

Los tributos y los negocios internacionales. Una visión preliminar a la tributación del siglo XXI



JORGE BRAVO CUCCI

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Tributario en la Maestría de Tributación y
Política Fiscal de la Universidad de Lima.
Director Ejecutivo de la Academia Internacional de
Derecho Tributario (AIDET).

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La pluritributación de las rentas empresariales:
 1. Definición y reflexiones;
 2. La (doble) no imposición:
 - 2.1. ¿Qué es?
 - 2.2. ¿Es ilegal o un resultado antijurídico?
 - 2.3. ¿Es un supuesto de elusión tributaria internacional?
 - 2.4. ¿Un CDI puede interpretarse en el sentido que sólo sirve para evitar la pluritributación?
 3. Algunos temas controvertidos:
 - 3.1. Retribuciones pagadas por servicios satelitales;
 - 3.2. Rentas de Artistas y Deportistas.
- III. Los países y territorios con tributación favorecida:
 1. Aspectos generales;
 2. La OCDE y las listas negras;
 3. La consideración actual;
 4. Algunas experiencias latinoamericanas.
- IV. La venta indirecta de acciones y participaciones societarias.

I. INTRODUCCIÓN

Es ya un lugar común entre los estudiosos y expertos en materia tributaria, reconocer de forma prácticamente unánime, que en las últimas décadas las economías de los Estados han experimentado una internacionalización en una progresión jamás antes vista.¹ El desarrollo del comercio electrónico y las nuevas tecnologías, y el incremento de las empresas multinacionales que han generado mayor circulación de capitales, bienes y servicios, los nuevos instrumentos financieros, la deslocalización de los factores productivos, y la mundialización de los mercados financieros son sin lugar a dudas una de sus principales causas. En ese contexto, es más que evidente el incremento de las operaciones transnacionales, cada vez más complejas, producto de la sofisticación de los planeamientos tributarios que persiguen atenuar o inclusive eliminar el impacto tributario que deriva del concurso de competencias tributarias que pretenden afectarla.

Así, el avance de las tecnologías y las nuevas formas de contratación generan ya hoy en día retos importantes para los Estados, pues detrás de un negocio jurídico hay un potencial hecho imponible o una consecuencia tributaria. Como partimos de la premisa que en el desarrollo del conocimiento científico es imprescindible tener claridad respecto de los objetos que son objeto de estudio², creo necesario señalar que por negocio internacional entiendo al acuerdo contractual sometido a más de un ordenamiento jurídico.

En el presente trabajo, analizaremos algunos de los muchos aspectos que sin duda son importantes respecto de la tributación a los negocios internacionales. A fin de no ser excesivamente generales e intentar un abordaje más particular, nuestro análisis estará enfocando a la imposición sobre la renta.

II. LA PLURITRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS EMPRESARIALES

1. Definición y reflexiones

La imposición puede ser descrita como un proceso por el cual un hecho es "juridizado" por una norma jurídica tributaria que prevé su "gravabilidad", generándose como consecuencia de ello el surgimiento de una obligación tributaria. La imposición es pues un fenómeno jurídico que deriva de la potestad tributaria de los Estados.³

No obstante ello, cuando un mismo hecho es objeto de dos o más pretensiones por parte de soberanías tributarias distintas, estamos frente a un supuesto de pluritributación. Si bien es común encontrar referencias a doble imposición, lo cierto es que dicha expresión va volviéndose cada día más anacrónica e inapropiada para describir lo que ocurre hoy en nuestros días, en los que un negocio internacional puede suponer elementos de conexión con varias jurisdicciones, lo que genera escenarios de pluritributación y no solo de doble imposición.⁴

Derivada de la soberanía estatal, la potestad tributaria es la atribución que todo Estado

1 DELGADO PACHECO, Abelardo. *Las medidas antielusión en los Convenios de Doble Imposición y en la fiscalidad internacional*. Instituto de Estudios Fiscales. Doc. N° 15/02, p. 5; UCRMAR, Víctor. *Curso de Derecho Tributario Internacional*. Tomo I, p. 7-17; SERRANO ANTON, Fernando. *Las medidas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con las medidas antiabuso de carácter interno y el Derecho Comunitario*. En: *Derecho Tributario Internacional Aplicado*, pp. 158-159.

2 "En lección memorizable, asentaba Norberto Bobbio que el riguroso cuidado en la terminología no es exigencia dictada por la gramática para la belleza del estilo, sino una exigencia fundamental para construir cualquier ciencia". CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. Editora Saraiva, 15 edición, p. 243.

3 BRAVO CUCCL Jorge. *Fundamentos de Derecho Tributario*. Palestra Editores, 2003, p. 249-250.

4 TAVEIRA TORRES, Helena. *Pluritributação Internacional sobre as rendas de Empresas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

moderno tiene para generar los ingresos que permiten su organización y la subsistencia de su comunidad. A los efectos de hacer efectiva dicha potestad en el caso de negocios internacionales, los Estados se valen de criterios de conexión que pueden atender a circunstancias objetivas o subjetivas del propio negocio. Así, los criterios más utilizados son el de la ubicación territorial de la fuente productora de la renta, el de la residencia y el de la nacionalidad, los cuales son acogidos por matices por cada Estado.

