

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



LA APLICACIÓN DEL ENFOQUE AUTORIZADO PARA LA ATRIBUCIÓN DE  
BENEFICIOS A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES DE LA OCDE EN LOS  
CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN PERUANOS

Tesis para optar el Título de Abogado que presenta el Bachiller:

Frank Fermín García Santos

Asesor:

Luis Alberto Durán Rojo

Lima, diciembre 2022



# PUCP

Sistema  
de Bibliotecas

## INFORME DE SIMILITUD

Yo, **LUIS ALBERTO DURAN ROJO**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

**“LA APLICACIÓN DEL ENFOQUE AUTORIZADO PARA LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS A ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES DE LA OCDE EN LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN PERUANOS”.**


del autor

**FRANK FERMÍN GARCÍA SANTOS**

dejo constancia de lo siguiente:

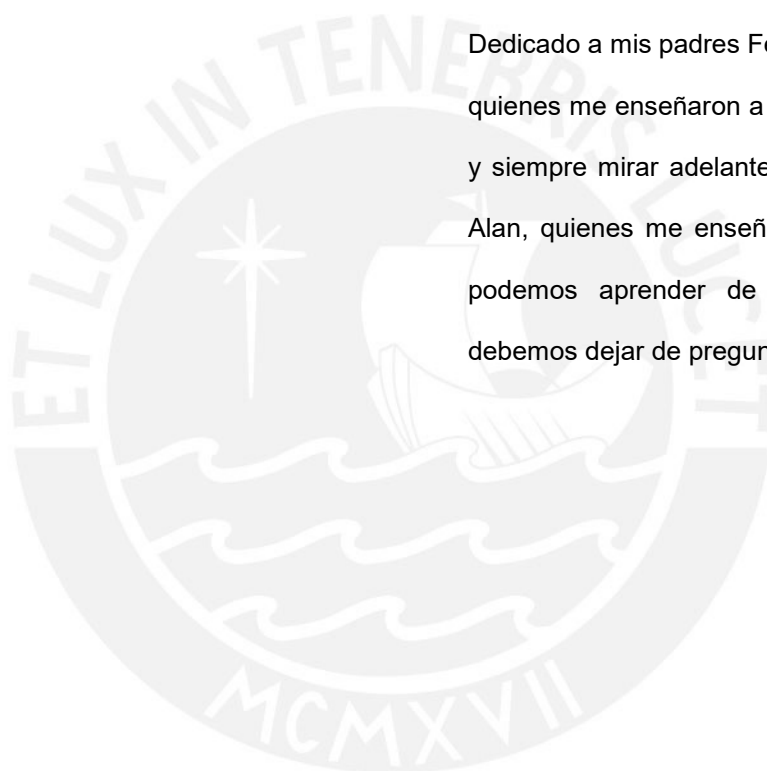
- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 27%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 11/05/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 8 de mayo de 2023**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <b>DURAN ROJO, LUIS ALBERTO</b>	
DNI: 09552537	
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0001-6200-6887">https://orcid.org/0000-0001-6200-6887</a>	

## RESUMEN

El artículo 7 de los CDIs celebrados por el Perú contiene la versión antigua de dicho artículo proveniente del MC OCDE de 1963. En el 2008 la OCDE publicó el Enfoque Autorizado 2008 que constituye el criterio autorizado de la OCDE para la atribución de beneficios a un EP según artículo 7 de los CDIs y, posteriormente, en el 2010 se publicó la nueva versión del artículo 7 del MC OCDE, sustentada en el Enfoque Autorizado 2008. Este enfoque cambia sustancialmente el modelo de atribución de beneficios a EPs y, de hecho, incluye nuevos conceptos como el Capital Libre. En esta tesis nos planteamos la pregunta de si al momento de interpretar el artículo 7 de los CDIs peruanos podemos acudir al Enfoque Autorizado 2008 y, así, aplicar la figura del Capital Libre para limitar los intereses deducibles de un EP. Nuestra hipótesis es que para la interpretación del artículo 7 de los CDI celebrados por el Perú no es posible aplicar la figura del Capital Libre. En la presente tesis realizaremos un estudio en función al método dogmático e histórico. En esta investigación se llega a la conclusión de que para interpretar los CDIs peruanos no es posible aplicar las pautas del Enfoque Autorizado 2008 y, menos aún, la figura del Capital Libre. Para que ello sea posible: los CDIs deberían hacer remisión expresa a los Comentarios MC OCDE 2008 o posteriores como guía interpretativa; se debería modificar el artículo 7 de los CDIs para considerar la nueva versión del MC OCDE 2010 o que se inicie un procedimiento de acuerdo mutuo; y modificar la legislación interna peruana para considerar las reglas del Enfoque Autorizado 2008, así como la figura del Capital Libre, pues la determinación del IR de un EP está protegida por la reserva de ley tributaria.



Dedicado a mis padres Fermín y Haydee, quienes me enseñaron a nunca rendirme y siempre mirar adelante; y, a Fiorella y Alan, quienes me enseñan que siempre podemos aprender de todo y nunca debemos dejar de preguntar.

*“- Pero, sin embargo, imaginando órdenes falsos habéis encontrado algo...*

*- Gracias, Adso, has dicho algo muy bello. El orden que imagina nuestra mente es como una red, o una escalera, que se construye para llegar hasta algo. Pero después hay que arrojar la escalera, porque se descubre que, aunque haya servido carecía de sentido. Er mouz gelichesame die Leiter abewerfen, sô Er an ir ufgestigen ist... ¿Se dice así?*

*- Así suena en mi lengua. ¿Quién lo ha dicho?*

*- Un místico de tu tierra. Lo escribió en alguna parte, ya no recuerdo dónde. Y tampoco es necesario que alguien encuentre alguna vez su manuscrito. Las únicas verdades que sirven son instrumentos que luego hay que tirar.”*

*Umberto Eco*

*“The true mind can weather all lies and illusions without being lost”*

*M.D y B.K.*

<b>Índice General</b>	<b>5</b>
<b>ABREVIATURAS</b>	<b>7</b>
<b>GLOSARIO</b>	<b>10</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>11</b>
<b>II. PRÉAMBULO: ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA TESIS</b>	<b>14</b>
2.1 TEMA Y PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	14
2.2 HIPÓTESIS	20
2.3 OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN	21
2.4 ENFOQUE METODOLÓGICO	22
<b>III. PRIMER CAPÍTULO: ESTUDIO INDIVIDUAL DE LA SUCURSAL EN EL MUNDO SOCIETARIO Y SU FALTA DE PERSONALIDAD JURÍDICA</b>	<b>23</b>
3.1 Alcances generales sobre las personas jurídicas en el Derecho Civil	24
3.2.1 Las personas jurídicas como entidades con autonomía subjetiva y patrimonial	24
3.2.2 Las sociedades mercantiles como personas jurídicas	27
3.2.3 La toma de decisiones en las personas jurídicas y las sociedades mercantiles	30
3.2 Las sucursales como entidades sin personalidad jurídica	33
3.3 Relaciones entre sucursales y la sociedad principal en el Derecho Civil	55
3.4 Relaciones entre sucursales y la sociedad principal en el Derecho Tributario	58
<b>IV. SEGUNDO CAPÍTULO: CONCEPTO DE EP Y SISTEMAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS BENEFICIOS DE UNA SUCURSAL DE CONFORMIDAD CON EL MC OCDE</b>	<b>73</b>
4.1. Conceptos previos de Derecho Internacional Tributario	73
4.1.1. Diferencia entre Derecho Tributario Internacional y Derecho Internacional Tributario	74
4.1.2. Estado de la Fuente y Estado de Residencia	74
4.1.3. Doble imposición jurídica y económica	76
4.1.4. Concepto de CDI	78
4.2. El concepto de EP en el Derecho Internacional Tributario	79
4.2.1. Origen del concepto de EP en el Derecho Internacional Tributario	79
4.2.2. Evolución del concepto de EP en los MC OCDE y MC ONU	81
4.2.3. La cláusula EP como fundamento de distribución de facultad de imposición	89
4.2.4. Concepto general de EP	91
4.2.5. EP en la legislación peruana	99
4.3. Atribución de beneficios a EP en el artículo 7 del MC OCDE	110
4.3.1. Directrices para la atribución de beneficios a un EP según el MC OCDE	111
4.3.2. Evolución histórica del artículo 7 del MC OCDE	124
4.3.3. Sistema de atribución de beneficios en el artículo 7 del MC OCDE antes del 2008	140

4.3.4.	<i>Sistema de atribución de beneficios en el artículo 7 del MC OCDE después del 2008</i>	144
4.3.5.	<i>¿Se ha regulado la figura del Capital Libre en la legislación peruana?</i>	161
<b>V.</b>	<b>TERCER CAPÍTULO: INTERPRETACIÓN DE CDI Y APLICACIÓN DEL ENFOQUE AUTORIZADO</b>	<b>172</b>
6.1.	<b>Los Comentarios MC OCDE como manifestación del soft law en el Derecho Tributario</b>	<b>177</b>
6.2.	<b>Reglas de aplicación de CDIs</b>	<b>187</b>
6.1.1.	<i>CDIs como instrumentos que limitan el Derecho interno y las reglas del Derecho interno peruano</i>	188
6.1.2.	<i>Calificación autónoma del CDI</i>	198
6.3.	<b>Interpretación de CDIs y la aplicación de la CVDT</b>	<b>200</b>
6.2.1.	<i>Interpretación de tratados según la CVDT</i>	200
6.2.2.	<i>Interpretación de CDIs</i>	209
6.2.3.	<i>Utilidad de los Comentarios MC OCDE y su relación con la CVDT</i>	216
6.2.4.	<i>Posibilidad de aplicar el Enfoque Autorizado 2008 y la figura del Capital Libre al artículo 7 de los CDIs peruanos según la CVDT</i>	235
<b>V.</b>	<b>CONCLUSIONES</b>	<b>261</b>
<b>VI.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>272</b>
	<b>ANEXO A – Cuadros y Diagramas</b>	<b>279</b>
	<b>ANEXO B – CUADRO DE EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 7 DEL MC OCDE</b>	<b>281</b>
	<b>ANEXO C – CUADRO DE EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 7 DEL MC ONU</b>	<b>286</b>
	<b>ANEXO D – Artículo 7 de los CDIs peruanos</b>	<b>289</b>
	<b>ANEXO E – Artículo 7 del Modelo Peruano de CDI y comentario</b>	<b>293</b>

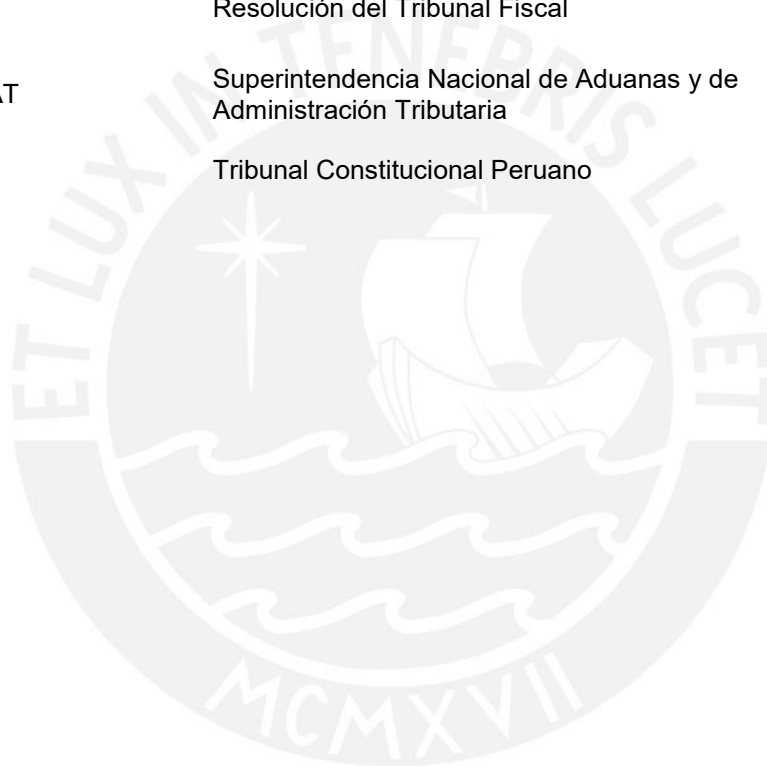
## ABREVIATURAS

Abreviación	Significado
Administración Tributaria	Entidad encargada de la administración y cobro de tributos en un Estado
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting o Erosión de la base y traslado de beneficios
CAN	Comunidad Andina de Naciones, creada mediante el Acuerdo de Cartagena de 1969. Los actuales países miembros de la CAN son Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Hasta el 2011 Venezuela formó parte de dicha comunidad, pues en el 2006 Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena y su vínculo con la CAN concluyó en el 2011.
CDI / CDIs	Convenio de Doble Imposición / Convenios de Doble Imposición
Código Civil	Código Civil Peruano de 1984, aprobado mediante Decreto Legislativo No. 295
Código Comercio	Código de Comercio, promulgado y vigente desde 1902.
Código Tributario	Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado mediante el Decreto Supremo No. 133-2013-EF, publicado el 22 de junio de 2013.
Comentarios MC OCDE	Comentarios al Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE. En el texto se colocará el año, de ser necesario, para hacer referencia a algún modelo en específico.
Comentarios MC ONU	Comentarios al Modelo de Convención entre Países Desarrollados y en vía de Desarrollo de las Naciones Unidas. En el texto se colocará el año, de ser necesario, para hacer referencia a algún modelo en específico.
CPP	Constitución Política del Perú de 1993
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 que entró en vigor el 27 de enero de 1980.
DS	Decreto Supremo
DL	Decreto Legislativo
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
EP / EPs	Establecimiento Permanente / Establecimientos Permanentes



Guías de PT	Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE o OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. En el texto se colocará el año, de ser necesario, para hacer referencia a algún modelo en específico.
G-20	G-20 un grupo de países compuesto por 20 jurisdicciones que representan alrededor del 90% del PBI mundial y el 80% del comercio global.
IR	Impuesto a la Renta
IGV	Impuesto General a las Ventas
LGS	Ley General de Sociedades, aprobada mediante Ley No. 26887
LIR	Ley del Impuesto a la Renta peruano, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante el Decreto Supremo No. 179-2004-EF
Marco Inclusivo	Proyecto de la OCDE para implementar las acciones del Proyecto BEPS en países OCDE y países que no son miembros de la OCDE.
MC	Modelo de Convenio
MC CAN	Modelo de Convenio de la Comunidad Andina de Naciones
MC OCDE	Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE. En el texto se colocará el año, de ser necesario, para hacer referencia a algún modelo en específico.
MC ONU	Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo. En el texto se colocará el año, de ser necesario, para hacer referencia a algún modelo en específico.
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas
MLI	Multilateral Instrument - Convenio Multilateral de la OCDE sustentado en el Reporte de la Acción 15 del Plan de Acción de BEPS
Modelo Peruano de CDI	Propuesta peruana de modelo de convenio de doble imposición publicada en el 2001 y, según el MEF, de constante actualización y que sirve para la negociación de los CDIs peruanos.
OEEC	Organización para la Cooperación Económica Europea
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Proyecto BEPS	Medidas o acciones de lucha propuestas por la OCDE para luchar contra las situaciones que generan BEPS

RL	Resolución Legislativa
Reglamento de la LGS	Reglamento del Registro de Sociedades, aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos No. 200-2001-SUNARP-SN
Reglamento Inscripción PPJJ	Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas, aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos No. 038-2013-SUNARP-SN
RLIR	Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta peruano, aprobado mediante el Decreto Supremo No. 122-94-EF, publicado el 21 de setiembre de 1994.
RTF	Resolución del Tribunal Fiscal
SUNAT	Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria
TC	Tribunal Constitucional Peruano



## GLOSARIO

<b>Término</b>	<b>Definición</b>
Capital Asignado	Conjunto de bienes y derechos otorgados a una sucursal por la sociedad extranjera que la ha constituido. Este otorgamiento se refiere únicamente a uno de tipo societario.
Capital Libre	Según la OCDE, es el financiamiento que no genera rendimiento deducible para efectos del Impuesto a la Renta en concepto de intereses.
Enfoque Autorizado 2008 / AOA 2008	Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes publicado el 17 de julio de 2008 o, en su versión en inglés, Authorized OECD Approach.
Enfoque Autorizado 2010 / AOA 2010	Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes publicado el 22 de julio de 2010 o, en su versión en inglés, Authorized OECD Approach.
Estado de la Fuente	Estado donde se genera o donde se produce la renta o ingreso
Estado de Residencia	Estado donde el propietario del capital invertido en el extranjero es residente
EBITDA	Utilidades antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones.
EBITDA tributario	Renta neta de una persona jurídica domiciliada en el Perú luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos, depreciación y amortización.
Matriz	Persona jurídica, sociedad o entidad no domiciliada que tiene una sucursal o un EP establecido en el Perú

## I. INTRODUCCIÓN

En el desarrollo del comercio internacional, a lo largo de los años, las operaciones económicas se han ido complejizando. Así, las formas de negocio incluyen desde la constitución de personas jurídicas con autonomía funcional en otras jurisdicciones a fin de realizar operaciones económicas, hasta la realización de operaciones en otros países sin la necesidad de constituir personas jurídicas o sociedades o, con mayor fuerza recientemente, mediante operaciones digitales sin la necesidad de mantener presencia física en otros países.

Particularmente nos llama la atención la segunda forma de hacer negocios antes señalada, mediante la cual una sociedad realiza operaciones en otros países sin la necesidad de constituir personas jurídicas. Específicamente, nos referimos a las operaciones realizadas mediante sucursales establecidas en otros países. Al momento de realizar operaciones de esta manera, la persona jurídica del extranjero que constituye la sucursal se encuentra interesada no solo en las ganancias provenientes de la operación en el otro país -y sus respectivas erogaciones-, sino también en la carga fiscal que asumirá en el otro país al realizar negocios de esta manera. Esto último es sumamente relevante pues el hecho de realizar operaciones en otro país distinto al país de residencia puede generar situaciones de doble imposición jurídica.

En la presente tesis, analizaremos el caso de las sucursales establecidas en Perú por sociedades residentes en países con los que Perú ha celebrado un CDI. Esta situación es problemática actualmente por diversas razones. No cabe duda de que las sucursales son, por antonomasia, el tipo de establecimiento permanente típico, pero no son el único tipo de establecimiento permanente<sup>1</sup>.

Pues bien, una vez verificada la existencia de una sucursal como un establecimiento permanente, la siguiente cuestión que corresponde definir es cuál es la suma de ingresos y gastos que le corresponden a dicho establecimiento permanente. Sobre este asunto existen

---

<sup>1</sup> Como bien señala Carmona Fernández "(...) la sucursal representa la versión paradigmática de EP. El concepto fiscal de EP es, sin duda, mucho más amplio. Así, toda sucursal normalmente supondrá la existencia de un EP desde la óptica fiscal, pero no todo EP reviste la forma de una sucursal" (2007, pp. 172-173).

diversos puntos controvertidos cuando se encuentra involucrado un CDI: ¿cuáles son los ingresos que corresponden atribuir a una sucursal al amparo de un CDI?, ¿deben tomarse en cuenta los resultados de todo el negocio de la sociedad no residente o solamente los resultados correspondientes al negocio en el que se encuentra involucrada la sucursal?, ¿cuál es el método que debería aplicarse a fin de determinar los resultados correspondientes a la sucursal: el método de la empresa separada o el método de reparto proporcional?, ¿los gastos que le corresponden a la sucursal son aquellos realizados por esta como entidad con autonomía funcional o también pueden asignarse los gastos realizados por la sociedad no residente en nombre de los fines de la sucursal?, ¿cómo deben ser tratadas las relaciones entre la sucursal y su matriz? ¿cuál es el valor de los comentarios al Modelo de Convenio OCDE o al Modelo de Convenio ONU al momento de interpretar un CDI?

Estas preguntas son asuntos que aún no han impactado con suficiente fuerza en los pronunciamientos de las entidades administrativas, los tribunales administrativos o los tribunales judiciales en Perú. Ello puede deberse a diversas razones, pero consideramos que una de las razones más importantes es la relativa novedad de los CDI en nuestro ordenamiento jurídico. Los CDIs en vigor más antiguos de Perú, que siguen el Modelo OCDE con ciertos matices, corresponden al ejercicio 2003<sup>2</sup>. A la fecha han transcurrido menos de 20 de años desde la entrada en vigor de estos instrumentos internacionales lo que implica que no ha pasado el tiempo suficiente para que se den discusiones judiciales de gran relevancia. Si comparamos esta situación con otros países, se puede entender mejor por qué en estos casos señalamos que los CDIs son recientes en el ordenamiento jurídico peruano. De hecho, como mencionaremos en esta tesis, el primer CDI fue el convenio de doble tributación entre el Imperio Austro-Húngaro y Prusia en junio de 1899.

Esta relativa novedad, además, no ha sido acompañada con un desarrollo legal interno de la legislación peruana vinculada al tratamiento de los CDI. Asimismo, el Perú no tiene una

---

<sup>2</sup> Los CDIs en vigor más antiguos son los celebrados con Chile y Canadá respectivamente. De un lado, el CDI de Perú con Canadá fue suscrito en Lima el 20 de julio de 2001 y el mismo fue aprobado mediante la Resolución Legislativa No. 27904, de fecha 5 de enero de 2003. De otro lado, el CDI con Chile fue suscrito el 8 de junio de 2001 y el mismo fue aprobado mediante la Resolución Legislativa No. 27905, de fecha 6 de enero de 2003.

gran red de CDIs, a diferencia de otros países de Latinoamérica y de otros continentes. El Perú solamente cuenta a la fecha con 8 CDIs en vigor<sup>3</sup> y la Decisión 578<sup>4</sup> de la CAN, que es un tratado multilateral para evitar la doble imposición.

Sin embargo, esta situación no impide que se pueda realizar un análisis de las problemáticas involucradas en la interpretación y aplicación de los CDI en vigor suscritos por el Perú. En esta tesis nos concentraremos en un elemento particular de los CDI y es el referido a la atribución de beneficios y gastos a un EP, conforme a las reglas del artículo 7 de los CDIs en vigor suscritos por el Perú. Las preguntas antes señaladas no las resolveremos de forma profunda en esta tesis, pues nos dedicaremos específicamente a responder una pregunta vinculada a la atribución de beneficios y gastos a un EP: ¿Al momento de aplicar el artículo 7 de un CDI celebrado por el Perú, se puede aplicar la regla del Capital Libre regulado en el Enfoque Autorizado del 2008 a efectos de determinar los beneficios y gastos atribuibles a un EP establecido en el Perú de conformidad con las reglas de los CDI?

El tema antes referido no es un tema menor debido a que, a nivel internacional, existen muchas problemáticas vinculadas al mismo. Así, un tema central es la aplicabilidad del enfoque propuesto por la OCDE como medida calificada para determinar la atribución de beneficios a un EP. Como podremos observar en esta tesis, la OCDE publicó el 17 de julio de 2008 el Enfoque Autorizado 2008 como una guía calificada para determinar la atribución de beneficios y gastos a un EP en el contexto de la aplicación de un CDI. Este Enfoque Autorizado 2008 representa un cambio sustancial en la atribución de beneficios a un EP y ha implicado la modificación sustancial de los comentarios del artículo 7 del MC OCDE en su versión publicada también el 17 de julio de 2008. No obstante, si bien los comentarios del artículo 7 del MC OCDE han sido modificados, el texto del MC OCDE del 2008 se mantuvo como en sus versiones anteriores y fue modificado posteriormente mediante la

---

<sup>3</sup> A la fecha se encuentran vigentes los CDIs suscritos con Chile, Brasil, Canadá, México, República de Corea, Suiza, Portugal y Japón los cuales siguen el MC OCDE y contienen algunas disposiciones del MC ONU.

La celebración de CDIs como política del Estado Peruano inició recién en el 2001. Es importante señalar que antes de la suscripción de estos CDIs, el Perú solamente tenía un CDI celebrado con el Reino de Suecia (firmado en 1966) el cual estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2006.

<sup>4</sup> La Decisión 578 entró en vigor el 1 de enero de 2005 y reemplazó a la anterior decisión comunitaria en materia tributaria (la Decisión 40). Para un análisis más detallado de la Decisión 578, véase Villagra (2005).

publicación del MC OCDE de fecha 22 de julio de 2010. De hecho, los CDIs de Perú contienen la redacción previa del artículo 7 del MC OCDE, con algunas diferencias propias, pero en ningún CDI se ha adoptado la nueva versión del artículo 7 del MC OCDE publicado desde el 2010.

A fin de poder dar respuesta a esta pregunta, en el primer capítulo de esta tesis nos concentraremos en el estudio del análisis de las relaciones entre una sucursal y su Matriz desde el punto de vista societario y civil. Ello, debido a que, con dicho entendimiento se podrá entender de mejor la problemática involucrada en la determinación de beneficios de un EP.

En el segundo capítulo, estudiaremos los fundamentos del concepto de EP, los tipos de EP existentes y cómo la sucursal es un tipo de EP particular comprendido en el concepto general de EP como lugar fijo de negocios. Asimismo, en este capítulo estudiaremos los sistemas de atribución de beneficios a un EP, su evolución hasta la actualidad, así como los principios comprendidos en la determinación de beneficios a un EP.

En el tercer capítulo, evaluaremos la aplicabilidad del Enfoque Autorizado 2008 propuesto por la OCDE para la determinación de beneficios correspondientes a un EP. En este capítulo observaremos la discusión actual que existe con relación a la aplicación de este enfoque para los CDIs celebrados por el Perú<sup>5</sup> que fueron redactados tomando en cuentas las versiones previas al Enfoque Autorizado 2008.

## **II. PRÉAMBULO: ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA TESIS**

### **2.1 TEMA Y PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

El EP es un concepto jurídico creado en el Siglo XIX en Europa y de hecho su primera aparición a nivel tributario se encuentra en un CDI celebrado en 1899 en Europa<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> De hecho, como veremos, el artículo 7 de todos los CDIs celebrados por el Perú tienen la redacción previa a la publicación del Enfoque Autorizado 2008. Incluso, los CDIs que fueron negociados y celebrados después de la publicación de este enfoque tienen la redacción antigua del artículo 7.

<sup>6</sup> De hecho, el primer CDI que recoge la figura del EP es el convenio internacional celebrado entre el Imperio austro-hungaro y Prusia en 1899. La celebración de CDIs y la utilización del concepto de EP

Este concepto fue introducido en la legislación interna peruana a fines del Siglo XX a fin de establecer un sistema de gravamen para los sujetos no domiciliados que se encontraran vinculados de manera significativa con el territorio peruano.

De hecho, en la versión original de la LIR, aprobada mediante el Decreto Legislativo No. 774 se incluyeron las primeras referencias al concepto de EP en la legislación peruana. Sin embargo, recién con el RLIR, en 1994, se estableció un concepto de EP aplicable al ordenamiento jurídico tributario peruano.

A nivel de la normativa internacional aplicable en Perú, debe tomarse en cuenta que el Perú ya contaba con un CDI que recogía el concepto de EP desde 1969. Nos referimos, al CDI celebrado entre Perú y el Reino de Suecia, el cual en sus artículos 2 y 3 establecía disposiciones sobre el concepto de EP y la aplicación de dicho concepto para la distribución de facultad de imposición entre ambos estados. De hecho, este CDI fue después denunciado y solamente estuvo vigente hasta el 31 de diciembre del 2006.

La celebración de CDIs como política del Estado Peruano inició recién en el 2001 y, por ello, a partir de dicho año se iniciaron diversas negociaciones con las delegaciones de otros países que culminaron con la celebración de diversos CDIs. A la fecha se encuentran vigentes los CDIs suscritos con Chile, Brasil, Canadá, México, República de Corea, Suiza, Portugal y Japón los cuales siguen el MC OCDE y contienen algunas disposiciones del MC ONU.

En líneas generales, cuando un sujeto no domiciliado realiza actividades que lo vinculan de manera sustancial con un Estado, este sujeto debería tributar como un sujeto domiciliado en dicho Estado. En el caso de la legislación peruana, la LIR

---

con carácter general en el derecho internacional tributario tiene lugar desde comienzos del siglo XX. Inclusive, es preciso señalar que el primer MC OCDE, publicado en 1963, recoge en su modelo de CDI la figura del EP en el artículo 7 que regula la distribución de potestad tributaria en el caso los beneficios empresariales. Al respecto, sobre la evolución de los modelos de convenio OCDE y ONU, véase a Rohatgi (2008, pp. 114–121).



dispone que si un sujeto no domiciliado tiene un EP en Perú -de acuerdo con los supuestos establecidos en la LIR-, este no debe tributar a través del sistema de retenciones, sino más bien debe de tributar como una persona jurídica domiciliada en el país, pero solo respecto de su renta gravada de fuente peruana.

En el caso de los CDIs, la figura del EP se utiliza para otorgar facultad de imposición al Estado de la Fuente con relación a las rentas empresariales de los residentes de los países contratantes. De este modo, el numeral 1 del artículo 7 del MC OCDE dispone que las ganancias de una empresa de un estado contratante se encontrarán gravadas en ese estado a menos que la empresa realice su negocio en el otro estado contratante -es decir, en el Estado de la Fuente- a través de un EP situado en dicho estado. Agrega el referido numeral que, si existe un EP, las ganancias serán gravables en el Estado de la Fuente siempre que puedan atribuirse a dicho EP.

En cuanto a la figura del EP en un CDI, existen, propiamente, dos niveles de análisis:

- (i) El primer nivel de análisis es determinar la existencia de un EP en el Estado de la Fuente. A este respecto, se verifica si existe un EP bajo la cláusula general, un EP de obra, un EP de servicios y un EP personal o EP agente. La determinación de la existencia de un EP bajo estas modalidades dependerá siempre de los parámetros y disposiciones de los CDIs.
- (ii) El segundo nivel de análisis está referido a la determinación de las ganancias atribuibles a dicho EP de conformidad con el CDI. Este nivel de análisis parte del presupuesto de que se ha pasado satisfactoriamente el primer nivel de análisis y, por ende, existe un EP en el Estado de la Fuente. En otras palabras, a este nivel se establece cuáles son los beneficios y gastos que se atribuirán a ese EP que se ha configurado en el Estado de la Fuente.

Ahora bien, el tema central de la tesis se encuentra vinculado en el segundo nivel de análisis antes indicado; es decir, nos concentraremos en la atribución de beneficios en un EP en los CDI celebrados por el Perú.

Para dar respuesta a la pregunta sobre la atribución de beneficios en los CDI, se deben de observar las reglas que establece el MC OCDE al respecto. Sin una revisión histórica de dichas reglas, se podría pensar que el MC OCDE siempre tuvo un modelo uniforme de atribución de beneficios a EP. No obstante, como se verá en la tesis, en la actualidad existen varios modelos de atribución de beneficios a EP y la razón de ello se encuentra en la evolución histórica del artículo 7 del MC OCDE.

A continuación, realizamos un recuento de la evolución de las versiones del artículo 7 del MC OCDE, conforme ya hemos realizado en un trabajo previo (García Santos, 2022):

- (i) La primera versión del MC OCDE fue publicada en 1963 y desde aquella versión el contenido del artículo 7 del MC OCDE no cambió sustancialmente. En este caso, las disposiciones del artículo se mantuvieron de forma similar desde 1963, así como los comentarios del MC OCDE, los cuales solo variarán en cierto modo y con algunos ajustes particulares.
- (ii) Con el MC OCDE del 2008 se dio un cambio importante en el del artículo 7 del MC OCDE. En los comentarios al artículo 7 del MC OCDE 2008 se incluyeron las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008 o AOA 2008. En líneas generales, el nombre de este informe del 2008 se sustenta en el hecho de que es el planteamiento de la OCDE reconocido para establecer la atribución de beneficios a un EP en el contexto de la aplicación de un CDI. Así, mediante este informe lo que se buscó fue establecer un criterio uniforme y adecuado para la atribución de beneficios a un EP, lo cual se dio como respuesta a las

múltiples -y hasta contradictorias- posturas de los países sobre atribución de beneficios a EPs en el contexto de la aplicación de un CDI.

- (iii) Después, el 22 de julio de 2010 la OCDE publicó la nueva versión del MC OCDE. Esta versión no solo acogió las recomendaciones y conclusiones del Enfoque Autorizado 2008 en los comentarios al MC OCDE, sino que, en base a las conclusiones de este informe, se publicó una nueva versión del artículo 7 del MC OCDE. En vista de que la redacción del artículo 7 del MC OCDE cambió de forma sustancial, la OCDE dispuso además la publicación Enfoque Autorizado 2010. Esta nueva versión establecía el planteamiento oficial de la OCDE para determinar la atribución de beneficios a un EP a efectos de que pueda leerse en sintonía con la nueva versión del artículo 7 del MC OCDE, por lo que básicamente las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008 son idénticas a las señaladas en el Enfoque Autorizado 2010 (OCDE, 2011, p. 136).

Tanto el Enfoque Autorizado del 2008 como el Enfoque Autorizado del 2010 -que están basados en los mismos fundamentos y conclusiones- establecen nuevas disposiciones y reglas para determinar los beneficios atribuibles a los EP, frente al sistema existente antes de la publicación de estos informes.

Pues en cuanto a las diferencias de los sistemas de atribución de beneficios a un EP, Calderón Carrero (2017, p. 282) ha manifestado que en el sistema previo al Enfoque Autorizado del 2008, para el artículo 7 se aplicaba una fórmula matizada del principio de plena competencia (*arm's length*), a pesar de que fuera del referido artículo el principio de plena competencia se aplicaba sin ninguna restricción para regular las relaciones entre partes vinculadas. De otro lado, Calderón Carrero (2017, p. 283) indica de forma clara que el Enfoque Autorizado del 2008 profundizó la aplicación del principio de plena competencia a través de una aplicación analógica de las Directrices de Precios de Transferencia de 1995.

Asimismo, el Enfoque Autorizado del 2008 ha incluido entre sus reglas la aplicación del concepto de Capital Libre. De acuerdo al Enfoque Autorizado del 2008, el Capital Libre es el financiamiento que no genera rendimiento deducible para efectos del Impuesto a la Renta en concepto de intereses (OCDE, 2010, p. 24). Así, de conformidad con el Enfoque Autorizado del 2008, se efectúa un análisis funcional y factual a fin de atribuir un Capital Libre a un EP de conformidad con el principio de plena competencia, de modo que el EP pueda disponer de capital suficiente para cubrir sus funciones, activos sobre los que tiene propiedad económica y los riesgos que asume (OCDE, 2010, p. 24).

El Estado Peruano ha negociado y celebrado diversos CDIs desde el 2001. A continuación, colocamos un cuadro con las fechas de celebración y entrada en vigor de todos los CDIs peruanos:

**Cuadro 1**

<b>CDI</b>	<b>Aprobación</b>	<b>Ratificación</b>	<b>Efectos del convenio en Perú</b>
Perú-Brasil	RL No. 29233 (21/05/2008)	DS No. 019-2008-RE	01/01/2010
Perú-Canadá	RL No. 27904 (05/01/2003)	DS No. 022-2003-RE	01/01/2004
Perú-Chile	RL No. 27905 (06/01/2003)	DS No. 005-2003-RE	01/01/2004
Perú-Corea	RL No. 30140 (27/12/2013)	DS No. 004-2014-RE	01/01/2015
Perú-Japón	RL No. 31098 (29/12/2020)	DS No. 060-2020-RE	01/01/2022
Perú-México	RL No. 30144	DS No. 003-2014-RE	01/01/2015

	(28/12/2013)		
Perú-Portugal	RL No. 30141 (27/12/2013)	DS No. 009-2014-RE	01/01/2015
Perú-Suiza	RL No. 30143 (28/12/2013)	DS No. 008-2014-RE	01/01/2015

Sobre estos CDIs existen dos asuntos relevantes: (i) algunos fueron celebrados antes de la publicación del Enfoque Autorizado del 2008; y (ii) todos mantienen, en mayor o menor medida, la redacción antigua del artículo 7 del MC OCDE. Es importante notar que a partir del MC OCDE 2010, la versión del artículo 7 del MC OCDE fue modificada para recoger las conclusiones y recomendaciones del Enfoque Autorizado del 2008.

En ese sentido, el tema de la presente tesis está vinculado a la atribución de beneficios a Establecimientos Permanentes en los Convenios de Doble Imposición celebrados por el Perú y la aplicación de las reglas del Enfoque Autorizado del 2008 al momento de establecer los beneficios atribuibles a los EPs en el contexto de la aplicación de un CDI.

Considerando el tema anterior, el problema que trataremos de responder en la presente tesis es el siguiente: ¿Al momento de aplicar el artículo 7 de un CDI celebrado por el Perú, se puede aplicar la regla del Capital Libre regulado en el Enfoque Autorizado del 2008 a efectos de determinar los beneficios y gastos atribuibles a un EP establecido en el Perú de conformidad con las reglas de los CDI?

## 2.2 HIPÓTESIS

Como indica Ramos (2007, pp. 135–136), la hipótesis de una tesis es una formulación lógica y coherente relativa a aquel asunto que se quiere probar en un trabajo, de modo que es una proposición que puede ser puesta a prueba para establecer la

validez de la misma. Asimismo, Ramos (2007, pp. 136–137) agrega que las hipótesis en sí mismas no son verdaderas o incluso pueden no ser comprobables en los hechos, pero lo importante es si estas son metodológicamente correctas, lo que ocurre cuando está sustentada en proposiciones que explican tentativamente una cuestión determinada.

Nuestra hipótesis de investigación es que para la interpretación del artículo 7 de los CDI celebrados por el Perú no es posible utilizar en su plenitud el Enfoque Autorizado del 2008. En particular, no es posible aplicar la figura del Capital Libre. Si el Perú quiere aplicar este Enfoque Autorizado del 2008 y la figura del Capital Libre, debe de incluirlo expresamente en la legislación interna y debe de modificar la redacción actual de los CDIs vigentes para acoplar la nueva versión del artículo 7 del MC OCDE.

### **2.3 OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN**

El objetivo general de la presente tesis es determinar la posibilidad de utilizar en su plenitud las reglas y disposiciones del Enfoque Autorizado para Atribución de Beneficios a Establecimientos Permanentes de la OCDE y, en concreto, si es posible aplicar la regla del Capital Libre para la determinación de beneficios y gastos de un EP. A efectos de verificar el planteamiento de esta tesis, el análisis de los conceptos se realizará en función de la figura de la sucursal como un tipo particular de EP.

Los objetivos específicos son los siguientes:

1. Establecer los conceptos generales del Derecho Civil y Societario aplicables a las personas jurídicas y sucursales. En ese sentido, determinaremos la validez en el derecho tributario y civil de los acuerdos celebrados entre una sucursal, como EP, y la Sociedad que la establece. Ello a fin de comprender mejor las relaciones entre EP y Matriz que propone el Enfoque Autorizado 2008.

2. Desarrollar cuáles son los principios y los sistemas para la determinación de los beneficios de una sucursal, como un tipo particular de EP. Asimismo, Examinaremos las reglas de atribución de beneficios y gastos según la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE y la versión posterior al 2008 con las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008.
3. Evaluar si es posible utilizar el Enfoque Autorizado 2008 de la OCDE como un criterio para interpretar el artículo 7 del Modelo de Convenio OCDE, así como en la legislación interna.
4. Verificar la aplicación del concepto de Capital Libre al momento de aplicar el artículo 7 de los CDIs celebrados por el Perú.

