excluyen del ámbito de control a un grupo importante pero no muy significativo de contribuyentes.

⁴² Las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia señalan que el ajuste de correspondencia se produce en aquellos casos en donde una Administración fiscal incrementa las utilidades gravables de una compañía (es decir, efectúa un ajuste primario), como consecuencia de aplicar el principio de *arm's length* a las transacciones relacionadas con empresas asociadas en una segunda jurisdicción fiscal. El ajuste correspondiente en tal caso es un ajuste hacia abajo del pasivo fiscal de esa empresa asociada, efectuado por la Administración fiscal de la segunda jurisdicción, de tal manera que la distribución de utilidades entre las dos jurisdicciones sea consistente con el ajuste primario y no ocurra la doble tributación.

Debe notarse que existe gran variedad de refugios seguros, entre otros los que liberan al contribuyente del cumplimiento de obligaciones formales, pero no del cumplimiento de la regla *arm's length* y los que implican el cumplimiento de la regla *arm's length*.

Dentro de los países objeto de análisis se han identificado los dos tipos antes citados, por ejemplo en Colombia y Perú los *safe harbors* liberan al contribuyente del cumplimiento de obligaciones formales, pero no del cumplimiento de la regla de valoración conforme al principio de libre concurrencia, a diferencia de los *safe harbors* contenidos en la legislación de México y Brasil, en los que se presume el cumplimiento de la obligación sustancial.

Considerando importante ilustrar la aplicación práctica de la metodología de precios de transferencia con relación a los *safe harbors*, a continuación se hace un recuento de este tipo de medidas incluidas en la legislación vigente de los países de Sudamérica⁴³:

- En Colombia existen dos parámetros alternativos: el patrimonio bruto y los Ingresos brutos. Adicionalmente, se toma en cuenta el monto anual por tipo de operación. En tal sentido, la normatividad establece la obligación de conservar por cinco (5) años la documentación comprobatoria y de presentar la declaración informativa para los contribuyentes del impuesto sobre la renta cuyo patrimonio bruto en el último día del año o período gravable sea igual o superior al equivalente a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes o cuyos ingresos brutos del respectivo año sean iguales o superiores al equivalente a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que celebren operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas domiciliadas o residentes en el exterior.

Por su parte, no hay lugar a preparar y conservar documentación comprobatoria por los tipos de operación de ingreso, egreso, activos y pasivos, cuyo monto anual acumulado en el correspondiente año gravable no supere los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes del período gravable al cual corresponde la documentación sustentatoria.

- En el Perú, respecto al cumplimiento exclusivamente de obligaciones formales, a efecto de garantizar una mejor administración del Impuesto, la ley faculta a la SUNAT a exceptuar de la obligación de presentar la declaración jurada anual informativa y/o de contar con el estudio técnico de precios de transferencia, incluso en el caso de transacciones que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición.

Conforme a lo antes señalado, el *safe harbor* prevé montos a partir de los cuales existe la obligación de presentar una declaración jurada anual informativa (cuando en el ejercicio gravable al que corresponda la declaración el monto de operaciones supere los doscientos mil nuevos soles (S/.200,000.00 – US\$71,000 aprox.) y de contar con estudio técnico de precios de transferencia (cuando en el ejercicio gravable los ingresos devengados superen los seis millones de nuevos soles (S/.6,000,000.00 – US\$2,142,000 aprox.) y el monto de operaciones supere un millón de nuevos soles (S/.1,000,000.00 – US\$357,000 aprox.)).

⁴³ Zuzunaga Del Pino, Fernando y Villagra Cayamana, Renée. El Impuesto a la Renta en los países latinoamericanos. 70 Años del Impuesto sobre la Renta. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2013. Tomo III, páginas 13-79.