La pluritributación internacional es el resultado del solapamiento de potestades tributarias que ocurre precisamente por la elección que hacen los Estados de tales criterios de conexión⁵, siendo definida por la OCDE como la tributación por impuestos comparables (indetidad objetiva) de la misma renta (identidad material) en dos o más Estados sobre un mismo contribuyente (identidad subjetiva) por idénticos periodos impositivos (identidad temporal), lo que viene

a conocerse como la regla de las cuatro (4) identidades.⁶

La doble imposición internacional no es una consecuencia contraria al Derecho Internacional, pero es indudable que genera consecuencias económicas nocivas, ya sea a nivel de la circulación internacional de capitales, como el de personas. En razón a ello, es que se propone evitarla a través de la normativa interna de cada país o a través de convenios (CDI).

¿Sirven realmente los CDI para evitar la pluritributación?

Hoy por hoy, luego de diez décadas de experiencias en materia de CDI⁷, no pocos son los que opinan que no son realmente eficaces respecto a la prevención o atenuación de la doble imposición, función que se logra con mejor eficiencia con la implementación de medidas unilaterales.⁸ Se cuestiona el hecho de que los

5 GAIIBAHINO, Carlo. *Introduzione alla tassazione del reddito transnazionale*. En: *Tratado de Derecho Tributario*, Palestra Editores 2003, pp. 800-801.

6 VOGEL, Klaus. *Introduction to the OECD-Model Convention*. 1995, p. 31.

7 En 1899 se firmó el primer CDI entre Austria y Prusia.

8 *Tax treaties are an important mechanism for a host of good reasons. Treaties coordinate the rules of their signatories, they provide some certainty for investors and ease their bureaucratic hassle, and they may even assist in collecting information and in establishing diplomatic relations between countries. But tax treaties are not required to prevent double taxation.*

Treaties are not necessary for preventing double taxation because unilateral mechanisms could alleviate double taxation just as effectively. Residence countries, as well as host countries, share a strong incentive to alleviate double taxation unilaterally. The interaction of their unilateral mechanisms creates a stable equilibrium under which double taxation is prevented.

Although the unilateral equilibrium reduces double taxation to the same extent and as effectively as the treaty arrangement, the two mechanisms differ in the way in which they allocate tax revenues between the signatory countries.

From this we can conclude that the function of preventing double taxation attributed to tax treaties is highly overrated. DAGAN, Tsilly. *The Tax Treaties Myth*. *International Law & Politics*, Vol. 32 N° 4, pp. 995-996.

"Thus, treaties whose main claim is to benefit all signatory countries by reducing overall rates of taxation and facilitating cross-border investment do not reduce double taxation any better than would the unilateral interaction of policies. Not only do tax treaties not achieve their stated goal, they do achieve another covert outcome - redistribution of tax revenues from developing to developed countries.

To conclude, the tax treaties' claim to fame is "preventing double taxation". However, interaction of unilateral policies would probably yield the same prevention of double taxation with more tax revenues ending up in the hands of the governments of developing countries. In the current, bilateral treaty regime, developing countries, unlike developed countries (which receive symmetrical benefits), make a sacrifice in the guise of tax revenues in order to become members of the "treaty club". DAGAN, Tsilly. *The cost of international tax cooperation*. Working paper 1-03, January 2003. Bar-Ilan University.

CDI tengan como principal objetivo o finalidad eliminar la doble imposición, siendo que la existencia de la doble imposición no es requisito previo para la aplicación de un CDI.⁹ Se sostiene también que un CDI evita la doble imposición, pero sólo dentro de su ámbito de aplicación, no siendo extensible dicho objetivo fuera de él; vale decir, no puede sostenerse que ese es su objetivo general.

2. La (doble) no imposición

2.1. ¿Qué es?

Es en ese contexto que han ido ocurriendo situaciones en las cuales, al aplicar los CDI a operaciones concretas y particularmente respecto a Impuestos sobre la Renta, las mismas han quedado sin ser sometidas a imposición alguna, fenómeno al que se ha denominado en el medio académico como *double non taxation* (doble no imposición), y que es visto como un efecto perverso derivado de la aplicación de los tratados internacionales en materia tributaria. Cabe resaltar el poco estudio que la doctrina jurídica de la vertiente romano - germánica ha dedicado al referido fenómeno.

Contrariamente a la imposición, la no imposición o no sujeción, es un fenómeno por el cual un hecho realizado en el plano fáctico no encaja en la descripción contenida en el presupuesto de hecho de la norma tributaria, no generándose efecto jurídico alguno. La no imposición no es un fenómeno jurídico, mas sí uno social.

Por una cuestión de rigor terminológico, si bien corresponde hacerse referencia a la doble o múltiple imposición, no resulta del todo correcto desde una perspectiva gramatical referirse a doble o múltiple no imposición, siendo recomendable utilizar la expresión "nula imposición"

o "no imposición", expresión que revela que el hecho realizado simplemente no se encuentra sujeto a gravamen alguno y que por lo tanto es irrelevante para efectos jurídico-tributarios.

La doble o múltiple imposición puede ser nacional o internacional, dependiendo de si el concurso de pretensiones impositivas se da entre titulares de la potestad tributaria que son parte del mismo Estado o entre Estados diversos. En el caso de la no imposición, no tiene sentido ni utilidad —más que por razones estrictamente didácticas— clasificarla en interna o internacional. Si en un supuesto de doble imposición hay un concurso de pretensiones impositivas, en uno de no imposición hay ausencia de tales pretensiones.