#### **2.4 ENFOQUE METODOLÓGICO**

De acuerdo con Ramos, existen diversos métodos de investigación jurídica en el Derecho, como el método exegético, el método dogmático o institucional, los métodos del iusnaturalismo, el método sociológico y el método funcional, así como el Análisis Económico del Derecho (Ramos Núñez, 2007, p. 108).

En la presente tesis realizaremos un estudio en función al método dogmático o institucional. De acuerdo a este método de estudio, el Derecho cuenta con instituciones, las cuales solo pueden explicarse en términos jurídicos, sin consideraciones de tipo político, ideológicas o éticas y, en ese sentido, las normas jurídicas son el producto de una elaboración conceptual que puede reconstruirse y entenderse (Ramos Núñez, 2007, pp. 111–112). Así pues, una tesis basada en este método:

Visualizará el problema jurídico solo a la luz de las fuentes formales, y como consecuencia, su horizonte se limitará a las normas legales o instituciones en los que está inscrito el problema. No serán parte de su labor inquisitoria los

factores reales que han generado esa normatividad. La pregunta esencial del método dogmático consiste en averiguar la naturaleza jurídica de una determinada institución. (Ramos Núñez, 2007, p. 112)

En la presente tesis nos avocaremos a realizar un análisis de diversas instituciones tributarias a efectos de, en base a su naturaleza y los fundamentos de estas, dar respuesta a la pregunta de investigación planteada. En concreto, realizaremos un estudio de las siguientes instituciones del Derecho: sucursal, establecimiento permanente e interpretación de convenios de doble imposición. No obstante, es importante señalar que la presente investigación no será puramente dogmática, pues sí haremos referencia a la evolución histórica de algunos conceptos, así como a las decisiones tomadas por algunos tribunales competentes sobre la materia.

### **III. PRIMER CAPÍTULO: ESTUDIO INDIVIDUAL DE LA SUCURSAL EN EL MUNDO SOCIETARIO Y SU FALTA DE PERSONALIDAD JURÍDICA**

Las personas jurídicas que realizan negocios o actividades empresariales se constituyen en un país siguiendo las reglas civiles y societarias predisuestas para ello.

En el Derecho Civil se ha señalado que el concepto de persona jurídica constituye una ficción. El propio Savigny señalaba que la persona jurídica es un ser ficticio cuya existencia como persona solo sirve para fines jurídicos, ello pues aparecen junto a los individuos como sujetos en relaciones jurídicas (1879, p. 60). No obstante, esta opinión no es pacífica en la doctrina civil pues existen autores que sostienen lo contrario, como Espinoza quien señala que debe dejarse de lado la idea de ficción pues es persona tanto la persona natural como la jurídica (2014, p. 26). De igual modo, Carvalho señala que la persona jurídica en tanto organización de personas no es una ficción, pues existe. En este caso, su existencia cumple la función de reunir a individuos interesados en actuar conjuntamente y no en nombre propio (2012, p. 308).



Más allá de esta discusión en la cual no incidiremos<sup>7</sup>, sobre su calificación como un concepto existente o una ficción, veremos más adelante que en el Derecho Tributario sí existe una ficción en relación con la calificación de las entidades que pueden calificar como personas jurídicas. Por ello, en esta tesis partiremos de la idea de que la persona jurídica del Derecho Civil es una persona que existe, en tanto representa a un conjunto de individuos que actúan para conseguir determinados fines. La ficción se verá de forma más clara en las reglas del propio Derecho Tributario.

A fin de comprender a cabalidad los extremos de nuestra investigación vinculada a la atribución de beneficios de los EPs, consideramos pertinente realizar un estudio previo sobre los conceptos de persona jurídica, sociedad y el concepto de sucursal.

En este capítulo, analizaremos los siguientes puntos: (i) el fundamento que justifica la existencia de las personas jurídicas como categoría jurídica; (ii) las sociedades como un tipo de personas jurídicas; y (iii) el análisis de las sucursales como entidades que forman parte de una misma persona jurídica, en términos societarios.

### **3.1 Alcances generales sobre las personas jurídicas en el Derecho Civil**

#### **3.2.1 Las personas jurídicas como entidades con autonomía subjetiva y patrimonial**

La institución de la persona jurídica ha sido definida como “la organización de personas (naturales o jurídicas) que se agrupan en la búsqueda de un fin valioso (lucrativo o no lucrativo) y que cumple con la formalidad establecida por el ordenamiento jurídico para su creación (que puede ser mediante la inscripción en Registros Públicos o a través de una ley)” (Espinoza, 2014, p. 25). En un sentido similar, De Belaunde ha señalado que “las personas jurídicas son centros de imputación normativa formas que el Derecho proporciona para que los seres

---

<sup>7</sup> Sobre esta discusión del Derecho Civil, véase a Díez-Picazo y Gullón (1990, pp. 634–636), en donde se pone de manifiesta la existencia de las teorías de la ficción, la teoría orgánica, entre otras.

humanos organicen sus actividades con el propósito de realizar fines que el ordenamiento jurídico estima dignos de amparo” (2003a, p. 383). Igualmente, Díez-Picazo señala que las personas jurídicas son “las realidades sociales a las que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia distinta de sus elementos componentes sujetos de derechos y deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico por medio de sus órganos o representantes” (1990, p. 634).

Así pues, la existencia de una organización de personas agrupadas para la consecución de un fin protegido por el Derecho es una idea que comprende el concepto de persona jurídica. Sin perjuicio de ello, es importante tomar en cuenta que detrás del concepto de persona jurídica, se encuentran dos principios fundamentales: (i) el principio de autonomía subjetiva y (ii) el principio de autonomía patrimonial. Estos principios se encuentran recogidos en el artículo 78 del Código Civil:

*Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.*

De acuerdo a Espinoza, por el principio de autonomía subjetiva, se entiende que la persona jurídica es un sujeto de derecho distinto de las personas (naturales o jurídicas) que la integran y por ello tiene una existencia distinta de sus integrantes (2014, p. 186). En igual sentido, De Belaunde sostiene que cuando nace una persona jurídica surge un nuevo sujeto de derechos y deberes y dado que el ordenamiento le confiere esta capacidad, se reconoce a este como un ente autónomo y jurídicamente diferente a sus miembros (2003b, p. 389).

De otro lado, en relación a su autonomía patrimonial<sup>8</sup>, Espinoza indica que las personas jurídicas tienen la capacidad para responder por obligaciones con su

---

<sup>8</sup> Sobre este principio, debe notarse que el mismo no formaba parte del instituto de la persona jurídica en sus orígenes, sino pues fue incorporado posteriormente. Por ello, Díez-Picazo señala que “la

patrimonio propio y ello no afecta el patrimonio de sus integrantes (2014, p. 186). En igual sentido, De Belaunde precisa que, como consecuencia de la autonomía subjetiva, los miembros de una persona jurídica no tienen derecho al patrimonio de esta (salvo en el momento de la liquidación) ni tampoco tienen la obligación de satisfacer las deudas contraídas por la persona jurídica o, en otras palabras, las deudas de la persona jurídica no son imputables a sus miembros (2003b, pp. 389–390).

Los principios antes señalados son esenciales para entender la naturaleza<sup>9</sup> del concepto de persona jurídica. Considerando los principios antes señalados, se ha señalado lo siguiente sobre la naturaleza jurídica de la persona jurídica:

En concreto, la persona jurídica surge como secuela de una “comunidad de riesgo estable en que una agrupación humana se pone ante el Derecho “. Y en esa “comunidad de riesgo estable” estriba su naturaleza jurídica. (Lois Estévez, 1956, pp. 178–179)

Asimismo, es importante señalar que los principios que sustentan a la institución de la persona jurídica y su naturaleza se encuentran aceptados no solo a nivel positivo, sino también a nivel judicial. En el considerando 46 del V Pleno Casatorio Civil, recaído en la Casación No. 3189-2012-Lima Norte, se ha señalado lo siguiente:

---

persona jurídica sufre una total deformación de su verdadera esencia que ahora descansará (...) sobre la autonomía patrimonial el tener patrimonio propio distinto del de sus componentes y su nacimiento va a depender del cumplimiento de unos requisitos formales impuestos por la ley” (1990, p. 637).

<sup>9</sup> Al respecto, en cuanto al término de naturaleza jurídica, es importante resaltar lo señalado por Lois Estévez. Se suele asimilar el concepto de naturaleza jurídica al concepto de esencia, entendida como la característica predominante o constituyente principal, o a los conceptos jurídicos. En el primer caso, el contenido de lo que se entiende por esencia adolece de vaguedad y resultan ser generalizaciones metafóricas; en el segundo caso, la idea de concepto jurídico tampoco comprende a la naturaleza jurídica, pues los conceptos solo comprenden definiciones (Lois Estévez, 1956, pp. 164–171). De acuerdo a Lois, la naturaleza jurídica de un instituto jurídico -entendido este último como el conjunto de normas que regulan una clase de relaciones humanas- sirve para: (i) resolver problemas de lagunas normativas en las que es necesario crear una norma afín al instituto que resuelva el vacío normativo; y (ii) para determinar las instituciones que son fundamento de otras instituciones que podrían ser obviadas (1956, p. 172). De este modo, dicho autor propone la siguiente definición y concluye lo siguiente: “[se entiende por naturaleza jurídica] el porqué trascendental que aclara, de una vez para siempre el instituto; las formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce. En fin, la naturaleza jurídica persigue (...) la comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica. Comprensión que se logra demostrando cómo una institución cualquiera no es sino implicación y consecuencia de alguna forma de valor jurídico primitiva”.

46. La existencia de una sujeto de derecho como es el caso de la persona jurídica, responde a que ésta resulta ser distinta a los sujetos de derecho que la integran, desarrollándose con ello no sólo una dinámica de las actividades propias de aquélla en la realidad jurídica a través de las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja o desventaja en que se encuentre, sino también en la relación interna de quienes conforman la misma; *toda vez que no son susceptibles de confusión las voluntades de los integrantes con el acuerdo y posterior manifestación del mismo, por parte de la persona jurídica, al establecerse dos esferas jurídicas diferenciadas, tanto en la adopción de decisiones como en la manifestación de las mismas, así como en la existencia del patrimonio diferenciado de cada uno de estos sujetos de Derecho* [énfasis agregado].

### 3.2.2 Las sociedades mercantiles como personas jurídicas

El concepto de persona jurídica es una institución creada por el Derecho y, por tanto, los tipos de personas jurídicas que pueden existir deben ser aquellos que se encuentran regulados por el mismo Derecho. Así pues, dicho concepto es “obra del Estado. El reconocimiento o atribución de su personalidad por parte del Estado es lo que contribuye a que la persona jurídica surja a la vida” (Díez-Picazo & Gullón, 1990, p. 633).

De hecho, las personas jurídicas que se pueden constituir no son ilimitadas sino pues deben de responder a las previsiones normativas establecidas por el Derecho. En efecto, sobre este asunto se ha señalado acertadamente que:

el tipo de personas jurídicas que se puede constituir es *numerus clausus*, debiendo encontrarse la forma prevista en algún cuerpo normativo, tal como el Código Civil o la Ley General de Sociedades. Así, si un grupo de personas

decide formar una persona jurídica, deberá remitirse a la legislación y adecuarse a la forma que estime conveniente. (de Belaunde, 2003a, pp. 383–384)

Ahora bien, en un ordenamiento jurídico pueden plantearse diversos tipos de clasificaciones de personas jurídicas, pero la más clásica se encuentra en la diferenciación de las personas jurídicas por su finalidad lucrativa. Sobre este asunto, en el considerando 54 del V Pleno Casatorio Civil, recaído en la Casación No. 3189-2012-Lima Norte, se sostuvo lo siguiente:

54. No deben confundirse los ámbitos propios de una persona jurídica no lucrativa con lo que implica una persona jurídica lucrativa, entendida como sociedad civil o sociedad mercantil, dado que los fines que buscan ambos tipos de personas jurídicas son distintos; en el caso de las personas jurídicas lucrativas el reparto de utilidades entre sus socios resulta ser inherente a su naturaleza, en cambio, en el caso de una persona jurídica no lucrativa su objeto se oriente a la consecución de fines comunes altruistas.

Pues bien, en la presente tesis nos centraremos en uno de los casos particulares de personas jurídicas lucrativas que pueden ser reconocidas por los Estados y me refiero a las sociedades mercantiles. De hecho, en nuestro ordenamiento jurídico la constitución de sociedades como personas jurídicas puede realizarse en virtud de las disposiciones de la LGS.

Como ya citamos previamente, la regulación del tipo de personas jurídicas que puede existir es *numerus clausus*. Dicha limitación también se observa en los artículos 1 y 2 de la LGS<sup>10</sup>, los cuales señalan que quienes constituyen una sociedad acuerdan

---

<sup>10</sup> Textualmente, los referidos artículos de la LGS señalan lo siguiente:

*Artículo 1.- La Sociedad*

aportar bienes para el ejercicio de actividades económicas, siendo que la sociedad que se acuerde debe de adoptar alguna de las formas previstas en la LGS.

Al respecto, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1 de la LGS queda claro que “todas las sociedades tienen fin económico y este es suficiente para la formación de cualquier sociedad” (Elias, 2015a, p. 38). Por su lado, el artículo 2 de la LGS señala que “para poder constituir una sociedad se debe elegir, obligatoriamente, uno de los siete tipos regulados por la Ley: la anónima, en cualquiera de sus modalidades, la sociedad colectiva, una de las dos comanditarias, la comercial de responsabilidad limitada o cualquiera de las dos sociedades civiles. En caso contrario, no hay sociedad” (Elias, 2015a, p. 47).

Es importante señalar que no debe confundirse el concepto de empresa con el concepto de persona jurídica, que comprende a las sociedades mercantiles. Usualmente cuando se piensa en las personas jurídicas se piensa en las empresas. No obstante, esta concepción es equivocada conforme señala Espinoza:

En mi opinión, la empresa es un concepto económico que ha ingresado en la realidad jurídica nacional de una forma no muy feliz. En efecto, nuestra legislación ha empleado el nomen “empresa” para definir a ciertas personas jurídicas (como es el caso de la empresa individual de responsabilidad limitada), cuando ambos conceptos son de naturaleza distinta: La empresa es un concepto económico, mientras que el de persona jurídica se encuentra en el ámbito del derecho. Actividad y organización son las modalidades de ser de esta unidad económica. Por ello, un sector de la doctrina italiana la denomina “actividad objetivamente organizada”. Esta unidad económica no genera (y no

---

*Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas.*

*Artículo 2.- Ámbito de aplicación de la Ley*

*Toda sociedad debe adoptar alguna de las formas previstas en esta ley. Las sociedades sujetas a un régimen legal especial son reguladas supletoriamente por las disposiciones de la presente ley.*

*La comunidad de bienes, en cualquiera de sus formas, se regula por las disposiciones pertinentes del Código Civil.*

tendría por qué hacerlo) una unidad jurídica. Es una unidad heterogénea que está compuesta por bienes muebles e inmuebles, una serie de contratos, entre los socios, con los propios trabajadores y terceros -acreedores o deudores-, todos sujetos a un particular régimen jurídico. Por ello el análisis económico prefiere definir a la empresa como una organización basada en “un conjunto de relaciones, contratos, que aparecen en cada etapa de la producción”. (2014, pp. 80–81)

El término empresa es un concepto económico, mientras que el término de persona jurídica es una institución jurídica. A pesar de su amplia definición, las personas jurídicas que pueden existir en un ordenamiento jurídico son solamente aquellas que han sido contempladas por el propio sistema, como ya hemos señalado.

### **3.2.3 La toma de decisiones en las personas jurídicas y las sociedades mercantiles**

Las personas jurídicas son sujetos de derecho que cuentan con derechos y que también pueden asumir obligaciones, las cuales no afectan patrimonialmente a sus integrantes. Así pues, para que una persona jurídica se desarrolle en el mercado con otros sujetos de derecho, requiere tomar decisiones y expresar su voluntad.

Justamente, el hecho de que la persona jurídica sea un sujeto de derecho genera que sea un sujeto con capacidad, sin mayores limitaciones que la naturaleza misma de este tipo de sujeto<sup>11</sup>, y, en consecuencia, dicha capacidad permite que esta pueda ser titular de derechos y obligaciones patrimoniales o existenciales (Espinoza, 2014, p. 47).

De este modo, una persona jurídica requiere su capacidad de obrar; y para cumplir sus finalidades, de órganos que creen, emitan y ejecuten su voluntad, siendo que en

---

<sup>11</sup> El Tribunal Constitucional ha elaborado una lista no taxativa de los derechos que podrían ser compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas. Al respecto, véase la Sentencia recaída en el Expediente N° 4972-2006-PA/TC.

todo caso dicha labor de los órganos será realizada por las personas naturales que los conforman (Díez-Picazo & Gullón, 1990, p. 644). Al respecto, se ha definido al órgano como “el cargo competente para ejercer las funciones de una persona jurídica” (Bianca, 2007, p. 99). Pues bien, la teoría que comprende al órgano como medio de transmisión y ejecución de la voluntad de las persona jurídica (la teoría orgánica) es la más aceptada generalmente, pero existe una teoría adicional que se centra en el papel de las personas naturales como representantes (Díez-Picazo & Gullón, 1990, p. 644).

Al respecto, resulta importante distinguir que una persona jurídica no solo tiene órganos de representación, sino también cuenta con otro tipo de órganos. Así, una persona jurídica puede tener órganos de dirección (que comprenden a las asambleas de accionistas), los órganos de administración (como las juntas directivas), los órganos de fiscalización -de ser aplicable-, y también órganos de representación que se encargan de la gestión externa frente a terceros (Narváez, 1990, pp. 265–273).

Pues bueno, en nuestro ordenamiento jurídico la teoría del órgano es la teoría que se acepta para entender la manifestación de voluntad en las personas jurídicas.

A nivel jurisprudencial, el considerando 51 del V Pleno Casatorio Civil, recaído en la Casación No. 3189-2012-Lima Norte, concluyó lo siguiente:

51. Una vez formado este centro unitario de derechos y deberes, personas jurídica, las voluntades de sus integrantes ya no son independientes, sino dependientes entre sí para la formación de las decisiones que se tomen en los órganos de gobierno de este sujeto de derecho [énfasis agregado], con la característica de ser un intercambio de opiniones e ideas que emanan de cada uno de los integrantes de la persona jurídica; produciéndose la toma de decisiones a través del quórum y la votación correspondiente de conformidad con la ley y los estatutos respectivos.



Pues bien, es preciso comentar sobre la relación que existe entre órgano y representación en una persona jurídica. Sobre este punto, se ha planteado la pregunta de si en las personas jurídicas existe realmente representación. Sobre ello, se ha postulado que se presentan los mismos problemas en cuanto a la actuación de los órganos y los representantes; por ello, en el caso de los órganos nos encontramos con un caso *sui generis* de representación y no ante un caso de ausencia de ella (Lohman Luca de Tena, 1986, p. 126).

De hecho, justamente, a la representación que ejecuta el órgano de una persona jurídica se le denomina representación orgánica. No obstante, como concluye el propio Lohman, esta no es el único de representación que existe:

La representación orgánica, además, no es el único supuesto de representación de que se valen las personas jurídicas. Si esta representación orgánica viene dada por la necesidad de actuar socialmente, existe también y se admite la representación voluntaria de las personas morales. Es decir, la conferida a otra persona física o jurídica que no integra el órgano de representación (cfr. Artículo 165). Son los denominados apoderados especiales, a quienes se les otorgan facultades de actuar, con mayores o menores atribuciones, en nombre y para la entidad moral. Circunstancia ésta de la representación voluntaria que demuestra e ilustra que también los órganos de representación pueden disfrutar de poderes de delegación o sustitución al igual que los que pueden corresponder a los representantes auténticos. (1986, pp. 126–127)

Por ello, Espinoza sostiene que si bien las personas jurídicas son titulares de derechos y obligaciones -que les corresponden según su naturaleza-, para ejercitar estos derechos y obligaciones estas necesitan a sus órganos, representantes o dependientes (Espinoza, 2014, p. 88).

Adicionalmente, resulta preciso señalar que el poder de representación no comprende a todos los órganos, sino solo a los órganos externos o representativos; es decir, aquellos órganos que tienen el poder para ejecutar actos en nombre de la persona jurídica según sus reglas (Bianca, 2007, p. 99). Esta figura se contrapone a la figura de los órganos internos que ejecutan funciones vinculadas a las relaciones internas de la entidad, como, por ejemplo, los órganos decisorios, consultivos, de control o de disciplina (Bianca, 2007, p. 99). Así pues Bianca concluye que en el caso de los órganos representativos, estos se identifican con la estructura de la persona jurídica o, en otras palabras, la actuación del órgano representativo es la actuación de una parte de la entidad y, en ese sentido, se imputa a la misma (2007, p. 99).

En conclusión, la figura del órgano de una persona jurídica es una consecuencia de su reconocimiento como persona jurídica con capacidad para asumir derechos y obligaciones (patrimoniales o no patrimoniales). En cualquier caso, no todos los órganos tienen la capacidad de vincular a una persona jurídica, sino solamente aquellos órganos representativos que cuentan con competencia legal o estatutaria para ello. Así pues, la actuación de estos órganos representativos vincula a la persona jurídica, pues los actos se consideran realizados por esta. Inclusive, es posible que las personas naturales que forman parte de estos órganos deleguen sus facultades a otros sujetos distintos.

De este modo, la manifestación de voluntad de una persona jurídica se observa en las actuaciones de sus órganos representativos competentes para ello (aquí se habla de la representación orgánica) o en las actuaciones de sus representantes designados por sus propios órganos competentes (aquí se habla de representación voluntaria).

### **3.2 Las sucursales como entidades sin personalidad jurídica**

Hasta el momento, hemos realizado una revisión breve sobre el concepto de persona jurídica dentro del Derecho Civil. Así, vimos que este tipo de entidades se encuentran limitadas por los principios de autonomía subjetiva y autonomía patrimonial y manifiestan su voluntad a través de sus órganos representativos o por sus apoderados especiales. Uno de los tipos de personas jurídicas que existen en el Derecho son las sociedades.

En el presente capítulo nos adentraremos en el estudio de las sucursales desde el punto de vista del Derecho Societario. Asimismo, analizaremos cuál es el tratamiento existente para las relaciones entre sucursales y sus matrices desde el Derecho Civil.

### 3.2.1 Reconocimiento de las sociedades extranjeras en el Derecho peruano

De lo revisado brevemente en el acápite anterior, no cabe duda de que las sociedades mercantiles son un tipo particular de personas jurídicas. Ahora bien, estas sociedades pueden no solo constituirse bajo la legislación peruana, sino también siguiendo las reglas de las legislaciones extranjeras.

Así pues, debido al proceso de globalización, estas sociedades extranjeras (así como otras personas jurídicas de derecho privado) trascienden continuamente las fronteras de los Estados y se proyectan a nivel mundial para el cumplimiento de sus fines específicos (Delgado Barreto et al., 2007, p. 225). A consecuencia de ello, en el ámbito peruano, no solo existen sociedades peruanas que actúan y desarrollan sus actividades a través de sus órganos, sino también sociedades extranjeras.

Al respecto, el artículo 2073 del Código Civil, referido al Derecho Internacional Privado, señala lo siguiente:

Artículo 2073.- La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de derecho privado se rigen por la ley del país en que fueron constituidas.

Las personas jurídicas de derecho privado constituidas en el extranjero son reconocidas de pleno derecho en el Perú, y se reputan hábiles para ejercer en el territorio del país, eventual o aisladamente, todas las acciones y derechos que les correspondan [énfasis agregado]

Para el ejercicio habitual en el territorio del país de actos comprendidos en el objeto de su constitución, se sujetan a las prescripciones establecidas por las leyes peruanas.

La capacidad reconocida a las personas jurídicas extranjeras no puede ser más extensa que la concedida por la ley peruana a las nacionales.

El primer párrafo de este artículo señala que las personas jurídicas se rigen por la ley del país en que fueron constituidas. Con ello se entiende que:

Es entonces la ley del país en la que fue constituida calificada generalmente como ley nacional o Lex societatis la que regirá el conjunto de aspectos relativos a su constitución, organización, funcionamiento, disolución, división y liquidación si fuera el caso. Corresponde también a la Lex societatis regir las deliberaciones de la asamblea general, así como los poderes y facultades otorgados a sus representantes legales. (Monge Talavera, 2020, p. 676)

Asimismo, la ley de constitución establece “la naturaleza de los órganos sociales, sus atribuciones y las condiciones de su responsabilidad” (Delgado Barreto et al., 2007, p. 234).

De hecho, la posición del Código Civil coincide con lo establecido en la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles que

tuvo en 1979, ratificada por el Perú en setiembre de 1980<sup>12</sup>. El artículo 2 de este convenio señala que la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución, entendiéndose esta por aquel Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades.

En cuanto al segundo párrafo del artículo 2073, establece un sistema de reconocimiento pleno derecho de personas jurídicas constituidas en el extranjero, a diferencia de otros sistemas en los que se debe de realizar una formalidad u obtener una autorización particular (Monge Talavera, 2020, p. 676). En esa misma línea, el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles señala que las sociedades mercantiles debidamente constituidas en un Estado deben de ser reconocidas de pleno derecho en los demás Estados, de modo que este reconocimiento no impide exigir comprobación de la existencia de la sociedad conforme a la ley del lugar de su constitución.

Asimismo, cuando el segundo párrafo del artículo 2073 señala que las personas jurídicas constituidas en el extranjero se reputan hábiles para ejercer en el territorio todas las acciones y derechos que les correspondan, debe entenderse que se le autoriza a realizar sus actividades en el más amplio sentido. En efecto, como indica Monge:

Conviene observar que el reconocimiento no se limita a la constatación de la validez de su constitución de acuerdo al ordenamiento extranjero correspondiente, sino que implica una verdadera autorización para el ejercicio de sus actividades en el territorio nacional. *Esto permite el ejercicio de diversos derechos (por ejemplo, la posibilidad de accionar en justicia, instalar sucursales o celebrar actos jurídicos, etcétera)* [énfasis agregado] y, en general, gozar de

---

<sup>12</sup> El contenido del tratado y el estado de las ratificaciones se puede observar en la página de la OEA: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-40.html>.

todos los derechos que benefician a las personas jurídicas constituidas de conformidad al ordenamiento jurídico peruano. (2020, p. 677)

Las reglas para determinar la manifestación de voluntad de las personas jurídicas constituidas en el extranjero será la *lex societatis* o la ley nacional del país donde fueron constituidas. Tomando en cuenta lo observado en acápite previos, el ejercicio de sus actividades de estas personas jurídicas se realizará mediante sus órganos. Las facultades y competencias de sus órganos representativos u las actuaciones de sus representantes se deben evaluar a la luz de la *lex societatis* o de los contratos de representación particulares celebrados por estas personas jurídicas.

Asimismo, como puede observarse, el Código Civil reconoce la capacidad de las personas jurídicas constituidas en el extranjero, de modo que estas tienen amplia capacidad para ejercer en el país las acciones o derechos que les corresponden. De este modo, estas personas jurídicas del extranjero -constituidas válidamente según los procedimientos de sus países de origen- pueden realizar sus actividades en el territorio peruano a fin de cumplir su objeto social.

Entre otras actividades, estas personas jurídicas pueden realizar los actos comprendidos en su objeto social, siempre que respeten las disposiciones regulatorias peruanas para el ejercicio de una determinada actividad. Asimismo, las personas jurídicas del extranjero tienen libertad para constituir sucursales en el territorio nacional<sup>13</sup>.

El límite al tipo de actividades que pueden realizar las personas jurídicas extranjeras se encuentra señalado en el último párrafo del artículo 2073 del Código Civil. Conforme a esta disposición, la capacidad de las personas jurídicas del extranjero no puede ser mayor a la capacidad concedida a las personas jurídicas nacionales. Al

---

<sup>13</sup> Como veremos en el siguiente apartado, las sucursales pueden ser constituidas tanto por sociedades nacionales como sociedades extranjeras.

respecto, esta disposición es justa pues si bien la ley peruana no discrimina a las personas jurídicas extranjeras, pues las pone en una situación igual frente a las nacionales, aquellas no podrían tener un régimen privilegiado (Delgado Barreto et al., 2007, p. 232).

En contrario sensu, podríamos interpretar que las actividades que puede realizar una persona jurídica nacional también podrían ser realizadas por una persona jurídica del extranjero -siempre que estas sean permitidas por su ley del país de constitución-, pero en ningún caso una persona jurídica del extranjero podría poder realizar mayores actividades a las permitidas a las personas jurídicas nacionales.

Finalmente, un punto de análisis necesario para continuar con el siguiente acápite es el referido a la habitualidad o eventualidad de las actividades que realice la persona jurídica extranjera en el Perú. El tercer párrafo del artículo 2073 señala que, para el ejercicio habitual en el país de actos comprendidos en el objeto de su constitución, las personas jurídicas extranjeras se sujetan a las prescripciones establecidas por las leyes peruanas.

Así pues, se ha señalado que este párrafo distingue entre los actos realizados de manera habitual y los actos eventuales de las personas jurídicas extranjeras. En cuanto a los actos habituales desarrollados en el país, es necesario que la persona jurídica cumpla con lo dispuesto en su objeto de constitución y con las prescripciones de las leyes peruanas; mientras que, sobre los actos eventuales realizados en el país, la persona jurídica es hábil para realizar en el país todas las acciones y derechos comprendidos en su objeto social (Delgado Barreto et al., 2007, p. 234). Por ello, se señala que “la capacidad de la persona jurídica extranjera que opera habitualmente en territorio peruano está regulada de manera acumulativa por dos leyes: la de su constitución y la ley peruana, siendo indispensable que ambas leyes permitan tal actividad” (Revoredo Marsano, 1985, p. 959).

Justamente a consecuencia de esta diferencia entre los actos habituales y los eventuales, el artículo 21 de la LGS -que revisaremos en el siguiente apartado- señala que la sociedad extranjera que realice habitualmente sus actividades en el Perú puede establecer una sucursal u oficina en el país, así como fijar un domicilio en el territorio peruano.

En otras palabras, cuando una persona jurídica extranjera empieza realizar actos de manera habitual en el país, esta debe de ceñirse a los requisitos de la legislación peruana. Así pues, en lo que se refiere a la representación, la persona jurídica del extranjero debe cumplir con la inscripción en el Perú de la persona colectiva, el registro del mandato o poder de representación y el establecimiento del domicilio en el país (Revoredo Marsano, 1985, p. 960). Como señala Revoredo Marsano, estos requisitos son:

considerados de orden público y tienen por finalidad proteger los derechos de terceros que se vinculen o pretendan vincularse jurídicamente con la persona jurídica extranjera evitando el inconveniente de que ella no esté debidamente constituida, o de que el presunto representante carezca de mandato suficiente o de que no pueda ser demandada por carecer técnicamente de domicilio. (Revoredo Marsano, 1985, p. 960)

Estos requisitos no son exigibles cuando la persona jurídica extranjera realiza sus actividades desde su país de constitución, relacionándose con personas en el Perú a través de correo electrónico o vía telefónica, entre otros similares (Revoredo Marsano, 1985, p. 960). En estos casos pues, la persona jurídica se relaciona con el Perú de manera eventual y no habitual, por lo que no sería necesario cumplir con los requisitos de orden público antes indicados (inscripción en el registro, designación de representante y domicilio).

### 3.2.2 Concepto de sucursal en el Derecho Societario y Mercantil



Es muy probable que, en el desarrollo de las actividades de una sociedad, esta requiera expandir sus actividades a otros lugares. Justamente, ahí aparece la necesidad de crear una sucursal o un establecimiento adicional a fin de no dificultar la expansión de los negocios a lugares distintos al del domicilio social (dentro o fuera del país) y con ello se satisface la necesidad de descentralizar las operaciones (Elias, 2015a, p. 132).

Al respecto, con relación a la posibilidad de que la actividad mercantil de una sociedad pueda desarrollarse en distintos lugares, existen tres supuestos en los que esto se puede concretar: (i) cuando un mismo titular explota diferentes negocios mercantiles a través de una empresa distinta; (ii) cuando una sola empresa puede tener diferentes locales accesorios (como depósitos, almacenes y fábricas); y, (iii) una empresa puede desdoblar la explotación a través de diferentes sucursales sometidas a una dirección económica unitaria, pero con cierta independencia (Garrigues, 1987a, p. 202). En este apartado nos centraremos específicamente en el establecimiento de sucursales como método de expansión en distintas locaciones.

Como ya quedó establecido, las personas jurídicas constituidas válidamente en el extranjero tienen derecho para realizar sus actividades en el territorio peruano. Este derecho no es mayor al que podría tener una persona jurídica nacional. No obstante, la persona jurídica del extranjero que realice actividades de manera habitual en el país debe de respetar, además de sus reglas del país de constitución, las disposiciones de la ley peruana.

Por ello, si una sociedad peruana puede constituir una sucursal al amparo de la legislación peruana, la sociedad extranjera también podría hacerlo, salvo que la ley del país de su país de origen se lo prohíba o ello no esté permitido en su estatuto.

En el Derecho peruano el establecimiento de sucursales tiene un tratamiento especial en la LGS. Este cuerpo normativo reconoce justamente a las sociedades constituidas en el Perú y en el extranjero la posibilidad de establecer sucursales u oficinas, como se observa a continuación:

Artículo 21.- Sucursales y otras dependencias

Salvo estipulación expresa en contrario del pacto social o del estatuto, la sociedad constituida en el Perú, cualquiera fuese el lugar de su domicilio, puede establecer sucursales u oficinas en otros lugares del país o en el extranjero.

La sociedad constituida y con domicilio en el extranjero que desarrolle habitualmente actividades en el Perú puede establecer sucursal u oficinas en el país y fijar domicilio en territorio peruano para los actos que practique en el país. De no hacerlo, se le presume domiciliada en Lima [énfasis agregado].

De acuerdo con el referido artículo, las sociedades peruanas pueden establecer sucursales u oficinas dentro de un lugar distinto al domicilio en el país o en el extranjero. En cambio, las sociedades constituidas en el extranjero que desarrollen habitualmente actividades en el país pueden establecer sucursales y oficinas en el Perú. Como puede inferirse, la disposición del artículo 21 de la LGS vinculada a las sociedades extranjeras tiene sustento en el artículo 2073 del Código Civil antes comentado. El fundamento es asegurarse de que las sociedades extranjeras que realicen actividades de forma habitual en el país tengan un domicilio en este a fin de proteger los derechos de terceros que se vinculen con aquellas sociedades.

Al respecto, debe notarse que si una sociedad extranjera establece una sucursal en el país, ello implica que ha fijado un domicilio en el país, pero si la sociedad extranjera – a pesar de realizar actividades habitualmente en el país – no establece una sucursal, entonces la LGS establece a Lima como domicilio coactivo presunto (Elias, 2015a, p. 134).

Ahora bien, con relación al concepto de sucursal, Elías sostiene que esta se puede conceptualizar de la siguiente manera:

Se puede definir a la sucursal como un establecimiento permanente [énfasis agregado], ubicado fuera del domicilio de la sociedad, que no tiene patrimonio ni personería jurídica distintos a los de la sociedad que la creó. Los actos y contratos que se celebren a través de la sucursal obligan a la sociedad y, dado que la sucursal no es una persona jurídica distinta, la sociedad principal responde por las obligaciones que se contraen a través de la sucursal.

La sucursal se encuentra subordinada a las decisiones que toman los órganos de gobierno de la sociedad, pero normalmente goza de cierta independencia administrativa en el desarrollo de las actividades para las cuales fue establecida. La sucursal se inscribe en el Registro del lugar en donde opera y debe tener representantes específicamente designados. (2015a, p. 133)

Al respecto, es importante tomar en cuenta que el mismo artículo 21 de la LGS no solo comprende a las sucursales, sino también a las oficinas. Estas, a diferencia de las sucursales, son establecimientos permanentes secundarios, que pueden organizarse dentro del domicilio social o fuera de él, que no necesitan inscribirse en el registro, ni necesitan que se les designe representantes y que, a consecuencia de todo ello, no tienen la autonomía de gestión de una sucursal (Eliás, 2015a, p. 133).

Asimismo, con relación a la sucursal Narváez (1990, p. 447) señala que se trata de un establecimiento que implica lo siguiente: (i) la creación de un domicilio secundario de la sociedad en determinado ámbito espacial para realizar las actividades de la compañía; (ii) cuenta con un órgano de administración y representación con facultades para comprometer la responsabilidad de la compañía; (iii) no es una sociedad distinta a la principal, a diferencia de las filiales, subsidiarias o cualquier

sociedad subordinada<sup>14</sup>; (iv) dependencia económica y jurídica de la principal; (v) existe titularidad de una misma persona jurídica con tratamiento legal unitario; (vi) no cuenta con capital propio ni tiene responsabilidad separada; (vii) lleva una contabilidad especial que luego es incorporado en la contabilidad general de la sociedad; y, (viii) cuenta con relativa autonomía administrativa, de modo que la administración está sometida a las directrices impartidas en la principal.

De otro lado, Garrigues señala que lo que caracteriza a una sucursal “es el hecho de que en ella se concluyan los mismos negocios que forman el objeto fundamental de la empresa. Cuando la actividad se reduce a ser simplemente preparatoria o de ejecución, estamos en presencia de un local accesorio” (Garrigues, 1987a, p. 203).

Con relación a lo anterior, es preciso notar que en la misma definición de sucursal u oficina se califican o estas como establecimientos permanentes. A tales efectos, es importante notar que el concepto de “establecimiento” es uno que proviene del Derecho Mercantil y se encuentra vinculado al término empresa. Como ya indicamos anteriormente, el concepto de empresa es un concepto, sobre todo, económico más que jurídico. A juicio de Uría (1975, p. 34), una empresa es el “ejercicio profesional de una actividad económica organizada, con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios”.

Pues bien, un individuo que realiza negocios no puede desarrollar su actividad (la empresa) sin el auxilio instrumental de un conjunto de bienes y servicios coordinados por este y dispuestos para cumplir la finalidad de la empresa o, en otras palabras, la empresa es un modo de actividad, mientras que el establecimiento es el instrumento al servicio de esa actividad (Uría, 1975, pp. 37–38). Asimismo, como refiere Garrigues, no puede identificarse al establecimiento con la empresa, dado que esta

---

<sup>14</sup> “Sociedad subordinada es aquella que carece de independencia por estar controlado o dirigida por la matriz. Cuando esta ejerce el control o dirección en forma directa, la sociedad controlada se denomina filial. Y cuando la matriz no controla o dirige directamente a la otra sociedad sino por intermedio o en concurrencia con una o varias de sus filiales o de sociedades vinculadas a la matriz o a sus filiales, la sociedad controlada es su subsidiaria” (Narváez, 1990, p. 433).

es un organismo de producción vivo y dinámico; mientras que el establecimiento es la base inerte o estática de la empresa como organización (Garrigues, 1987a, p. 201).