- En México el parámetro está constituido por los ingresos; sin embargo distingue a las actividades empresariales, de la prestación de servicios. En tal sentido, los contribuyentes que realicen actividades empresariales cuyos ingresos en el ejercicio inmediato anterior no hayan excedido de \$13,000,000 (US\$1,013,000 aprox.), así como los contribuyentes cuyos ingresos derivados de prestación de servicios profesionales no hubiesen excedido en dicho ejercicio de \$3,000,000 (US\$233,000 aprox.) no estarán obligados a cumplir con las obligaciones formales de obtener y conservar la documentación sustentatoria, excepto aquellos que hayan efectuado operaciones con sociedades o entidades ubicadas o residentes en territorios con regímenes fiscales preferentes.
- En Brasil existe una presunción de aplicación correcta a partir de un ratio de utilidad, en tal sentido se presume el cumplimiento de las normas sobre precios de transferencia a los contribuyentes que tengan una renta neta originada en exportaciones a partes vinculadas, antes de la liquidación del Impuesto a la Renta en una cantidad equivalente a por lo menos el cinco por ciento (5%) por encima de sus ventas.

4. Subcapitalización

La forma en que las empresas obtienen capital es de suma importancia para los países, en particular para los que se encuentran en vías de desarrollo, en tanto constituye uno de sus objetivos es la atracción de inversiones extranjeras que se concretan a través del establecimiento de filiales, sucursales u otros establecimientos permanentes. Sin embargo, es también de interés de los Estados que los contribuyentes paguen los tributos que les corresponden y adoptar las provisiones que eviten el detrimento de sus bases imponibles, entre otros, a través de la generación de gasto por el pago de intereses.

La subcapitalización constituye la preferencia por parte de las empresas de dotar de fondos a empresas subsidiarias o relacionadas a través de préstamos, en vez de efectuar aportes de capital. Como se sabe, cuando se trata de aportes de capital, su retribución es realizada a través de dividendos, lo que significa la previa declaración de la utilidad tributaria, gravada con la tasa empresarial. Sin embargo, cuando se trata de un préstamo, su retribución es realizada a través de intereses, los cuales constituyen gasto o deducción para efecto de determinar la utilidad, con una tasa usualmente menor que el de la renta empresarial.

La finalidad de las normas tributarias sobre subcapitalización es evitar que se produzca una distribución irregular de beneficios dentro del conjunto vinculado, retirándolos en forma de intereses de la deuda y no a través del reparto de dividendos⁴⁴.

De los países estudiados Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, México, Perú, República Dominicana y Venezuela cuentan con reglas para evitar la capitalización delgada de las empresas, más conocida como subcapitalización, a efecto de que los aportes de capital de los socios, no se disfracen de préstamos o créditos que generan en el futuro

⁴⁴ Rosembuj, Tulio. *Fiscalidad Internacional*. Instituto de Fiscalidad Internacional. Marcial Pons. 1998. Madrid. Página 38.

el pago de intereses que, a su vez, constituyen gasto deducible de las empresas. En Argentina el ratio patrimonio/préstamo es dos (2) a uno (1) y en Chile, México, República Dominicana y Perú, con algunas variantes el ratio es de tres (3) a uno (1), así por ejemplo, en México se hace referencia a tres veces el monto del capital contable.

Las consecuencias varían entre el desconocimiento del gasto por intereses por el exceso de endeudamiento (como en el Perú), al incremento de tasas de gravamen a los intereses (como por ejemplo en Chile donde se recalifica la tasa del Impuesto a la Renta sobre intereses a treinta y cinco por ciento (35%) en lugar del cuatro por ciento (4%)); y la recategorización de los préstamos como aportes de capital.

El último supuesto expuesto es el incluido en la legislación Argentina que a partir del año 2003 prevé un ratio de endeudamiento relacionando el monto del pasivo en cuestión con el patrimonio neto existente al cierre del ejercicio. En tal sentido, los intereses no son deducibles en la medida que los pasivos que los originan excedan dos (2) veces el importe del patrimonio neto del ejercicio. La consecuencia es que el exceso no se considera gasto deducible, y, asimismo, se recategorizan las operaciones de crédito como un efectivo aporte de capital, en virtud de la legislación existente relacionada al principio de la "realidad económica".