La no imposición puede ser un resultado querido por el legislador o por los Estados contratantes de un CDI, una omisión o un defecto de técnica legislativa o de convenio. Pero en todos los casos, sin distinción, estaremos frente a un supuesto que no encuadra en el supuesto de hecho de la norma tributaria, que se rige —entre otros— por los principios de tipicidad, legalidad y reserva de ley. En esencia, la no imposición presupone la ausencia de una norma tributaria aplicable, ya sea porque esta no existe (no imposición interna) o porque existiendo no es aplicable al hecho por una renuncia convencional —producto de la suscripción del CDI— al ejercicio de la potestad tributaria (no imposición internacional). En este último supuesto, el hecho de que producto de la suscripción de un convenio uno de los Estados contratantes haya declinado su potestad tributaria respecto del otro Estado contratante en cuanto a cierto hecho que en principio sometía a imposición, implica que hay una ausencia de norma respecto de dicho hecho, lo que viene a ser una no imposición. Si el Estado que de acuerdo al CDI

9 "In fact, it is indisputable that DTCs aim to prevent double taxation. A reference to this objective is often made in the title, the preamble, or the materials of the convention. It is, however, uncertain how helpful the objective of preventing double taxation actually is in connection with the interpretation of a specific DTC provision. As a rule, it is assumed that the existence of double taxation is not a prerequisite for the application of a DTC. On the other hand DTCs do not eliminate all double taxation cases between the two contracting states". LANG, Michael, *Double non Taxation*, General Report, Cahiers de droit fiscal international - IFA, Vol 69, p. 81.

tiene la potestad tributaria para hacer tributar dicho hecho no la ejerce, no la pierde, no significando ello que el otro Estado contratante tenga automáticamente vigente la potestad tributaria declinada en virtud del Convenio.¹⁰ Por ello, es cuestionable la generalizada idea según la cual, la no imposición derivada de la aplicación de un CDI sería siempre un resultado perverso y no querido por parte de los Estados.

Si bien la no imposición es un fenómeno común respecto de la aplicación de tributos en un Estado, la práctica internacional en materia de CDI ha dejado entrever una serie de supuestos de no imposición que se derivan de la suscripción de tales convenios. La actual preocupación de los Estados ante planeamientos tributarios que buscan explotar los supuestos de no imposición derivados de la implementación de CDI ha sido reflejada en el Congreso de la IFA realizado en Viena en el año 2004, uno de cuyos temas fue precisamente el de *double non taxation*. Pero —merece ser dicho— los supuestos de no imposición “internacional” se dan sin perjuicio de la existencia de CDI, como bien lo resalta XAVIER.¹¹

De una evaluación a la materia en cuestión, es de advertirse que las causas de no imposición derivada de la aplicación de un CDI en materia de Impuestos a la Renta pueden ser las siguientes¹²:

- a) El Estado de la Residencia/Fuente cede la potestad tributaria respecto de cierta ganancia al Estado de la Fuente/Residencia, pero este último no tiene disposiciones

normativas internas que graven dicha ganancia.

- b) El Estado de la Residencia/Fuente cede la potestad tributaria respecto de cierta ganancia al Estado de la Fuente/Residencia, pero este último tiene disposiciones normativas internas que establecen exenciones sobre dicha ganancia.
- c) El Estado de la Residencia/Fuente cede la potestad tributaria respecto de cierta ganancia al Estado de la Fuente/Residencia, pero en aplicación del CDI la ganancia es recalificada a un supuesto que de acuerdo al convenio no encuentra sometido a imposición.
- d) De acuerdo a la ley local del Estado de la Residencia/Fuente, la renta es atribuida a un contribuyente diferente que no puede ser gravado en este Estado de acuerdo con el tratado.

2.2. ¿Es ilegal o un resultado antijurídico?

Superándose las teorías clásicas en materia de Derecho Tributario Internacional, hoy puede sostenerse con contundencia que la doble o múltiple imposición internacional no es un resultado antijurídico, puesto que no implica la comisión de un ilícito tributario o la inobservancia de algún principio o norma jurídica, sino una situación plenamente legítima que se sustenta en la soberanía de los Estados modernos.¹³ Se trata de una distorsión fiscal que genera efectos económicos y financieros; por lo tanto, se trata

10. “En relación con las reglas de los Modelos de Convenio que establecen una asignación exclusiva del poder de gravamen de una categoría de rentas a favor de un Estado, ya sea el de la fuente, ya sea el de la residencia del contribuyente, conviene destacar que ésta implica una renuncia total y absoluta al gravamen por parte del otro Estado contratante. Ni siquiera en los casos en que el Estado contratante que ostenta el poder exclusivo no ejerce su derecho de imposición el otro Estado contratante podría llevar a efecto su gravamen, salvo disposición en contrario del CDI”. CALDERÓN CARRERO, José Manuel. *Op. Cit.* p. 64.

11. XAVIER, Alberto. *Double non Taxation*. Cahiers de droit fiscal international – IFA, Vol 89^e, p. 225.

12. GARCIA COZZI, José María. *Double non Taxation*. Cahiers de droit fiscal international – IFA, Vol 89^e, pp. 123-124.

13. FASOLIS, G. *Le doppio imposizione*. Casa Editrice S. Lapé, p.15-16. GRUPENMÄCHER, Bećina. *Tratados internacionales en materia tributaria e orden interno*. Dialéctica, p. 92. TORRES, Helena. *Fluxo tributação internacional sobre as rendas de empresas*. Editora Revista Dos Tribunais, pp. 379-381.

de una cuestión meramente extra-jurídica que puede ser revertida, si así se considera, con la adopción de los métodos existentes para evitarla.