Ahora bien, si el establecimiento es un instrumento para la actividad empresarial, no cabe duda de que es posible que exista más de un establecimiento a servicio de la empresa. Por ello, debe distinguirse el establecimiento principal ubicado en un determinado domicilio de aquellos establecimientos ubicados en otros lugares, los cuales vendrían a ser las sucursales (Uría, 1975, p. 44).

Es importante señalar que esta calificación que se hace en la doctrina de Derecho Mercantil no está vinculada al concepto de EP para efectos tributarios que analizaremos en esta tesis. No obstante, es importante resaltar que el concepto “establecimiento” es un concepto cuyo origen se encuentra en el Derecho Mercantil y en el mundo empresarial. Así pues, puede existir un establecimiento principal que corresponde al domicilio principal de la sociedad, pero también pueden existir otros establecimientos permanentes en direcciones distintas, los cuales pueden ser sucursales, oficinas u otros.

Considerando lo anterior, es posible resumir las características de las sucursales y oficinas de la siguiente manera:

**Cuadro 2**

<b>Sucursal</b>	<b>Oficina</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>• Es un establecimiento para efectos del Derecho Mercantil.</li><li>• Se ubica en lugar distinto al domicilio de la sociedad.</li><li>• No cuenta con patrimonio distinto al de la sociedad que lo estableció.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Es un establecimiento para efectos del Derecho Mercantil.</li><li>• Se puede ubicar dentro del domicilio de la sociedad o en lugar distinto.</li></ul>

<ul style="list-style-type: none"> <li>• No cuenta con personalidad jurídica distinta al de la sociedad que lo estableció.</li> <li>• Está subordinada a la sociedad que la constituyó, pero goza de independencia administrativa.</li> <li>• Se inscribe en el registro.</li> <li>• Debe contar con representantes designados.</li> <li>• Realiza los negocios que forman parte del objeto social de la sociedad.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No cuenta con patrimonio distinto al de la sociedad que lo estableció.</li> <li>• No cuenta con personalidad jurídica distinta al de la sociedad que lo estableció.</li> <li>• Está subordinada a la sociedad y no tiene autonomía de gestión.</li> <li>• No necesita inscribirse en registro alguno.</li> <li>• No requieren representantes designados.</li> </ul>
---	--

Ahora bien, la LGS plantea una definición de sucursal que no está muy alejada de las características antes señaladas en la doctrina. En efecto, el artículo 396 de la LGS plantea la siguiente definición de sucursal:

Artículo 396.- Concepto

Es sucursal todo establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social. La sucursal carece de personería jurídica independiente de su principal. Está dotada de representación legal permanente y goza de autonomía de gestión en el ámbito de las actividades que la principal le asigna, conforme a los poderes que otorga a sus representantes.

Al respecto, en base a este artículo, Elías (2015b, pp. 559–561) plantea los siguientes elementos característicos de la sucursal en la LGS:

- (i) Es un establecimiento permanente y secundario: es un establecimiento con vocación de permanencia. Es secundario pues mantiene subordinación administrativa respecto a la sociedad principal.
- (ii) Tiene ubicación distinta a la del domicilio social: se encuentra ubicado fuera del domicilio social; es decir, en una circunscripción territorial distinta a aquella donde se ha inscrito la sociedad.
- (iii) No tiene personería jurídica distinta de la sociedad principal: constituir una sucursal no implica crear una persona jurídica distinta, sino pues se trata de la dispersión territorial de los establecimientos de la sociedad, la cual mantiene su unidad jurídica como sujeto de derecho. En consecuencia, el patrimonio asignado a una sucursal no comprende bienes o derechos ajenos al patrimonio de la sociedad principal.
- (iv) Cuenta con representante legal permanente: la sucursal debe contar con un representante que cuente con facultades suficientes para obligar a la sociedad.
- (v) Cuenta con independencia relativa de gestión: si bien es un establecimiento secundario, la administración de la sucursal cuenta con relativa autonomía. De modo que, existe un ámbito de decisión reservado al representante legal de la sucursal.

De hecho, la SUNAT, comentando las disposiciones del artículo 396 de la LGS, coincide con lo señalado por Elías con ciertos matices. En el Informe de la SUNAT No. 180-2001-SUNAT/K00000 plantea que las características de una sucursal son las siguientes:

- (i) Debe tratarse de locales en los que se concluyan negocios jurídicos que constituyan la actividad base de la negociación. Es decir que, lo que caracteriza a la sucursal es el hecho de que en ella se concluyen los mismos negocios que forman parte del objeto fundamental de la empresa; si la actividad se reduce a ser simplemente preparatoria o de ejecución, se trataría de un local accesorio, más no de una sucursal.

- (ii) Deben gozar de una cierta independencia jurídica y económica de manera que su administrador o representante pueda actuar frente a terceros. En efecto, la sucursal no es una empresa en sí misma; es, más bien, una pertenencia de la empresa es parte de la empresa misma.
- (iii) Debe estar subordinada a la alta dirección de la casa matriz, en el sentido de que ésta pueda dar instrucciones a aquélla.

El rasgo más resaltante de las características antes señaladas y el que es de nuestro interés para esta investigación es el relativo a la inexistencia de una personalidad jurídica independiente de la sucursal. Empleando las palabras de Elías la “sucursal, tal como hemos señalado, no es persona jurídica distinta de la principal ni es una entidad en la que la principal tenga una participación. La relación entre principal y sucursal es de identidad y no de participación [énfasis agregado]” (2015b, p. 561).

Con relación a la falta de personalidad jurídica, el Informe de la SUNAT No. 180-2001-SUNAT/K00000 destaca lo siguiente:

(...) la casa matriz y su sucursal constituyen legal y societariamente una sola persona jurídica, tan es así que la propia Ley General de Sociedades precisa que la sucursal carece de personería jurídica independiente de su principal; esto por cuanto la mencionada sucursal no es una empresa en sí misma sino que es parte de la empresa misma [énfasis agregado].

Asimismo, la definición anterior se complementa con lo dispuesto en el artículo 397 de la misma LGS:

Artículo 397.- Responsabilidad de la principal

La sociedad principal responde por las obligaciones de la sucursal. Es nulo todo pacto en contrario.



Justamente como se indicó, el establecimiento de una sucursal no significa la creación de una nueva persona jurídica, pues la sucursal y la sociedad principal son la misma persona jurídica. Partiendo de ese concepto, justamente los bienes que le asignen a la sucursal no le pertenecen a una nueva persona jurídica sino siguen siendo bienes y derechos de la sociedad principal. A consecuencia de ello, las obligaciones contraídas a través de la sucursal son obligaciones de la sociedad principal y están respaldadas por su patrimonio (que comprende también el patrimonio asignado de la sucursal), sin importar que exista o no un patrimonio asignado a la sucursal (Elias, 2015b, p. 562).

Todo lo señalado en este apartado es de aplicación general tanto para las sucursales de sociedades peruanas, como para las sucursales de las sociedades extranjeras. Con base al artículo 21 de la LGS, las sociedades peruanas pueden establecer sucursales en el país o en el extranjero, mientras que las sociedades extranjeras pueden establecer sucursales en el país.

### **3.2.3 La representación y el Capital Asignado a las sucursales de sociedades extranjeras**

No cabe duda de que las sucursales forman parte de la sociedad que las establece. La unidad de la personalidad jurídica no se rompe por el establecimiento de una o más sucursales. Estas son solamente establecimientos ubicados en lugares distintos al del domicilio social donde, con cierta autonomía administrativa, se realizan los negocios del objeto social de la sociedad.

El artículo 403 de la LGS establece un tratamiento especial para las sucursales en el Perú de sociedades extranjeras. Como ya precisamos anteriormente, el concepto de sucursal establecido en la LGS es aplicable tanto para sociedades peruanas como extranjeras. No obstante, el tratamiento especial del artículo 403 de la LGS se sustenta en la lejanía de la sociedad principal que genera mayor o menor autonomía de gestión en la sucursal, en el hecho de que la sociedad principal y la sucursal están

sometidas a ordenamientos jurídicos distintos y la condición de único establecimiento permanente en el Perú de la sociedades extranjera (Elias, 2015b, p. 574).

El artículo 403 de la LGS señala lo siguiente como reglas aplicables excepcionales a las sucursales de sociedades extranjeras:

Artículo 403.- Sucursal en el Perú de una sociedad extranjera

La sucursal de una sociedad constituida y con domicilio en el extranjero, se establece en el Perú por escritura pública inscrita en el Registro que debe contener cuando menos:

1. El certificado de vigencia de la sociedad principal en su país de origen con la constancia de que su pacto social ni su estatuto le impiden establecer sucursales en el extranjero;
2. Copia del pacto social y del estatuto o de los instrumentos equivalentes en el país de origen; y,
3. El acuerdo de establecer la sucursal en el Perú, adoptado por el órgano social competente de la sociedad, que indique: el capital que se le asigna para el giro de sus actividades en el país [énfasis agregado]; la declaración de que tales actividades están comprendidas dentro de su objeto social; el lugar del domicilio de la sucursal; la designación de por lo menos un representante legal permanente en el país; los poderes que le confiere [énfasis agregado]; y su sometimiento a las leyes del Perú para responder por las obligaciones que contraiga la sucursal en el país.

En un sentido complementario, los artículos 151 y 152 del Reglamento de la LGS disponen lo siguiente:

Artículo 151.- Contenido del asiento de inscripción

En el asiento de inscripción, deberá constar lo siguiente:

- a) El acuerdo de establecimiento de la sucursal en el Perú;

- b) Denominación o razón social de la sociedad constituida en el extranjero;
- c) El capital asignado [énfasis agregado];
- d) El lugar de domicilio de la sucursal;
- e) Nombre y documento de identidad del representante legal permanente y sus facultades. Si hubiere más de uno, la misma información respecto de cada uno de ellos [énfasis agregado];
- f) Las actividades a desarrollarse; y,
- g) Cualquier otra información que el Registrador estime relevante, siempre que aparezca del título.

#### Artículo 152.- Capital asignado

No es necesario acreditar al Registro el capital asignado a la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero.

El artículo 403 de la LGS establece una serie de formalidades para el establecimiento de una sucursal en el Perú por parte de una sociedad constituida en el extranjero. En este apartado no analizaremos a detalle cada uno de estos requisitos, pero nos concentraremos principalmente en dos: la designación del representante legal de la sucursal y la figura del Capital Asignado<sup>15</sup>.

En cuanto a la representación, se exige que, mediante poderes, la sucursal cuente con un representante legal designado en el país que se encuentre sometido a las leyes del Perú para responder por las obligaciones que contraiga la sucursal.

Como indicamos en el apartado 1.1.3, los órganos de una persona jurídica le permiten desarrollar sus actividades y ejercer sus derechos. Las personas jurídicas pueden contar con muchos órganos (como órganos de administración, deliberativos, de

---

<sup>15</sup> El Capital Asignado comprende al conjunto de bienes y derechos otorgados a una sucursal por la sociedad extranjera que la ha constituido. Este otorgamiento se refiere únicamente a uno de tipo societario. Esta definición se encuentra en el Glosario de esta tesis.

fiscalización o de representación), pero el órgano de representación es el que le permite transmitir y ejecutar la voluntad de estas. No obstante, además de la representación orgánica, existe la representación voluntaria en la que se otorgan facultades a ciertos individuos para representar a la persona jurídica.

Una sucursal, como ya quedó establecido, no cuenta con personalidad jurídica independiente de la sociedad principal. La sociedad principal es la persona jurídica que cuenta con órganos de administración, deliberativos, de fiscalización o de representación. No obstante, en el establecimiento de una sucursal en el Perú, la LGS exige que la sociedad principal designe a un representante legal y que se precise cuáles son las facultades conferidas. Esta representación de la sucursal no podría calificar como una representación orgánica, pues esta le corresponde propiamente a la sociedad principal, por lo que en este caso nos encontraríamos en un supuesto de representación voluntaria. Es decir, una representación donde la sociedad del extranjero le otorga facultades a un sujeto para representarla en el Perú en el marco del ejercicio de las actividades de la sucursal como parte integrante de la sociedad principal.

En otras palabras, al haber una única persona jurídica, el representante de la sucursal es, en sí, representante de la sociedad del extranjero que establece la sucursal.

La disposición antes indicada, en lo referido a la representación, tiene fundamento en el artículo 2073 del Código Civil. Como precisamos en el punto 1.2.1, la persona jurídica del extranjero que realice actividades de forma habitual en el país debe, entre otros requisitos, registrar un poder de representación, pues este es un requisito de orden público que busca proteger los derechos de terceros que se vinculen con la persona jurídica del extranjero.

De otro lado, el artículo 403 de la LGS exige que, en el acuerdo de establecimiento de la sucursal en el Perú, se precise cuál es el Capital Asignado para el desarrollo de las actividades de la sucursal. Con relación a este concepto, Elías señala lo siguiente:

La costumbre mercantil determinó igualmente, en el pasado, que en el acto de establecimiento de una sucursal se indicase los bienes que se asignarían para el desarrollo de sus actividades. El monto global de dichos bienes era denominado "capital asignado", para diferenciarlo del capital social. El llamado "capital asignado" representa una referencia a los bienes atribuidos a las actividades de la sucursal y no puede ser considerado en modo alguno como un límite de la responsabilidad de la sociedad, cuyo patrimonio responde íntegramente por las obligaciones contraídas a través de su sucursal [énfasis agregado]. (2015b, p. 576)

De esta cita, podemos resaltar diversos aspectos relevantes. En primer lugar, el Capital Asignado es un concepto correspondiente a los bienes atribuidos a la sucursal para diferenciarlo del capital social, el cual corresponde a la sociedad en su conjunto.

Al respecto, es importante definir y diferenciar el capital social del patrimonio de la sociedad. De acuerdo a Elías, el capital social es una cifra del pasivo que señala la deuda que tiene la sociedad frente a sus socios y, por tanto, es una obligación diferida que podría ser entregada mediante reducciones de capital o en el momento de liquidación de la sociedad (2015a, p. 161).

En cuanto a la diferencia entre capital social y patrimonio, Uría sostiene que el capital social alude "a esa cifra escriturada, suma de los valores nominales de las acciones que en cada momento tenga emitidas la sociedad; mientras que el concepto técnico de patrimonio se refiere al conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la persona jurídica social" (1975, p. 191).

Normalmente, el monto de la cifra capital social y patrimonio son iguales en el momento de constitución de la sociedad, pero una vez que la sociedad comienza a operar tales cifras difieren pues la ganancia o pérdida que se genere aumentará o disminuirá la cifra del patrimonio social, quedando siempre intacta la cifra del capital social (Garrigues, 1987b, p. 136). Esta cifra del capital social solo podría ser modificada previo acuerdo social de aumento o reducción de capital siguiendo las formalidades legales (Uría, 1975, p. 192).

La importancia del capital social recae en el hecho de que es una garantía de los acreedores y terceros que negocien con la sociedad (Narváez, 1990, p. 33). Como indica Elías, el hecho de que el capital social sea una garantía significa que los activos de una sociedad respaldan de forma prioritaria los pasivos de la sociedad ante terceros o, dicho de otra manera, la sociedad no puede pagar su deuda por el capital social a sus socios mientras no haya pagado previamente, todas las deudas que tenga frente a terceros (2015a, p. 161).

Planteados estos conceptos, cuando se indica que el Capital Asignado es un concepto creado para diferenciarlo del capital social, debe entenderse esta frase en el contexto de la costumbre mercantil. Propiamente, a una sucursal no se le pueden realizar aportes de capital que constituyan una deuda de la sucursal frente a la sociedad principal, sino pues simplemente se trata de la asignación de bienes y derechos que la sociedad principal le otorga para el desarrollo de sus actividades. Entendemos que a consecuencia de esta particularidad -de que no puede haber un aporte de capital que implique una deuda a favor del aportante-, se decidió calificar a este capital como Capital Asignado para diferenciarlo del concepto de capital social.

Este Capital Asignado no determina un derecho de propiedad distinto o, en otras palabras, no significa que los bienes y derechos cambien de titular. La titularidad de los bienes y derechos asignados a la sucursal le corresponde únicamente a la sociedad principal. Ello en base a la falta de la personería jurídica distinta de la

sucursal y el tratamiento unitario de la sociedad y la sucursal como un único sujeto de derecho. Dicho de otra manera, el Capital Asignado a la sucursal forma parte del patrimonio de la sociedad principal.

En segundo lugar, el Capital Asignado, a pesar de implicar una serie de bienes atribuidos para las actividades de la sucursal, no significa un límite a la responsabilidad de la sociedad. En otras palabras, si la sucursal asume una obligación, el pago de dicha obligación no se encuentra limitado al Capital Asignado, sino más bien comprende a todo el patrimonio de la sociedad que estableció la sucursal. Ello toda vez que la sucursal es parte de la sociedad principal y, en esa medida -como ya señalamos anteriormente- cualquier obligación de la sucursal representa, en sí, una obligación de la sociedad principal.

A continuación, podemos resumir tales conceptos en el siguiente cuadro:

**Cuadro 3**

<b>Capital Social</b>	<b>Patrimonio social</b>	<b>Capital Asignado</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cifra del pasivo que expresa la deuda de la sociedad con sus accionistas.</li> <li>• No se modifica con las ganancias o pérdidas de la sociedad. Se modifica con aumento o reducción de capital.</li> <li>• Es garantía ante terceros: no se les</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Concepto distinto a capital social.</li> <li>• Conjunto de derechos y obligaciones de la sociedad.</li> <li>• Se incrementa con las ganancias o pérdidas de la sociedad.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Concepto distinto a capital social.</li> <li>• Conjunto de bienes y derechos otorgados a una sucursal. Estos bienes forman parte del patrimonio de la sociedad principal.</li> <li>• No proviene de un aporte de capital, por lo que no representa deuda de la sucursal</li> </ul>

paga a los accionistas, si no se paga primero a los acreedores.		frente a la sociedad principal.
--	--	------------------------------------

### 3.3 Relaciones entre sucursales y la sociedad principal en el Derecho Civil

En este apartado indagaremos las respuestas desde el Derecho Civil a la siguiente pregunta: ¿cuál es la calificación jurídica a las relaciones contractuales y acuerdos celebrados entre una sucursal y la sociedad principal que la constituyó?

La pregunta, desde un inicio, resulta extraña tomando en cuenta lo indicado en los apartados previos. Ello pues hemos venido señalando que entre una sucursal y la sociedad principal que la establece no existen personalidades jurídicas distintas. En concreto, la sucursal es una extensión de la sociedad principal y forma parte de esta, de modo que constituyen una única sociedad con personalidad jurídica individual. A consecuencia de ello, se derivan las siguientes consecuencias:

- (i) Los bienes y derechos que se asignan a la sucursal forman parte del patrimonio de la sociedad principal. El Capital Asignado forma parte del patrimonio de la sociedad principal.
- (ii) No existe relación de participación entre la sucursal y la sociedad principal. Por ello, los bienes y derechos que se asignan no otorgan un derecho de crédito para la sociedad como si fuera un accionista.
- (iii) La sociedad principal designa a un representante de la sucursal quien a nombre de aquella celebra contratos para ejecutar las actividades de la sucursal.
- (iv) No existe responsabilidad limitada sobre el patrimonio asignado a la sucursal, de modo que las obligaciones de la sucursal son obligaciones de la sociedad



principal y todo el patrimonio de esta sociedad respalda el cumplimiento de las obligaciones de la sucursal.

No obstante, a pesar de lo indicado anteriormente, no es extraño ver que muchas sucursales peruanas suscriban acuerdos o contratos con las sociedades principales que las establecieron. Estos acuerdos y contratos sirven para acordar los términos y condiciones de los servicios prestados por la sociedad principal a la sucursal o viceversa. De hecho, la celebración de estos contratos se realiza para asegurar la existencia de estos acuerdos ante la Administración Tributaria a fin de, posteriormente, probar cuáles fueron los servicios prestados y asegurar la fehaciencia de los servicios.

Desde un punto de vista de Derecho Civil, estos contratos celebrados entre la sucursal y su Matriz son contratos que adolecen de vicios jurídicos que, en una situación regular, no les permitiría desplegar efectos jurídicos. A propósito, es importante traer a colación, los conceptos de existencia, validez y eficacia en el Derecho Civil. Estos conceptos son aplicables a los negocios jurídicos que son la categoría general que comprende a los contratos, como tipo paradigmático de un negocio jurídico.

En líneas generales, podemos señalar que la existencia de un contrato se da cuando se encuentran presentes los elementos de este, por lo que si falta uno de estos se habla de que el negocio jurídico es inexistente (Morales, 2011, pp. 192–193). De otro lado, la validez significa la conformidad legal de los elementos del contrato, por lo que un contrato será válido si responde a las prescripciones legales (Morales, 2011, p. 199). Por su lado, la eficacia presupone la validez del contrato y hace referencia a la producción de efectos jurídicos, entendidos como creación o modificación de situaciones jurídicas (Morales, 2011, p. 200).

Así, si falta la ausencia de alguno de los elementos del contrato (partes, acuerdo, causa, objeto y formalidad obligatoria), el contrato adolecerá de un vicio de inexistencia o nulidad según la normativa de cada código civil (Morales, 2011, p. 193). En el caso peruano, la ausencia de manifestación de voluntad es sancionada con la nulidad, al amparo del numeral 1 del artículo 291 del Código Civil, mientras que la ausencia de acuerdo produce la inexistencia, de conformidad con el artículo 1359 del Código Civil (Morales, 2011, p. 193). En un sentido similar, Espinoza reconoce que el artículo 1359 del Código Civil contempla un caso de inexistencia, a pesar de que el Código Civil no ha contemplado expresamente la figura de la inexistencia pero sí la figura de la nulidad (2012, pp. 487–488).

Veamos lo que indica el artículo 1359 del Código Civil:

*Conformidad de voluntad de partes*

*Artículo 1359.- No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.*

Como dice de la Puente y Lavalle, a pesar de que el Código Civil no reconoce expresamente la figura de la inexistencia, pues incorpora la figura del acto nulo -el cual comprende a la inexistencia y la nulidad-, este artículo reconoce la figura de la inexistencia por razones de claridad, a fin de que no se generen los efectos secundarios de la nulidad (2011, p. 292).

Como ya ha quedado establecido en este capítulo, una sucursal no tiene personalidad jurídica distinta a su Matriz, sino más bien es un establecimiento que forma parte de la Matriz, está subordinado a esta y tiene un representante designado. Por ello, las obligaciones asumidas por la sucursal son obligaciones de la Matriz, respaldadas por el patrimonio de esta y el representante de la sucursal es, en realidad, un representante voluntario de la Matriz para las actuaciones de la sucursal. Tomando en cuenta esto, las acciones del representante de la sucursal son acciones de la propia Matriz. De este modo, si se celebra un contrato entre una sucursal y su Matriz,

en realidad en este caso solo habría una única voluntad, que sería la voluntad de la Matriz, como sociedad constituida en el extranjero.

Dicho esto, no cabe duda de que los contratos celebrados entre una sucursal y su Matriz son acuerdos con un vicio de inexistencia, al amparo del artículo 1359 del Código Civil. Ello pues si en la celebración de este tipo de contratos solo participa una única entidad (la Matriz y su sucursal que son, en realidad, la misma persona jurídica), es factible señalar que no hay un acuerdo. Para que exista acuerdo se requiere la convergencia de dos manifestaciones de voluntad de sujetos independientes. En ese sentido, estos contratos son inexistentes pues solo existe una única manifestación de voluntad, que sería la voluntad de la Matriz expresada a través de su representante legal y a través del representante de la sucursal.

En esta tesis no analizaremos los efectos de la inexistencia o si se deben de contemplar los efectos de la nulidad en este vicio, pues para ello requeriríamos realizar un análisis civil mucho más profundo. Lo que se pretende evidenciar es que estos contratos tienen una patología contractual. De este modo, al ser contratos inexistentes, son contratos que no pueden ser calificados como hechos jurídicos reconocidos por el ordenamiento jurídico civil y no pueden desplegar ningún tipo de efecto jurídico -justamente porque no se verifican como hechos jurídicos- y, por tanto, no pueden exigir tutela de cumplimiento ante el ordenamiento.

#### **3.4 Relaciones entre sucursales y la sociedad principal en el Derecho Tributario**

A pesar de que, para efectos civiles, los contratos entre una sucursal y su Matriz son contratos con un vicio de inexistencia que determina su falta de producción de efectos jurídicos, veremos que, en el caso del Derecho Tributario, dicha situación cambia.

Para efectos de la LIR las relaciones entre una sucursal y la sociedad principal que la ha establecido son relaciones entre personas jurídicas distintas. Ello se debe

fundamentalmente a lo establecido en el artículo 14 de la LIR, el cual establece que califican como personas jurídicas, para efectos de la LIR, las sucursales de sociedades constituidas en el exterior.

Desde el punto de vista de la LIR, las relaciones entre una sucursal y la sociedad principal que la ha establecido son relaciones entre personas jurídicas distintas. Ello se debe a lo establecido en el artículo 14 de la LIR:

*Artículo 14.- Son contribuyentes del impuesto las personas naturales, las sucesiones indivisas, las asociaciones de hecho de profesionales y similares y las personas jurídicas. También se considerarán contribuyentes a las sociedades conyugales que ejercieran la opción prevista en el Artículo 16 de esta ley.*

*Para los efectos de esta ley, se considerarán personas jurídicas, a las siguientes:*

*a) Las sociedades anónimas, en comandita, colectivas, civiles, comerciales de responsabilidad limitada, constituidas en el país.*

*(...)*

*f) Las empresas unipersonales, las sociedades y las entidades de cualquier naturaleza, constituidas en el exterior, que en cualquier forma perciban renta de fuente peruana.*

*(...)*

*h) Las sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento permanente en el país de empresas unipersonales, sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior [énfasis agregado].*

Como puede observarse, de acuerdo con la LIR, son personas jurídicas tanto la sociedad constituida en el exterior como las sucursales de sociedades constituidas en el exterior. En ese sentido, ambos son considerados como contribuyentes independientes para los propósitos de la aplicación del IR.

A este respecto, es importante mencionar el artículo 21 del Código Tributario, el cual regula qué sujetos cuentan con capacidad tributaria para efectos de nuestro ordenamiento jurídico:

*Artículo 21.- CAPACIDAD TRIBUTARIA*

*Tienen capacidad tributaria las personas naturales o jurídicas, comunidades de bienes, patrimonios, sucesiones indivisas, fideicomisos, sociedades de hecho, sociedades conyugales u otros entes colectivos, aunque estén limitados o carezcan de capacidad o personalidad jurídica según el derecho privado o público, siempre que la Ley le atribuya la calidad de sujetos de derechos y obligaciones tributarias [énfasis agregado].*

En términos conceptuales, se ha señalado que tienen capacidad jurídica tributaria “las personas que, por tener la capacidad jurídica general que el Derecho reconoce, pueden manifestarse como sujetos de obligaciones tributarias” (Sainz de Bujanda, 1988, p. 194). Aun así, dicha definición conceptual no comprende a las entidades sin personalidad jurídica, como sería el caso de las sucursales o los EP. Por ello, al parecer la disposición del artículo 21 del Código Tributario podría comprender una situación problemática.

Sobre este asunto, el mismo Sainz de Bujanda (1988, pp. 194–195) menciona que en la doctrina existieron dos posiciones, las cuales posteriormente fueron dejadas de lado por considerarse posiciones extremas:

- (i) La tesis de la unicidad de los conceptos, basada en la seguridad jurídica, alegaba que los conceptos de persona y capacidad jurídica son unitarios y, por tanto, no podían tener alcances diversos en cada parcela jurídica.
- (ii) La concepción plural, basada en la justicia tributaria, defendía la posibilidad de otorgar capacidad tributaria a ciertos entes sin personalidad jurídica,

debido a que estos podían tributar como tales en la medida que contaban con capacidad económica autónoma.

Así, Sainz de Bujanda (1988, p. 196) postula una teoría normativa de la personalidad, según la cual cuando se califica como titulares de relaciones jurídicas a entidades sin personalidad jurídica lo que se hace es reconocer la idoneidad para que sirvan de punto de referencia de ciertos efectos jurídicos o, en otras palabras, la calificación hace referencia a un tratamiento unitario del ordenamiento, el cual les convierte en centros autónomos de imputación de efectos jurídicos.

En relación a este asunto, Altamirano (2012, p. 380) señala que el hecho de que algunos entes sin personalidad jurídica para el Derecho común puedan ser sujetos pasivos de la obligación tributaria es una consecuencia de la autonomía dogmática o calificadora del Derecho Tributario<sup>16</sup>. Desde la posición de Altamirano (2012, p. 380), esto busca despejar dudas sobre la obligación de tributar de estos entes, pues el Derecho Tributario los considera estructuras susceptibles de configurar el hecho imponible que pueden originar la obligación tributaria.

Al respecto, es importante distinguir que la capacidad tributaria es un concepto distinto al de sujeción pasiva. El sujeto pasivo es “la persona que asume la posición deudora en el seno de la obligación tributaria por haber realizado el hecho imponible”(Sainz de Bujanda, 1988, p. 192) o “la persona obligada a cumplir con el tributo, en calidad de contribuyente, de responsable u obligado” (Altamirano, 2012, p. 372). Así, la capacidad tributaria hace referencia a una posibilidad de ser sujeto de obligaciones tributarias, mientras que el sujeto pasivo es la denominación del deudor del tributo cuando se verifica el hecho imponible.

---

<sup>16</sup> Como plantea Altamirano (2012, pp. 50–51), con base a la autonomía dogmática del Derecho Tributario, este derecho no se sujeta a los conceptos del Derecho privado, por lo que puede crear figuras tributarias distintas, siendo que para que exista dicha autonomía deben concurrir los siguientes presupuestos: (i) que exista un ordenamiento jurídico propio; (ii) que este ordenamiento tenga conceptos que puedan vincularse hacia otros ordenamientos; y , (iii) que existan principios propios de dicha disciplina.

En el caso del Código Tributario, la calificación de capacidad tributaria -esto es, la calificación para ser sujeto de obligaciones tributarias- a entidades sin personalidad jurídica, está condicionada al reconocimiento expreso de la ley. Es decir, la ley debe reconocer que una entidad sin personalidad jurídica es titular de obligaciones tributarias, para que dicha entidad pueda tener capacidad jurídica tributaria.

Pues bien, tomando en cuenta lo anterior, en el Derecho Tributario peruano se ha optado por atribuirle capacidad tributaria a las sucursales de sociedades constituidas en el exterior. Así, una sucursal o cualquier otro EP califica como una entidad independiente sujeta a obligaciones tributarias en el Perú. Dicha independencia se manifiesta frente a la sociedad constituida en el exterior que ha establecido la sucursal, pero solamente para efectos tributarios. Para los fines del Derecho Mercantil y los conceptos que hemos analizado en este capítulo, la sucursal es una entidad sin personería jurídica propia que forma parte de la sociedad que la establece.

Al respecto, es importante señalar que en la jurisprudencia nacional existe aceptación de la independencia entre una sucursal y su matriz. En efecto, mediante la RTF No. 11125-5-2019, se ha señalado lo siguiente:

Que en cuanto a las entidades constituidas en el exterior y sus sucursales en el país, en las Resoluciones No. 10504-1-2013 y 12613-3-2015, entre otras, este Tribunal ha señalado que las disposiciones que regulan el Impuesto a la Renta consideran a la sucursal en el país de una empresa establecida en el exterior, como un sujeto distinto a su matriz, lo cual es concordante con la autonomía administrativa y contable de la que gozan las sucursales constituidas en el Perú de empresas establecidas en el exterior [énfasis agregado], respecto de las operaciones que realizan, las que deben inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes (RUC) y emitir comprobantes de pago con su razón social, entre otras obligaciones tributarias formales; y si bien

desde el punto de vista del derecho comercial la sucursal carece de personería jurídica independiente de su matriz, ello no impide que tratándose de sucursales de sujetos no domiciliados se les considere como sujetos independientes para efectos tributarios [énfasis agregado].

Que por lo tanto, la normatividad del Impuesto a la Renta ha establecido para efecto de este impuesto, una personería jurídica tributaria propia para las sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento permanente en el país de empresas unipersonales, sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior, distinta a la de su casa matriz o principal [énfasis agregado].

Que asimismo, se tiene que las sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento permanente en el país de empresas unipersonales, sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior (como es el caso de la recurrente) son consideradas personas jurídicas domiciliadas, de conformidad con el inciso e) del artículo 7 y el inciso h) del artículo 14 de la Ley del Impuesto a la renta; y por su parte, las empresas unipersonales, las sociedades y las entidades de cualquier naturaleza, constituidas en el exterior, que en cualquier forma perciban renta de fuente peruana, son consideradas personas jurídicas no domiciliadas, de acuerdo con el artículo 7 y el inciso f) del artículo 14 de la citada ley.

De acuerdo con criterio anterior –el cual ha sido recogido de forma reiterada en distintas resoluciones del Tribunal Fiscal–, las sucursales (y cualquier otro tipo de EP) de sociedades constituidas en el exterior son personas jurídicas domiciliadas para efectos del IR. Estas entidades son independientes, para efectos de la LIR, de las sociedades constituidas en el exterior que las han establecido, las cuales son personas jurídicas no domiciliadas para efectos de la LIR.



En la doctrina tributaria también se reconoce esta particularidad existente entre la independencia de las sucursales para efectos tributarios y el Derecho Mercantil, rama que considera a estas entidades como simple parte de las sociedades que las constituyen. Al respecto, Carmona Fernández señala lo siguiente:

(...) el establecimiento permanente se diferencia de las sociedades mercantiles o entidades filiales o subsidiarias, en que no tiene personalidad jurídica distinta de la propia de su “casa central”. La “casa central” no es otra cosa que el propio contribuyente no residente, sea persona física o, lo que es más normal, entidad -la cabecera de la misma- que opera a través de ese lugar fijo, de esa rama de actividad, división, dependencia, instalación o “brazo económico”, que fiscalmente es denominado “EP” o desarrolla una conducta económica determinante de su existencia. (Carmona Fernández, 2007, p. 171)

Sin embargo, el mismo Carmona reconoce que si bien la sucursal o un EP no tienen personalidad jurídica, sí tiene personalidad fiscal: “Aunque también es cierto que un establecimiento permanente dispone, ya que no de personalidad jurídica, sí de una cierta personificación fiscal, en la medida en que tributariamente recibe un tratamiento separado, como si fuera una empresa distinta de su casa central” (2007, p. 172). En igual sentido, Altamirano (2012, p. 782) sostiene que el EP, a pesar de no tener personalidad jurídica y ser una prolongación de la Matriz, es considerado para fines tributarios como un residente, de modo que se le otorga una personalidad fiscal propia y tienen la obligación personal de contribuir.

Ello genera, entre otros efectos, que la sucursal (como un tipo particular de EP) y su Matriz sean tratadas por la LIR como personas jurídicas domiciliadas independientes. Esta independencia permite que puedan celebrar acuerdos contractuales –como si se tratara de acuerdos entre entidades independientes con personalidad jurídica propia para efectos civiles o societarios– los cuales serán útiles para efectos tributarios. Estos acuerdos y cualquier otro tipo de operaciones entre un EP y su

Matriz son operaciones sujetas a las reglas de precios de transferencia, toda vez que ambas entidades califican como sujetos vinculados para efectos tributarios. En efecto, el artículo 24 del RLIR dispone lo siguiente:

#### Artículo 24.- PARTES VINCULADAS

Para efecto de lo dispuesto en la Ley, se entenderá que dos o más personas, empresas o entidades son partes vinculadas cuando se dé cualquiera de las siguientes situaciones:

(...)

10. Una empresa no domiciliada tenga uno o más establecimientos permanentes en el país, en cuyo caso existirá vinculación entre la empresa no domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes y entre todos ellos entre sí.

De esta manera, toda vez que un EP y su Matriz son partes vinculadas para efectos de la LIR, a las operaciones celebradas entre ambas entidades les corresponde la aplicación de las reglas de valor de mercado sustentada en el principio de plena competencia o *arm's length*. Ello pues los artículos 32 y 32-A de la LIR disponen lo siguiente:

Artículo 32.- En los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad, de prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción a cualquier título, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado. Si el valor asignado difiere al de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.

Para los efectos de la presente Ley se considera valor de mercado:

(...)

4. Para las transacciones entre partes vinculadas; o que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios no cooperantes o de baja o nula imposición; o que se realicen con sujetos cuyas rentas, ingresos o ganancias provenientes de dichas transacciones están sujetos a un régimen fiscal preferencial; los precios y monto de las contraprestaciones que hubieran sido acordados con o entre partes independientes en transacciones comparables, en condiciones iguales o similares, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 32-A.

Artículo 32-A.- En la determinación del valor de mercado de las transacciones a que se refiere el numeral 4) del Artículo 32, deberá tenerse en cuenta las siguientes disposiciones:

(...)

d) Análisis de comparabilidad

Las transacciones a que se refiere el numeral 4) del Artículo 32 son comparables con una realizada entre partes independientes, en condiciones iguales o similares, cuando se cumple al menos una de las dos condiciones siguientes:

1) Que ninguna de las diferencias que existan entre las transacciones objeto de comparación o entre las características de las partes que las

realizan pueda afectar materialmente el precio, monto de contraprestaciones o margen de utilidad; o

2) Que aun cuando existan diferencias entre las transacciones objeto de comparación o entre las características de las partes que las realizan, que puedan afectar materialmente el precio, monto de contraprestaciones o margen de utilidad, dichas diferencias pueden ser eliminadas a través de ajustes razonables.

Como puede observarse, para fines de la LIR los EPs (y las sucursales, por supuesto) no son solamente personas jurídicas independientes de su Matriz que tributan solamente por sus rentas gravadas de fuente peruana. Los EPs, además, pueden celebrar acuerdos y operaciones con su Matriz, las cuales se encontrarán reguladas por las reglas de valor de mercado del artículo 32 y 32-A de la LIR, toda vez que el EP y su Matriz son partes vinculadas. Así, toda vez que en la doctrina nacional se conoce a las disposiciones del artículo 32-A como las reglas de precios de transferencia sustentadas en el principio de plena competencia o *arm's lenght*, es posible afirmar que a las relaciones entre un EP y su Matriz les resultan de aplicación las reglas de precios de transferencia. Inclusive, para la interpretación de lo dispuesto en el artículo 32-A, dicho artículo permite acudir a lo dispuesto en las Guías de PT, como “fuente de interpretación”, en tanto lo dispuesto en tal documento no se oponga a las disposiciones aprobadas por la LIR.

Finalmente, antes de concluir este capítulo no queremos dejar de mencionar un asunto de relevancia vinculado a las relaciones entre una sucursal y la sociedad no domiciliada que la constituye para efectos tributarios en la LIR. Nos referimos a la ficción de distribución de dividendos de la sucursal a la matriz que establece la LIR.

El artículo 56 de la LIR establece las tasas del IR aplicables a las personas jurídicas no domiciliadas para la determinación del IR por las rentas de fuente peruana que generen en el país.

Artículo 56.- El impuesto a las personas jurídicas no domiciliadas en el país se determinará aplicando las siguientes tasas:

(...)

e) Dividendos y otras formas de distribución de utilidades: cinco por ciento (5%).

En el caso de sucursales u otro tipo de establecimientos permanentes en el país de empresas unipersonales, sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior, se entenderán distribuidas las utilidades en la fecha de vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada anual del Impuesto a la Renta, considerándose como monto de la distribución, la renta disponible a favor del titular del exterior. La base de cálculo comprenderá la renta neta de la sucursal u otro tipo de establecimiento permanente incrementada por los ingresos por intereses exonerados y dividendos u otras formas de distribución de utilidades u otros conceptos disponibles, que hubiese generado en el ejercicio menos el monto del impuesto pagado conforme al artículo anterior.

Tratándose de los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades a que se refiere el inciso f) del artículo 10 de la Ley: treinta por ciento (30%).

Conforme a este artículo, la tasa de retención del IR por dividendos o utilidades repartidas a personas jurídicas no domiciliadas es de 5%. Este artículo establece una disposición particular para las sucursales u otro tipo de EPs, según la cual las utilidades de una sucursal o EP se entienden repartidas a su Matriz en la fecha de vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada anual del IR. A tales efectos, la utilidad disponible de la sucursal para su matriz será equivalente a la

suma de la renta neta de la sucursal o EP, más los ingresos por intereses exonerados y dividendos obtenidos en el ejercicio menos el IR empresarial pagado (cuya tasa asciende al 29.5%). Así, las utilidades de la sucursal, calculadas conforme a las disposiciones de este artículo, se considerarán distribuidas a su Matriz y, por tanto, corresponderá pagar el 5% por concepto de IR a los dividendos.

Al respecto, es importante citar lo planteado por Hernández Berenguel, quien comentando el ámbito de aplicación del IR a los dividendos destacó lo siguiente sobre el caso de los dividendos de una sucursal:

Hay un caso especial que merece un tratamiento diferenciado que es el de los dividendos generados por sucursales, agencias y establecimientos permanentes en el país de personas jurídicas no domiciliadas, cuya regulación está prevista en el segundo párrafo del inciso e) del Artículo 56 de la LIR, tal como ha sido sustituido por el Artículo 18 de la Ley No. 27804<sup>17</sup>.

Nótese que en dicho caso quien obtiene el dividendo es una persona jurídica no domiciliada en el país y que para ser otorgado no existe un acuerdo de distribución.

Si La Ley No. 27804 aplicara la regla de imputación prevista en el inciso c) del Artículo 57 de la LIR<sup>18</sup>, debería entenderse nacida la obligación cuando el dividendo es percibido por dicha persona jurídica no domiciliada.

---

<sup>17</sup> La Ley 27804 fue publicada el 2 de agosto de 2002 y entró en vigor el 1 de enero de 2003. Esta Ley modificó la LIR e incluyó diversas modificaciones en dicho cuerpo normativo, así, por ejemplo, incluyó el gravamen especial a los dividendos de sucursales o EPs de sociedades constituidas en el exterior.

<sup>18</sup> El referido inciso c) del artículo 57 señalaba lo siguiente:  
Artículo 57.- A los efectos de esta Ley el ejercicio gravable comienza el 1 de enero de cada año y finaliza el 31 de diciembre, debiendo coincidir en todos los casos el ejercicio comercial con el ejercicio gravable, sin excepción.

Las rentas se imputarán al ejercicio gravable de acuerdo con las siguientes normas: (...)

c) Las demás rentas se imputarán al ejercicio gravable en que se perciban.

Actualmente este inciso c) se encuentra en el inciso d) del artículo 57 de la LIR.

Sin embargo, la norma contenida en el segundo párrafo del inciso e) del Artículo 56 de la LIR debe ser entendida como la solución especial dada por el legislador respecto de cuándo se percibe el dividendo por la casa matriz o titular del exterior. Al efecto, se considera percibido el dividendo -la ley menciona la frase “se entenderán distribuidas las utilidades”- en la fecha de vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada anual del Impuesto a la Renta de la sucursal u otro tipo de establecimiento permanente.

Con relación a lo indicado anteriormente, es importante señalar que la disposición del inciso e) del artículo 56 de la LIR constituye una ficción legal. Esta ficción determina que la sucursal -la cual es una entidad sin personería jurídica- “distribuye sus dividendos” a su Matriz en la fecha de vencimiento de la declaración jurada del IR de la sucursal. Si no fuera por esta disposición, el IR a los dividendos de la sucursal nunca se podría cobrar dado que el inciso d) del artículo 57 de la LIR señala, como criterio de imputación temporal, al criterio del percibido<sup>19</sup>.

En otras palabras, la LIR exige que los dividendos sean percibidos por la persona jurídica no domiciliada, a efectos de que se gatille la imputación temporal del hecho imponible gravado. No obstante, en el caso de las sucursales no hay distribución de

---

<sup>19</sup> En la Resolución del Tribunal Fiscal No. 4817-1-2014 se ha definido el criterio del percibido de la siguiente manera:

Que el inciso d) del artículo 57° de la mencionada ley, modificado por Decreto Legislativo N° 970, prescribe que las demás rentas, dentro de las cuales se encuentran las rentas de quinta categoría, se imputarán al ejercicio gravable en que se perciban.

Que el artículo 59° de la aludida ley señala que las rentas se considerarán percibidas cuando se encuentren a disposición del beneficiario, aun cuando éste no las haya cobrado en efectivo o en especie.

Que desde el punto de vista tributario, la interpretación más acorde con lo indicado por el artículo 59° de la Ley del Impuesto a la Renta (nótese que éste señala que se considera que se encuentra a disposición del acreedor aun cuando éste no haya cobrado la acreencia en efectivo o en especie) es que se considere que el ingreso ha sido percibido, por ejemplo tratándose de títulos valores como el cheque, desde el momento en que el acreedor haya estado en la posibilidad de recogerlo y cobrarlo, aun cuando no lo haya hecho efectivamente.

Que al respecto, autores como Enrique Reig, consideran que lo que interesa en el criterio de lo percibido es la disponibilidad de la ganancia por su titular, es decir, se considera que el beneficiario la ha percibido en tanto ha podido disponer de ella, aun cuando su disposición no haya sido real sino sólo una posibilidad.

Que este Tribunal en la Resolución No. 05657-5-2004, al delimitar el criterio de lo percibido en el Impuesto a la Renta, ha establecido que la "puesta a disposición" a que hace referencia la ley del anotado impuesto debe ser entendida como la oportunidad en que el contribuyente puede hacer suyo el ingreso, dependiendo sólo de su voluntad que tal situación acontezca.

dividendos, por lo que, para efectos de solucionar ese problema, la LIR establece una ficción según la cual se presumen distribuidos los dividendos en la fecha de vencimiento de la declaración jurada del IR de la sucursal.

El Tribunal Fiscal comparte esta postura. Así, en la RTF No. 9515-3-2017 (y varias otras resoluciones) se ha precisado que la regla antes comentada del artículo 56 de la LIR constituye una ficción legal mediante la cual se imputan rentas a las entidades constituidas en el exterior que cuentan con sucursales en el país, de modo que se fija la oportunidad o momento en que se entienden distribuidas las utilidades y el monto de la distribución.

Asimismo, en la RTF No. 3480-8-2018 se ha señalado que la ficción del artículo 56 se sustenta justamente en que no existe acuerdo de distribución de utilidades de la sucursal a su Matriz:

Que este tratamiento tributario se justifica en que si bien, *para efectos del Impuesto a la Renta, la sucursal en el país de una empresa no domiciliada, se considera independiente a su casa matriz, siendo esta la beneficiaria o perceptora de las utilidades que remesa la sucursal, desde el punto de vista societario se trata de la misma entidad o persona jurídica, por lo que no existe acuerdo de distribución de utilidades; y en ese sentido, el legislador establece el momento en que debe entenderse efectuada la distribución y cómo se determina el monto de la distribución, mediante el segundo párrafo del inciso e) del artículo 56 de la Ley del Impuesto a la Renta* [énfasis agregado]. En ese sentido, en mérito a la ficción legal prevista en dicha norma, se considera como monto de la distribución la renta disponible a favor del titular del exterior, entendiéndose esta como la renta neta de la sucursal incrementada por los ingresos por intereses exonerados y dividendos u otras formas de distribución de utilidades u otros conceptos disponibles, de acuerdo con el criterio de este Tribunal establecido en la Resolución No. 09515-3-2017, la que no incluye la



compensación de pérdidas de ejercicios anteriores, por lo que no resulta atendible el alegato en contrario de la recurrente.

Que es más, este Tribunal en la citada resolución ha establecido que para el caso de la sucursal en el país de empresa no domiciliada, no es relevante verificar si se ha producido una efectiva distribución de utilidades a favor de la casa matriz o del titular del exterior, la oportunidad en que ellos ha ocurrido, ni la cuantía del monto distribuido, pues por aplicación de la referida ficción legal, se imputan rentas a la empresa no domiciliada (casa matriz o titular del exterior) en la fecha de vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada anual del Impuesto a la Renta [énfasis agregado], y se determina el monto total de utilidades distribuibles a aquella por cada ejercicio, ello de acuerdo con la determinación establecida por el citado inciso e) del artículo 56° de la Ley del Impuesto a la Renta, en los términos antes expuestos.

Que por lo señalado, carece de sustento la afirmación de la recurrente en el sentido que se estaría dando un trato diferenciado a las sucursales cuya inversión proviene del extranjero, ya que la regulación prevista en el segundo párrafo del inciso e) del artículo 56° de la Ley del Impuesto a la Renta, es aplicable a todas las sucursales en el país de entidades constituidas en el exterior, siendo que si bien, para efectos del Impuesto a la Renta, la sucursal en el país de una empresa no domiciliada, se considera independiente a su casa matriz, desde el punto de vista societario se trata de la misma entidad o persona jurídica, por lo que no existe acuerdo de distribución de utilidades; y en ese sentido, el legislador establece el momento en que debe entenderse efectuada la distribución y cómo se determina el monto de la distribución, mediante el segundo párrafo del inciso e) del artículo 56° de la Ley del Impuesto a la Renta [énfasis agregado];, en cambio una sucursal en el Perú de una matriz constituida en el Perú, no deviene en sujeto contribuyente del Impuesto a la Renta del Perú, siendo además que la recurrente no se encuentra en similares

condiciones que una empresa constituida en el país, dado que aquella solo tributa por sus rentas de fuente peruana mientras que esta última tributa por sus rentas de fuente mundial.

Que lo expuesto evidencia que las sucursales en el país de entidades constituidas en el exterior, no se encuentran en condiciones sustancialmente iguales a las empresas constituidas en el país [énfasis agregado], lo que sustenta el tratamiento tributario contemplado en el segundo párrafo del inciso e) del artículo 56° de la Ley del Impuesto a la Renta; y, en consecuencia, se desestiman los argumentos de la recurrente al respecto.

#### **IV. SEGUNDO CAPÍTULO: CONCEPTO DE EP Y SISTEMAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS BENEFICIOS DE UNA SUCURSAL DE CONFORMIDAD CON EL MC OCDE**

Antes de profundizar en la materia de estudio de la presente tesis, consideramos importante definir algunos conceptos, términos y nociones importantes de Derecho Internacional Tributario. Ello pues, a lo largo de esta tesis, haremos referencia a estos conceptos de estudios que es necesario tomar en cuenta. La razón de esto estriba en el hecho de que la tesis está basada fundamentalmente en el análisis de la atribución de beneficios y gastos a un EP en el contexto de la aplicación de un CDI. Por ello, antes de iniciar con el estudio a profundidad del concepto de EP, tipos de EP, regímenes de atribución de beneficios, los modelos de convenio y desarrollar la postura de esta tesis, consideramos pertinente incluir algunas nociones generales al inicio de este capítulo.

##### **4.1. Conceptos previos de Derecho Internacional Tributario**

Partiendo de los conceptos civiles y societarios del capítulo anterior, en este capítulo nos centraremos en los aspectos tributarios del concepto de EP. Si bien la tesis se encuentra enmarcado en el análisis de la aplicación del Enfoque Autorizado 2008 en el contexto de los CDIs para el caso de las sucursales, en este capítulo procederemos

a dar contenido a los conceptos generales de EP. Así, en primer lugar, revisaremos el contenido del concepto de EP y, posteriormente, analizaremos los sistemas de atribución de beneficios a un EP. No obstante, antes de seguir con la revisión de estos puntos, a continuación, desarrollaremos algunos conceptos breves de Derecho Internacional Tributario que serán útiles para el desarrollo de esta investigación:

#### **4.1.1. Diferencia entre Derecho Tributario Internacional y Derecho Internacional Tributario**

Si bien parecen términos similares, existe una diferencia sustancial entre el Derecho Internacional Tributario y Derecho Tributario Internacional.

En relación con el primero, este ha sido definido de la siguiente manera: “[e]l derecho internacional tributario, en su acepción más correcta, es el derecho de los tratados internacionales en materia tributaria. Son normas enunciados que hablan respecto a las relaciones entre países sobre materia tributaria, particularmente para el tratamiento coordinando de las actividades impositivas, intercambio de informaciones entre sí o resolución de los concursos impositivos y de los problemas de fraudes fiscales internacionales” (Taveira Torres, 2005, p. 875).

En relación con el segundo, se sostiene que “[l]as normas tributarias pertinentes al DTI [derecho tributario internacional], como se ha dicho, poseen en las respectivas hipótesis de incidencia o consecuentes (sujetos no residentes, base de cálculo) la descripción de hechos con elementos foráneos, cuyos criterios de calificación y de localización posibilitan la conexión con el ordenamiento tributario, por haber ocurrido lo hechos de generación de renta o capital, extraterritorialmente, involucrando a residentes; o territorialmente, mediante la actuación de no residentes” (Taveira Torres, 2005, p. 875).

#### **4.1.2. Estado de la Fuente y Estado de Residencia**

Para el desarrollo de este trabajo es preciso definir lo que deberíamos entender por Estado de la Fuente o Estado de Residencia, pues serán términos que usaremos a lo largo de nuestra investigación en relación con el tratamiento de los EPs.

Para entender estos conceptos, debemos de hacer referencia a el “*residence principle*” o principio de residencia y a el “*source principle*” o principio de la fuente.

La ONU sostiene que según el principio de residencia, un país puede reclamar el derecho a gravar una renta basado en el estatus del contribuyente como residente o no en dicho país (2019, p. 2). Así, las reglas domésticas de cada país para determinar la residencia difieren, de modo que en el caso de individuos pueden considerar los lazos económicos y familiares o el plazo de presencia física, mientras que en el caso de personas jurídicas se utilizan criterios como el lugar de constitución, la sede de dirección o control o el lugar de control efectivo (ONU, 2019, pp. 2–3).

Respecto al principio de fuente, un país puede gravar la renta según sus reglas domésticas si se considera que la renta tiene su fuente (u origen) en ese país, sin importar si dicha renta deriva de un residente o no residente (ONU, 2019, p. 3). Las rentas o ganancias estarán sujetas típicamente, conforme a este principio, en el país donde se encuentren los activos o actividades que generen la ganancia

Partiendo de estos principios de imposición se generan los supuestos de doble imposición que comentamos en el apartado 4.1.3.

Ahora bien, considerando los principios de imposición antes indicados, en la doctrina se ha diferenciado lo que se debe entender por Estado de la Fuente y Estado de Residencia con relación a la aplicación de un CDI. Así, se sostiene que los CDIs buscan limitar el derecho de someter a gravamen en el Estado donde se genera el

ingreso -es decir, el Estado de la Fuente- o el Estado donde el propietario del capital es residente -es decir, el Estado de Residencia- (Skaar, 2020, p. 60).

Sobre el papel que cumple ambos Estados en el contexto de la celebración de los CDIs, la obligación de la eliminación de la doble imposición incumbe exclusivamente al Estado de Residencia; en cambio, el Estado de la Fuente debe de limitarse a la reducción de alícuotas en casos especiales, a respetar el principio de territorialidad (es decir, el principio de la fuente) y debe adoptar definiciones claras sobre los elementos de conexión (como el concepto de EP) a fin de no formar cúmulos de pretensiones (Xavier, 2005, p. 396).

#### **4.1.3. Doble imposición jurídica y económica**

La doble imposición tiene dos facetas, la doble imposición jurídica y la doble imposición económica.

Al respecto, la OCDE ha definido a la doble imposición jurídica como la imposición de impuestos comparables en dos o más Estados sobre el mismo contribuyente en relación con la misma renta por idénticos periodos impositivos (OCDE, 2019, p. 13). De acuerdo a Serrano (2005b, p. 218), para que se verifique la doble imposición se requiere el cumplimiento de la “cuádruple regla de identidad” según la cual deben verificarse las siguientes identidades: (i) identidad objetiva, lo cual implica que debe tratarse de impuestos comparables; (ii) identidad subjetiva, referida a la identidad del mismo contribuyente; (iii) identidad material, que implica la identidad de la misma renta que es gravada; y, (iv) la identidad temporal, que hace referencia a que se debe tratar de idénticos períodos impositivos.

Asimismo, Serrano (2005b, p. 219), citando a las discusiones y conclusiones del 31 Congreso de la *International Fiscal Association*, señala que la doble imposición jurídica se puede dar en las siguientes situaciones:

- (i) Conflicto residencia/residencia: Dos Estados pueden someter a tributación a una misma persona (física o jurídica) por su renta mundial o patrimonio debido a su relación personal con los Estados (domicilio, residencia, nacionalidad, lugar de constitución, sede de dirección efectiva): es la llamada sujeción ilimitada de tributación o dual residence. Es lo que ocurre en el caso de concurrencia del principio de nacionalidad, utilizado por los Estados Unidos de Norteamérica, y el principio de residencia, adoptado por la práctica totalidad de Estados.
- (ii) Conflicto residencia/fuente: Un Estado somete a tributación a una persona por su renta mundial o patrimonio, ya que es residente en este país (sujeción ilimitada de tributación). Otro Estado grava a la misma persona sobre la renta que obtiene en este país o el patrimonio situado en el mismo (sujeción limitada de tributación), Aquí se produce el conflicto del principio de residencia frente al de fuente.
- (iii) Conflicto fuente/fuente: Una persona es gravada por sujeción limitada de tributación en dos Estados; el ejemplo sería cuando una sociedad del Estado A que posee un establecimiento permanente en el Estado B obtiene renta del Estado C. En este caso concurren dos criterios de sujeción limitada de tributación o dual source.

Finalmente, la doble imposición económica “se produce como consecuencia de la identidad subjetiva. Es decir, se produce la doble imposición cuando la misma renta, transacción o patrimonio resulta gravada/o en dos o más Estados durante el mismo período impositivo, pero en manos de distintos contribuyentes” (Serrano Antón, 2005b, p. 218).

En relación a la doble imposición tributaria, la visión de Taveira (2005, p. 879) es interesante pues, tomando como referencia conceptos de teoría general del derecho, señala que cuando ocurre doble imposición un mismo evento califica como dos

hechos jurídicos tributarios independientes y autónomos los cuales generan dos relaciones jurídico-tributarias vinculadas a cada uno de los sistemas jurídicos en concurso.

#### **4.1.4. Concepto de CDI**

Las medidas para solucionar la doble imposición internacional pueden ser medidas unilaterales (*unilateral relief*) o bilaterales (*bilateral/multilateral relief* o *treaty relief*) (Serrano Antón, 2005b, p. 221). De acuerdo con Serrano, las medidas unilaterales provienen de la legislación interna de cada país y, normalmente son insuficiente para eliminar la doble imposición, dado que generalmente no contemplan todos los posibles casos y porque las normas de los países afectados no son congruentes necesariamente (2005b, p. 221). Por otro lado, el mismo autor señala que las medidas bilaterales provienen de los CDIs, los cuales permiten modular el reparto de poder tributario entre los Estados contratantes de forma más adecuada a cada caso concreto y sirven para introducir soluciones más depuradas que solamente se pueden realizar a través de estos sistemas de coordinación de soberanías fiscales (2005b, p. 221).

Podemos definir a los CDIs como tratados celebrados entre 2 Estados, que tienen por objeto la ordenación de las relaciones jurídicas de los residentes de los Estados contratantes, con el objeto de coordinar el ejercicio del poder tributario de ambos Estados, a fin de que no se produzcan situaciones de doble imposición, ni menos nula imposición ni tampoco situaciones de fraude o abuso (Carrasco, 2020, p. 50). Lo que debe quedar claro es que los CDIs no crean impuestos, ni sirven para establecer tipos de gravamen, sino pues se utilizan para conciliar los sistemas tributarios de los Estados implicados, lo cual se realiza mediante reglas de reparto de la potestad tributaria (Carrasco, 2020, p. 52).

En líneas generales, considerando las ideas de Serrano (2005b, pp. 240–242), es posible resumir los objetivos y finalidades de los CDIs en el siguiente cuadro:

**Cuadro 4**

<b>Objetivos de los CDIs para los Estados</b>	<b>Objetivos de los CDI para los contribuyentes</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Eliminación de la doble imposición que afecta el comercio internacional.</li> <li>• Cooperación entre administraciones para combatir la evasión fiscal.</li> <li>• Seguridad jurídica para atraer capital.</li> <li>• Eliminación de la tributación discriminatoria.</li> <li>• Justo reparto de los ingresos fiscales entre Estados.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Protección de las inversiones de no residentes y seguridad jurídica.</li> <li>• Eliminación de la doble imposición internacional.</li> <li>• Fomento de la inversión (mediante retenciones reducidas o aplicación de créditos).</li> <li>• Aplicación del principio de no discriminación.</li> </ul>

A propósito de la definición y los fines de un CDI, García Novoa (2008, p. 12) sostiene que dicho tratado internacional tiene como objetivo prevenir los conflictos de sobreimposición, lo cual se realiza a través del establecimiento de reglas de reparto de competencia para gravar las manifestaciones de riqueza sobre las que se proyecta el tributo al cual alcanza el CDI.

## **4.2. El concepto de EP en el Derecho Internacional Tributario**

### *4.2.1. Origen del concepto de EP en el Derecho Internacional Tributario*

Antes que nada, debemos hacer referencia a los orígenes del concepto de EP en el Derecho. Esta figura no es una creación del Derecho Tributario, sino pues proviene de otras ramas del ordenamiento jurídico en otros países. Como refiere García Prats, “el derecho internacional tributario toma esta figura de los derechos nacionales



tributarios que previamente habían tomado el mismo de otras parcelas del ordenamiento jurídico”(García Prats, 1996, p. 39).

En relación a la historia del EP, Skaar (2020, p. 124) ha indicado que la historia del concepto de EP en los CDIs es tan antigua como la misma historia de los propios CDIs. Cuando las empresas de Europa Central expandieron sus actividades a países vecinos a mediados y finales del Siglo XIX, estas empresas se encontraron sujetas tanto en su Estado donde eran residentes como en el otro Estado (ya sea porque realizan negocios en ese Estado o porque tenían un representante permanente ahí), de modo que la necesidad de establecer un límite para el otro Estado donde se realizaba el negocio se convirtió en una necesidad clara, tanto para evitar la doble imposición como para facilitar el trabajo de las administraciones tributarias (Skaar, 2020, p. 124).

El origen del concepto de EP se ubica en el derecho alemán de la segunda mitad del Siglo XIX o, más concretamente, en el derecho mercantil de Prusia, cuando en el Código Industrial de Prusia se utilizó el término EP (*Bestriebsstätte*, según su traducción original del alemán) en 1845, no como un concepto tributario sino para expresar al espacio total utilizado para llevar a cabo una actividad empresarial (Skaar, 2020, p. 124). Para efectos tributarios, el concepto de EP surgió como un elemento necesario para evitar la doble imposición entre municipalidades de Prusia, siendo que conforme a la legislación local de aquella época el comercio en un lugar fijo de negocios debía de tributar en la municipalidad donde se encontraba, a pesar de que el propietario viviera en otro lugar (Skaar, 2020, pp. 124–125).

Es importante notar que, en los inicios del concepto de EP, el término EP no era usado de forma directa en los códigos tributarios. En el caso de la legislación local de Prusia que comentamos anteriormente, el término que se utilizaba para hacer referencia al “comercio en el lugar fijo de negocios” era “*stehendes Gewerbe*” (Skaar, 2020, p. 125). De este modo, no fue sino hasta 1885 cuando se empezó a incluir el término

EP (*Bestriebstätte*) en los códigos tributarios de forma directa, pero fue recién en 1891 cuando el término EP fue usado como un término general que comprendía otras formas de llevar negocios, como las sucursales o el lugar de venta de bienes (Skaar, 2020, pp. 125–126).

De este modo, con el tiempo el concepto de EP se fue configurando como un criterio de determinación de competencias de una autoridad para gravar la realización de una actividad económica realizada por una persona o entidad foránea (García Prats, 1996, p. 40). En líneas generales, el concepto de EP se utilizó primero en la legislación interna como criterio para determinar la competencia de entidades administrativas dentro de la confederación y, posteriormente, el término pasó -poco a poco- a usarse como criterio internacional de determinación de la competencia tributaria, siendo el primer hito la celebración del CDI entre el Imperio austro-húngaro y Prusia en junio de 1899, en el que se usó por primera vez el criterio del EP (García Prats, 1996, p. 40).

#### *4.2.2. Evolución del concepto de EP en los MC OCDE y MC ONU*

Los desarrollos después de la Primera Guerra Mundial estuvieron marcados por las iniciativas de nuevas organizaciones internacionales que buscaron acabar con los efectos negativos de la doble imposición internacional y en el comercio internacional, afectados sobre todo por los altos impuestos después de guerras (Hentschel, 2020, p. 41).

Después de la Primera Guerra Mundial, la Liga de Naciones tomó la iniciativa de desarrollar un tratado de doble tributación que fuera aceptado a nivel internacional, de modo que un modelo de convenio de doble tributación fue presentado en 1928 en Ginebra (Rohatgi, 2008, p. 115). En este modelo de convenio se incluyó el criterio del EP para determinar la tributación de las rentas empresariales en el Estado de la Fuente cuando una empresa operara a través de un EP en dicho Estado, siendo que

este convenió no estableció una definición general del término EP sino sola una lista de ejemplos comprendidos dentro de la figura (Hentschel, 2020, p. 41).

Es importante notar que durante estas épocas todavía no se tenía una definición general del término EP, pero esta cláusula iba tomando aceptación general como una pauta para reconocer el derecho a gravar los rendimientos de explotaciones industriales, comerciales agrícolas o profesionales por parte del Estado de la Fuente y como excepción de gravamen del Estado de Residencia (García Prats, 1996, p. 46).

Posteriormente, en 1933 el Comité Fiscal de la Liga de Naciones emitió una versión de un modelo de tratado de doble tributación, la cual fue posteriormente combinada con el modelo de convenio de Ginebra de 1928 para dar origen al Proyecto de Convenio de México en 1943 (Rohatgi, 2008, pp. 115–116). Después, en 1946 el Comité Fiscal de la Liga de Naciones emitió el Proyecto de Convenio de Londres.

Al respecto, las diferencias entre estos dos proyectos de convenio fueron resumidas de la siguiente manera:

Mientras que la versión de México aprobaba la tributación basada en la fuente y favorecía a los países importadores de capital, la versión de Londres otorgaba más derechos para el cobro de impuestos a las naciones exportadores de capital, particularmente sobre dividendos, intereses, regalías, anualidades y pensiones. (Rohatgi, 2008, p. 116)

Con relación a estos proyectos, también es importante resaltar cuál era el papel que cumplía el criterio del EP. Si bien en ambos proyectos existía una cláusula idéntica para la definición del EP -que, de hecho, ya tenía cierta sistematización y definió en cierto modo las bases de la definición actual de EP en los modelos de convenio actuales-, la funcionalidad del EP en estos proyectos era distinta (García Prats, 1996, pp. 49–52).

De un lado, en el Proyecto de Convenio de México -apoyado por los países importadores de capital-, el EP solamente era un ejemplo, pero no era un criterio decisivo para la tributación de rentas empresariales; de otro lado, en el Proyecto de Convenio de Londres señalaba al EP como condición necesaria para la tributación en el Estado de la Fuente (Hentschel, 2020, p. 42).

Después de estos proyectos, la OEEC continuó con el trabajo de elaboración de un modelo de convenio tributario en década de 1950. Para dichos efectos, el Comité Fiscal de la OEEC fue la entidad encargada de elaborar dicho modelo de convenio tributario. Así, entre 1958 y 1961 el Comité Fiscal<sup>20</sup> preparó cuatro informes previos antes de presentar en 1963 el proyecto final del modelo de convenio, el cual fue aprobado en Julio de 1963 por Consejo de la OCDE<sup>21</sup> (OCDE, 2019, p. 14). Este proyecto vendría a ser la primera versión del MC OCDE, el cual contaba con sus propios comentarios.

El Comité de Asuntos Fiscales previó que el MC OCDE de 1963 podría ser revisado posteriormente, tras la realización de nuevos estudios, la valoración de los países miembros de la OCDE y el desarrollo de nuevas formas de negocio y, por ello, en 1977 se publicó una versión actualizada del MC OCDE (OCDE, 2019, p. 14).

Al respecto, la inclusión de la figura de EP en el artículo 5 del MC OCDE de 1963 y la versión ligeramente modificada en el MC OCDE de 1977 significó el inicio de una nueva era en la tributación internacional, la cual estuvo marcada por el reforzamiento de la tributación en el Estado de Residencia y la reducción del alcance de la tributación en el Estado de la Fuente (Hentschel, 2020, p. 42).

---

<sup>20</sup> En 1971 el Comité Fiscal de la OCDE fue renombrado como Comité de Asuntos Fiscales.

<sup>21</sup> La OEEC se renovó en 1961 y pasó a denominarse OCDE.

Seguidamente, en 1992 se publicó una nueva versión revisada del MC OCDE con sus comentarios, siendo que a partir de dicho año se dispuso una actualización periódica del MC OCDE y, en consecuencia, a la fecha dicho modelo se ha actualizado en diez ocasiones (1994, 1995, 1997, 2000, 2002, 2005, 2008, 2010, 2014 y 2017).

Desde la versión inicial de 1963, se estableció un concepto general de EP y se dispuso, como límite de gravamen, que las rentas empresariales generadas en el Estado de la Fuente solo podrían estar sujetas a gravamen si tales rentas eran obtenidas a través de un EP. Tanto el concepto de EP como la regla de atribución de beneficios cobraron forma en el MC OCDE de 1963, específicamente en los artículos 5 y 7, y con los años tales cláusulas -y sus comentarios respectivos- fueron revisadas y desarrolladas hasta la actualidad.

Lo que debemos rescatar de la evolución histórica del MC OCDE es la razón de ser de su existencia. Este modelo de convenio con sus comentarios pretende (i) encontrar soluciones uniformes para la mayoría de las controversias internacionales con independencia de cada CDI en particular y la normativa interna aplicable; y, (ii) ayuda al acercamiento global de las legislaciones internas para conseguir un tratamiento uniforme de las rentas internacionales (García Prats, 1996, p. 54).

De otro lado, es importante notar que el MC OCDE, al haber sido desarrollado por representantes de países desarrollados con sistemas fiscales y económicos comparables, se basa en dos premisas: (i) el país de residencia debe eliminar la doble tributación con el método del crédito o el de exención; y, (ii) el país de la fuente restringiría su jurisdicción y reduciría las tasas en los casos donde mantuviera su jurisdicción (Rohatgi, 2008, p. 117). Esta situación generó una preocupación en los países en desarrollo al momento de suscribir CDIs con países desarrollados.

Al respecto, la ONU se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre la menor cantidad de ventajas que ofrece la celebración de un CDI entre países con desarrollo económico distinto. Así, la ONU ha señalado lo siguiente sobre los CDI entre países desarrollados y países en desarrollo:

15. Bilateral tax treaties have been negotiated in the light of various monetary, fiscal, social and other policies important to the negotiating parties. Conclusion of a treaty between two developed countries is facilitated by their approximately similar levels of development, so that the reciprocal flows of trade and investment — and hence the respective gain or loss of revenue to the parties from reducing taxes on those flows — have been relatively equal in magnitude. The presumption of equal reciprocal advantages and sacrifices underlying treaties between developed countries is not valid when the negotiating parties are at vastly different stages of economic development. In addition, a loss of revenue that may be of relatively minor importance to a developed country can constitute a heavy sacrifice for a developing country. For many developing countries, the scarcity of foreign exchange resulting from outflows of tax-exempt locally produced income may be of even greater importance than the loss of revenue. Consequently, developing countries have, generally speaking, been reluctant to enter into tax treaties under which their tax revenue from locally produced income and their foreign exchange reserves might be reduced, unless they can reasonably assume that the treaties will ensure that those detriments are likely to be offset by benefits flowing from the treaty. (2003, p. 5)

Por ello, en respuesta al MC OCDE, la ONU, por iniciativa del ECOSOC a mediados de 1960, decidió establecer un grupo de trabajo *ad hoc* para desarrollar un modelo apropiado para los tratados celebrados entre países desarrollados y los países en vías de desarrollo, el cual estaría conformado por expertos de ambos tipos de países (ONU, 2017, p. vii).

En 1979 se publicó la primera versión del Manual para la Negociación de Tratados Tributarios entre Países Desarrollados y en vías de Desarrollo y en 1980 la ONU publicó la primera versión del MC ONU con sus comentarios (ONU, 2017, p. vii). Posteriormente, el MC ONU ha sido actualizado en el 2001, 2011 y 2017.

Con relación al EP, García Prats sostiene de que no se aprecian diferencias entre la definición general de EP, ni en la lista de supuestos considerados como EP en principio, salvo en lo referido al plazo de las obras de construcción, la ampliación de la cláusula de agencia y la restricción de los supuestos excluidos del concepto de EP (García Prats, 1996, p. 57).

La importancia del MC ONU reside en el establecimiento consensuado de la figura del EP, recogida en el artículo 7 del modelo, como criterio de reparto de competencias fiscales sobre los rendimientos empresariales de carácter internacional, el cual sería consolidado con la celebración de CDIs entre países desarrollados y países en desarrollo (García Prats, 1996, p. 57).

A continuación, compartimos un cuadro resumen, de elaboración propia, donde resaltamos los aspectos más resaltantes del artículo 5, sobre la figura de EP en las versiones actuales del MC OCDE y el MC ONU.

**Cuadro 5**

<b>Artículo 5 MC OCDE</b>	<b>Artículo 5 MC ONU</b>
1. Párrafo 1: Define el concepto general de EP.	1. Párrafo 1: Define el concepto general de EP.
2. Párrafo 2: Listado de conceptos incluidos en el término EP (sedes de dirección, sucursales, oficinas, fábricas, talleres, minas, pozos de	2. Párrafo 2: listado de conceptos incluidos en el término EP (sedes de dirección, sucursales, oficinas, fábricas, talleres, minas, pozos de

<p>petróleo o gas, cantera, lugar de extracción de recursos naturales).</p> <p>3. Párrafo 3: EP obra cuya duración supera los 12 meses.</p> <p>4. Párrafo 4: Supuestos de exclusión del término EP: instalaciones o depósito para almacenamiento, exposición o entrega; depósito para almacenar bienes que serán procesados; lugar fijo para comprar o recoger información; siempre que todos estos supuestos sean de carácter auxiliar o preparatorio.</p> <p>5. Párrafo 4.1: Inaplicación del párrafo 4 cuando una empresa vinculada desarrolle actividades económicas en el lugar fijo y cuando se trate de funciones complementarias de una actividad cohesionada.</p> <p>6. Párrafo 5: EP agente, donde se concluyen contratos o se desempeña el rol principal en la conclusión de los contratos.</p> <p>7. Párrafo 6: No aplica el párrafo 5 si se trata de un agente independiente.</p>	<p>petróleo o gas, cantera, lugar de extracción de recursos naturales).</p> <p>3. Párrafo 3: (i) EP obra cuya duración supera los 6 meses; (ii) EP servicios (prestado a través del personal) cuya duración supere los 183 días en un período cualquiera de 12 meses.</p> <p>4. Párrafo 4: Supuestos de exclusión del término EP: instalaciones o depósito para almacenamiento, exposición o entrega; depósito para almacenar bienes que serán procesados; lugar fijo para comprar o recoger información; siempre que todos estos supuestos sean de carácter auxiliar o preparatorio.</p> <p>5. Párrafo 4.1: Inaplicación del párrafo 4 cuando una empresa vinculada desarrolle actividades económicas en el lugar fijo y cuando se trate de funciones complementarias de una actividad cohesionada.</p> <p>6. Párrafo 5: EP agente, donde se concluyen contratos o se desempeña el rol principal en la conclusión de los contratos. Se incluye como EP a la persona que habitualmente mantiene</p>
--	---



<p>8. Párrafo 7: el control de una sociedad sobre otra en el otro Estado no convierte a esta en EP.</p>	<p>mercadería para ser despachada en nombre de la empresa.</p>
<p>9. Párrafo 8: Definición de empresas vinculadas para efectos del artículo 5.</p>	<p>7. Párrafo 6: EP para las empresas de seguros que cobran primas o aseguran riesgos en el otro estado.</p>
	<p>8. Párrafo 7: No aplica el párrafo 5 si se trata de un agente independiente.</p>
	<p>9. Párrafo 8: el control de una sociedad sobre otra en el otro Estado no convierte a esta en EP.</p>
	<p>10. Párrafo 9: Definición de empresas vinculadas para efectos del artículo 5.</p>

En esta tesis no vamos a realizar un análisis de cada uno de los supuestos de EP, dado que nos concentraremos principalmente en la atribución de beneficios y gastos en el contexto de la aplicación de un CDI.

No obstante, es importante resaltar que ambas versiones establecen un concepto general de EP, el cual incluye entre sus especies a las sucursales. Posteriormente, establecen distintos tipos de EP, como el EP obra, el EP servicios y el EP agente.

Lo relevante para esta tesis es partir del reconocimiento de la sucursal como un tipo especial de EP, lo cual sucede tanto en el MC OCDE, el MC ONU y todos los CDIs celebrados por el Perú. Por ello, en el primer capítulo hemos analizado a la sucursal y a las personas jurídicas (y cómo se relacionan estas). Partiendo de estos conceptos, desarrollaremos nuestra postura y entendimiento sobre la atribución de beneficios a la sucursal.

#### *4.2.3. La cláusula EP como fundamento de distribución de facultad de imposición*

El numeral 1 del artículo 7 del MC OCDE dispone que las ganancias empresariales de una empresa residente en un Estado tributan en este (que vendría a ser el Estado de Residencia), salvo que la empresa realice su actividad en el otro Estado (que sería el Estado de la Fuente) a través de un EP situado en este. El numeral 1 del artículo 7 del MC ONU también contiene la misma regla de distribución de facultades de imposición, pero con ciertas diferencias en lo referido a la atribución de rentas a EP.

Al respecto, los Comentarios MC OCDE 2017 (2019, p. 116) señalan que el uso principal del concepto EP es determinar el derecho de un Estado para gravar las ganancias de una empresa residente en el otro Estado.

Como se observa, la existencia de un EP es un concepto necesario para determinar la facultad de imposición del Estado de la Fuente. Ahora bien, en esta sección desarrollaremos las razones que se encuentran detrás de esta regla de distribución, la cual habilita la imposición de los beneficios empresariales en el Estado de la Fuente.

A juicio de Vogel (1997, p. 280), la cláusula EP está designada para asegurar que las actividades de negocio en el Estado de la Fuente no estén sujetas a tributación a menos que estas hayan creado lazos económicos suficientes entre la empresa y dicho Estado.