Con mayor fuerza argumentativa, puede sostenerse que la no imposición en general —y en particular aquella que se deriva de la aplicación de un CDI— es una situación plenamente legítima y no un resultado antijurídico. Y es que no hay cómo obtener un resultado antijurídico de una circunstancia a la que las propias normas tributarias no han dotado de relevancia jurídica. Si a través de CDI un Estado contratante renuncia en un caso concreto al ejercicio de su potestad tributaria en favor del otro Estado contratante, y este último por alguna de las razones expuestas precedentemente no ejerce su potestad tributaria, creemos que no habrá forma de calificar dicha situación como antijurídica.

2.3. ¿Es un supuesto de elusión tributaria internacional?

Se dice que la elusión tributaria empieza donde termina la economía de opción. Como bien lo destaca GARCÍA NOVOA¹⁴, ambas figuras se caracterizan por ser una finalidad perseguida por las partes que se puede lograr a través de diversos medios y que tiene como fin la obtención de un ahorro fiscal mediante una conducta consistente en evitar, desde la actuación negocial de los particulares, que se produzca el hecho imponible. En ambas se busca la realización de un hecho no gravado, un hecho no sujeto a imposición, con la diferencia que en una economía de opción hay una realización real, válida y lícita del hecho no gravado, mientras

que en la elusión se busca alcanzar la realización de un hecho no gravado a través de negocios anómalos (negocios simulados, en fraude de ley, fiduciarios o indirectos).

Por lo tanto, podría decirse que la no imposición presupone, en principio, la realización de un negocio jurídico válido, cuya causa negocial es querida por las partes, sin perjuicio de que su realización no genere una obligación tributaria y que por lo tanto se obtenga un ahorro fiscal. No puede concluirse *a priori*, que un supuesto de no imposición implica una elusión tributaria. Si la no imposición se consigue a través de la realización de un negocio anómalo, entonces habrá que atenerse a lo que el ordenamiento jurídico aplicable disponga como mecanismo de reacción ante supuestos de elusión tributaria.

En el caso de no imposición derivada de la aplicación de un CDI y ante la ausencia de cláusulas generales o específicas contenidas en el mismo, conviene evaluar si en un caso de elusión tributaria internacional resultarán de aplicación las cláusulas internas antielusión de carácter general adoptadas internamente por los Estados contratantes. Si bien dicha cuestión es objeto de arduo debate y de opiniones encontradas¹⁵, llegándose a sostener que la aplicación no autorizada de las mismas implicaría una violación al principio *pacta sunt servanda* y un incumplimiento *a priori* del convenio¹⁶; consideramos que en tanto el CDI no contemple medidas antielusión de carácter general —lo que generalmente ocurre—, y sin perjuicio de aquellas de alcance específico, las cláusulas internas antielusión serán perfectamente aplicables ante

14 GARCÍA NOVOA, César. *La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*. Marcial Pons, 2004, p. 122.

15 DELGADO PACHECO, Abelardo. Ob. Cit. pp. 13-15. FERNÁNDEZ, Luis. *Imposición sobre la renta personal y societaria*. La Ley, pp. 323-324. LOWE. *How domestic anti-avoidance rules affect double tax treaties*. IFA, vol. 19c, p. 39. LUCAS DURAN, Manuel. *La tributación de los dividendos internacionales*. Lex Nova, nota 378. MESSINEO, Alejandro. *El principio de realidad económica y el Treaty Shopping*. En: *Interpretación Económica de las Normas Tributarias*. Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, pp. 653-662. VOGEL, Klaus. *On Double Taxation Conventions*. Kluwer Law International, pp. 122-125.

16 *“En este sentido no hay que perder de vista que los CDIs son tratados internacionales. De acuerdo con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), los tratados, una vez que entran en vigor, obligan a las partes que los suscriben y deben ser cumplidos por ellos de buena fe. El principio pacta sunt servanda impide que una parte pueda invocar su derecho interno como justificación de su incumplimiento.*

supuestos de elusión tributaria internacional, salvo que exista una manifiesta incompatibilidad entre éstas y las disposiciones de un CDI, máxime si lo que usualmente persiguen dichos convenios es combatir la evasión tributaria. Claro está que solamente habrá elusión tributaria internacional en el caso que la no imposición se logre bajo los auspicios de un negocio anómalo.¹⁷ Creemos, sin embargo, que la aplicación de las cláusulas internas antielusión no debe ser un pretexto para que un Estado incumpla con sus obligaciones emanadas de un CDI.

2.4. ¿Un CDI puede interpretarse en el sentido que solo sirve para evitar la pluritributación?

Si ya es discutible sostener que deba interpretarse que un CDI tiene como objetivo general la eliminación de la pluritributación, creemos que resulta mucho más cuestionable sostener que pueda interpretarse que un CDI persigue eliminar o combatir la no imposición.

Preguntándose respecto a si la prevención de la doble imposición y la de la no imposición constituyen dos caras de una misma moneda¹⁸, LANG es categórico al advertir que los CDI no sirven de modo alguno a la finalidad general de evitar la no imposición, más aún si existen convenios que inclusive tratan de lograr la no imposición,

la toleran o no la excluyen.¹⁹ En ese orden de ideas, creemos que no puede interpretarse con carácter general que un CDI tiene como objetivo prevenir, eliminar o atenuar la no imposición.

Y en ese sentido, creemos que si un Estado contratante pretende prevenir los supuestos de no imposición que pudieran generarse de la aplicación de un CDI, deberá incluir cláusulas de tributación efectiva en el otro Estado contratante o, en todo caso, perfeccionar sus convenios a los efectos de evitar casos de no imposición no deseados. Nos preguntamos si esas cláusulas tendrán la naturaleza jurídica de una condición suspensiva, haciendo un símil con el derecho contractual de naturaleza civil. Nos pronunciamos por una respuesta afirmativa, lo que significaría que el Estado contratante sólo declinaría respecto de su potestad tributaria en caso que el otro Estado contratante someta a efectivo gravamen al hecho previsto.