En un sentido similar, Lovisolo señala que la existencia de un EP en un Estado legitima la imposición de renta en dicho país, pues mediante esta entidad el empresario da presencia en el Estado extranjero suficientemente calificada, sustancial y permanente a efectos de considerar que la empresa opera en dicho Estado en paridad con las empresas locales del referido Estado (Lovisolo, 2003, pp. 317–318).

De este modo, la figura del EP justifica la imposición de las rentas empresariales en el Estado de la Fuente debido a que, por la sustancia económica de las actividades que desarrolla en dicho Estado, tal entidad ha establecido un vínculo económico con tal Estado al punto que actúa como lo haría cualquier otra entidad empresarial en el mismo Estado. Ello se debe a que la existencia de un EP significa que una empresa se beneficia de la infraestructura de gasto público del Estado donde actúa, lo cual justifica que la empresa que obtiene tales beneficios debe contribuir a dicho Estado (Skaar, 1991, pp. 559–560).

Tomando en cuenta que la presencia económica de un EP en un país justifica la tributación en el Estado de la Fuente, dicho vínculo con el Estado de la Fuente se genera incluso si no hubiera una instalación material fija. En efecto, Carmona (2007, p. 175) al comentar el caso español, sostiene que la noción de EP no siempre se liga a la existencia de instalaciones materiales fijas desde las cuales se opere, sino más bien a la concurrencia de un arraigo operativo -lo cual abarca un espectro indefinido de supuestos- en la actividad económica realizada en el territorio por parte del contribuyente no residente.

Por lo tanto, a nivel de Derecho Internacional Tributario, la figura del EP como elemento que permite distribuir la potestad tributaria entre Estados se fundamenta en la presencia significativa de un no residente, el arraigo operativo de este o en actividades económicas de intensidad sustantiva en un país. Dichos elementos implican que el sujeto no residente está aprovechando las redes de gasto público de un Estado, no de forma superficial, sino de forma sustantiva, por lo que dicho sujeto no residente realiza sus actividades empresariales en condiciones similares a las realizadas por los sujetos residentes.

Esto se justifica en la configuración Constitucional de nuestro Estado y en el Deber de Contribuir como principio constitucional. Así, como señala Durán (2008, p. 415)

“de acuerdo a los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho en el cual nos encontramos, en principio, el Deber de Contribuir al Financiamiento Estatal debe alcanzar a toda entidad, respecto a la riqueza que haya obtenido, por su relación de pertenencia con dicho Estado o las ventajas que obtiene del mismo”.

#### *4.2.4. Concepto general de EP*

En el MC OCDE y el MC ONU se han establecido distintos tipos de EP. Así, tenemos la cláusula general de EP y, además, los tipos especiales de EP: el EP obra, el EP servicios y el EP agente.

En esta tesis no nos detendremos a analizar cada uno de estos tipos de EP, debido a que en este trabajo de investigación nos concentraremos en la atribución de beneficios a una sucursal. Las sucursales son un tipo clásico de EP contenido en la cláusula general de EP. Tomando en cuenta ello, en esta sección solamente desarrollaremos la cláusula general de EP y sus particularidades.

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 5 del MC OCDE 2017, el término EP comprende a un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza todo o parte de su actividad. Este numeral 1 contiene la cláusula general de EP. Asimismo, el numeral 2 de este artículo contiene una lista que señala en qué casos hay un EP de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1. En esta lista, encontramos, entre otros, a las sucursales, las sedes de dirección y las oficinas.

Según la OCDE (2019, p. 118) en los Comentarios MC OCDE 2017, dicho párrafo contiene la definición general de EP y sus características esenciales, las cuales son:

- (i) La existencia de un lugar de negocios, que comprende instalaciones como locales, máquinas o equipos.

- (ii) Este lugar debe ser fijo, en el sentido que debe estar en un lugar determinado y con cierto grado de permanencia.
- (iii) La realización de actividades empresariales mediante este lugar fijo, lo que implica que habitualmente el personal de la empresa lleva el negocio de la empresa en el Estado donde se ubica el lugar fijo.

Asimismo, se señala que en la definición general de EP no se contempla el carácter productivo del EP (es decir, su contribución a los beneficios de la empresa), pues si bien cada parte de la organización empresarial contribuye a la productividad de todo el conjunto, no se deriva que el EP tenga que tener este carácter a fin de que se le atribuyan beneficios en un territorio (OCDE, 2019, p. 118). Los propios Comentarios MC OCDE 2017 señalan que pueden existir lugares de negocios donde se efectúan actividades preparatorias o auxiliares, los cuales a pesar de contribuir a la productividad de la empresa, no pueden considerarse como EP pues los servicios que prestan están alejados de la obtención del beneficio de la empresa que es difícil asignarles una parte del mismo (OCDE, 2019, pp. 132–133).

Al respecto, es importante señalar que el numeral 4 del MC OCDE 2017 contiene una lista de supuestos que no deberían calificar como EP. Entre otros supuestos, se incluyen a las instalaciones destinadas al almacenar, entregar o entregar bienes o mercancías de una empresa, siempre que dichas actividades tengan carácter preparatorio o auxiliar. De acuerdo con la OCDE (2019, p. 132), este párrafo representa una excepción a la definición general de EP del numeral 1, de modo que a través de este se excluyen de la definición general de EP a los lugares fijos de negocios en los que se realicen actividades preparatorias<sup>22</sup> o auxiliares<sup>23</sup>. Así pues, el carácter auxiliar o preparatorio implica que ciertas actividades no puedan dar lugar

---

<sup>22</sup> Una actividad tiene carácter preparatorio cuando se realiza con la perspectiva de ejecutar lo que constituye la parte esencial y significativa del negocio de la empresa, de modo que antecede a otra actividad y usualmente se lleva a cabo en un período corto (OCDE, 2019, p. 133).

<sup>23</sup> Una actividad tiene carácter auxiliar cuando es una actividad de apoyo, no contenida en la parte esencial y significativa del negocio de la empresa, por lo que no podría ser actividad auxiliar una que requiera una proporción importante de activos o personal de la empresa (OCDE, 2019, p. 133).

a un EP, a pesar de que se reúnan las condiciones de continuidad y efectividad de todo establecimiento (Serrano Antón, 2005a, p. 174).

En cuanto a las características de la cláusula general de EP, la OCDE (2019, p. 119) señala que el “lugar de negocios” comprende al local, instalación o equipos utilizados para realizar las actividades de la empresa, sin importar si la empresa tenga algún título de propiedad o arrendamiento, pues lo que importa es que se tenga a disposición un espacio determinado que sea utilizado para las actividades de negocios.

Sobre el requisito de que el lugar de negocios sea “fijo”, la OCDE (2019, pp. 121–122) precisa que el dicho lugar estará vinculado a un punto geográfico determinado dentro de un Estado contratante, sin que esto implique que los equipos usados tengan que estar fijados materialmente al suelo, de modo que existe un lugar de negocios fijo si una ubicación donde se realizan actividades constituye una unidad comercial y geográfica coherente en relación con la actividad económica. Un aspecto interesante derivado de la fijeza es que de este concepto se concluye que para considerar que existe un EP, el lugar de la actividad económica debe de tener un grado de permanencia, pues si es de carácter temporal no será EP (OCDE, 2019, p. 123).

Sobre el tiempo de las actividades realizadas en el lugar de negocios, la OCDE da a entender que no es relevante la intención inicial al momento de que se realizan las actividades en un Estado (es decir, si al principio se tenía la intención de realizar actividades por un corto o largo tiempo). Lo que importa es lo que sucede en la realidad:

34. Cuando un lugar de negocios que, en un principio, se concibió para ser utilizado durante un período lo suficientemente corto como para no ser considerado un establecimiento permanente, pero que se mantiene de hecho durante un período cuya duración no permita atribuirle un carácter temporal,

pasará a convertirse en un lugar fijo de negocios y, por tanto, retrospectivamente, en un establecimiento permanente. Un lugar de negocios puede constituir asimismo un establecimiento permanente desde su inicio, aunque en la práctica haya existido durante un período muy breve, si debido a circunstancias especiales (por ejemplo, el fallecimiento del contribuyente o el fracaso de las inversiones) tuvo que liquidarse prematuramente. (OCDE, 2019, pp. 124–125)

Por su lado, sobre la realización de actividades empresariales, la OCDE señala que si bien la empresa debe realizar sus actividades, en todo o en parte, a través del lugar fijo, se debe tomar en cuenta que: (i) no es necesario que la actividad tenga un carácter productivo; (ii) ni tampoco es necesario que las actividades se realicen sin interrupción, sino solo basta que se realicen de manera regular (OCDE, 2019, p. 125).

Adicionalmente, debe notarse que el numeral 2 del artículo 5 del MC OCDE 2017 contiene una lista de supuestos que se encuentran comprendidos dentro de la definición de EP. En esta lista se encuentran las sedes de dirección, sucursales, oficinas, fábricas, talleres, minas, pozos de petróleo o gas, canteras y lugares de extracción de recursos naturales. Con relación a este artículo, la OCDE (2019, p. 128) sostiene que se trata de una lista de ejemplos de lugares de negocio que pueden considerarse EP, siempre que cumplan las condiciones del numeral 1 del artículo 5 y no sean lugares de negocio a los que pueda aplicarse el numeral 4.

Sobre la cláusula general de EP, el MC ONU replica en el numeral 1 del artículo 5 la misma disposición sobre la definición de EP. Asimismo, cuenta en el numeral 2 con los mismos supuestos especiales que califican como EP. Y también tiene en el numeral 4 una lista de exclusión de supuestos que no califican como EP con ciertas diferencias del MC OCDE, siempre que se trate de actividades auxiliares o preparatorias.

Los Comentarios MC ONU 2017 replican los Comentarios MC OCDE 2017 en cuanto a la definición de la cláusula general de EP. Así, los Comentarios MC ONU 2017 concuerdan en que los rasgos principales del EP son los siguientes: (i) la existencia de un lugar de negocios; (ii) el lugar de negocios debe ser fijo, lo que implica que está establecido en un lugar determinado con cierto grado de permanencia; y, (iii) a través de ese lugar fijo se llevan a cabo los negocios de la empresa (ONU, 2017, pp. 144–145).

Asimismo, los Comentarios MC ONU 2017 también señalan que la lista del numeral 2 del artículo 5 contiene indicaciones de supuestos donde un EP podría existir, pero no señala que un EP necesariamente existe en esos supuestos, debido a que al momento de analizar las operaciones de una empresa, los requisitos del numeral 1 del artículo 5 se deberían cumplir (2017, p. 153).

Revisando la doctrina, Lovisolo (2003, p. 278) sostiene que para configurarse un EP es necesario que se satisfagan cuatro condiciones: la existencia de una instalación de negocios, la estabilidad de este lugar, la conexión con el ejercicio normal de la empresa y la idoneidad para producir una renta. Al respecto, Lovisolo (2003, pp. 279–283) define estos requisitos del siguiente modo:

- (i) Existencia de una instalación de negocios. – El EP debe estar circunscrito a un espacio en el cual se lleva a cabo la actividad de la empresa, en el cual se comprenden todos los elementos materiales utilizados para tal fin (como un local, maquinarias, aparatos automáticos o un espacio comercial). Para dichos efectos, no importa el título (propiedad, locación o comodato) con el que la empresa tiene a su disponibilidad el espacio, ni que el espacio se encuentre en las instalaciones de otra empresa, pues lo que importa es la efectiva disponibilidad de la instalación.
- (ii) La estabilidad de la instalación. – Desde un punto de vista temporal, la instalación se debe prestar a una utilización durable de parte de la empresa.



Asimismo, no es necesario que la instalación sea utilizada de forma continua, sino basta una instalación con cierta regularidad temporal. Desde un punto de vista espacial, debe existir un vínculo entre la instalación y un punto geográfico determinado, sin que sea indispensable la fijación material al suelo.

- (iii) Conexión con el ejercicio normal de la empresa. – La instalación debe estar destinada a una actividad comprendida dentro del marco normal de negocios realizados por la empresa o que la actividad esté relacionada a los objetivos globales de la empresa, sin importar que se trate del sector comercial, financiero, contable o técnico.
- (iv) Idoneidad para producir renta. – Para que se atribuyan rentas a un EP, se debe individualizar al EP en una estructura productora de renta autónomamente cuantificable. De modo que, si no se verifica productividad, no se podría configurar un EP. En ese sentido, el EP tiene un elemento cualitativo, que es la constitución de una instalación con carácter de permanencia, y un elemento funcional, que se refiere a la aptitud para producir renta.

De otro lado, Serrano (2005a, pp. 166–173) señala que los elementos que conforman la cláusula general de EP son los siguientes:

- (i) Lugar de negocios<sup>24</sup>. – Este elemento implica la existencia de una empresa en ese territorio, por lo que la simple propiedad inmobiliaria no basta para la configuración como EP. Para que se constituya un lugar de negocios es necesario llevar a cabo una actividad empresarial, por lo que el lugar debe ser utilizado efectivamente, y no potencialmente, para la realización de tal actividad. Por ello, los CDI señalan que la actividad empresarial se realice en el lugar de negocios o que se lleve a cabo a través de o mediante ese lugar.

---

<sup>24</sup> Debe diferenciarse cuando el lugar o bien sirve para el ejercicio de la empresa frente al supuesto en que el bien se convierta en el objeto mismo del ejercicio comercial, como sería el caso de inmuebles destinados al arrendamiento frente a un EP que realiza actividades de arrendamiento como actividad empresarial (Serrano Antón, 2005a, p. 168).

- (ii) Fijeza. – Este requisito es necesario para considerar que existe la suficiente conexión territorial para que un Estado pueda alegar la correspondiente potestad tributaria. Se trata de la existencia de vinculación entre la instalación de negocios y un punto geográfico determinado. En este elemento, se debe entender conjuntamente tanto la permanencia o fijeza temporal con la fijeza física. Así, para que exista un lugar fijo de negocios se debe considerar el aspecto geográfico y el aspecto temporal para demostrar la suficiente vinculación del lugar de negocios con el Estado de la Fuente.
- (iii) Actividad empresarial. – El elemento esencial de un EP es la realización de una actividad por parte de la empresa. Para definir el término empresa se debe acudir a la normativa interna de cada uno de los países contratante para fijar la definición de actividad desarrollada por una empresa. En cualquier caso, la productividad no es una condición determinante de la existencia de un EP - pues la productividad se presume de todos los elementos e instalaciones de la empresa-, lo que sí es determinante es la actividad empresarial realizada en un lugar de negocios que puede ser productiva.

En relación a la lista del numeral 2 del artículo 5 del MC OCDE, Lovisolo sostiene que los supuestos ahí listados son hipótesis no taxativas que, prima facie, son EP en función de la definición general del numeral 1 del artículo 5 (2003, p. 284). Sin embargo, el mismo autor hace notar que la verificación de los requisitos de la existencia de un EP le corresponde a la Administración Tributaria, siendo que este listado del numeral 2 genera una inversión de la carga de la prueba, pues la instalación listada en este numeral constituye un EP a no ser que el contribuyente demuestre que en el caso particular no se cumplen los requisitos generales de la definición de EP (2003, p. 285).

En un sentido similar, Serrano (2005a, p. 165) señala que los supuestos contemplados en el numeral 2 del artículo 5 del MC OCDE son EP en tanto se acomoden a los requisitos generales de la cláusula general del numeral 1 del artículo

5. Por eso, según el mismo autor, los casos contemplados en este numeral 2 son presunciones *iuris tantum* de EP, de modo que la interpretación que cada Estado haga de los supuestos de dicho numeral no tiene importancia, pues a pesar de la consideración de EP, en principio, es posible probar de que no concurren las condiciones en la cláusula general (2005a, p. 165).

Un elemento importante que se debe de tomar en cuenta es el elemento subjetivo para verificar la existencia de un EP. Según Serrano (2005a, p. 165), es importante determinar quién es el sujeto que puede obtener rentas empresariales a través de un EP, de modo que este elemento subjetivo sería la residencia en el entendido de que solo los no residentes pueden operar a través de un EP.

En conclusión, podemos señalar que el EP, de conformidad con la cláusula general, es un lugar de negocios (donde no existe necesariamente propiedad ni importa el título jurídico, sino la disponibilidad de dicho lugar), con fijeza temporal (por tener cierta regularidad en sus actividades, lo que no implica que las actividades tengan que ser continuadas) y espacial (por ubicarse en un punto geográfico específico dentro del Estado de la Fuente) y en donde se realizan las actividades empresariales del sujeto no residente. Esta definición no requiere que el EP tenga carácter productivo, pues este carácter se sobreentiende en el contexto de una empresa, y, además, dicha definición no comprende a todos los supuestos que sean lugares fijos donde se realicen actividades preparatorias o auxiliares. Un elemento importante para resaltar es la efectividad del lugar fijo de negocios, en el sentido de que dicho establecimiento debe ser usado de forma efectiva para una actividad empresarial del sujeto no residente.

Sin perjuicio de lo señalado previamente, es importante resaltar que, si bien hemos establecido algunos contornos para la definición de EP, debe notarse que a nivel internacional no existe un único concepto de dicha figura, sino ello debe analizarse en cada caso concreto atendiendo al CDI que se tenga que interpretar. En palabras

de Caliendo (2005, pp. 74–75), existen dificultades para encontrar un único concepto de EP o una única interpretación válida y universal, por ello para la construcción del concepto se debe realizar una interpretación vinculada al sistema formativo; es decir, conforme con el sistema de referencia del MC OCDE o el sistema del MC ONU.

#### *4.2.5. EP en la legislación peruana*

Para registrar los orígenes de la figura del EP en la legislación peruana, es importante tomar en cuenta las figuras que se encuentran comprendidas dentro del concepto de EP. Como indicamos anteriormente, la sucursal es un tipo de EP, pero no todos los EP son sucursales. Dicho con las palabras de Carmona Fernández, “(...) la sucursal representa la versión paradigmática de EP. El concepto fiscal de EP es, sin duda, mucho más amplio. Así, toda sucursal normalmente supondrá la existencia de un EP desde la óptica fiscal, pero no todo EP reviste la forma de una sucursal” (2007, pp. 172–173).

Por ello, si deseamos ubicar los antecedentes del EP en la legislación peruana, debemos de observar a la figura de la sucursal en nuestra legislación tributaria. Ello toda vez que esta es una representación paradigmática de aquella institución. No obstante, esta revisión solo es con fines de investigación histórica pues lo relevante es el momento en el que se configura el concepto y la figura del EP en nuestra legislación.

En el caso de la figura de la sucursal, debe notarse que el Código Comercio, promulgado en 1902, ya regulaba en su artículo 21 a la sucursal y la posibilidad de que las sociedades extranjeras establezcan dicha entidad en el país. Posteriormente, la Ley General de Sociedades, aprobada mediante el Decreto Legislativo 311 en 1966 también regulaba en su artículo 15 y otros artículos a las sucursales de sociedades constituidas en el extranjero.

Finalmente, como vimos en el capítulo previo, en la actual LGS, existen un tratamiento más amplio respecto a las sucursales de sociedades constituidas en el extranjero. Con relación a esto, es importante señalar que la doctrina societaria, como vimos en el primer capítulo, define a las sucursales como un “*establecimiento*” o “*establecimiento permanente*” que no tiene personalidad jurídica propia y que tiene un capital asignado por la sociedad principal que lo establece. De hecho, el término “*establecimiento*” es un concepto originario del Derecho mercantil que hace referencia al elemento o instrumento físico de la realidad a través del cual se realiza una empresa. Por ello, de acuerdo con Uría, es posible que una empresa tenga un establecimiento principal ubicado en determinado domicilio y a la vez otros establecimientos secundarios que vendrían a ser las sucursales (Uría, 1975, p. 44).

Lo anterior es un tema interesante pues los términos mercantiles de “*establecimiento*” o “*establecimiento permanente*” son conceptos que preexistieron al nacimiento del concepto tributario de EP. Como vimos en los antecedentes históricos del concepto EP, en Prusia dicho concepto fue utilizado primero para efectos mercantiles. Citando nuevamente a García Prats, el origen de la figura del EP se encuentran en el derecho mercantil de Prusia del siglo XIX donde se utilizaba el término EP para referirse al espacio total utilizado en la llevanza de una actividad comercial (García Prats, 1996).

Ahora bien, en la legislación peruana también sucedió algo similar, pero con ciertos matices. Primero se contempló a la sucursal en el Derecho Mercantil y Derecho Societario, definida por la propia doctrina de dichas áreas como un “*establecimiento*” o “*establecimiento permanente*” sin personalidad jurídica y con un capital asignado por su sociedad principal. Posteriormente, se incorporó en la legislación tributaria a la figura del EP como un concepto comprensivo de la sucursal y otros supuestos.

En efecto, en el Derecho Tributario peruano, la figura del EP existe desde su inclusión en la Ley del Impuesto a la Renta aprobada mediante el DL 200, publicado el 15 de

junio de 1981 y vigente desde 1982. En efecto, los artículos 6, 7 y 13 de este decreto ya señalaban lo siguiente:

Artículo 6.- Están sujetas al impuesto la totalidad de las rentas gravadas que obtengan los contribuyentes que, conforme a las disposiciones de esta ley, se consideran domiciliados en el país, sin tener en cuenta la nacionalidad de las personas naturales, el lugar de constitución de las jurídicas, ni la ubicación de la fuente productora.

En caso de contribuyentes no domiciliados en el país, de sus sucursales, agencias o establecimientos permanentes [énfasis agregado], el impuesto recae solo sobre las rentas gravadas de fuente peruana

Artículo 7.- Se consideran domiciliadas en el país:

(...)

e) Las sucursales, agencias u otros establecimientos permanentes [énfasis agregado] en el Perú de personas naturales o jurídicas no domiciliadas en el país, en cuyo caso la condición de domiciliados alcanza a la sucursal, agencia u otro establecimiento permanente, en cuanto a su renta de fuente peruana.

Artículo 13.- Son contribuyentes del impuesto las personas naturales, las Sociedades Conyugales, las sucesiones indivisas y las personas jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, se considerarán personas jurídicas, exclusivamente, las siguientes:

(...)

i) Las sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento permanente [énfasis agregado] en el país de empresas unipersonales, sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior.

Posteriormente, la referida figura del EP se mantuvo en las siguientes versiones de la Ley del Impuesto a la Renta, incluyendo la Ley 25381 –publicada el 28 de diciembre de 1991 y vigente desde 1992– y el Decreto Ley 25751 –publicado el 3 de octubre de 1992 y vigente desde 1993–. No obstante, no se incluyó una definición de EP en nuestro ordenamiento.

De este modo, la actual LIR, publicada el 31 de diciembre de 1993, recogió la redacción de los artículos de la Ley del Impuesto a la Renta antigua (desde su versión del DL 200) en la que se hace referencia a la figura del EP. Los artículos 6, 7 y 14 actuales de la LIR señalan lo siguiente:

Artículo 6.- Están sujetas al impuesto la totalidad de las rentas gravadas que obtengan los contribuyentes que, conforme a las disposiciones de esta Ley, se consideran domiciliados en el país, sin tener en cuenta la nacionalidad de las personas naturales, el lugar de constitución de las jurídicas, ni la ubicación de la fuente productora.

En caso de contribuyentes no domiciliados en el país, de las sucursales, agencias u otros establecimientos permanentes [énfasis agregado] de empresas unipersonales, sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior a que se refiere el inciso e) del artículo 7, el impuesto recae solo sobre las rentas gravadas de fuente peruana.

Artículo 7.- Se consideran domiciliadas en el país:

(...)

e) Las sucursales, agencias u otros establecimientos permanentes [énfasis agregado] en el Perú de empresas unipersonales, sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior, en cuyo caso la condición de domiciliada alcanza a la sucursal, agencia u otro establecimiento permanente, en cuanto a su renta de fuente peruana.

Artículo 14.- Son contribuyentes del impuesto las personas naturales, las sucesiones indivisas, las asociaciones de hecho de profesionales y similares y las personas jurídicas. También se considerarán contribuyentes a las sociedades conyugales que ejercieran la opción prevista en el Artículo 16 de esta ley.

Para los efectos de esta ley, se considerarán personas jurídicas, a las siguientes:

(...)

h) Las sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento permanente [énfasis agregado] en el país de empresas unipersonales, sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior.

No obstante, no hubo una definición aplicable a esta institución hasta la publicación del RLIR, en el 21 de setiembre de 1994. En efecto, en el artículo 3 del RLIR se incluyeron disposiciones para determinar la existencia de un EP. En líneas generales, en dicha definición se contempló: (i) la definición general de EP (lugar fijo de negocios en el que se desarrolla, total o parcialmente, la actividad de una sociedad constituida en el exterior); (ii) una lista de supuestos comprendidos en la definición de EP; (iii) una definición del EP agente; y, (iv) los supuestos de exclusión de la regla de EP. En palabras de Gildemeister:

Es en este reglamento, [...], en donde aparece el concepto de establecimiento permanente que adopta la legislación peruana, ya que la Ley del Impuesto a la Renta, [...], si bien hace referencia en diversos artículos al establecimiento permanente, no llega sin embargo a establecer un concepto del mismo. (1995, p. 671)



Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, es importante indicar que el CDI celebrado entre el Perú y el Reino de Suecia en 1966 -y que entró en vigor en junio de 1969- ya contemplaba en su artículo 2 una definición del concepto internacional de EP. Asimismo, en el artículo 3 de este CDI se disponía que las rentas de una empresa sueca generadas en el Perú solo podrían tributar en este último país si existía un EP, de modo que podía aplicarse un impuesto sobre las utilidades atribuibles al EP. Como puede notarse, este CDI no seguía el orden de las cláusulas establecidas en el MC OCDE, pero fue el primer acercamiento del EP a la legislación peruana.

Si bien esta es la primera definición de EP que se registra en nuestro ordenamiento jurídico peruano, en aquel momento –con la suscripción del CDI entre Perú y Suecia– no se contemplaba al EP en la legislación interna. De hecho, fue recién con el DL 200 en 1982 donde se incluyó a la figura de EP en las reglas de la legislación tributaria peruana y, muchos años después, en 1993 se incluyó la primera definición de EP en el RLIR.

Ahora bien, el hecho de que se haya establecido la definición de EP en el RLIR y no en la LIR generaba un problema de índole constitucional. Conforme a Durán (2008, p. 433), resultaba inválido que la definición de EP se encuentre establecida en el RLIR, pues podría existir un problema de violación del principio de reserva de ley<sup>25</sup> y

---

<sup>25</sup> Sobre el concepto del principio de reserva de ley es importante tomar en cuenta los pronunciamientos del TC al respecto. En la sentencia recaída en el expediente No. 0042-2004-AI/TC se señaló lo siguiente:

9. [...] A criterio de este Tribunal Constitucional no existe identidad entre el principio de legalidad y el de reserva de ley. Mientras que el principio de legalidad, en sentido general, se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes; el principio de reserva de ley, por el contrario, implica una determinación constitucional que impone la regulación, sólo por ley, de ciertas materias.

Es tal sentido, cabe afirmar que "mientras el Principio de legalidad supone una subordinación del Ejecutivo al Legislativo, la Reserva no sólo es eso sino que el Ejecutivo no puede entrar, a través de sus disposiciones generales, en lo materialmente reservado por la Constitución al Legislativo. De ahí que se afirme la necesidad de la Reserva, ya que su papel no se cubre con el Principio de legalidad, en cuanto es sólo límite, mientras que la Reserva implica exigencia reguladora.

10. En el ámbito constitucional tributario, el principio de legalidad no quiere decir que el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Estado está sometida sólo a las leyes de la materia, sino, antes bien,

más aun tomando en cuenta que en la LIR no había una norma general que determinara el concepto de EP, ni tampoco había una derivación a las normas reglamentarias para que se defina o desarrolle el concepto.

Al respecto, el artículo 74 de la CPP indica que los “tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades”.

Por su lado, la Norma IV del Código Tributario señala que solo por ley o DL, en caso de delegación de facultades, se puede crear, modificar y suprimir tributos, señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota. En este caso es importante resaltar que cuando esta norma hace referencia al hecho generador, se refiere a la hipótesis de incidencia. A propósito, la hipótesis de incidencia es la descripción hipotética, contenida en la ley, del hecho apto para dar nacimiento a la obligación, mientras que hecho imponible es el hecho concreto, efectivamente ocurrido de conformidad con la previsión legal (Ataliba, 2011, p. 70).

De acuerdo al propio Ataliba, la hipótesis de incidencia está conformada por los siguientes aspectos -o cualidades que tiene la hipótesis de incidencia para determinar de forma hipotética a los sujetos de la obligación tributaria, su contenido y momento de nacimiento-: aspecto personal, aspecto material, aspecto temporal y aspecto espacial (2011, p. 97). Podemos definir los aspectos del siguiente modo:

---

que la potestad tributaria se realiza principalmente de acuerdo con lo establecido en la Constitución. Por ello, no puede haber tributo sin un mandato constitucional que así lo ordene. La potestad tributaria, por tanto, está sometida, en primer lugar, a la Constitución y, en segundo lugar, a la ley. A diferencia de este principio, el principio de reserva de ley significa que el ámbito de la creación, modificación, derogación o exoneración -entre otros- de tributos queda reservada para ser actuada únicamente mediante una ley. Este principio tiene como fundamento la fórmula histórica "no taxation without representation"; es decir, que los tributos sean establecidos por los representantes de quienes van a contribuir. Ahora bien, conforme hemos señalado supra, los principios constitucionales tributarios previstos en el artículo 74 de la Constitución no son sólo límites sino también garantías. En tal sentido, el principio de reserva de leyes también, ante todo, una cláusula de salvaguarda frente a la posible arbitrariedad del Poder Ejecutivo en la imposición de tributos.

- (i) Aspecto personal. – Este aspecto se refiere a los individuos o personas que se encuentran en la hipótesis de incidencia como sujetos que realizarán el hecho que se encontrará gravado con un tributo. En palabras de Ataliba, este aspecto es la cualidad que establece a los sujetos de la obligación tributaria, de modo que generará una conexión entre dos personas (sujeto activo y sujeto pasivo) que serán, en virtud del hecho imponible, sujetos de la obligación (2011, p. 100). En conclusión, “debemos decir que el aspecto personal es el atributo de la hipótesis de incidencia que determina al sujeto activo de la obligación tributaria respectiva y establece los criterios para la fijación del sujeto pasivo” (Ataliba, 2011, p. 102).
- (ii) Aspecto material. – Este aspecto “contiene la designación de todos los datos de orden objetivo, configuradores del arquetipo en que ella (hipótesis de incidencia) consiste; es la propia consistencia material del hecho o estado de hecho descrito por la hipótesis de incidencia; es la descripción de los datos sustanciales que sirven de soporte a la hipótesis de incidencia” (Ataliba, 2011, pp. 136–137). En otras palabras, este aspecto contiene la descripción de aquel hecho que se encuentra gravado con el tributo en cuestión.
- (iii) Aspecto temporal. – Se refiere a la indicación implícita o explícita de las circunstancias de tiempo que se deben considerar para la configuración de los hechos imposables o la referencia de la indicación del momento en que se reputa ocurrido el hecho imponible (Ataliba, 2011, p. 119).
- (iv) Aspecto espacial. – Mediante este aspecto se indican las “circunstancias de lugar, contenidas explícita o implícitamente en la hipótesis de incidencia, relevante para la configuración del hecho imponible” (Ataliba, 2011, pp. 133–134).

En nuestra legislación tributaria del IR, el EP es un concepto que se ubica en el aspecto personal de la hipótesis de incidencia del IR. En efecto, el artículo 6 de la LIR, que ya vimos, indica cuáles son las rentas afectas que están gravadas para determinados sujetos, según su condición de domiciliados o no domiciliados. Dicho

artículo precisa que, en el caso de los EP de sociedades constituidas en el exterior, el IR recae solo sobre sus rentas de fuente peruana. Por su lado, el artículo 7 señala que los EP en Perú de sociedades domiciliadas en el exterior se consideran domiciliados para efectos del IR en cuanto a sus rentas de fuente peruana. El artículo 14 completa con claridad el aspecto personal del IR al disponer que son contribuyentes del IR, entre otros, las personas jurídicas, siendo que el concepto de persona jurídica comprende a los EPs en el Perú de sociedades constituidas en el exterior. Como puede notarse, la LIR dispone como sujeto pasivo del IR a los EPs en el Perú de sociedades constituidas en el exterior. Así pues, la definición de lo que debe entenderse por EP para efectos de la hipótesis de incidencia del IR, en tanto aspecto personal, es un asunto que solo podría ser regulado por ley o por DL.

Pues bien, la transgresión al principio de reserva de ley se materializaba en el hecho de que una parte del aspecto personal de la hipótesis de incidencia del IR no tenía sus alcances definidos en una ley o en un DL, sino en el RLIR.

Posteriormente, mediante el DL 1424, publicado el 13 de setiembre de 2018, se incluyó una definición de EP en la LIR, la cual fue incluida en un novedoso artículo 14-B. Esta definición de EP en la LIR resolvió el asunto de la transgresión del principio de reserva de ley que fue señalada por la doctrina nacional.

La nueva definición de EP del artículo 14-B de la LIR contiene lo siguiente: (i) la definición general de EP (lugar fijo de negocios en el que se desarrolla, total o parcialmente, la actividad de una sociedad constituida en el exterior); (ii) una lista de supuestos comprendidos en la definición de EP; (iii) una definición general del EP obra y el EP servicios; (iv) una definición del EP agente que sigue las recomendaciones de la OCDE del Reporte de la Acción 7 del Plan de Acción de BEPS; (v) la exclusión de EP de las actividades preparatorias y auxiliares; (vi) las reglas para evitar los supuestos de fragmentación artificial en el caso de los EPs obra y servicios; (vii) una definición de agente independiente como supuesto de exclusión

de EP; y, (vii) se contempla la posibilidad de que un sujeto pueda tener varios EP en el país.

Como puede notarse, esta definición de la LIR es mucho más amplia y comprensiva que la definición del RLIR, la cual solo contiene la definición general de EP y algunos supuestos particulares. De acuerdo con la “Exposición de Motivos” del DL 1424, se amplió el concepto de EP en la legislación nacional (incluyéndose los EPs temporales como el EP obra y el EP servicios) a efectos de evitar controversias en la aplicación de los CDIs celebrados por el Estado peruano, los cuales sí contemplan al EP obra y EP servicios. Adicionalmente, se incluyeron algunas reglas adicionales que luchan contra los esquemas para evitar la configuración de un EP, de conformidad con las recomendaciones de la OCDE en el Reporte de la Acción 7 del Plan de Acción de BEPS.

Es importante señalar, como precisa la referida “Exposición de Motivos”, que las recomendaciones de este Reporte de la Acción 7 también serán incluidas en los CDIs celebrados por el Estado peruano. Ello pues el 27 de junio de 2018 el Estado peruano suscribió el MLI<sup>26</sup>, el cual es un tratado internacional promovido por la OCDE que busca modificar los CDI de los Estados firmantes sin necesidad de que se realicen negociaciones particulares para modificar cada CDI. Como ya indicamos en otra oportunidad:

A fin de que los CDI sean modificados se requiere que los Estados contratantes que los celebraron se adhieran a las cláusulas del MLI. Es decir, a fin de modificar y aplicar las medidas propuestas por el MLI, es necesaria la

---

<sup>26</sup> La noticia publicada en la página de la OCDE al respecto es la siguiente: <https://www.oecd.org/tax/beps/peru-firma-un-convenio-sin-precedentes-que-permite-consolidar-los-convenios-fiscales-existentes-y-da-un-paso-adelante-en-el-ambito-de-la-cooperacion-fiscal-internacional.htm>

manifestación del consentimiento de aplicar las medidas planteadas por el MLI.  
(García & Riveros, 2020, p. 162)

A la fecha, el MLI no ha surtido efectos para los CDI suscritos por el Estado peruano, pues todavía no ha sido aprobado por el Congreso de la República<sup>27</sup> mediante una Resolución Legislativa ni tampoco ha sido ratificado mediante Decreto Supremo del Poder Ejecutivo. La OCDE publica regularmente un cuadro con la actualización de las adscripciones del MLI y las fechas de entrada en vigor para cada Estado firmante<sup>28</sup>. De conformidad con la última versión de dicho cuadro (publicado el 16 de setiembre de 2022), el Estado peruano solamente ha firmado el MLI, pero todavía no se ha depositado el instrumento de ratificación, aceptación o aprobación respectivo, por lo que todavía no figura ninguna fecha de “entrada en vigor” del referido tratado.

Ahora bien, lo interesante de la inclusión del concepto de EP en la LIR, mediante el DL 1424 es que no se derogó la definición de EP contenida en el artículo 3 del RLIR. Por ello, en nuestra legislación conviven dos definiciones de EP, una en la LIR y otra en el RLIR. No obstante, en la aplicación de la definición de EP a los casos concretos, deberá prevalecer, por el principio de reserva de ley, siempre la definición de EP establecidas en la LIR. Si se llegara a determinar alguna contradicción entre lo indicado en el artículo 14-B de la LIR y el artículo 3 de la RLIR, deberá prevalecer lo señalado en el primer artículo. Ello pues nos encontraríamos ante una antinomia<sup>29</sup> que debería resolverse bajo el criterio de jerarquía (*“lex superior derogat legi*

---

<sup>27</sup> A la fecha, el Poder Ejecutivo ha remitido, el 8 de setiembre de 2022, el Proyecto de Resolución Legislativa con expediente No. 3018/2022-PE. Dicho proyecto se encuentra actualmente en revisión de la Comisión de Relaciones Exteriores y la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera.

<sup>28</sup> Se puede revisar el referido cuadro en la siguiente página: <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-ml-signatories-and-parties.pdf>

<sup>29</sup> De acuerdo a Guastini (2014, p. 117), la antinomia se presenta cuando nos normas disponen para un mismo supuesto de hecho, singular y concreto, determinadas consecuencias jurídicas que son incompatibles. De acuerdo con el mismo autor, los métodos de solución de antinomias son: (i) principio cronológico en donde se da preferencia a la norma más reciente en el tiempo (*“lex posterior derogat legi priori”*), (ii) principio jerárquico en donde se da preferencia a la norma superior sobre la norma inferior (*“lex superior derogat legi inferiori”*), (iii) principio de competencia en donde se debe aplicar la norma de la fuente competente sobre la norma de fuente incompetente (Guastini, 2014, pp. 125–126).

*inferior*”), el cual dispone que, ante el conflicto de normas, una norma de rango superior prevalece sobre la norma de rango inferior.

#### **4.3. Atribución de beneficios a EP en el artículo 7 del MC OCDE**

En la presente sección analizaremos las reglas de atribución de beneficios a EPs en el MC OCDE. En concreto, nos referimos a las disposiciones del artículo 7 del MC OCDE, el cual ha servido de modelo para la elaboración de los artículos 7 de los CDIs peruanos.

En primer lugar, la importancia del artículo 7 del MC OCDE se encuentra en que distribuye la facultad de imposición de los Estados que celebran un CDI en el caso de los no residentes que obtienen beneficios empresariales en el Estado de la Fuente, como indicamos en el apartado 4.2.3. Así pues, el inciso 1 de este artículo 7 establece, en palabras de Vogel (1997, p. 399), el “principio del EP” según el cual las rentas empresariales deben ser gravadas por el Estado de Residencia, salvo que la empresa mantenga un EP en el Estado de la Fuente, de modo que una empresa no puede ser gravada en el Estado de la Fuente porque (i) los contratos se concluyeron en ese Estado, (ii) ni porque la empresa tiene su mercadería o servicios en ese Estado, (iii) ni porque la otra parte del negocio es residente de ese Estado.

En segundo lugar, el artículo 7 del MC OCDE establece la atribución de beneficios y gastos del EP –cuya existencia viene determinada por las reglas del artículo 5 del MC OCDE– para la determinación de la renta que será objeto de gravamen en el Estado de la Fuente. En otras palabras, una vez determinada la existencia de un EP en el Estado de la Fuente, lo que corresponde es determinar las rentas atribuibles a dicho EP que deberán tributar en el referido Estado. En palabras de la OCDE (2019, p. 172):

2. El artículo 5, que incluye la definición del concepto de establecimiento permanente, resulta importante para determinar si los beneficios de la actividad

económica de una empresa de un Estado contratante pueden someterse a imposición en el otro Estado. Sin embargo, ese artículo no asigna por sí mismo las potestades tributarias: cuando una empresa de un Estado contratante realiza su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en el mismo, es necesario determinar cuáles son los beneficios que puede gravar el otro Estado, en caso de que existan. El artículo 7 ofrece la respuesta a esa cuestión determinando que el otro Estado podrá gravar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente.

Conforme manifiesta Vogel (1997, p. 425), si bien el numeral 1 del artículo 7 del MC OCDE señala que el Estado del EP solamente gravará la parte de los beneficios empresariales que serán atribuibles al EP, las reglas que determinan lo que es atribuible o no al EP se encuentran en las disposiciones señaladas a partir del numeral 2 de dicho artículo. Así pues, es solamente dentro de estos límites establecidos en el artículo 7, el Estado del EP podrá determinar los beneficios aplicando sus propias normas internas, siendo un criterio decisivo la aplicación del criterio *arm's length* (Vogel, 1997, p. 425).

Dejando como base la idea de que el artículo 7 es el que establece la forma de determinación de los beneficios atribuibles a un EP, en esta sección procederemos a revisar diversos aspectos vinculados a este artículo. Así, desarrollaremos lo siguiente: (i) principios para la atribución de beneficios a un EP según el MC OCDE; (ii) evolución histórica del artículo 7 del MC OCDE; (iii) sistema de atribución de beneficios en el artículo 7 del MC OCDE antes del 2008; (iv) sistema de atribución de beneficios en el artículo 7 del MC OCDE después del 2008.

#### *4.3.1. Directrices para la atribución de beneficios a un EP según el MC OCDE*



Como ya indicamos, una vez determinada la existencia de un EP en el Estado de la Fuente, el siguiente paso es determinar las rentas y gastos atribuibles a dicho EP que serán gravadas en el Estado de la Fuente de conformidad con el artículo 7 de un CDI. En palabras de Serrano, en los inicios de la evolución histórica del EP, una vez admitida la cláusula de EP como criterio para gravar los rendimientos empresariales obtenidos en el Estado de la Fuente como excepción al principio de gravamen en el Estado de Residencia, la siguiente complejidad fue determinar y asignar el rendimiento correspondiente al EP (Serrano Antón, 2005a, p. 151).

De hecho, desde la primera versión del artículo 7 en el MC OCDE 1963, han existido dos sistemas de atribución de beneficios al EP claramente diferenciados. De un lado, se reguló el sistema de contabilidad separada (recogido en los numerales 2 y 3 del artículo 7 del MC OCDE 1963) y, de otro lado, el sistema de reparto proporcional (regulado en el numeral 4 del artículo 7 del MC OCDE 1963)<sup>30</sup>. Estos dos sistemas convivieron en el artículo 7 del MC OCDE hasta la modificación del artículo en el 2010. La última versión de estos párrafos, en el MC OCDE 2008, es la siguiente:

#### Artículo 7

#### BENEFICIOS EMPRESARIALES

1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que sean imputables a ese establecimiento permanente.

---

<sup>30</sup> Con relación a los argumentos a favor y en contra de cada uno de estos sistemas, se puede acudir a la recopilación que realiza Gildemeister (1995, pp. 391–393) de las ideas de R.C. Jones y Agustín Viñuales presentadas ante la Sociedad de Naciones en 1933 y 1932, respectivamente.

2. Sin perjuicio de las disposiciones del apartado 3, cuando una empresa de un Estado contratante realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado contratante se atribuirán a dicho establecimiento permanente los beneficios que el mismo hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.

3. Para la determinación del beneficio del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines del establecimiento permanente, incluyéndose los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentra el establecimiento permanente como en otra parte.

4. Mientras sea usual en un Estado contratante determinar los beneficios imputables a un establecimiento permanente sobre la base de un reparto de los beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes, lo establecido en el apartado 2 no impedirá que ese Estado contratante determine de esta manera los beneficios imponibles; sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal que el resultado obtenido sea conforme a los principios contenidos en este Artículo.

En cuanto al sistema de contabilidad separada, se afirma que el EP debe ser considerado una entidad económica distinta a la empresa no residente y debe atribuirse a dicho EP la cuota de utilidades que una empresa independiente hubiese obtenido en su lugar, lo que vendría a ser el *separate entity approach* (Uckmar et al., 2010, p. 132). En ese sentido, el EP estará sujeto a imposición de acuerdo a los resultados de su balance, separado del de su Matriz y, además, cuando el EP tenga

como contraparte a su Matriz, debe aplicarse el principio *arm's lenght* (Uckmar et al., 2010, p. 132).

En cuanto al sistema de reparto, se admite que la distribución de beneficios sea efectuada a prorrata convencional, siempre que esa sea la praxis utilizada en los Estados involucrados y los criterios de distribución sean razonables (Uckmar et al., 2010, p. 133). Así, por ejemplo, como criterios de distribución de toda la renta generada por la empresa no residente a través de sus EP, se podrían considerar el costo de la mano de obra, el monto facturado y obtenido en cada país, entre otros (Uckmar et al., 2010, p. 133). En igual sentido, Gildemeister señala que este sistema, conocido también como “balance consolidado” o “cifra relativa”, distribuye los beneficios mundiales de la empresa entre la Matriz y el propio EP de acuerdo a determinados índices, como la cifra de negocios o el capital asignado (Gildemeister, 1995, p. 390).

Ahora bien, debe tomarse en cuenta que en el análisis de la solución a la atribución de beneficios a un EP, la solución más eficaz fue la utilización del criterio de contabilidad separada, sin perjuicio de que en los primeros proyectos del MC OCDE se hacía referencia a que debía existir un acuerdo entre los Estados contratantes para establecer las reglas de imputación de rentas de los EP, según las rentas generadas en cada territorio (Serrano Antón, 2005a, p. 151). Así pues, considerando ello, en esta sección no nos detendremos a analizar el sistema de reparto proporcional, sino solamente nos concentraremos en el sistema de contabilidad separada. De hecho, el sistema de reparto proporcional fue eliminado en el MC OCDE 2010 y a la fecha, la última versión del MC OCDE (2017) no recoge el sistema de reparto y solamente contiene el sistema de contabilidad separada, pero considerando el Enfoque Autorizado 2008.

En esta sección observaremos los criterios involucrados en la determinación de beneficios según el MC OCDE vinculados al sistema de contabilidad separada.

A propósito, debe notarse que la determinación de las rentas y gastos de un EP se realiza de conformidad con el Derecho interno del Estado donde se ubica el EP, pero de resultar aplicable un CDI, se deben de respetar los límites y lineamientos establecidos por este para la atribución de beneficios al EP. Empleando nuevamente las palabras de Vogel, los numerales 2 al 6 del artículo 7 del MC OCDE determinan las rentas atribuibles a un EP, siendo que el Estado del EP debe determinar las rentas del EP según su Derecho interno dentro de los límites establecidos en el artículo 7 del MC OCDE (1997, p. 425). En igual sentido, García Prats señala que, el artículo 7 del MC OCDE no se limita a otorgar reglas distributivas de competencia tributaria, sino pues contiene criterios de atribución que, a pesar de que necesitan del concurso de la legislación interna, configuran el modo de tributación de acuerdo con el cual los Estados deben de ejercer su competencia, al regular los requisitos esenciales con los que se debe realizar el gravamen (1996, p. 325).

De esta manera, la determinación de los rendimientos de un EP se realizará siempre de conformidad con las reglas establecidas en la legislación interna del Estado de la Fuente, pero ello se deberá realizar siguiendo los lineamientos del artículo 7 del MC OCDE. Asimismo, es importante señalar que para determinar los beneficios atribuibles a un EP además del artículo 7 del MC OCDE, se deben considerar las disposiciones del numeral 3 del artículo 24 del MC OCDE que regula el principio de no discriminación para EPs.

Así pues, tomando en cuenta que las disposiciones a tomar en cuenta son los artículos 7 y 24 del MC OCDE para determinar los rendimientos de un EP, se ha concluido que existen 3 criterios o directrices para la atribución de beneficios a un EP según el MC OCDE. En ese sentido, para la atribución de rendimientos de un EP se deberá tomar en cuenta (i) la exclusión del criterio de fuerza de atracción derivada el numeral 1 del artículo 7; (ii) el criterio de la contabilidad separada derivado del numeral 2 del artículo 7; y (iii) el principio de no discriminación del numeral 3 del

artículo 24 (García Prats, 1996, p. 308). Por ello, la interpretación conjunta de estos preceptos implicaría que el EP debe configurarse como un centro de imputación de rentas similar a una empresa separada y residente en el país (García Prats, 1996, p. 308).

A continuación, desarrollaremos cada una de estas directrices.

(i) Exclusión del principio de fuerza de atracción

De acuerdo al criterio de fuerza de atracción (*vis atractiva*) la totalidad de los beneficios producidos por un sujeto no domiciliado en un territorio de otro Estado se deben imputar al EP, aun cuando los beneficios imputados no hubiesen sido producidos por el EP (Tundo, 2003, p. 246). En otras palabras, conforme a este criterio, opera una presunción que considera que se encuentran vinculados al EP todos los beneficios producidos por el sujeto no domiciliado en el otro Estado, con independencia de que los beneficios que se atribuyan sean inherentes a la actividad realizada por el EP (Tundo, 2003, p. 246).

Es importante tomar en cuenta que, desde la versión primigenia del MC OCDE de 1963, nunca se ha aceptado el principio de fuerza de atracción. Por ello se señala que el MC OCDE proscribe el principio de fuerza de atracción o solamente reconoce una fuerza de atracción limitada. En efecto, el MC OCDE desde su versión de 1963 ha adoptado el principio de fuerza de atracción limitada del EP, según el cual solo la renta conexas y efectivamente vinculada a la unidad productiva del EP puede ser imputada a este (Tundo, 2003, p. 246).

En ese sentido, cuando el numeral 1 del artículo 7 del MC OCDE señala que se permite el gravamen de los beneficios empresariales que sean atribuibles al EP -o que sean económicamente atribuibles al EP por provenir de las

actividades del EP y que se generan por el negocio llevado por el EP-, se proscribe la aplicación del principio de fuerza de atracción al EP (Vogel, 1997, p. 409). Según este principio, cuando hay un EP, el Estado del EP tiene derecho a someter a gravamen todas las rentas provenientes de la empresa de fuentes ubicadas en el Estado de la Fuente, sin importar si tales rentas están vinculadas económicamente conectadas al EP (Vogel, 1997, p. 409). Por ello, siempre debe diferenciarse entre las ganancias derivadas de la actividad del EP y aquellas generadas por la Matriz u otra parte de la empresa sin participación del EP (Vogel, 1997, p. 409).

En definitiva, que se excluya la aplicación del principio de fuerza de atracción como criterio de atribución de rentas supone que las rentas obtenidas en el Estado de la Fuente por la entidad no residente solo se podrán imputar al EP si están vinculadas efectivamente a este (García Prats, 1996, p. 323). En sentido contrario, las rentas de la entidad no residente no estén vinculadas efectivamente al EP, no podrán imputárseles. Al respecto, es válido preguntarse cuándo una renta está vinculada efectivamente a un EP. Según García Prats, el MC OCDE opta por una concepción funcional para definir la vinculación, de modo que son atribuible al EP los rendimientos que correspondan a las operaciones que haya efectuada el EP (1996, p. 320). En palabras del mismo autor, la atribución de beneficios “deberá realizarse, pues, atendiendo a la relación funcional existente entre el establecimiento permanente y la actividad desarrollada directamente a través del mismo” (1996, p. 320).

Por otro lado, es importante señalar, que en el artículo 7 del MC ONU se ha aceptado parcialmente la aplicación del principio de fuerza de atracción. Así, por un lado, el MC OCDE plantea que los beneficios empresariales obtenidos por una empresa extranjera en un país sin la utilización de un EP en dicho

Estado, no se someten a gravamen en dicho estado; mientras que, por otro lado, el MC ONU permite que un EP en un Estado atraiga renta para sí, sin importar si ha sido obtenido por la empresa de forma directa, siempre que las transacciones realizadas sean similares a las que realiza el EP (Serrano Antón, 2005a, pp. 162–163).

De esta manera, el MC ONU otorga al Estado del EP un gravamen extendido debido a que la tributación no solo comprende a las ganancias atribuibles al EP, sino también a aquellas transacciones directas efectuadas por la Matriz o por un EP en un tercer Estado, siempre que estas sean iguales o del mismo tipo a las actividades realizadas mediante el EP (Vogel, 1997, p. 411). Así, en la medida que esta regla no exige que todas las ganancias de una empresa por actividades en el Estado del EP tributen en cabeza del EP, se puede señalar que el MC ONU regula una versión limitada o relativizada del principio de fuerza de atracción (Vogel, 1997, p. 411).

Para comprender lo antes indicado, resulta pertinente citar el artículo 7 del MC ONU 2011 en su versión en español:

#### Artículo 7

##### BENEFICIOS DE LAS EMPRESAS

1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente podrán someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa efectúe operaciones en el otro Estado por medio de un establecimiento permanente situado en él. En tal caso, dichos beneficios podrán ser gravados en el otro Estado, pero solamente en la parte atribuible a: a) ese establecimiento permanente; b) las ventas en ese otro Estado de bienes o mercancías de tipo idéntico o similar al de las vendidas por medio de ese establecimiento permanente, o c) otras actividades

comerciales de naturaleza idéntica o similar a la de las efectuadas por medio del citado establecimiento permanente.

La diferencia con el numeral 1 del artículo 7 del MC OCDE es clara. Según el MC ONU, los beneficios atribuibles al EP no son solamente aquellos que corresponden a las actividades realizadas por el EP, sino también los beneficios de la entidad no residente que corresponden a las ventas de bienes en el Estado de la Fuente que sean similares a los que vende el EP o los beneficios que corresponden a las actividades comerciales que sean similares a las que efectúa el EP. Es evidente, entonces, que el MC ONU admite una relativización del principio de fuerza de atracción, pues permite su aplicación solo para determinados supuestos.

En el caso de los CDIs peruanos, a pesar de que Perú es un país en desarrollo, el artículo 7 no sigue en ningún aspecto las disposiciones del MC ONU, sino más bien siguen la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE. Por lo tanto, los CDIs peruanos admiten la prohibición del principio de fuerza de atracción y atribuyen las rentas al EP que estén efectivamente vinculadas a este en base a un criterio funcional. La funcionalidad se entiende en el sentido de que las rentas que se atribuyen al EP son aquellas rentas que provienen directamente de las actividades realizadas por el EP en el Estado de la Fuente.

(ii) La empresa o contabilidad separada

Como ya señalamos, el criterio de vinculación efectiva, seguido por el MC OCDE, consiste en atribuir al EP los ingresos que obtenga exclusivamente por el ejercicio de su actividad así como los producidos por capitales que se encuentren efectivamente vinculados al EP (Gildemeister, 1995, p. 388). En ese sentido, dado que el MC OCDE adopta el criterio de vinculación efectiva para determinar los beneficios de un EP, esto lleva a determinar la base de las



utilidades por el método de la “contabilidad separada” (Gildemeister, 1995, p. 389).

De acuerdo al sistema de “contabilidad separada”, se calculan o estiman los beneficios del EP como si se tratase de una empresa independiente o separada de la Matriz; de modo que se considera al EP como una empresa independiente y, en consecuencia, sus beneficios deberán calcularse al margen de la sede central de la empresa (Gildemeister, 1995, p. 390). Este sistema, como indicamos, se encuentra señalado desde la primera versión del numeral 2 del artículo 7 en el MC OCDE 1963, el cual estuvo sin modificaciones hasta el MC OCDE 2010. Este numeral, expresamente, señalaba que se atribuirán al EP los beneficios que *“hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente”*.

La última frase de este numeral 2 del artículo 7 señala que la determinación de los beneficios del EP se realizará como si tratase con total independencia de su Matriz. Así pues, el sistema de “contabilidad separada” se extiende a la atribución de beneficios que el EP podría obtener de las operaciones realizadas con otros EP de la Matriz y con sociedades filiales y sus EPs, por lo que en este punto el principio de “contabilidad separada” se combina con el principio de plena concurrencia o *arms lenght* (Gildemeister, 1995, p. 394).

Finalmente, aunque sea una redundancia, en el sistema de “contabilidad separada”, para la determinación de los beneficios de un EP se debe de partir de la contabilidad comercial del EP que lleve la Matriz para determinar las utilidades de dicho brazo mercantil. Ello implica que la contabilidad constituirá el punto de partidas de las operaciones de ajuste cuando sea necesario para determinar el importe correcto de los beneficios del EP y, además, no se podrán fijar beneficios hipotéticos sin base efectiva, por lo que siempre será necesario

partir de datos reales que aparezcan en la contabilidad comercial del EP, los cuales podrán ser ajustados (Gildemeister, 1995, pp. 394–395).

A los propósitos de esta sección, consideramos importante definir el concepto del principio *arm's length* o de plena competencia<sup>31</sup>. Este principio constituye el estándar internacional en materia de precios de transferencia que busca que los precios acordados en las operaciones entre entidades del grupo deberían obtenerse de los precios que habrían sido aplicados por otras entidades independientes en operaciones similares desarrolladas en condiciones similares en un mercado abierto (Hamaekers, 2005, p. 423). Este principio tiene como fundamento al tratamiento igualitario o principio de neutralidad y, en consecuencia, gracias a la aplicación de este principio los contribuyentes vinculados deben estar en igualdad de condiciones con los no vinculados y se neutraliza la ventaja de los contribuyentes vinculados (Hamaekers, 2005, pp. 423–424).

Al respecto, es importante señalar que el origen del principio *arm's length* a nivel de tratados tributarios se ubica en el Proyecto de Convenio sobre Atribución de Beneficios y de la Propiedad de Empresas Internacionales de la Sociedad de Naciones en 1933, donde se hacía referencia a este principio para hacer referencia a las relaciones entre un EP y su Matriz al amparo del criterio de entidades separadas (Hamaekers, 2005, p. 425). No obstante, debe notarse que el artículo 9 del MC OCDE<sup>32</sup> (que regula las relaciones entre empresas

---

<sup>31</sup> Este principio tiene dos orígenes históricos diferentes. De un lado, se utilizó en algunos países de Europa continental como principio para ajustar la renta de accionistas que recibieron beneficios anormales de una sociedad que no los declaró como dividendos y, de otro lado, surgió en Reino Unido y Estados Unidos cuando estos países introdujeron normas específicas sobre precios de transferencia durante la Primera Guerra Mundial a fin de disuadir el traslado de beneficios a empresas vinculadas en el extranjero mediante sub o sobre facturación de operaciones internacionales (Hamaekers, 2005, p. 423)

<sup>32</sup> El artículo 9 del MC OCDE 2017 señala lo siguiente:

asociadas y los ajustes correspondientes entre los Estados contratantes) no regula las relaciones entre un EP y su Matriz, sino pues estas relaciones están reguladas por el artículo 7 del MC OCDE (bajo el criterio de entidades separadas) y ello se debe a que un EP es en realidad parte de la Matriz (Hamaekers, 2005, p. 426). A pesar de esta diferente regulación en artículos distintos, “todos los aspectos relativos a los precios de transferencias, incluidos los métodos de determinación, son aplicables a los establecimientos permanentes” (Hamaekers, 2005, p. 426).

(iii) El principio de no discriminación

En el MC OCDE 2017, la aplicación del principio de no discriminación para EPs está regulada en el numeral 3, el cual señala lo siguiente:

ARTÍCULO 24

NO DISCRIMINACIÓN

3. Los establecimientos permanentes que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante no estarán sujetos a imposición en ese otro Estado de manera menos favorable que las empresas de ese otro Estado que realicen las mismas actividades. Esta disposición no podrá interpretarse en el sentido de obligar a un Estado

---

1. Cuando

a) una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante, o b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante, y, en uno y otro caso, las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que acordarían empresas independientes, los beneficios que hubiera obtenido una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han generado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y, por consiguiente, someterse a imposición.

2. Cuando un Estado contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Estado –y, por consiguiente, grave– los de una empresa del otro Estado que ya ha gravado ese otro Estado, y los beneficios así incluidos son los que hubiera obtenido la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las que hubieran acordado empresas independientes, ese otro Estado practicará el ajuste que proceda en la cuantía del impuesto aplicado sobre esos beneficios. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones de este Convenio y las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán en caso necesario.

contratante a conceder a los residentes del otro Estado contratante las deducciones personales, desgravaciones y reducciones impositivas que otorgue a sus propios residentes en consideración a su estado civil o cargas familiares.

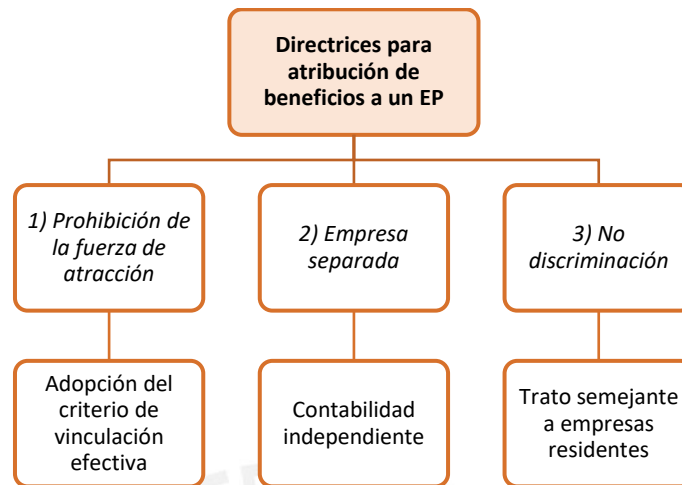
Conforme a Vogel (1997, p. 404), el numeral 1 del artículo 7 se complementa con el artículo 24, el cual prohíbe a los Estados contratantes a disponer un tratamiento menos favorable a los EPs de empresas del otro Estado frente a las empresas del propio Estado. Así, mientras el artículo 7 es una regla distributiva que marca la línea entre el Estado de Residencia y el Estado de la Fuente que se abstiene de afectar en otros aspectos a la legislación interna, el numeral 4 del artículo 24 influencia la legislación doméstica de forma sustantiva estableciendo un deber de tratamiento equitativo (Vogel, 1997, p. 404).

Al respecto, Serrano señala que desde “el punto de vista subjetivo, se comparan las empresas residentes con los establecimientos permanentes. Por tanto, las situaciones discriminatorias se producen por la imposición menos favorable recibida por la realización de las mismas actividades -en el mismo sector comercial o industrial-“ (Serrano Antón, 2005a, p. 188).

En consecuencia, en función al principio de no discriminación, la deducción de los gastos en un EP debe permitirse sin otras restricciones que las que afectan a las empresas residentes (Gildemeister, 1995, p. 397).

En ese sentido, podemos resumir los criterios o directrices de determinación de beneficios en el MC OCDE en el siguiente esquema:

**Diagrama 1**



Una vez definidas las directrices para atribución de beneficios a un EP, a continuación, procederemos a observar la evolución del artículo 7 del MC OCDE desde su publicación en 1963.

#### **4.3.2. Evolución histórica del artículo 7 del MC OCDE**

El artículo 7 del MC OCDE es un artículo que ha sido objeto de cambios centrales, no solo en su redacción sino también en los Comentarios MC OCDE. Por ello, es importante realizar un análisis histórico de la evolución de este artículo. El artículo 7 del MC OCDE mantuvo sustancialmente la misma redacción desde la primera versión del MC OCDE en 1963, hasta la publicación del MC OCDE 2008 donde se empezaron a realizar los cambios estructurales en dicho artículo. En el Anexo C de esta tesis se puede observar la evolución del artículo 7 en el MC OCDE y el MC ONU.

De hecho, si comparamos la redacción de la primera versión del artículo 7 con la versión publicada en el 2008, es posible señalar que existe gran similitud entre la versión del artículo 7 del MC OCDE 1963 y la versión del MC OCDE 2008 (hemos resaltado los cambios frente a la versión del MC OCDE 1963):

**Cuadro 6**

<b>MC OCDE 1963</b>	<b>MC OCDE 2008</b>
<p data-bbox="373 315 480 338">Artículo 7</p> <p data-bbox="373 367 735 389"><b>BENEFICIOS EMPRESARIALES</b></p> <p data-bbox="373 423 842 887">1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero solo en la medida en que sean imputables a ese establecimiento permanente.</p> <p data-bbox="373 960 842 1520">2. Cuando una empresa de un Estado contratante realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado contratante se atribuirán a dicho establecimiento permanente los beneficios que el mismo hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.</p> <p data-bbox="373 1644 842 2011">3. Para la determinación del beneficio del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines del establecimiento permanente, incluyéndose los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentra el establecimiento permanente como en otra parte.</p>	<p data-bbox="865 315 971 338">Artículo 7</p> <p data-bbox="865 367 1227 389"><b>BENEFICIOS EMPRESARIALES</b></p> <p data-bbox="865 423 1337 887">1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero solo en la medida en que sean imputables a ese establecimiento permanente.</p> <p data-bbox="865 960 1337 987">2. <u>Sin perjuicio de las disposiciones del apartado</u></p> <p data-bbox="865 1010 1337 1570">3, cuando una empresa de un Estado contratante realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado contratante se atribuirán a dicho establecimiento permanente los beneficios que el mismo hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.</p> <p data-bbox="865 1644 1337 2011">3. Para la determinación del beneficio del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines del establecimiento permanente, incluyéndose los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentra el establecimiento permanente como en otra parte.</p>

<p>4. Mientras sea usual en un Estado contratante determinar los beneficios imputables a un establecimiento permanente sobre la base de un reparto de los beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes, lo establecido en el apartado 2 no impedirá que ese Estado contratante determine de esta manera los beneficios imponibles; sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal que el resultado obtenido sea conforme a los principios contenidos en este Artículo.</p> <p>5. No se atribuirán beneficios a un establecimiento permanente por la simple compra de bienes o mercancías para la empresa.</p> <p>6. A efectos de los apartados anteriores, los beneficios imputables al establecimiento permanente se calcularán cada año utilizando el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma.</p> <p>7. Cuando los beneficios comprendan elementos de renta regulados separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de dichos artículos no quedarán afectadas por las del presente Artículo.</p>	<p>4. Mientras sea usual en un Estado contratante determinar los beneficios imputables a un establecimiento permanente sobre la base de un reparto de los beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes, lo establecido en el apartado 2 no impedirá que ese Estado contratante determine de esta manera los beneficios imponibles; sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal que el resultado obtenido sea conforme a los principios contenidos en este Artículo.</p> <p>5. No se atribuirán beneficios a un establecimiento permanente por la simple compra de bienes o mercancías para la empresa.</p> <p>6. A efectos de los apartados anteriores, los beneficios imputables al establecimiento permanente se calcularán cada año utilizando el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma.</p> <p>7. Cuando los beneficios comprendan elementos de renta regulados separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de dichos artículos no quedarán afectadas por las del presente Artículo.</p>
--	--

Como puede notarse, el artículo 7 mantuvo su estructura gramatical desde su primera versión en el MC OCDE de 1963 hasta el 2008, salvo algún ajuste mínimo. No obstante, su uniformidad durante todo este periodo, al momento de la aplicación de los párrafos de este artículo, los Estados que tenían CDIs celebrados en base a este modelo lo aplicaron de forma distinta bajo diversas interpretaciones. Este fue un asunto que preocupó a la OCDE, pues justamente el MC OCDE busca que aquellos

CDIs celebrados al amparo de este modelo sean aplicados e interpretados de forma uniforme.

Por ello, en la década de 1990 la OCDE preparó un trabajo para enfrentar la falta de certeza de las reglas para la atribución de beneficios a un EP en determinados casos especiales. Así pues, la OCDE publicó el 26 de noviembre de 1993 el documento denominado "*Attribution of Income to Permanent Establishments*". En este documento la OCDE trató los siguientes asuntos (2015, p. R(13)-22): (i) el reconocimiento de pérdidas o ganancias tributarias debido a deducciones tributarias; (ii) los acuerdos celebrados entre un EP y su Matriz; (iii) la interacción entre los principios de empresa separada e independiente con el método de locación de costos del párrafo 3 del artículo 7 del MC OCDE. Para solucionar estos puntos, dicho informe señala que era necesario realizar la siguiente pregunta: ¿La transferencia interna de bienes o servicios (temporal o definitiva) es una del tipo que la empresa en el curso ordinario de sus actividades probablemente ofrecería o sería requerida para proveer por una tercera empresa independiente? (OCDE, 2015, p. R(13)-22). Considerando este informe, se introdujeron modificaciones en los Comentarios MC OCDE en 1994. Después de esta inclusión, no se realizaron cambios importantes en el MC OCDE ni en los Comentarios MC OCDE hasta el 2008.

Como mencionamos antes, la falta de uniformidad en la interpretación y aplicación del artículo 7 de los CDIs fue un asunto que preocupó a la OCDE y esta preocupación se acrecentó desde fines del Siglo XX e inicios del Siglo XXI. Así, según la OCDE, no solo había diferencias considerables en la legislación interna de los países miembros de la OCDE con relación a la imposición de EPs, sino pues tampoco existía consenso sobre la correcta interpretación del artículo 7 del MC OCDE, lo cual podría generar situaciones de doble imposición o imposición insuficiente (2001, p. 4).

Es por ello que la OCDE procedió a desarrollar y elaborar informes para definir un criterio uniforme sobre la interpretación del artículo 7 del MC OCDE para la atribución



de beneficios a EPs, el cual estaría basado en el principio de plena competencia (*arm's length*). Estos trabajos estarían elaborados sobre la última modificación del artículo 7 del MC OCDE en 1994, en especial sobre la revisión del principio de plena competencia (*arm's length*) cuyos resultados fueron reflejados en las Guías de PT 1995 (2001, p. 4). Así pues, los trabajos de la OCDE se realizaron a fin de determinar hasta qué punto podía adoptarse el criterio de considerar al EP como una empresa distinta y separada y cómo podrían aplicarse las pautas de las Guías de PT para la atribución de beneficios a un EP (2001, p. 4).

De este modo, los informes que publicó la OCDE sobre la atribución de un criterio uniforme para la atribución de beneficios a EPs fueron los siguientes:

- (i) En febrero de 2001 se publicó el *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*. Este documento fue un borrador elaborado por la OCDE en donde se trataron los asuntos generales vinculados a los EP (Parte I) y los asuntos para el sector financiero y bancos (Parte II). A este borrador le siguieron otras publicaciones donde se recogieron opiniones públicas de la comunidad empresarial, asociaciones de bancos y firmas auditoras. Posteriormente, se plantearon consultas públicas sobre los EPs de empresas que operan en el mercado mundial de instrumentos financieros (Parte III).
- (ii) En junio de 2005 se publicó la consulta pública sobre los asuntos de atribución de beneficios a EP vinculado a las empresas aseguradoras (Parte IV). Finalmente, en agosto de 2007 la OCDE publicó la versión final de la Parte IV, la cual se elaboró en función del reporte final de las Partes I a III.
- (iii) En diciembre de 2006 se publicó el *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments: Parts I (General Considerations), II (Banks) and III (Global Trading)*. Este documento constituyó la versión definitiva de las

secciones denominadas Parte I, Parte II y Parte III de los borradores de la OCDE sobre atribución de beneficios a un EP.

- (iv) En abril de 2007 la OCDE publicó el *Revised Commentay on Article 7 of the OECD Model Tax Convention*. Este documento representa la versión revisada de los comentarios al artículo 7 del MC OCDE de conformidad con las conclusiones arribadas en el documento del punto (iii) antes señalado. Dicho documento fue elaborado para fines de consulta pública.
  
- (v) El 17 de julio de 2008 la OCDE publicó el *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments* o el Enfoque Autorizado 2008. Este reporte recoge los desarrollos y conclusiones de las secciones denominadas Parte I, Parte II, Parte III y Parte IV. Según la OCDE, la mayoría de los países miembros de la OCDE están de acuerdo en que las conclusiones de este reporte constituyen el criterio más adecuado para la atribución de beneficios a un EP (2010, p. 11). Asimismo, debe notarse que esta fecha también se publicó la versión condensada del MC OCDE 2008 así como sus comentarios. En este último documento se recogieron las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008 que no entrarán en conflicto con la versión previa de los comentarios, ello pues existían diferencias entre ciertas conclusiones del Enfoque Autorizado 2008 y la interpretación anterior del artículo 7 del MC OCDE (OCDE, 2008, p. 119).
  
- (vi) Finalmente, el 22 de julio de 2010 la OCDE publicó el *2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments* o el Enfoque Autorizado 2010. Este reporte constituye una versión revisada del Enfoque Autorizado 2008, la cual fue publicada en la misma fecha del MC OCDE 2010 con sus comentarios. El MC OCDE 2010 incluyó una versión totalmente nueva del artículo 7 que estuviera en línea con las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008. Así pues, debido a la nueva redacción completa del artículo 7, la OCDE elaboró el Enfoque Autorizado 2010 para que sirva de interpretación de este

nuevo artículo 7 en la negociación de nuevos CDIs basados en este novedoso artículo. Como precisa la propia OCDE, el Enfoque Autorizado 2010 no modifica las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008, sino pues se elaboró con el fin de evitar dificultades que pudieran surgir al tratar de acudir al Enfoque Autorizado 2008 para interpretar la nueva versión del artículo 7 publicada en el MC OCDE 2010 (2013, p. 13).

Del desarrollo histórico antes señalado, podemos observar que a partir del 2001 la OCDE empezó a realizar estudios para verificar la aplicación del principio de plena competencia (*arm's length*) para la determinación de los beneficios a un EP. Estos estudios culminaron con la publicación en el 2008 del Enfoque Autorizado 2008, en donde la OCDE definió su criterio oficial o autorizado para determinar la atribución de beneficios a un EP de conformidad con el artículo 7 del MC OCDE. Este Enfoque Autorizado 2008 reemplazó y consolidó todos los anteriores informes sobre atribución de beneficios a un EP y profundiza la aplicación del principio de plena competencia por la vía de la aplicación analógica de la Guía de PT 1995, así como fijó una interpretación autorizada de los apartados 1 a 3 del artículo 7 del MC OCDE, con el objeto de evitar interpretaciones asimétricas que generaran problemas de doble imposición o no imposición (Calderón Carrero, 2017, p. 283).

Como veremos más adelante, antes del Enfoque Autorizado 2008, en la atribución de beneficios a un EP del artículo 7 del MC OCDE se aplicaba una fórmula de aplicación matizada del principio de plena competencia para la atribución de beneficios a un EP, mientras que fuera de dicho artículo el principio de plena competencia se aplicaba sin matizaciones con relación a las operaciones entre empresas asociadas, que son distintas a las operaciones entre un EP y su Matriz (Calderón Carrero, 2017, p. 282).

En líneas generales, podemos resumir las diferencias de los sistemas de atribución de beneficios a EP en el siguiente cuadro:

**Cuadro 7**

<b>Modelo atribución beneficios a un EP en los MC OCDE antes de 2008</b>	<b>Modelo atribución beneficios a un EP en los MC OCDE después de 2008</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aplicación matizada del principio de plena competencia en el artículo 7 del MC OCDE.</li> <li>• No se aplicaban de forma analógica las Guías de PT (solo aplicaban para empresas asociadas del artículo 9 del MC OCDE).</li> <li>• En ámbitos no financieros no se reconocían operaciones como cánones e intereses, pues se trataba de operaciones entre partes de una misma persona jurídica (Maroto, 2015, p. 67).</li> <li>• Las operaciones por gasto de dirección y generales de administración se facturan de la Matriz al EP al valor del costo sin</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aplicación profunda sin matizaciones del principio de plena competencia en el artículo 7.</li> <li>• Se aplican de forma analógica las Guías de PT (ya no solo se aplican para empresas asociadas del artículo 9 del MC OCDE).</li> <li>• Se admiten operaciones como cánones e intereses a fin de equiparar las relaciones entre Matriz y EP a las relaciones Matriz y filial (Maroto, 2015, p. 67).</li> <li>• Las operaciones por gasto de dirección y generales de administración se facturan de la Matriz al EP a valor de mercado y, en ciertos casos particulares, se puede facturar al valor de costo (Maroto, 2015, p. 67).</li> <li>• Se reconocen pagos nocionales, de modo que al considerar las operaciones de Matriz a EP como de partes independientes, el uso de bienes del EP permite deducir una renta ficticia (una cuota de arrendamiento) y se podría, según lo</li> </ul>

<p>margen de ganancia (Maroto, 2015, p. 67).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• No se reconocen pagos ncionales.</li> <li>• No se reconoce la existencia de la figura del Capital Libre.</li> </ul>	<p>que se acuerde en el CDI en particular, imputar o no un ingreso a la Matriz por rentas de inmuebles (Maroto, 2015, pp. 67-68).</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Se establecen reglas para atribuir un Capital Libre al EP. La atribución de beneficios al EP, según el principio de libre competencia, no puede comprenderse sin la atribución de un Capital Libre (Maroto, 2015, p. 65).</li> </ul>
---	---

Al respecto, debe notarse que la propia OCDE reconoce que el nuevo sistema de atribución de beneficios a un EP es un criterio que no está limitado ni por la intención original, ni por la práctica histórica y la interpretación tradicional del artículo 7 del MC OCDE, sino pues lo que se buscó fue elaborar un criterio adecuado para atribuir beneficios a un EP, tomando en cuentas las operaciones que realizan las empresas multinacionales (2013, p. 12).

No obstante, la propia OCDE reconoce que el Enfoque Autorizado 2008 contiene diferencias frente a la aplicación práctica y la interpretación histórica del artículo 7 del MC OCDE que se encuentran reflejados en los comentarios al artículo 7 del MC OCDE, cuya última versión fue publicada mediante el MC OCDE 2005 (2010, p. 11).