3. Algunos temas controvertidos

3.1. Retribuciones pagadas por servicios satelitales

La tecnología avanza a paso firme, generando cambios en nuestra forma de vida. Hoy en día no es concebible el ejercicio profesional sin herramientas básicas como los celulares,

Desde esta perspectiva, la aplicación de normas internas en materia de fraude a la ley, cuando no existe autorización, podría implicar a priori un incumplimiento del convenio. En efecto, aunque «la letra del convenio» autoriza su aplicación, el Derecho interno lo impide. Desde esta óptica, estas normas no encontrarían acomodo en el ámbito de los convenios para evitar la doble imposición: VEGA BORRERO, Fátima, *Las medidas antielusión en el normativo interno español con proyección internacional*. En: *Fiscalidad Internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, pp. 761-762.

17 Ese precisamente fue el entendimiento del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, el cual a través de la STSJ del 16 de abril de 2001, se pronunció señalando que en el caso de los bonos austriacos, la no imposición de los intereses derivada de la aplicación del CDI suscrito entre Austria y España, no representaba un fraude de ley, sino por el contrario un supuesto de lícita economía de opción que obedecía a una motivación económica perfectamente válida, racional, lícita y legítima, como es el de aprovecharse de la exención fiscal concedida por la República de Austria, en uso del legítimo poder tributario que le concedía el CDI antes referido. En dicho caso, en el CDI se atribuía a Austria la potestad de gravar los intereses de la deuda pública emitida por dicho país, la que a su vez había establecido una exención a favor de los intereses de deuda pública obtenidos por no residentes.

18 Recuérdese nuestra inicial objeción a utilizar la expresión doble no imposición, la cual, al margen de ser gramaticalmente incorrecta, puede llevar al intérprete no especializado, a considerar que se trata de un fenómeno relacionado con la doble imposición, y que representa la otra cara de una misma moneda.

19 LANG, Michael. Op. Cit. p. 86.

smartphones, laptops y recientemente las *pocket table* (e.g. *Ipad* y *Galaxie Tab*), ya que son simplemente medios de comunicación. En unos pocos años, las video llamadas serán algo común y las video conferencias parte habitual de la labor profesional. Ya es posible realizar cirugías a distancia.

Toda la tecnología antes mencionada y seguramente la que veremos en las próximas décadas gira en torno a las señales satelitales y a los servicios que pueden brindarse desde estos. En ese sentido, corresponde ver en nuestros ordenamientos tributarios internos, cuáles son los criterios de conexión que han sido adoptados respecto de retribuciones pagadas a sociedades no residentes en el país, respecto a servicios prestados a través de satélites. El tema es muy relevante, atendiendo al creciente empleo de tales servicios, a que los proveedores de los mismos son normalmente empresas no residentes y al importante monto de las rentas pagadas.

En el caso del Perú, el tema ha sido recientemente discutido. Las empresas residentes en el Perú que utilizaban servicios satelitales nunca efectuaron retenciones sobre las rentas pagadas a los proveedores extranjeros de tales servicios. En un procedimiento de fiscalización, la Administración Tributaria del Perú cuestionó dicha práctica y sostuvo que en un caso de un servicio de retransmisión de señal, las rentas pagadas eran de fuente peruana, por lo que procedía la tributación sobre las mismas. Luego de un largo procedimiento administrativo, el Tribunal Fiscal se pronunció en el sentido que las retribuciones pagadas por servicios satelitales no eran de fuente peruana pues no fueron prestadas en el territorio peruano sino en el "espacio ultraterrestre". Si bien no fue planteado en el procedimiento por la defensa, hay destacados autores que sostienen que en este tipo de operaciones no se brinda un servicio sino una provisión de capacidad satelital, siendo que la actividad del propietario del satélite es absolutamente pasiva, tratándose más bien de una suerte de

cesión de derecho de uso.²⁰ La controversia no ha sido aún zanjada, encontrándose el caso en el Poder Judicial.

Consideramos que en el caso de servicios satelitales, el ordenamiento jurídico del país de la residencia del usuario de tales servicios debería contener criterios de conexión absolutamente claros a los efectos de someter a imposición tales rentas y evitar conos de incertidumbre que generen inseguridad jurídica. Uno de los criterios de sujeción que es mayormente empleado en tales casos es el de considerar que la renta corresponde a la fuente territorial del Estado en el que tales servicios se utilizan, emplean o aprovechan tales servicios.

3.2. Rentas de Artistas y Deportistas

La internacionalización ha llegado también al ámbito de los negocios artísticos y deportivos. En ese sentido, es hoy práctica común el que las retribuciones por tales actividades sean recibidas por una sociedad interpuesta o, como se les suele denominar también, sociedades *rent-a-star*, a los efectos de evitar que la renta se pague en el país en el que se desarrolla la actividad, y así apelar a la regla de beneficios empresariales que supone tributación en el país de la residencia del prestador del servicio.

Este tipo de circunstancias ya ha sido prevista en el modelo de CDI propuesto por la OCDE al señalarse que, cuando las rentas de artistas y deportistas sean imputadas a una persona distinta a ellos, la renta podrá someterse a imposición en el país en el cual se realicen las actividades, salvo que se demuestre que ni el artista ni el deportista ni las personas relacionadas a su actividad participan directa o indirectamente de los beneficios obtenidos por dicha persona distinta.