Tomando en cuenta ello, ante la profundidad y heterogeneidad de los cambios que se produjeron en relación a la atribución de beneficios a un EP, la OCDE diseñó una ruta en dos etapas para acomodar estas nuevas reglas del Enfoque Autorizado 2008 al texto de los Comentarios MC OCDE en vigor a la fecha de publicación del referido enfoque (Maroto, 2015, p. 56). Así, conforme a este modelo de dos etapas o dual:

(i) **Primera etapa:**

Primero, se procedería a modificar los comentarios del artículo 7 del MC OCDE cuya redacción está basada en la redacción del artículo 7 que existió desde 1963, salvo algunos ajustes (es decir, el artículo 7 que mostramos en el Cuadro No. 5). De hecho, la última versión del MC OCDE que se publicó antes de la oficialización del Enfoque Autorizado 2008 fue la versión del MC OCDE 2005. Por ello, el MC OCDE 2008 se publicó considerando la versión antigua del artículo 7, pero con sus comentarios modificados siguiendo las conclusiones e ideas del Enfoque Autorizado 2008. Esto se hizo con el objetivo de ofrecer una interpretación del artículo 7 antiguo del MC OCDE, conforme con las conclusiones del Enfoque Autorizado, para los CDIs celebrados con la versión antigua de este artículo. En palabras de la OCDE recogidas en el Enfoque Autorizado 2008:

Por tanto, a fin de ofrecer una mayor certidumbre sobre la interpretación de los convenios vigentes basados en el texto actual del Artículo 7, el Comité decidió revisar los Comentarios a la versión actual de dicho artículo de forma que tengan en cuenta las conclusiones alcanzadas en este Informe que no entren en conflicto con los Comentarios preexistentes [énfasis agregado]. Para la actualización de 2008 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE se revisaron los Comentarios al texto actual del artículo 7. Por tanto, el Informe debe leerse en este contexto, teniendo cuidado, a la hora de interpretar los convenios bilaterales que incluyen el tenor actual del artículo 7 (tal como figura en el Anexo) de utilizar únicamente aquellas partes del Informe que no coliden con los Comentarios al artículo 7 así revisados [énfasis agregado]. (2010, pp. 11–12)

En un sentido similar, en los Comentarios MC OCDE 2008, la OCDE sostuvo lo siguiente:

El Comité considera que las pautas incluidas en el Informe [el Enfoque Autorizado 2008] constituyen el mejor criterio para la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes de cuantos se haya tenido hasta ahora. No por ello deja de reconocer que existen diferencias entre algunas de las conclusiones alcanzadas en el Informe y la interpretación dada al artículo anteriormente en estos Comentarios. Este es el motivo de proceder a la modificación de los Comentarios: introducir una serie de conclusiones recogidas en el Informe que no contradicen las versiones anteriores de estos Comentarios, y que recomiendan criterios concretos en unos casos y permiten libertad de acción en otros [énfasis agregado]. El Informe constituye por tanto la recapitulación de los principios internacionalmente aceptados y, en la medida en que no contradiga los presentes Comentarios, proporciona las pautas para la aplicación del principio de plena competencia recogido en el Artículo [énfasis agregado]. (2011, p. 162)

De este modo, según la OCDE, el Enfoque Autorizado 2008 serviría de pauta histórica para la interpretación de los comentarios, revisados en 2008, los cuales se basan en la redacción antigua del artículo 7 del MC OCDE, versión que tiene varios CDIs en vigor (2013, p. 13). De hecho, en la “Recomendación del Consejo de la OCDE Relativa a la Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes”, la OCDE recomienda lo siguiente:

I. RECOMIENDA a los Gobiernos de los países miembros:

(i)

que para la aplicación de las disposiciones de sus convenios fiscales bilaterales, redactados sobre la base del Artículo 7 del Modelo de

Convenio tributario, sus administraciones tributarias sigan las pautas contenidas en el Informe de 2008, en la medida en que sus conclusiones no contradigan los Comentarios al artículo 7 de 2008;

(...)

II. INVITA a los países y territorios no miembros cuyos convenios bilaterales comprendan disposiciones redactadas tomando como referencia el Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario a que tengan en cuenta lo expuesto en estas Recomendaciones.

Por ello, de acuerdo con la OCDE para la interpretación de los CDIs celebrados con la versión primigenia del artículo 7 del MC OCDE se deberán tener en cuenta aquellas partes del Enfoque Autorizado 2008 que no contradigan ni entren en conflicto con los Comentarios MC OCDE 2008.

Este es un asunto muy problemático pues la OCDE no indica ni precisa cuando nos encontramos ante situaciones de conflicto entre el Enfoque Autorizado 2008 y los Comentarios del artículo 7 del MC OCDE 2005.

Para el caso peruano resultaría aplicable esta etapa, debido a que todos los CDIs celebrados a la fecha (incluso el CDI más reciente con Japón, el cual fue suscrito en el 2019<sup>33</sup>) contienen la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE antes del 2010.

Por ende, según la OCDE para la interpretación del artículo 7 de los CDIs peruanos (basados en la redacción anterior del artículo 7), se debería tomar en cuenta los Comentarios MC OCDE publicados antes de la modificación

---

<sup>33</sup> El CDI Perú-Japón fue ratificado mediante Decreto Supremo No. 060-2020-RE el 30 de diciembre de 2020 y fue aprobado por el Congreso de la República mediante la Resolución Legislativa No. 31098, de fecha 29 de diciembre de 2020.



completa del artículo 7 del MC OCDE en el 2010 (es decir, se debería utilizar la versión MC OCDE 2008). Ello pues los Comentarios MC OCDE 2008 recogen los asuntos que no entrarían en conflicto con el criterio autorizado por la OCDE para la atribución de beneficios a un EP. Asimismo, se debería utilizar el Enfoque Autorizado 2008, pero el uso de este documento se debería realizar con cuidado y siempre que lo indicado en este reporte no entre en conflicto con los Comentarios MC OCDE 2008 del artículo 7.

(ii) **Segunda etapa:**

Posteriormente, se procedería a elaborar una nueva versión del artículo 7 del MC OCDE, con una nueva versión de comentarios adaptados a esta nueva versión que responda a las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008. Justamente por ello, en el MC OCDE 2010 no solo se incluyó la nueva versión del artículo 7, sino también se reformularon los comentarios para que estén acordes a esta nueva versión.

Así pues, la nueva versión del artículo 7 del MC OCDE 2010 es la siguiente (hemos resaltado los cambios frente a la versión del MC OCDE 2008):

MC OCDE 2008	MC OCDE 2010
<p>Artículo 7</p> <p>BENEFICIOS EMPRESARIALES</p> <p>1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa</p>	<p>Artículo 7</p> <p>BENEFICIOS EMPRESARIALES</p> <p>1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios <u>imputables al</u></p>

<p>pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero solo en la medida en que sean imputables a ese establecimiento permanente.</p> <p>2. Sin perjuicio de las disposiciones del apartado 3, cuando una empresa de un Estado contratante realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado contratante se atribuirán a dicho establecimiento permanente los beneficios que el mismo hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.</p> <p>3. Para la determinación del beneficio del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines del establecimiento permanente, incluyéndose los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentra el establecimiento permanente como en otra parte.</p> <p>4. Mientras sea usual en un Estado contratante determinar los beneficios imputables a un establecimiento permanente sobre la base de un reparto de los beneficios totales de la empresa entre</p>	<p><u>establecimiento permanente de conformidad con las disposiciones del apartado 2 pueden someterse a imposición en ese otro Estado.</u></p> <p><u>2. A los efectos de este artículo, y del artículo [23 A] [23 B], los beneficios imputables al establecimiento permanente en cada Estado contratante a los que se refiere el apartado 1 son aquellos que el mismo hubiera podido obtener, particularmente en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa.</u></p> <p><u>3. Cuando de conformidad con el apartado 2 un Estado contratante ajuste los beneficios imputables al establecimiento permanente de una empresa de uno de los Estados contratantes y, en consecuencia, grave los beneficios de la empresa que ya han sido gravados por el otro Estado, ese otro Estado, en la medida en que sea necesario para eliminar la doble imposición sobre dichos beneficios, practicará el ajuste correspondiente en la cuantía del impuesto aplicado sobre los mismos. En caso necesario, las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán para la determinación de dicho ajuste.</u></p>
--	---

<p>sus diversas partes, lo establecido en el apartado 2 no impedirá que ese Estado contratante determine de esta manera los beneficios imponibles; sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal que el resultado obtenido sea conforme a los principios contenidos en este Artículo.</p> <p>5. No se atribuirán beneficios a un establecimiento permanente por la simple compra de bienes o mercancías para la empresa.</p> <p>6. A efectos de los apartados anteriores, los beneficios imputables al establecimiento permanente se calcularán cada año utilizando el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma.</p> <p>7. Cuando los beneficios comprendan elementos de renta regulados separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de dichos artículos no quedarán afectadas por las del presente Artículo.</p>	<p>4. Cuando los beneficios comprendan elementos de renta regulados separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de dichos artículos no quedarán afectadas por las del presente artículo.</p>
--	---

De este modo, atendiendo a esta nueva versión del artículo 7 del MC OCDE y sus comentarios, la OCDE además dispuso elaborar una versión modificada del Enfoque Autorizado 2008 en la que se eliminen las referencias a la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE y que se coordinen las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008 con la nueva versión del artículo 7 del MC OCDE (2013, p. 13). Es por ello que junto a la publicación del MC OCDE 2010, se publicó el Enfoque Autorizado 2010, el cual no modifica las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008 y se elaboró con el objetivo de evitar dificultades que

podrían surgir al intentar recurrir al Enfoque Autorizado 2008 para la interpretación de la nueva versión del artículo 7 del MC OCDE (2013, p. 13).

Así pues, el Enfoque Autorizado 2010 serviría como criterio de interpretación para los nuevos CDIs que contengan la nueva redacción del artículo 7 del MC OCDE, así como para la modificación que se haga de los CDIs existentes mediante protocolos.

Así pues, la OCDE realizó un cambio sustancial que modificó el régimen de atribución de beneficios a un EP según el artículo 7 del MC OCDE en el 2008, mediante el Enfoque Autorizado 2008, que devino en la publicación de una versión novedosa del artículo 7 en el 2010. No obstante, a pesar de que parecería que solamente existen 2 regímenes distintos de atribución de beneficios (la versión antes del 2008 y la versión post-2008), en realidad es posible hablar de 3 versiones que conviven en la actualidad:

**Cuadro 8**

<b>RÉGIMEN A: Régimen de Atribución de Beneficios a un EP – antes de 2008</b>	<b>RÉGIMEN B: Régimen de Atribución de Beneficios a un EP - 2008</b>	<b>RÉGIMEN C: Régimen de Atribución de Beneficios a un EP - 2010</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Contiene la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE. Esta es la versión publicada desde 1963, salvo algunos ajustes menores.</li> <li>• No sigue el Enfoque Autorizado 2008, por lo que aplica un criterio matizado del principio de plena competencia (<i>arm's lenght</i>).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Contiene la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE. Esta es la versión publicada desde 1963, salvo algunos ajustes menores.</li> <li>• Sigue el Enfoque Autorizado 2008 en los Comentarios MC OCDE 2008. Así, se aplica un criterio más profundo del principio de plena competencia (<i>arm's lenght</i>). Asimismo, se interpreta de</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Contiene la versión nueva del artículo 7 del MC OCDE. Esta es la versión publicada en el MC OCDE 2010.</li> <li>• Sigue el Enfoque Autorizado 2008 en los Comentarios MC OCDE 2010. Así, se aplica un criterio más profundo del principio de plena competencia (<i>arm's lenght</i>). Asimismo, se interpreta de conformidad con el Enfoque Autorizado 2010.</li> <li>• Los primeros Comentarios MC OCDE que recogen esta versión son del</li> </ul>

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Los últimos Comentarios MC OCDE de esta versión son del MC OCDE 2005.</li> </ul>	<p>conformidad con el Enfoque Autorizado 2008, siempre que no contradiga los Comentarios MC OCDE 2008.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Los últimos Comentarios MC OCDE de esta versión son del MC OCDE 2008.</li> </ul>	<p>2010. Actualmente, esta es la versión de los comentarios que se actualiza y la última actualización es del 2017.</p>
---	--	---

#### 4.3.3. Sistema de atribución de beneficios en el artículo 7 del MC OCDE antes del 2008

En esta sección comentaremos los aspectos más relevantes de la última versión del MC OCDE antes de la inclusión de los resultados del Enfoque Autorizado 2008. Como señalamos previamente, la última versión del MC OCDE, antes de que se incorporaran las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008, fue el MC OCDE 2005. Esta versión del MC OCDE comenta la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE.

Los aspectos más relevantes de los Comentarios MC OCDE 2005 son los siguientes:

- (i) De conformidad con el numeral 1 del artículo 7, el MC OCDE 2005 reconoce la inaplicación del principio de fuerza de atracción. Así, el párrafo 5 señala:

En otros términos, para gravar las utilidades que una empresa extranjera obtiene en un país determinado, las autoridades fiscales de ese país deberán considerar separadamente las diversas fuentes de las utilidades que la empresa obtiene en el mismo y aplicar a cada una de esas fuentes el criterio del establecimiento permanente. Esto deberá hacerse sin perjuicio, naturalmente, de las disposiciones de los demás Artículos. (OCDE, 2010, p. 280)

- (ii) En base al numeral 2 del artículo 7, el MC OCDE 2005 señala que las utilidades imputables al EP son las que hubiera obtenido si, en lugar de tratar con su Matriz, hubiese tratado con una empresa independiente en las condiciones y precios de mercado y, por ello, existe coincidencia con el principio de plena competencia o *arm's length* del artículo 9 del MC OCDE 2005 (OCDE, 2010, p. 282).

Asimismo, se señala que para efectos de la determinación de los beneficios del EP, las autoridades fiscales utilizarán la contabilidad comercial del EP para establecer las utilidades imputables a este y por ello siempre será necesario partir de los hechos reales reflejados en la contabilidad del EP y, en caso sea necesario, se podría ajustar dicha contabilidad (OCDE, 2010, p. 282). Sobre este asunto, el MC OCDE señala que los acuerdos internos entre el EP y su Matriz (que no tienen la naturaleza de contratos vinculantes<sup>34</sup>) que reflejen operaciones artificiales en lugar de operaciones económicas reales, estos acuerdos se podrían ignorar para practicar el ajuste correspondiente de acuerdo al principio de plena competencia (OCDE, 2010, pp. 282–283). En consecuencia, los Comentarios MC OCDE 2005 concluyen lo siguiente:

Es evidente que, en la práctica, pueden presentarse numerosos problemas particulares, pero, como regla general, la determinación de las utilidades imputables a un establecimiento permanente deberá basarse siempre en la contabilidad de ese establecimiento en la medida en que esta represente la situación real. Si la contabilidad disponible no refleja los hechos reales, será necesario establecer nuevas cuentas o rectificar la contabilidad inicial, debiendo utilizar, a estos efectos, los valores normales de mercado. (OCDE, 2010, p. 283)

---

<sup>34</sup> Como indicamos en el punto 3.3 de esta tesis, los acuerdos contractuales entre un EP y su Matriz constituyen contratos inexistentes, en tanto EP y la Matriz son, en términos civiles y societarios, la misma entidad jurídica.

- (iii) El numeral 3 del artículo 7 del MC OCDE 2005 señalaba que, para la determinación de las utilidades del EP, se permitirá la deducción de los siguientes gastos: los gastos realizados para los fines del EP y los gastos de dirección y los gastos generales de administración para los fines del EP. Estos gastos podrían efectuarse en el Estado del EP o en otro Estado.

El apartado 17 de los Comentarios MC OCDE 2005 plantean el problema de definir si las operaciones entre el EP y su Matriz deben generar gastos para el EP que deben ser reconocidos tomando en cuenta el costo efectivo de los gastos incurridos o si se debiera incluir algún margen de utilidad.

En el caso de los derechos intangibles que podrían generar el pago de regalías, los Comentarios MC OCDE 2005 sostienen sería muy difícil atribuir la propiedad del derecho intangible a una parte de la empresa y pretender que esa parte reciba regalías de las otras partes como si fuera una empresa independiente, ello toda vez que existe una única persona jurídica y es imposible atribuir la propiedad a una parte determinada de la empresa (OCDE, 2010, p. 287). En consecuencia:

(...) puede ser preferible que los costes de desarrollo de los derechos intangibles se consideren imputables a todas las partes de la empresa que hayan de utilizarlos y se repartan, consecuentemente, entre las diversas partes de la empresa a las que afectan. En tales circunstancias puede ser adecuado distribuir los costes efectivos de desarrollo de los derechos intangibles entre las diversas partes de la empresa sin incorporar ningún margen de utilidad o regalía [énfasis agregado].  
(OCDE, 2010, p. 287)

De otro lado, en el caso de los intereses por préstamos, los Comentarios MC OCDE 2005 señalan que en la medida que es necesario buscar una solución

que tome en cuenta la estructura de capital adecuada para un EP, se prefiere adoptar, con carácter general, la prohibición de practicar deducciones en relación con deudas y créditos internos (OCDE, 2010, p. 288). En ese sentido, para los Comentarios MC OCDE 2005, no son deducibles los intereses por préstamos internos entre un EP y su Matriz. Ello fundamentalmente porque si la empresa está financiada por sus propios fondos, no podría admitirse la deducción de intereses que no ha tenido que pagar (OCDE, 2010, p. 288).

Por otra parte, en el caso de los servicios los Comentarios MC OCDE 2005 son más permisivos y no impiden la deducción de las operaciones por servicios incluyendo un margen de utilidad, pero ello se deberá analizar en cada caso. Así, si la actividad principal del EP consiste en la prestación de servicios a la Matriz y estos suponen una ventaja real para esta y unos costes importantes dentro de sus gastos, es posible que se exija que se añada un margen de utilidad a dichos costes (OCDE, 2010, p. 287). No obstante, con mayor frecuencia la prestación de servicios proviene de la actividad administrativa y de gestión del conjunto de la empresa (incluyendo gastos como el de formación de personal) y por ello los Comentarios MC OCDE 2005 concluyen lo siguiente:

En tal caso será normalmente adecuado incluir el coste del servicio entre los gastos generales de administración del conjunto de la empresa que deberán repartirse, por su valor de coste, entre las diversas partes de la misma en la medida en que se hayan incurrido para los fines de cada una de ellas, sin incrementarlos en importe alguno representativo de la utilidad de otra parte de la empresa [énfasis agregado]. (OCDE, 2010, p. 287)

En este régimen, a pesar de que se reconocía en el numeral 2 del artículo 7 del MC OCDE el sistema de “empresa separada” o “contabilidad separada”, el MC OCDE –en los comentarios al numeral 3 del artículo 7 del MC OCDE– señalaba que los



préstamos entre una Matriz y su EP no podían generar intereses deducibles y que los servicios y regalías debían ser distribuidos al valor del costo de la prestación sin incluir algún margen de utilidad. Por ello, a consecuencia de este tratamiento, ya se venía señalando, desde más antes de la publicación del MC OCDE 2005, que en la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE se había quebrado la ficción de la independencia jurídica del EP (Gildemeister, 1995, p. 400).

#### 4.3.4. Sistema de atribución de beneficios en el artículo 7 del MC OCDE después del 2008

Como mencionamos, en los Comentarios MC OCDE 2008 se incluyeron las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008, de modo que se profundizó la aplicación del principio de plena competencia o *arm's length* en las relaciones entre un EP y su Matriz. La OCDE incluyó las conclusiones alcanzadas en el Enfoque Autorizado 2008 a pesar de reconocer que existían diferencias entre estas conclusiones y la interpretación previa del artículo 7 del MC OCDE. Debido a estas diferencias, la OCDE optó por incluir las conclusiones para:

(...) introducir una serie de conclusiones recogidas en el Informe que no contradicen las versiones anteriores de estos Comentarios, y que recomiendan criterios concretos en unos casos y permiten libertad de acción en otros. El Informe [el AOA 2008] constituye por tanto la recapitulación de los principios internacionalmente aceptados y, en la medida en que no contradiga los presentes Comentarios, proporciona las pautas para la aplicación del principio de plena competencia recogido en el Artículo. (OCDE, 2011, p. 162)

De este modo, los aspectos más resaltantes de este nuevo sistema de atribución de beneficios son los siguientes:

- (i) De conformidad con el numeral 1 del artículo 7, el MC OCDE 2008 reconoce la inaplicación del principio de fuerza de atracción. Así, el párrafo 5 señala:

Si bien algunos convenios bilaterales incluyen una norma antielusión restringida, basada en un criterio limitado de fuerza de atracción que únicamente se aplica a los beneficios empresariales procedentes de actividades similares a las desarrolladas por el establecimiento permanente, la aplicación del principio general de fuerza de atracción antes descrito se considera actualmente obsoleto como práctica internacional en la política de convenios. El principio actualmente vigente en los convenios se basa en el criterio de que al gravar los beneficios que una empresa extranjera obtiene en un país determinado, las autoridades fiscales de ese país deberán considerar separadamente las diversas fuentes de los beneficios que la empresa obtiene en el mismo y aplicar a cada una de esas fuentes el criterio para la determinación de la existencia de un establecimiento permanente, con sujeción a la posible aplicación de otros Artículos del Convenio. (OCDE, 2011, p. 163)

- (ii) En cuanto a la relación entre los numerales 1 y 2 del artículo 7, debe tenerse en cuenta que cuando el numeral 1 dispone que el Estado de la Fuente puede gravar los beneficios que sean imputables al EP, el apartado 2 define lo que debe entenderse por beneficios imputables al EP. Ello genera, según la OCDE, que de acuerdo a las pautas del numeral 2 del artículo 7, se puedan atribuir beneficios a un EP incluso cuando el conjunto de la empresa a la que pertenece no las haya obtenido nunca y, en sentido contrario, que no se atribuyan beneficios al EP incluso cuando el conjunto de la empresa a la que pertenece sí las haya obtenido (OCDE, 2011, p. 163). Este es un asunto relevante porque la propia OCDE lleva hasta las últimas consecuencias la independencia del EP, de modo que la tributación del EP es independiente al resultado general de la empresa a la que pertenece.

Asimismo, la OCDE reconoce un asunto que ya había sido señalado por Vogel en su momento. De acuerdo a Vogel (1997, p. 426), las disposiciones del numeral 2 del artículo 7 del MC OCDE, sobre la determinación de los beneficios al EP, son vinculantes tanto para el Estado de la Fuente como para el Estado de Residencia, lo cual tiene sentido dado que en la medida que los Estados contratantes tienen reglas diferentes para la determinación de beneficios, la regla de determinación de beneficios del EP es la manera más prometedora de evitar que un elemento de la renta sea gravado por ambos Estados . Así pues, en esa línea la OCDE señala lo siguiente:

Dado que estas normas [las reglas de atribución de beneficios del numeral 2 del artículo 7] implican a ambos Estados contratantes [énfasis agregado], en virtud del Artículo 23 [el cuál señala los métodos para solucionar la doble imposición, ya sea el método de la exención o el del crédito] es el Estado de la empresa el que debe eliminar la doble imposición sobre los beneficios correctamente atribuibles al establecimiento permanente. Dicho de otro modo, si el Estado en el que está situado el establecimiento permanente pretende someter a imposición beneficios no imputables al establecimiento permanente conforme al Artículo 7, se produciría un caso de doble imposición de los beneficios que hubieran debido gravarse únicamente en el Estado de la empresa. (OCDE, 2011, p. 164)

- (iii) En base al numeral 2 del artículo 7, el MC OCDE 2008 reconoce -así como en el caso del MC OCDE 2005- que existe coincidencia con el principio de plena competencia o *arm's length* del artículo 9 y que para determinar los beneficios imputables al EP se utilizará su contabilidad comercial, la cual podrá ajustarse si es necesario (OCDE, 2011, p. 165).

Ahora bien, el MC OCDE 2008 es más explícito en cuanto a los supuestos donde podría proceder un ajuste de la contabilidad. Así, señala que para determinar si corresponde realizar un ajuste, de conformidad con el principio de “empresa separada”, se debe realizar el cálculo de los beneficios imputables al EP de conformidad con el procedimiento escalonado en dos fases, según el Enfoque Autorizado 2008, lo cual permitiría realizar el cálculo de todos los beneficios, incluyendo las operaciones con empresas independientes, con empresas asociadas y las operaciones internas con la Matriz (OCDE, 2011, p. 165). De acuerdo con este procedimiento, las fases, según la OCDE (2011, pp. 165–166), para realizar la determinación de los beneficios del EP serían las siguientes:

- i. Fase 1. - Se deben identificar las **Actividades** desarrolladas por el EP, lo cual se realiza aplicando un “análisis funcional y factual”. Así, se identifican las actividades con trascendencia económica realizadas por el EP y las responsabilidades asumidas. En este análisis también se consideran las actividades y responsabilidades del EP vinculadas a operaciones internas entre el conjunto de la empresa y el EP.

Según la OCDE (2011, p. 139), el análisis funcional y factual está destinado a:

- Atribuir derechos y obligaciones derivados de las transacciones entre la Matriz y empresas independientes.
- La identificación de las funciones humanas sustantivas que determinan la atribución de la propiedad económica de los activos y la atribución de la propiedad económica de los activos al EP.
- La identificación de las funciones humanas sustantivas que implican la asunción de riesgos y la atribución de los riesgos al EP.

- La identificación de otras funciones del EP.
  - La consideración y determinación de la naturaleza de aquellas operaciones internas entre el EP y otras partes de la misma empresa que satisfagan los criterios para su consideración como tales, siempre que superen ciertos umbrales.
  - La atribución de Capital Libre sobre la base de los activos y riesgos atribuidos al EP.
- ii. Fase 2. – Se determina la contraprestación de las operaciones internas, aplicando analógicamente los principios desarrollados para la aplicación del principio de plena competencia entre empresas asociadas. Para esto, se toman como referencia los **Funciones** desarrolladas (o actividades desarrolladas), los **Activos** utilizados y los **Riesgos** asumidos mediante el EP. Utilizando las iniciales de estos elementos, se puede señalar que se realiza una evaluación **FAR**.

De este modo, según la OCDE (2011, p. 140), se fija un precio de plena competencia para las operaciones internas que sean consideradas como tales, para lo cual se toma en cuenta lo siguiente:

- La determinación de la comparabilidad entre las operaciones internas y las transacciones en el mercado libre se efectúa aplicando directamente los factores de comparabilidad contenidos en las Guías de PT (en donde se consideran las características de la propiedad o de los servicios, condiciones económicas y estrategias empresariales) o por analogía (realizando un análisis funcional o de las condiciones contractuales) a la luz de las circunstancias concretas del EP.
- La aplicación por analogía de uno de los métodos de las Guías de PT a fin de determinar la contraprestación de plena competencia

de las operaciones internas entre el EP y el resto de la empresa, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas por el EP y los activos y riesgos que se le han atribuido, a este y a otras partes de la empresa.

- (iv) El numeral 3 del artículo 7 del MC OCDE 2008 señalaba que, para la determinación de las utilidades del EP, se permitirá la deducción de los siguientes gastos: los gastos realizados para los fines del EP y los gastos de dirección y los gastos generales de administración para los fines del EP. Estos gastos podrían efectuarse en el Estado del EP o en otro Estado.

Una aclaración importante de los Comentarios MC OCDE 2008 está referida a la deducibilidad de los gastos permitidos por el numeral 3 del artículo 7 del MC OCDE. Así pues, este numeral solamente indica qué gastos pueden atribuirse al EP a los efectos de la determinación de los beneficios imputables al EP, pero no aborda si tales gastos son deducibles para el cálculo de la base imponible del EP, pues ello es una cuestión regulada por la normativa interna, con sujeción a los apartados de no discriminación del artículo 24 (OCDE, 2011, p. 169).

El apartado 28 de los Comentarios MC OCDE 2008 plantean el problema de definir si las operaciones entre el EP y su Matriz deben generar gastos para el EP que deben ser reconocidos tomando en cuenta el costo efectivo de los gastos incurridos o si se debiera incluir algún margen de utilidad. Así, la cuestión es determinar si la transferencia interna de bienes o servicios, pertenece al curso normal de operaciones que la empresa normalmente cargaría a terceros al precio de mercado, incluyendo una utilidad en el precio (OCDE, 2011, p. 169).

De un lado, en el caso de los derechos intangibles que podrían generar el pago de regalías, los Comentarios MC OCDE 2008 sostienen, al igual que los Comentarios MC OCDE 2005, que sería muy difícil atribuir la propiedad del derecho intangible a una parte de la empresa y pretender que esa parte reciba regalías de las otras partes como si fuera una empresa independiente, ello toda vez que existe una única persona jurídica y es imposible atribuir la propiedad a una parte determinada de la empresa (OCDE, 2011, p. 170). En consecuencia:

(...) puede ser preferible que los costes de desarrollo de los derechos intangibles se consideren imputables a todas las partes de la empresa que hayan de utilizarlos y se repartan, consecuentemente, entre las diversas partes de la empresa a las que afectan. En tales circunstancias puede ser adecuado distribuir los costes efectivos de desarrollo o de adquisición de los derechos intangibles entre las diversas partes de la empresa, así como los costes incurridos a posteriori en relación con dichos derechos, sin incorporar ningún margen de beneficio o regalía [énfasis agregado]. (OCDE, 2011, p. 170)

De otro lado, en el caso de los servicios los Comentarios MC OCDE 2008, al igual que el MC OCDE 2005, son más permisivos y no impiden la deducción de las operaciones por servicios incluyendo un margen de utilidad, pero ello se deberá analizar en cada caso. Así, si la actividad principal del EP consiste en la prestación de servicios a la Matriz y estos suponen una ventaja real para esta y unos costes importantes dentro de sus gastos, es posible que se exija que se añada un margen de utilidad a dichos costes (OCDE, 2011, p. 170). No obstante, con mayor frecuencia la prestación de servicios proviene de la actividad administrativa y de gestión del conjunto de la empresa (incluyendo gastos como el de formación de personal) y por ello los Comentarios MC OCDE 2008 también concluyen lo siguiente al igual que los Comentarios MC OCDE 2005:

En tal caso será normalmente adecuado incluir el coste del servicio entre los gastos generales de administración del conjunto de la empresa que deberán repartirse, por su valor de coste, entre las diversas partes de la misma en la medida en que se hayan incurrido para los fines de cada una de ellas, sin incrementarlos en importe alguno representativo del beneficio de otra parte de la empresa [énfasis agregado]. (OCDE, 2011, p. 170)

Por otra parte, en el caso de los intereses sí hay algunos cambios interesantes. En este caso, los Comentarios MC OCDE 2008, al igual que los Comentarios MC OCDE 2005, que es preferible adoptar, con carácter general, la prohibición de practicar deducciones en relación con deudas y créditos internos, salvo el caso correspondiente de las deudas realmente contraídas por la Matriz (OCDE, 2011, p. 172). En ese sentido, para los Comentarios MC OCDE 2008 no son deducibles los intereses por préstamos internos entre un EP y su Matriz. No obstante, es importante tomar en cuenta que esta postura es contraria a lo dispuesto en el Enfoque Autorizado 2008, en el que se admite la deducción de intereses, pero en determinados supuestos:

187. El criterio actual de los Comentarios distingue entre empresas financieras y no financieras sobre la base de la estrecha relación entre la concesión y recepción de préstamos y el objeto social de tales empresas. Sobre esta base, se admite la consideración de las operaciones internas que generen intereses para las entidades financieras, pero no para las no financieras (párrafos 18.3 y 19 de los Comentarios al artículo 7). El criterio autorizado por la OCDE rechaza esta distinción a favor de la aplicación del criterio funcional de las Directrices [énfasis agregado]. Se trata entonces de saber cómo considerar los flujos financieros dentro de la empresa. Si bien los flujos



financieros entre las distintas partes de la empresa no tienen que dar lugar necesariamente a operaciones internas, hay circunstancias en las que pudieran considerarse como operaciones internas con intereses en el seno de empresas no financieras a los fines de remunerar una función de tesorería [énfasis agregado] (“operación interna de tesorería”). (OCDE, 2010, p. 61)

Así pues, el Enfoque Autorizado 2008, admite la deducción de pagos por concepto de intereses cuando existan operaciones internas que califiquen como funciones de tesorería. A tales efectos, el Enfoque Autorizado 2008 precisa cuándo una operación interna se podría calificar como una operación interna de tesorería:

188. Cuando se utiliza este criterio, para determinar si los movimientos de fondos se considerarán como “operaciones internas de tesorería” hay que aplicar un análisis funcional y factual sobre la “operación interna” y las condiciones en las que se realizó. En concreto, para poder contabilizar una operación interna como una “operación interna de tesorería” es necesario identificar una parte de la empresa como la que ejerce realmente las funciones humanas sustantivas que determinan la propiedad económica del efectivo o del activo financiero, a fin de considerarla como “propietaria” del efectivo o del activo financiero y por tanto reconocer su derecho a percibir un rendimiento de plena competencia por razón de los mismos en virtud de una “operación interna de tesorería” [énfasis agregado]. En ausencia de tales funciones humanas sustantivas, no sería posible contabilizar operación interna de tesorería alguna a precios de plena competencia.

De esta manera, si bien para los Comentarios MC OCDE 2008 no se debería admitir la deducción de intereses por operaciones internas entre un EP y su

Matriz, el Enfoque Autorizado 2008 sí admite la deducción de estos intereses, siempre que exista una operación interna de tesorería. Esta operación es una en la que se ejercen funciones humanas que se sustentan en la propiedad del activo financiero o monetario del capital que es traslado de una parte de la Matriz a su EP,

- (iv) Sin perjuicio de lo anterior, un cambio sustancial y trascendental que se incluye en los Comentarios MC OCDE 2008 es el referido a la figura del Capital Libre. Conforme a la OCDE, en cuanto al financiamiento del EP, lo adecuado sería tener una estructura de capital adecuada para que el EP pueda realizar sus actividades, lo cual incluye deudas con intereses (OCDE, 2011, p. 172). Esta estructura de capital libre estaría basada en el principio de plena competencia o *arm's length*. Por ello, en virtud de este principio, “un establecimiento permanente debe tener capital suficiente para soportar las funciones que realiza, los activos sobre los que posee la propiedad económica y los riesgos que asume” (OCDE, 2011, p. 172).

De acuerdo con el Enfoque Autorizado 2008, el Capital Libre es “una inversión que no genera rendimiento alguno en forma de intereses fiscalmente deducibles conforme a las reglas del país receptor del EP” (OCDE, 2010, p. 51).

Para realizar el procedimiento de atribución de Capital Libre, el Enfoque Autorizado 2008 parte del presupuesto de que se tienen definidos los activos y los riesgos atribuidos al EP. Así, por un lado, en el caso de los activos, la propiedad económica de estos se atribuye al EP sobre la base del lugar en que se desarrollan las funciones humanas sustantivas; en el caso de los riesgos, estos se atribuyen al EP en el lugar donde se desarrollan las funciones humanas sustantivas que determinan su asunción (OCDE, 2010, p. 52). De esta manera:

Una vez atribuidos los activos y riesgos de la empresa correspondientes al EP en aplicación del análisis funcional y factual, el siguiente paso para la atribución de beneficios al EP, conforme con el principio de plena competencia, es el de determinar qué parte del capital “libre” de la empresa es necesario para cubrir esos activos y soportar los riesgos asumidos. (OCDE, 2010, p. 52)

No obstante lo anterior, si bien la OCDE reconoce que un EP puede no precisar de un Capital Libre asignado (sea por la ausencia de obligaciones reguladoras como en el sector financiero o porque la financiación se puede satisfacer solo mediante préstamos que originan deuda), a pesar de ello, se señala que el Enfoque Autorizado 2008 considera que el EP debe contar con Capital Libre suficiente para cubrir las funciones, activos y riesgos (FAR) (OCDE, 2010, p. 54). Así, “el EP necesita que se le atribuya un cierto importe de capital ‘libre’ con fines tributarios en concordancia con el principio de plena competencia, independientemente de que se realice o no una asignación formal” (OCDE, 2010, p. 54).

Ahora bien, en el Enfoque Autorizado 2008 plantea distintos criterios para determinar el Capital Libre de un EP a los cuales denomina los “criterios autorizados”. Sin embargo, ninguno de estos criterios es absoluto, por lo que la determinación del Capital Libre siempre se debe realizar respetando el principio de plena competencia (*arm's length*), de modo que “cuando en un caso concreto un criterio autorizado para la atribución de capital ‘libre’ arroje resultados incompatibles con el principio de plena competencia, habrá que sustituirlo por otro que sí satisfaga ese principio” (OCDE, 2010, p. 54).

A propósito, debe notarse que, según el Enfoque Autorizado 2008, lo primero que se debe determinar es el importe de financiación que requiere el EP para

realizar sus actividades (el cual puede estar constituido por Capital Libre o por deuda con intereses) y, después, se aplica alguno de los criterios de atribución de Capital Libre autorizados para determinar la parte de la financiación constituida por Capital Libre (OCDE, 2010, p. 60).

En ese sentido, los criterios de atribución de Capital Libre según el Enfoque Autorizado 2008 son los siguientes (OCDE, 2010, pp. 55–59):

- i. Criterio de Atribución de Capital. – Según este criterio se atribuye el Capital Libre real de toda la empresa, en función de los activos y riesgos atribuidos, de modo que la imputación se hace en proporción a los activos y riesgos atribuidos al EP mediante un análisis funcional. De esta manera, si el EP tiene 10% de los activos o riesgos de la empresa, se le atribuirá el 10% del Capital Libre de la empresa. En otras palabras, se haría la determinación del Capital Libre de la Matriz y se asignaría ese Capital Libre proporcionalmente al EP. No obstante, este criterio podría generar problemas cuando el EP desarrolle una actividad distinta a su Matriz o cuando las condiciones de mercado en los países del EP y de la Matriz sean distintos.
- ii. Criterio de Atribución del Capital Económico. – Se realiza valoración de todos los riesgos de la entidad que podrían afectar su rentabilidad. No obstante, se reconoce que las entidades no financieras no aplican un sistema de valoración de riesgos, pues incluso las entidades financieras -que están reguladas- no cuentan con sistemas para medir todos sus riesgos. A pesar de ello, este criterio podría ser un punto de partida útil cuando el EP soporte riesgos de desarrollo importantes.
- iii. Criterio de Subcapitalización. – Se le exige al EP que disponga del mismo importe de Capital Libre que una empresa que realiza actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones en el país

del EP, para lo cual se realiza un análisis de comparabilidad con empresas independientes. Conforme a este método, primero se identificaría, en base a los activos y riesgos del EP, el importe de financiación de plena competencia que el EP podría necesitar.

Posteriormente, en base a este importe de financiación, se determinaría la distribución entre deuda con intereses y Capital Libre. Para esto es importante tomar en cuenta la estructura de capital del conjunto de la Matriz y el rango de estructura de capital de empresas independientes que realicen actividades similares al EP en condiciones análogas. Así pues, una vez definido el importe de financiación, se podrían utilizar ratios comparables (como ratios de deudas a fondos propios<sup>35</sup>) en el Estado de la Fuente para determinar el Capital Libre.

Este criterio también tiene problemas, como el hecho de que pueden haber varios ratios (de deuda a fondos propios) en el mercado, o que las condiciones externas al EP (como su sector de actividad, estrategias empresariales, condiciones de mercado) deberían identificarse y cuantificarse para determinar su efecto en el EP al momento de hacer la comparación con empresas independientes comparables.