En el caso del Perú, las rentas pagadas a agrupaciones de artistas que realicen actividad en el país tributan grupalmente como una única actividad y no individualmente en cabeza de cada

20 TAVERA TORRES, Helena. *Derecho Tributario das Telecomunicações e Satélites*. Quartos Latin, São Paulo, p. 260.

artista. En ese sentido, la legislación tributaria peruana no exige adicionalmente tributación respecto de las retribuciones pagadas a cada artista. Otro aspecto importante consiste en que en la práctica las autoridades peruanas interpretan que dicha regla se extiende a todo el grupo de personas que integran el grupo (incluyendo al personal encargado de la instalación y manejo de los equipos, tramoyistas y asistentes administrativos) y no solamente a los que realizan la actividad artística propiamente dicha.

III. LOS PAÍSES Y TERRITORIOS CON TRIBUTACIÓN FAVORECIDA

1. Aspectos generales

Tradicionalmente se entendía por país o territorio con tributación favorecida a aquel en el cual los niveles de tributación —especialmente en lo que a rentas se refiere— ya sea para residentes o no residentes son bajos o inexistentes, y donde usualmente los operadores gozan de un secreto bancario impenetrable y absoluto. Esta definición que viene ser el género permitía diferenciar a dos especies: a) los denominados paraísos fiscales y b) los regímenes *off shore*. En el caso de los paraísos fiscales la tributación en general es reducida o inexistente. A diferencia de ello, en el caso de los regímenes *off shore* la tributación a los residentes es la convencional o normal, estableciéndose tributación nula o inexistente en el caso de no residentes.

El efecto que ocasionan las operaciones con personas ubicadas en países o territorios con tributación favorecida es el de una competencia fiscal lesiva, pues en un escenario internacional en el que el comercio emerge “se rompen las reglas de juego y se hacen con las bases imponibles que deberían tributar en los países de residencia de

las personas a quienes son atribuibles ocasionando un serio perjuicio económico a los Estados”²¹

Puede decirse que los efectos perversos que tales países o territorios generan son los siguientes:

- 1) Reducción de ingresos tributarios de los Estados con tributación regular.
- 2) Genera un importante efecto en la competitividad de las empresas transnacionales, las que aprovechan las ventajas fiscales obtenidas mediante su uso para lograr productos o servicios económicamente más competitivos, de lo que se deriva una distorsión de la competencia en el mercado interno, toda vez que el precio más bajo no es logrado como consecuencia de una mayor productividad, sino por efecto de la evasión y elusión de obligaciones tributarias.
- 3) Ocasionan una severa competencia fiscal nociva (*harmful tax competition*), pues para atraer la inversión extranjera los países con tributación “normal” tienen que recurrir a tipos impositivos que les permitan ser más competitivos frente a un país o territorio con tributación favorecida.
- 4) Permiten la ocultación de actividades ilícitas, sirviendo como mecanismos de lavado de dinero.

2. La OCDE y las listas negras

La reacción que se tuvo en un inicio contra los paraísos fiscales fue el colocarlos en listas negras²², a los efectos de que los Estados establezcan limitaciones o impedimentos a la deducción de gastos y costos incurridos con residentes en dichas jurisdicciones. No obstante

21 ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel, *El control internacional sobre los países de baja tributación y las reglas de exclusión de las “listas negras”: el papel del intercambio de información*, *Derecho Tributario Internacional Aplicado*, Vol. V, Cuartero Latin 2008, pp. 856-857.

22 Inicialmente la lista estaba compuesta por 41 países, pero luego dicha lista se acortó a 35, pues varios de los países inicialmente catalogados como tax heavens se comprometieron ante la OCDE a modificar sus ordenamientos tributarios.

ello, esas listas no incluían a los regímenes *off shore*. En el año 2000, la OCDE elaboró una lista adicional en la que se incluyeron a los regímenes preferenciales perjudiciales, la que "se hizo por sectores económicos en los que se advertía la existencia de un régimen fiscal inaceptable según la OCDE".²³ Lo increíble es que en dicha lista figuraban prácticamente todos los países miembros de la OCDE al menos en algún sector económico específico.

3. La consideración actual

Hoy en día, la imputación de las condiciones para calificar como un país con tributación favorecida ha variado. Así, como lo advierte ALONSO GONZÁLEZ, para los países miembros de la OCDE a partir del año 2002 el elemento determinante para ser catalogado como un paraíso fiscal reside en la transparencia y el intercambio de información con los demás Estados de la comunidad internacional.²⁴ Cabe indicar que también en el año 2002, la OCDE aprobó el Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información Fiscal sobre transparencia fiscal, al cual se han adherido varios países. Desde 2006, la OCDE publica anualmente un informe sobre el cumplimiento por parte de más de 80 países de las exigencias del citado modelo, a efectos de evaluar sus avances en el ámbito de un foro global especializado. Si bien el número de países va incrementando cada año, es notorio que aún unos 100 países no participan en el foro ni suministran información alguna.

En efecto, a partir del reporte de 2001 de la OCDE se decidió excluir de la lista de paraísos fiscales a los países cooperantes, entendiendo por tales a aquellos que se comprometían con la OCDE a terminar con la ausencia de transparencia y que permitan intercambio de información para propósitos tributarios. En un reporte del año 2004 (*the 2004 Progress Report*), la OCDE mantiene el criterio de cuestionar a los países no cooperantes.

4. Algunas experiencias latinoamericanas

La mayoría de países latinoamericanos acoge regulaciones sobre operaciones con paraísos fiscales. Así por ejemplo, en el caso de Colombia, se considera como paraíso fiscal a aquel territorio, país o jurisdicción sin impuestos a la renta o muy bajos, nominales, con respecto a lo que se aplicaría en Colombia en operaciones similares y que reúnan cualquiera de las siguientes condiciones:

- a) Carencia de un efectivo intercambio de información o existencia de normas legales o prácticas administrativas que lo limiten,
- b) Falta de transparencia a nivel legal, reglamentario o de funcionamiento administrativo,
- c) Ausencia del requerimiento de que se ejerza una actividad económica real que sea importante o sustancial en el país o territorio, o facilidad para el establecimiento de entidades privadas sin una presencia local sustantiva.

Sin embargo, estos criterios pueden o no ser tomados en cuenta a los efectos de considerar o no a un país, como un paraíso fiscal.

En el Perú, el artículo 86 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta considera como países o territorios de baja o nula imposición a los incluidos en un Anexo que actualmente comprende a 43 países y territorios.

Sin perjuicio de ello, también se considera país o territorio de baja o nula imposición a aquel donde la tasa efectiva²⁵ del Impuesto a la Renta, cualquiera fuese la denominación que se dé a este tributo, sea cero por ciento (0%) o inferior

23 ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel. Op. Cit. p. 860.

24 ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel. Op. Cit. Pág. 860-861.

25 Para efecto de lo dispuesto en el artículo anterior, se entiende por tasa efectiva al ríto que resulta de dividir el monto total del impuesto calculado entre la renta imponible, multiplicado por cien (100) y sin considerar decimales.

en un cincuenta por ciento (50%) o más a la que correspondería en el Perú sobre rentas de la misma naturaleza, de conformidad con el Régimen General del Impuesto, y que adicionalmente presente al menos una de las siguientes características:

- Que no esté dispuesto a brindar información de los sujetos beneficiados con gravamen nulo o bajo.
- Que en el país o territorio exista un régimen tributario particular para no residentes que contemple beneficios o ventajas tributarias que excluya explícita o implícitamente a los residentes.
- Que los sujetos beneficiados con una tributación baja o nula se encuentren impedidos, explícita o implícitamente, de operar en el mercado doméstico de dicho país o territorio.
- Que el país o territorio se publicite a sí mismo, o se perciba que se publicita a sí mismo, como un país o territorio a ser usado por no residentes para escapar del gravamen en su país de residencia.

IV. LA VENTA INDIRECTA DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIETARIAS

Es usual que los Estados establezcan como criterio de conexión subjetiva el lugar de constitución o establecimiento de las sociedades, a los efectos de alocar la fuente en los casos de

enajenaciones de acciones o participaciones en el capital social de tales sociedades. Frente a dichas reglas, los planeamientos tributarios no tardan en reaccionar y encontrar escenarios de ahorro tributario. El planteamiento es simple y claro: se constituye una sociedad *holding* radicada en un país o territorio distinto (usualmente uno de baja o nula imposición) cuyo único activo son las acciones o participaciones de la sociedad emisora. En acto posterior se enajenan las acciones de la sociedad *holding*, con lo que no se genera una renta en el país del lugar de constitución de la sociedad emisora de las acciones.

Como una forma de reacción frente a tales planeamientos fiscales, hay países que consideran en su legislación interna, que la enajenación de las acciones de la sociedad *holding* representa en realidad ventas indirectas de las acciones o participaciones de las sociedades emisoras, con lo que atribuyen en esos casos la existencia de una renta. Es el caso de la China, en donde a través de una modificación a su Impuesto a la Renta de actividades empresariales ocurrida el 10 de diciembre de 2009 se considera como plusvalía gravable, la obtenida por la enajenación de acciones de sociedades *holding* tenedoras de acciones de sociedades chinas.²⁶

En el Perú se debate la cuestión desde inicios del 2009, a raíz de la enajenación de las acciones de una sociedad *holding* tenedora de las acciones de una de las más grandes e importantes empresas petroleras del Perú. En la actualidad existe un proyecto de ley en el Congreso de la

26. "A efectos fiscales chinos, y siempre y cuando la plusvalía derivada de la venta directa de participaciones quedara sujeta a tributación en China, dicha plusvalía se definirá en función de la diferencia entre el valor de transmisión y el de adquisición correspondientes a los títulos transmitidos. Las Medidas aclaran que en la determinación del valor de transmisión no se deducirán las reservas generadas por la entidad transmitida durante el periodo de tenencia de la participación. Esto supone un cambio en el criterio práctico mantenido hasta la fecha por la administración tributaria china, que si permitía excluir del cómputo del valor de transmisión tales reservas, lo que suponía declarar un menor valor de transmisión y, por tanto, asumir una menor tributación. Con anterioridad a las Medidas, en la práctica incluso las sociedades no residentes en China disponían así de un mecanismo para evitar la doble imposición que se podía producir al tributar, por un lado, la sociedad china transmitida sobre los beneficios obtenidos y, por otro lado, al tributar sobre esos mismos resultados el socio al obtener un mayor precio, correspondiente a los beneficios no distribuidos, en el momento de la transmisión. La novedad radica en que dicho mecanismo, hasta ahora permitido en la práctica, ha desaparecido para las sociedades transmitentes de participaciones, que ahora integrarán en el valor de transmisión las reservas generadas por la sociedad china". Fuente http://www.iberoasia.org/garrigues/plusvalias_titulos_soc_C6.pdf

República en el que se propone modificar la Ley del Impuesto a la Renta, agregando como un supuesto de renta de fuente peruana a la ganancia obtenida por la enajenación indirecta de acciones o participaciones representativas del capital social de sociedades constituidas en el Perú.²⁷ La fórmula legislativa que se propone a través del Proyecto de Ley 3092/2008-PE es la siguiente:

e) *“Las obtenidas por la enajenación indirecta de acciones y participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en el país. Se produce una enajenación indirecta cuando se enajenan acciones o participaciones representativas del capital de una empresa no domiciliada en el país que a su vez es propietaria –en forma directa o por intermedio de otra u otras empresas– de acciones o participaciones representativas del capital de persona(s) jurídica(s) domiciliada(s) en el país, siempre que se produzca cualquiera de las siguientes condiciones:*

1. *En cualquiera de los doce (12) meses anteriores a la enajenación el valor de mercado de las acciones o participaciones de la(s) persona(s) jurídica(s) domiciliada(s) en el país de las que la empresa no domiciliada sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras empresas, equivalga al cincuenta por ciento (50%) o más del valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la empresa no domiciliada.*

Para determinar el porcentaje antes indicado, se tendrá en cuenta lo siguiente:

- (i) *Se determinará el porcentaje de participación que la empresa no domiciliada tiene en el capital de la persona jurídica domiciliada. En caso aquella sea propietaria de ésta por intermedio de otra u otras empresas, su porcentaje de participación se determinará*

multiplicando y/o sumando los porcentajes de participación que cada empresa tiene en el capital de la otra, de acuerdo con lo que establezca el Reglamento.

- (ii) *El porcentaje de participación determinado conforme con lo señalado en el acápite (i) se multiplicará por el valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica domiciliada en el país.*

En caso la empresa no domiciliada sea propietaria de dos o más personas jurídicas domiciliadas en el país, se sumará los resultados determinados por cada una de éstas.

- (iii) *El resultado anterior se dividirá entre el valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la empresa no domiciliada.*

- (iv) *El resultado anterior se multiplicará por cien.*

2. *La empresa no domiciliada en el país sea residente en un país o territorio de baja o nula imposición. No se aplicará lo dispuesto en el presente numeral cuando el contribuyente acredite de manera fehaciente que la empresa no domiciliada no se encuentra en el supuesto del numeral anterior.*

Se presumirá que una empresa no domiciliada en el país enajena indirectamente las acciones o participaciones representativas del capital de persona(s) jurídica(s) domiciliada(s) en el país de las que sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras empresas, cuando emite nuevas acciones o participaciones como consecuencia de un aumento de capital –producto de nuevos aportes, de capitalización de créditos o de una reorganización– y las coloca por un valor inferior al de mercado. En este caso, se entenderá

27. <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>

que enajena las acciones o participaciones que emite como consecuencia del aumento del capital. Lo dispuesto en este párrafo se aplicará siempre que se cumpla con cualquiera de las siguientes condiciones:

- a) En cualquiera de los doce (12) meses anteriores a la emisión de las nuevas acciones o participaciones, el valor de mercado de las acciones o participaciones de la(s) persona(s) jurídica(s) domiciliada(s) en el país de las que la empresa no domiciliada sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras empresas, equivaiga al cincuenta por ciento (50%) o más del valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la empresa no domiciliada antes de la emisión.

Para efecto de lo dispuesto en el párrafo anterior, se aplicará lo previsto en el segundo párrafo del numeral 1.

- b) La empresa no domiciliada en el país sea residente en un país o territorio de baja o nula imposición. No se aplicará lo dispuesto en el presente literal cuando la empresa no domiciliada acredite de manera fehaciente que no se encuentra en el supuesto del literal anterior.

Se incluye dentro de la enajenación de acciones de empresas no domiciliadas en el país, a la enajenación de ADR's (American Depositary Receipts) o GDR's (Global Depositary Receipts) que tengan como subyacente a tales acciones.

Para efecto del presente inciso, la mención a acciones o participaciones se entenderá referida a lo que para tal efecto establece la legislación peruana, con independencia de la denominación otorgada en otra legislación."

Y a los efectos de asegurar que el tributo llegue a pagarse se plantea la siguiente fórmula:

"Artículo 68.- En la enajenación directa e indirecta de acciones, participaciones o de cualquier otro valor o derecho representativo del patrimonio de una empresa a que se refiere en el inciso h) del artículo 9 y los incisos e) y f) del artículo 10 de esta Ley, respectivamente, efectuadas por sujetos no domiciliados, la persona jurídica domiciliada en el país emisora de dichos valores mobiliarios es responsable solidaria, cuando en cualquiera de los doce (12) meses anteriores a la enajenación, el sujeto no domiciliado enajenante se encuentre vinculado directa o indirectamente a la empresa domiciliada a través de su participación en el control, la administración o el capital.

El reglamento señalará los supuestos en los que se configura la referida vinculación."

Artículo 7.- Obligación de informar a la SUNAT

Sustitúyase el tercer párrafo de la Primera Disposición Transitoria y Final de la Ley, por el siguiente texto:

"Las personas jurídicas domiciliadas en el país estarán obligadas a comunicar a la SUNAT, en la forma, plazos y condiciones que ésta señale, las emisiones, transferencias y cancelación de acciones realizadas, incluyendo las enajenaciones indirectas a que se refiere el inciso e) del artículo 10 de esta ley. Igual obligación rige para el caso de participaciones sociales, en lo que fuere aplicable. Mediante Decreto Supremo se podrá establecer excepciones a dicha obligación."