- iv. Criterio de Régimen de Protección. – En el caso de los bancos, se le podría exigir a un EP que tenga el mismo importe de Capital Libre que el requerido para efectos reguladores a un banco independiente que realiza actividades en el país receptor. No obstante, el Enfoque Autorizado 2008 sostiene que este no es un criterio autorizado por la OCDE, aunque se podría admitir siempre que el resultado no genere

---

<sup>35</sup> Por fondos propios, el Enfoque Autorizado 2008 señala que se comprende a las aportaciones de fondos propios por los accionistas o partícipes o beneficios no distribuidos y por deuda se comprende a los préstamos de terceros (OCDE, 2010, p. 50). Todas estas son fuentes de capital para financiar las actividades económicas de una empresa.

mayores beneficios al EP del que resultaría de la aplicación de un criterio autorizado de la OCDE. Asimismo, una dificultad importante es que resulta muy difícil encontrar puntos de comparación objetivos fuera del sector financiero para empresas que no sean bancos.

Adicionalmente, la OCDE precisa que después de la atribución de Capital Libre, el siguiente análisis es solucionar los problemas que genera la atribución de Capital Libre a EPs de empresas subcapitalizadas. En este caso, lo que se puede realizar es, por un lado, aplicar el criterio de subcapitalización, de modo que se examinaría la estructura de capital de empresas comparables independientes a fin de determinar el importe de Capital Libre de plena competencia (OCDE, 2010, p. 59). De otro lado, se podría aplicar el procedimiento de ajuste del Capital Libre de la Matriz a valores de plena competencia y, posteriormente, se atribuiría al EP un Capital Libre de plena competencia siguiendo el criterio de atribución de capital (el criterio i. de la lista antes indicada) (OCDE, 2010, p. 59).

- (v) Como ya vimos, la determinación del Capital Libre de un EP se puede realizar a través de diversos criterios autorizados establecidos en el Enfoque Autorizado 2008. Al respecto, los Comentarios MC OCDE 2008 señalan que la existencia de varios criterios válidos para atribuir Capital Libre puede generar problemas de doble imposición, pues podría ser que el Estado de la Fuente y el Estado de Residencia sigan distintos criterios lo cual podría generar que los beneficios del EP en el Estado de la Fuente podrían ser superiores a los beneficios del EP en el Estado de Residencia (OCDE, 2011, p. 173).

Ante dicha situación, la OCDE (2011, p. 173) en los Comentarios MC OCDE 2008 señalan que la solución, ante esta posible divergencia que podría generar doble imposición, sería atribuir el Capital Libre resultante de la aplicación del criterio utilizado en el Estado de la Fuente, siempre que: (i) la diferencia se

genere por la distinta regulación interna en el Estado de la Fuente y el Estado de Residencia; y, (ii) que el Estado de la Fuente utilizó un criterio autorizado para la atribución de Capital Libre, que sea conforme con el principio de plena competencia.

No obstante, la OCDE (2011, p. 173) considera que a la solución antes indicada puede arribarse de los siguientes modos: a través de la legislación interna de los países, mediante la interpretación de los artículos 7 y 23 del MC OCDE o mediante el procedimiento amistoso establecido en el artículo 25 del MC OCDE. Este último artículo es aplicable cuando: (i) una persona considera que las medidas adoptadas por los Estados contratantes del CDI impliquen una imposición que no sea conforme al CDI, de modo que se autoriza a someter su caso a la autoridad competente de su Estado de Residencia}; o (ii) las autoridades competentes de los Estados contratantes deben ponerse de acuerdo para resolver las dudas sobre la interpretación o aplicación de un CDI, lo cual se realiza mediante un acuerdo amistoso.

Como puede observarse, en el sistema de atribución de beneficios establecido en el Enfoque Autorizado 2008 hubo un cambio trascendental que influyó en los Comentarios MC OCDE 2008. Más allá de otros cambios incluidos en los Comentarios MC OCDE 2008, el cambio más importante es la inclusión de la figura del Capital Libre. Esta figura que limita la deducción de intereses obtenidos para el financiamiento del EP, siempre que se ajuste al principio de *arm's lenght*, de modo que el financiamiento pueda sostener los activos económicos y los riesgos asumidos.

En ese sentido, realizando una comparación entre los dos sistemas de atribución de beneficios del EP (antes del 2008 y después del 2008), queda claro que en el primer sistema del artículo 7 se aplicaba el principio de *arm's lenght* de forma limitada, mientras que en el nuevo sistema, el artículo 7 aplica de forma más abierta y

transversal este principio. Por ello es que Calderón Carrero (2017, p. 293) señala lo siguiente:

En este orden de cosas, se considera que el enfoque tradicional de atribución de beneficios al EP (principio de empresa separada e independencia restringida) y el enfoque autorizado de la OCDE en realidad constituyen dos sistemas distintos de atribución de renta al EP. El primero parte de una aplicación matizada del principio de plena competencia a las operaciones EP-otras partes de la empresa y establece un reparto razonable de gastos/costes entre el EP y la casa central (normalmente sin margen o *mark up*), en tanto que el enfoque autorizado pasa por la asignación de activos, funciones y riesgos al EP, el establecimiento de “acuerdos internos/*internal dealings*”, la aplicación analógica de las Directrices OCDE de precios de Transferencia y la asignación de capital libre al EP.

Así pues, la figura del Capital Libre recién fue desarrollada en su versión final en la Parte I del Enfoque Autorizado 2008. Y este concepto fue incluido en los Comentarios MC OCDE 2008, a pesar de que no se modificó la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE. De este modo, a pesar de no modificarse el artículo 7 del MC OCDE incluyéndose disposiciones que hagan referencia a la aplicación del Capital Libre, este concepto fue incluido en los Comentarios MC OCDE 2008.

Según la OCDE, los CDIs antiguos, celebrados con la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE, deberían ser interpretados de conformidad con los Comentarios MC OCDE 2008 y el Enfoque Autorizado 2008. No obstante, ante divergencias entre estos documentos, la OCDE recomienda que se consideren los Comentarios MC OCDE 2008. De hecho, debe diferenciarse dicha recomendación de la OCDE entre los países miembros de dicha organización y los países no miembros. Para los países miembros la OCDE recomienda seguir la aplicación antes indicada (es decir, que los CDIs antiguos sean interpretados considerando los Comentarios MC OCDE 2008),



mientras que para los países no miembros la OCDE solamente realiza una “invitación” a que se tenga en cuenta el modelo de interpretación antes indicado.

En el caso peruano, nuestro país es un país no miembro de la OCDE<sup>36</sup>, pero sí es miembro del Marco Inclusivo BEPS<sup>37</sup>. No obstante, la mayoría de los CDIs peruanos fueron celebrados con países miembros de la OCDE, como se observa en el siguiente cuadro:

**Cuadro 9**

<b>CDI</b>	<b>Miembro parte de la OCDE</b>
Perú-Brasil	Brasil no es parte de la OCDE
Perú-Canadá	Canadá es miembro desde 1961
Perú-Chile	Chile es miembro desde 1961
Perú-Corea	Corea es miembro desde 1996
Perú-Japón	Japón es miembro desde 1964
Perú-México	México es miembro desde 1994
Perú-Portugal	Portugal es miembro desde 1961
Perú-Suiza	Suiza es miembro desde 1961

Así pues, aquí queda la duda de cómo se deberían tomar en cuenta las recomendaciones de la OCDE sobre la aplicación del Enfoque Autorizado 2008 y los Comentarios MC OCDE 2008 para los CDIs firmados entre países miembros de la OCDE con países no miembros de dicha organización. En el caso peruano, todos los CDIs tienen la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE, pero todos los CDIs, salvo el CDI con Brasil, fueron celebrados con países miembros de la OCDE, por lo que no

<sup>36</sup> En el 2012 el Estado peruano presentó una solicitud de incorporación a la OCDE, la cual fue reiterada en el Foro Económico sobre América Latina y Caribe de la OCDE en el 2014. Recientemente, en setiembre de 2022, el secretario general de la OCDE (Ulrik Kundsén) visitó Lima y tuvo reuniones con el presidente de la República y ministros de Estado con relación al procedimiento de adhesión del Perú a la OCDE.

<sup>37</sup> El Marco Inclusivo es un proyecto de la OCDE creado en el 2016 para implementar las medidas o acciones de lucha del Proyecto BEPS del 2015, las cuales fueron impulsadas por la OCDE y los países del G-20. De este modo, mediante el Marco Inclusivo se permite que jurisdicciones miembros y no miembros de la OCDE o el G-20 participen en el desarrollo del Proyecto BEPS, así como en la implementación de las acciones del Proyecto BEPS.

resulta claro como seguir las recomendaciones de dicha entidad. Este asunto lo revisaremos en el siguiente capítulo.

#### 4.3.5. ¿Se ha regulado la figura del Capital Libre en la legislación peruana?

En el caso peruano, a diferencia de otros países más desarrollados, en la LIR (es decir, en nuestra legislación interna) no se ha recogido alguno de los criterios establecidos para la atribución del Capital Libre, ni tampoco se ha establecido un sistema de determinación independiente de los EPs, que sea conforme con el Enfoque Autorizado 2008.

Para determinar los beneficios de un EP en el sistema peruano solamente se sigue el sistema conglobante para la determinación de las rentas de las personas jurídicas domiciliadas en el Perú, con la diferencia de que el EP<sup>38</sup> solamente tributa por su renta gravada que tenga su fuente en el Perú.

Así pues, en la legislación peruana, verificada la existencia de un EP según lo establecido en el artículo 14-B de la LIR, se configura un sistema de gravamen para el sujeto no domiciliado, el cual es similar al aplicable a las personas jurídicas domiciliadas en el Perú. En caso no hubiera EP del sujeto no domiciliado, las rentas de fuente peruana que obtenga se encontrarán gravadas en el Perú mediante el sistema de retenciones, en el cual el pagador de la renta tiene la obligación de retener un importe de la contraprestación y entregarlo a la Administración Tributaria.

Al respecto, Durán sostiene que “en la legislación interna del estado contratante, la noción de EP normalmente sirve para establecer el modelo de administración de gravamen, esto es si se aplica el modelo conglobante (cuando es considerado como EP), o el modelo analítico o de retención en fuente (cuando no lo es)” (2008, p. 248).

---

<sup>38</sup> Existen otras a diferencia de otras legislaciones como la legislación española en donde el EP grava por renta de fuente mundial

En cuanto al primer modelo (el conglobante), este es aplicable cuando un sujeto no domiciliado genera rentas de fuente local en un país a través de un EP, de modo que se encuentra obligado a pagar tributos y cumplir con las obligaciones formales de los domiciliados (Durán, 2008, p. 431). De otro lado, el modelo analítico es aplicable cuando los sujetos no domiciliados generan rentas de fuente nacional sin EP de por medio, de modo que se establecen retenciones en la fuente por parte de los compradores o usuarios del no domiciliado (Durán, 2008, p. 431).

De la misma manera, García Schreck (2010, p. 35) señala que a nivel peruano existe una dualidad en el tratamiento del régimen de tributación de los sujetos no domiciliados. Así, si las rentas se obtienen mediante EP, el sujeto no domiciliado tributará por la totalidad de rentas de fuente peruana atribuibles a dicho EP, de conformidad con las reglas aplicables para personas jurídicas domiciliadas; en cambio, si las rentas de se obtienen sin EP de por medio, el no domiciliado será gravado aisladamente por cada renta obtenida bajo el mecanismo de la retención en la fuente(García Schreck, 2010, p. 35).

No obstante, debe tomarse en cuenta que en el contexto de la aplicación del artículo 7 de un CDI, esta disposición convencional, como ya indicamos, no puede alterar el régimen fiscal que se aplica a los EPs según el derecho interno, de modo que los beneficios atribuibles al EP deben de tributar de acuerdo a las disposiciones de la legislación interna del país donde se encuentre el EP (García Schreck, 2010, p. 44). En ese sentido, García Schreck (2010, p. 44) concluye que verificada la existencia de un EP según un CDI, ello significa que las rentas de fuente peruana que sean gravadas por la LIR y que obtenga el EP tributarán en el país de modo idéntico al régimen de tributación de las personas jurídicas domiciliadas,

Así pues, con relación al régimen de tributación de las personas jurídicas domiciliadas, la LIR no ha acogido ninguno de los criterios recomendados por la OCDE para la atribución del Capital Libre al EP para efectos de la determinación de

los beneficios. El único límite para la deducción de intereses en la LIR es el señalado en el inciso a) del artículo 37 de dicho cuerpo normativo. Comúnmente se ha conocido a este límite como la regla de subcapitalización en la LIR.

Dicho con palabras de Palao (2005, p. 809), la subcapitalización se da cuando el capital de una sociedad es inferior al que se considera adecuado para esta, siendo que la inadecuación se puede dar por las siguientes razones: (i) la sociedad carece de recursos financieros necesarios para su funcionamiento (en donde se habla de subcapitalización material); o, (ii) aunque la sociedad posee tales recursos, estos no constituyen fondos propios -provenientes de aportaciones de socios-, sino que son fondos provenientes de préstamos o de financiación ajena (en donde se habla de subcapitalización formal).

Para efectos tributarios la subcapitalización formal llama la atención pues la financiación (inadecuada) de la sociedad mediante préstamos en lugar de capital propio genera ventajas fiscales que los ordenamientos tributarios consideran inaceptables (Palao, 2005, p. 809). Estas ventajas fiscales, como señala Palao (2005, p. 810), se originan en el tratamiento tributario distinto de las retribuciones de los fondos propios (las cuales producen dividendos) de las retribuciones de los préstamos (las cuales producen intereses), las cuales generan una disminución en la recaudación fiscal.

En nuestro sistema tributario peruano, existen efectos tributarios disímiles para el financiamiento realizado a través de aportaciones de capital y el financiamiento realizado mediante préstamos, los cuales podrían generar las ventajas fiscales a que hace referencia la doctrina antes citada.

De un lado, cuando una sociedad domiciliada se financia con aportaciones de capital de los socios, estos recibirán dividendos solo después de que a los ingresos obtenidos por la sociedad se hayan deducido los gastos y costos necesarios, a fin de

determinar el monto de la utilidad. Inclusive, antes de pagar los dividendos primero se debe de gravar la renta neta de la sociedad con la tasa del IR ascendente al 29.5% según el artículo 55 de la LIR<sup>39</sup>.

Asimismo, como vimos en el primer capítulo, el capital de una sociedad constituye la garantía de los socios frente a los acreedores de esta, de modo que, ante la liquidación de esta, lo primero que se paga son todas las deudas de los acreedores de la sociedad (laborales, civiles y otros) y finalmente se devuelve el capital al accionista. Si el monto devuelto al accionista es superior al capital otorgado, dicho exceso calificará como dividendo según el artículo 24-A de la LIR<sup>40</sup>.

De este modo, una vez recibidos los dividendos (sea en el momento de la distribución de utilidades o en la liquidación de la sociedad), estos se encontrarán gravados con las siguientes tasas: (i) 5% para las personas naturales domiciliadas, de acuerdo con el artículo 52-A de la LIR<sup>41</sup>; (ii) 5% para las personas naturales no domiciliadas, según el artículo 54 de la LIR<sup>42</sup>; y (iii) 5% para las personas jurídicas no domiciliadas, acorde al artículo 56 de la LIR<sup>43</sup>.

De otro lado, cuando una sociedad domiciliada se financia mediante préstamos, los intereses que genera el préstamo son conceptos deducibles de la determinación del IR de tercera categoría de dicha sociedad. En cambio, los dividendos no forman parte

---

<sup>39</sup> De conformidad con el artículo 55 de la LIR, el IR a cargo de los perceptores de rentas de tercera categoría (que incluye a las sociedades domiciliadas en el país) se determina aplicando la tasa del 29.5% sobre su renta neta.

<sup>40</sup> Según el inciso d) del artículo 24 de la LIR, se considera dividendo a la diferencia entre el valor nominal de los títulos representativos del capital (lo cual incluye a las acciones) y los importes que perciban los socios en la oportunidad que opere la liquidación de la persona jurídica.

<sup>41</sup> El artículo 52-A de la LIR regula la tasa del IR correspondiente a las personas naturales por sus rentas del capital. El último párrafo de dicho artículo establece que para los dividendos y cualquier otra forma de distribución de utilidades, la tasa del IR es del 5%.

<sup>42</sup> El artículo 54 de la LIR señala que las personas naturales no domiciliadas en el país estarán sujetas al IR por sus rentas de fuente peruana con la tasa del 5% por concepto de dividendos y otras formas de distribución de utilidades.

<sup>43</sup> El artículo 56 de la LIR señala que las personas jurídicas no domiciliadas en el país estarán sujetas al IR por sus rentas de fuente peruana con la tasa del 5% por concepto de dividendos y otras formas de distribución de utilidades.

de la determinación de los gastos deducibles de la sociedad, pues estos se determinan una vez que la sociedad ha determinado su renta neta (deduciendo costos y gastos) y determinado el monto del IR correspondiente. Así pues, al ser deducibles los intereses por concepto del préstamo, la sociedad domiciliada no considera estos en la renta neta gravada con la tasa del 29.5% correspondiente al IR de tercera categoría.

Asimismo, ante la liquidación de la sociedad, los intereses de las deudas por préstamos tienen un orden de prelación superior a los dividendos que les podrían corresponder a los accionistas. Así pues, a diferencia de un inversionista que tiene que esperar la determinación anual de la empresa (considerando rentas, costos y gastos) para verificar si tendrá o no dividendos, un prestamista solamente espera que se le paguen los intereses correspondientes al préstamo efectuado según su cronograma de pagos.

De esta manera, los intereses pagados a los prestamistas se encontrarán gravados con las siguientes tasas: (i) 6.25% para las personas naturales domiciliadas, de acuerdo con el artículo 52-A de la LIR<sup>44</sup>, en cuyo caso la tasa efectiva es del 5% sobre el monto de los intereses toda vez que el artículo 36 de la LIR<sup>45</sup> permite de una deducción del 20%; (ii) 4.99% para las personas naturales no domiciliadas, según el artículo 54 de la LIR<sup>46</sup>; (iii) para las personas jurídicas domiciliadas en el país los intereses se considerarían en su renta neta, la cual grava con la tasa del 29.5% según

---

<sup>44</sup> El artículo 52-A de la LIR regula la tasa del IR correspondiente a las personas naturales por sus rentas del capital. El primer párrafo de dicho artículo establece que para las rentas del capital (como los intereses) la tasa del IR es del 6.25%.

<sup>45</sup> Conforme al artículo 36 de la LIR, para establecer la renta neta de segunda categoría (la cual comprende a los intereses), se deducirá de todo concepto el 20% del total de la renta bruta.

<sup>46</sup> El artículo 54 de la LIR señala que las personas naturales no domiciliadas en el país estarán sujetas al IR por sus rentas de fuente peruana con la tasa del 4.99% por concepto de intereses cuando los pague o acredite un generador de rentas de tercera categoría domiciliado en el país.

el artículo 55 de la LIR; y (iv) 4.99% para las personas jurídicas no domiciliadas, acorde al artículo 56 de la LIR<sup>47</sup>.

A continuación, resumimos el tratamiento fiscal disímil entre los financiamientos con fondos propios y con préstamos en la LIR:

**Cuadro 10**

<b>Financiamiento con fondos propios (aportaciones de capital)</b>	<b>Financiamiento con préstamos (endeudamiento)</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Genera dividendos no deducibles para la persona jurídica domiciliada.</li> <li>• Los dividendos se calculan después de deducidos los gastos, costos y determinado el IR sobre la renta neta de la persona jurídica, la cual grava con la tasa del 29.5%.</li> <li>• El capital y los dividendos del accionista es lo último que se devuelve en la liquidación de la persona jurídica.</li> <li>• Gravan con la tasa del 5% para persona naturales domiciliadas y no domiciliadas, así como para personas jurídica no domiciliadas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Genera intereses deducibles para la persona jurídica domiciliada. El monto deducido se excluye de la renta neta gravada con 29.5%.</li> <li>• Los intereses se pagan conforme a su cronograma de pagos y no están sujetos a la determinación de la renta neta de la persona jurídica.</li> <li>• La deuda del prestamista tiene preferencia sobre otras deudas (incluyendo la deuda del capital y los dividendos).</li> <li>• Gravan con la tasa de 5% de tasa efectiva para personas naturales domiciliadas, 4.99% para personas naturales y jurídica no domiciliadas y se incluye en la renta neta de las personas jurídicas domiciliadas, la cual podría gravar con la tasa del 29.5%.</li> </ul>

<sup>47</sup> El artículo 56 de la LIR señala que las personas jurídicas no domiciliadas en el país estarán sujetas al IR por sus rentas de fuente peruana con la tasa del 4.99% por concepto de intereses provenientes de créditos externos.

Como se observa, el tratamiento de los intereses es más favorable, en términos de consecuencias jurídicas, para el prestamista que el tratamiento de los dividendos para el accionista que invierte en su empresa. Fundamentalmente, uno de los cambios más resaltantes es el tema de la deducibilidad: los dividendos se calculan después de haberse determinado la renta neta (considerando costos y gastos), por lo que los dividendos no son deducibles para efectos del IR; los intereses, por su lado, son conceptos deducibles que se encuentran comprendidos en la determinación de la renta neta de la sociedad que paga los intereses. Este tratamiento podría generar un riesgo de subcapitalización formal, toda vez que las personas jurídicas domiciliadas en el Perú, afectas al IR, podrían preferir financiarse a través préstamos de terceros en lugar de fondos propios o aportes de capital, lo que generaría que dicha persona jurídica tenga un capital inadecuado para sus actividades.

De hecho, en el documento denominado Exposición de Motivos del DL 1424 (el cual modificó la regla de deducción de intereses) se señala lo siguiente:

Las normas del IR otorgan un tratamiento diferente al rendimiento de la deuda y del capital; así los gastos financieros generados con ocasión de la deuda son deducibles, mientras que los dividendos u otra forma de distribución de utilidades no lo son. Esta diferencia puede afectar la decisión que los contribuyentes tomen respecto de la proporción de deuda/capital con la que financiarán a una empresa.

En efecto, a fin de aprovechar las ventajas tributarias y sin tener en cuenta razones empresariales, los contribuyentes pueden optar por realizar aportes de capital encubiertos mediante la asignación de recursos a una empresa bajo la modalidad de un préstamo.



Atendiendo a tal circunstancia, el inciso a) del artículo 37 de la LIR establece una regla para limitar la deducción de intereses de las personas jurídicas domiciliadas, a fin de luchar contra los riesgos de subcapitalización. Este inciso inicialmente solo limitaba la deducción de intereses provenientes de endeudamientos con partes vinculadas<sup>48</sup>, pero en el 2018 se realizó un cambio normativo en dicho inciso para

---

<sup>48</sup> Los sujetos o entidades que califican como partes vinculadas en la LIR se encuentran detallados en el artículo 24 del RLIR. Dicho artículo señala lo siguiente:

Artículo 24.- Partes Vinculadas.

Para efecto de lo dispuesto en la Ley, se entenderá que dos o más personas, empresas o entidades son partes vinculadas cuando se dé cualquiera de las siguientes situaciones:

1. Una persona natural o jurídica posea más del treinta por ciento (30%) del capital de otra persona jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.
2. Más del treinta por ciento (30%) del capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.
3. En cualesquiera de los casos anteriores, cuando la indicada proporción del capital pertenezca a cónyuges entre sí o a personas naturales vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
4. El capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca, en más del treinta por ciento (30%), a socios comunes a éstas.
5. Las personas jurídicas o entidades cuenten con uno o más directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos y/o comerciales que se adopten.
6. Dos o más personas naturales o jurídicas consoliden Estados Financieros.
7. Exista un contrato de colaboración empresarial con contabilidad independiente, en cuyo caso el contrato se considerará vinculado con aquellas partes contratantes que participen, directamente o por intermedio de un tercero, en más del treinta por ciento (30%) en el patrimonio del contrato o cuando alguna de las partes contratantes tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, comerciales u operativos que se adopten para el desarrollo del contrato, caso en el cual la parte contratante que ejerza el poder de decisión se encontrará vinculado con el contrato.
8. En el caso de un contrato de colaboración empresarial sin contabilidad independiente, la vinculación entre cada una de las partes integrantes del contrato y la contraparte deberá verificarse individualmente, aplicando alguno de los criterios de vinculación establecidos en este artículo. Se entiende por contraparte a la persona natural o jurídica con la que las partes integrantes celebren alguna operación con el fin de alcanzar el objeto del contrato.
9. Exista un contrato de asociación en participación, en el que alguno de los asociados, directa o indirectamente, participe en más del treinta por ciento (30%) en los resultados o en las utilidades de uno o varios negocios del asociante, en cuyo caso se considerará que existe vinculación entre el asociante y cada uno de sus asociados. También se considerará que existe vinculación cuando alguno de los asociados tenga poder de decisión en los aspectos financieros, comerciales u operativos en uno o varios negocios del asociante.
10. Una empresa no domiciliada tenga uno o más establecimientos permanentes en el país, en cuyo caso existirá vinculación entre la empresa no domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes y entre todos ellos entre sí.
11. Una empresa domiciliada en territorio peruano tenga uno o más establecimientos permanentes en el extranjero, en cuyo caso existirá vinculación entre la empresa domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes.
12. Una persona natural o jurídica ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de una o más personas jurídicas o entidades. En tal situación, se considerará que las personas jurídicas o entidades influidas están vinculadas entre sí y con la persona natural o jurídica que ejerce dicha influencia. Se entiende que una persona natural o jurídica ejerce influencia dominante cuando, en la adopción del acuerdo, ejerce o controla la mayoría absoluta de votos para la toma de decisiones en los órganos de administración de la persona jurídica o entidad. En el caso de decisiones relacionadas con los asuntos mencionados en el Artículo 126 de la Ley General de Sociedades, existirá influencia dominante de la persona natural o jurídica que, participando en la adopción del acuerdo, por sí misma o con la intervención de votos de terceros, tiene en el acto de votación el mayor número de acciones suscritas con derecho a voto, siempre y cuando cuente con, al menos, el diez por ciento (10%) de las acciones suscritas con derecho a voto.

limitar la deducción de endeudamientos provenientes de partes no vinculadas también. El cambio se realizó a través del DL 1424 -publicado el 13 de setiembre de 2018-, a fin de que pueda incluirse el límite de la deducción de intereses por endeudamientos con partes independientes. Según la Exposición de Motivos del DL 1424 esto se hizo pues existe el riesgo del traslado de beneficios a jurisdicciones de baja imposición entre partes independientes a través de prácticas como el *back to back*<sup>49</sup> o el uso de esquemas para evitar la aplicación de las reglas de vinculación. De este modo, el DL 1424 estableció distintos tratamientos temporales para la deducción de intereses, los cuales detallamos a continuación:

- (i) Régimen transitorio para las deudas constituidas o renovadas hasta el 13 de setiembre de 2018

Se estableció un régimen transitorio para las deudas constituidas o renovadas hasta el 13 de setiembre de 2018. De acuerdo con este régimen, tales deudas se regirán por las mismas reglas vigentes hasta el antes de la publicación del DL 1424. En otras palabras, durante los años 2019 y 2020, en el caso de intereses por deudas constituidas o renovadas hasta el 13 de setiembre de 2018, no se permitía la deducción de intereses derivados de deudas con partes vinculadas, en la parte en que en conjunto dicha deuda exceda de 3 veces el patrimonio neto al 31 de diciembre del ejercicio anterior o 3 veces su patrimonio inicial en caso de empresas constituidas en el mismo ejercicio.

De esta manera, la deducción de intereses por deudas constituidas o renovadas hasta el 13 de setiembre de 2018 con partes independientes, no se encontraba sujeta a limitación en los intereses deducibles.

---

<sup>49</sup> En esta práctica se utiliza a un tercero como intermediario entre el endeudamiento entre dos partes vinculadas. De tal modo que una sociedad realiza un depósito a un tercero independiente con el objeto de que este financie con tales fondos a una entidad vinculada a la primera sociedad.

- (ii) Régimen transitorio para las deudas con partes vinculadas o terceros solo para los ejercicios 2019 y 2020

En el caso de deudas constituidas o renovadas a partir del 14 de setiembre de 2018, solo serían deducibles los intereses cuando tales endeudamientos no excedan de 3 veces el patrimonio neto del deudor al cierre del ejercicio anterior o 3 veces su patrimonio inicial en caso de empresas constituidas en el mismo ejercicio. De este modo, no eran deducibles los intereses que correspondan al exceso de endeudamiento que resulte de la aplicación de dicho coeficiente.

Si bien la regla límite de deducción de intereses es similar al régimen anterior, en este caso debe el límite de endeudamiento no está referido únicamente a los créditos con partes vinculadas sino en general a cualquier crédito o financiamiento recibido, sea de partes vinculadas o no.

- (iii) Régimen definitivo para todas las deudas a partir del ejercicio 2021, sin importar cuándo fueron constituidas o renovadas

Desde el 1 de enero de 2021, no son deducibles los intereses netos en la parte que excedan el 30% del EBITDA del ejercicio anterior. Para tal efecto se debe considerar lo siguiente:

- i. Se entiende por “interés neto” al monto de gastos por intereses causales que excedan los ingresos por intereses gravados con el IR.
- ii. EBITDA no es el EBITDA financiero sino la renta neta calculada luego de compensadas las pérdidas de ejercicios anteriores, más los intereses netos, la depreciación y la amortización que hubiesen sido deducidos para la determinación de la renta neta del ejercicio.

Sin embargo, los intereses netos que no resulten deducibles en el ejercicio por exceder el límite antes indicado podrán ser adicionados a los 4 ejercicios siguientes, junto con los intereses netos del ejercicio correspondiente. Así, los intereses netos no deducidos en un ejercicio deberán sumarse con el interés neto del ejercicio siguiente y solo serán deducibles en la parte que no exceda del 30% del EBITDA.

En caso el contribuyente tenga ingresos por intereses exonerados o inafectos del IR, solo son deducibles los gastos por intereses determinados según la regla mencionada en este numeral, en la parte que excedan el monto de los ingresos por intereses exonerados e inafectos del IR.

Pues bien, a pesar de que en la doctrina nacional se conoce a este límite en la deducción de intereses como una regla de lucha contra la subcapitalización, dicha regla no es conforme con los criterios autorizados del Enfoque Autorizado 2008 para la atribución de Capital Libre a una sociedad. Conforme vimos en este apartado, los criterios recomendados por la OCDE para determinar el Capital Libre de un EP son los siguientes: (i) el criterio de atribución de capital; (ii) el criterio de atribución del capital económico; (iii) el criterio de subcapitalización; y, (iv) el criterio del régimen de protección.

Ninguno de estos criterios se encuentra recogido normativamente en la LIR, ni en el RLIR. La única regla que existe a la fecha es la limitación de los intereses en función del EBITDA tributario del EP, según la cual los intereses deducibles del EP (en tanto califica como persona jurídica domiciliada que genera renta de tercera categoría) no pueden superar el 30% del EBITDA tributario del ejercicio anterior.

De esta manera, la LIR contiene una regla de limitación a la deducción de intereses particular y propia, pero el inciso a) del artículo 37 no responde a ninguno de los criterios autorizados por la OCDE para la atribución de Capital Libre por las siguientes

razones: (i) no responde al criterio de atribución de capital pues el inciso en cuestión no limita los intereses del EP en función de la proporción de los activos y riesgos asumidos del EP frente a su Matriz; (ii) tampoco responde al criterio de atribución de capital económico dado que no se realiza una valoración de todos los riesgos del EP, sino pues lo único que se mide es el EBITDA tributario; (iii) no responde al criterio del régimen de protección pues no se limitan los intereses según los requerimientos mínimos de capital establecidos para entidades reguladas; y (iv) no se sigue el criterio de subcapitalización de la OCDE, dado que no se realiza un análisis de comparabilidad con empresas que realizan actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones en el país del EP a fin de determinar, según los activos y riesgos del EP, el importe de financiación de plena competencia que podría necesitar el EP para luego, en función a los ratios de deudas a fondos propios de empresas independientes, distribuir dicho importe de financiación entre deuda con intereses y Capital Libre.

Como puede notarse, en la legislación interna peruana no se han recogido los criterios de atribución de Capital Libre para EPs del Enfoque Autorizado 2008. En la legislación peruana solamente existe una regla que limita la deducción de intereses para luchar contra los riesgos de capitalización inadecuada de las personas jurídicas domiciliadas, según la cual solo se permite la deducción de los intereses netos hasta la suma del 30% del EBITDA tributario del ejercicio anterior. Dado que el régimen de tributación de los EPs es el régimen de las personas jurídicas domiciliadas, dicha regla de limitación de intereses también resultaría aplicable a un EP, de modo que un EP no podría financiarse mediante endeudamientos con intereses por sumas que excedan el 30% de su EBITDA tributario del ejercicio anterior.

## **V. TERCER CAPÍTULO: INTERPRETACIÓN DE CDI Y APLICACIÓN DEL ENFOQUE AUTORIZADO**

Sobre el asunto de los CDI, es importante tomar en cuenta la ubicación de estos acuerdos en nuestro sistema de fuentes nacional. De acuerdo al TC, en la Sentencia Recaída en el Expediente No. 00047-2004-AI, los tratados son:

Los tratados son expresiones de voluntad que adopta el Estado con sus homólogos o con organismos extranacionales, y que se rigen por las normas, costumbres y fundamentos doctrinarios del derecho internacional. En puridad, expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, es decir, entre Estados, organizaciones internacionales, o entre estos y aquellos.

Asimismo, dicha sentencia señala que los tratados son fuente normativa porque la Constitución así lo dispone y no porque se produzcan internamente, siendo que el artículo 55 de la CPP establece la técnica de recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano. Dicho artículo señala lo siguiente:

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

En ese sentido, a través del referido artículo se produce la integración o recepción normativa del tratado al ordenamiento jurídico peruano.

Asimismo, el artículo 56 de la CPP establece el procedimiento aplicable para la integración de un tratado al ordenamiento jurídico peruano en determinadas materias. Así pues, una vez un tratado sea celebrado por el Estado peruano, se debe seguir el procedimiento seguido en este artículo:

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

1. Derechos Humanos.

2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa Nacional.
4. Obligaciones financieras del Estado.

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

En el caso de los CDIs, se sigue el procedimiento seguido en este artículo para que el contenido de las disposiciones de estos tratados sea aprobado e incorporado al ordenamiento jurídico peruano. Por ello, una vez celebrado un CDI por el Estado peruano, lo que corresponde es que sea aprobado por el Congreso (después de una discusión realizada entre los congresistas sobre su pertinencia) y, posteriormente, debe ser ratificado por el Estado peruano.

Debe notarse que los CDIs siguen el procedimiento de este artículo, no porque se trate de un tratado que crea, modifica o suprime tributos pues los CDIs no regulan nuevos supuestos de imposición. Se aplica el procedimiento de este artículo 56 pues la materia que tocan afecta un tema de soberanía Estatal (la soberanía sobre la potestad de imposición tributaria). Ello ha sido reconocido en los informes que prepara el Ministerio de Relaciones Exteriores (en concreto, la Dirección General de Tratados) cuando evalúa la celebración de un CDI. Así, por ejemplo, en el Memorándum (DGT) No. DGT0548/2013, elaborado por la Dirección General de Tratados con relación a la celebración del CDI con la República de Corea, se ha señalado lo siguiente en cuanto a la vía de perfeccionamiento:

Luego del estudio y análisis correspondiente, la Dirección General de Tratados concluye que el “Convenio entre la República de Corea y la República del Perú para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en relación con los Impuestos sobre la Renta” y su Protocolo que constituye parte del mismo, firmados el 10 de mayo de 2012, en la ciudad de Seúl, República de Corea, versan sobre la potestad

tributaria del Estado, lo cual se enmarca en el supuesto de soberanía previsto en el numeral 2 del artículo 56 de la Constitución Política del Perú.

En efecto, como quiera que el Convenio establece criterios a partir de los cuales el Perú y la República de Corea definen los alcances de sus potestades tributarias en lo que se refiere a los impuestos que graven la renta en sus respectivos países, y esta potestad se constituye en un atributo propio de la soberanía estatal, corresponde que este instrumento sea, en primer término, aprobado por el Congreso de la República mediante resolución legislativa, y luego ratificado internamente por el Presidente de la República mediante decreto supremo.

Dicho esto, en este capítulo definiremos la aplicación del Enfoque Autorizado 2008 (publicado el 17 de julio de 2008) en los CDIs celebrados por el Estado peruano y, en concreto, la aplicación de la figura del Capital Libre. Como ya vimos, todos los CDIs peruanos contienen la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE y no siguen las disposiciones especiales del artículo 7 del MC ONU. A nuestros propósitos, es importante señalar las fechas de celebración y aprobación de los CDIs peruanos junto con la indicación de si fueron celebrados antes o después del Enfoque Autorizado 2008:

**Cuadro 11**

CDI	Aprobación	Ratificación	Efectos del convenio en Perú	Enfoque Autorizado 2008
Perú-Brasil	RL No. 29233 (21/05/2008)	DS No. 019-2008-RE	01/01/2010	Antes del AOA 2008
Perú- Canadá	RL No. 27904 (05/01/2003)	DS No. 022-2003-RE	01/01/2004	Antes del AOA 2008
Perú-Chile	RL No. 27905 (06/01/2003)	DS No. 005-2003-RE	01/01/2004	Antes del AOA 2008
Perú-Corea	RL No. 30140 (27/12/2013)	DS No. 004-2014-RE	01/01/2015	Después del AOA 2008
Perú-Japón	RL No. 31098 (29/12/2020)	DS No. 060-2020-RE	01/01/2022	Después del AOA 2008



Perú-México	RL No. 30144 (28/12/2013)	DS No. 003-2014-RE	01/01/2015	Después del AOA 2008
Perú- Portugal	RL No. 30141 (27/12/2013)	DS No. 009-2014-RE	01/01/2015	Después del AOA 2008
Perú-Suiza	RL No. 30143 (28/12/2013)	DS No. 008-2014-RE	01/01/2015	Después del AOA 2008

Como puede notarse, la mayoría de los CDIs fueron ratificados después de la publicación del Enfoque Autorizado 2008. Los que fueron ratificados antes de la publicación del Enfoque Autorizado 2008, se ratificaron cuando la OCDE estaba preparando y desarrollando su posición definitiva sobre la atribución de beneficios a EPs. Si bien la OCDE ha publicado borradores e informes desde el 2001 con relación a la atribución de beneficios (como vimos en el punto 5.2.2), la versión definitiva del Enfoque Autorizado 2008 se publicó el 17 de julio de 2008. No obstante lo mencionado, todos los CDIs peruanos fueron celebrados tomando en cuenta la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE. Incluso los CDIs que fueron ratificados después de la publicación del Enfoque Autorizado 2008 o más de 10 años después como en el caso del CDI Perú-Japón no contienen la nueva versión del artículo 7 del MC OCDE, sino la antigua.

Así pues, de acuerdo con la posición de la OCDE, para la interpretación del artículo 7 de los CDIs peruanos (basados en la redacción anterior del artículo 7), se debería tomar en cuenta los Comentarios MC OCDE publicados antes de la modificación completa del artículo 7 del MC OCDE en el 2010 (es decir, se debería utilizar la versión MC OCDE 2008). Ello pues los Comentarios MC OCDE 2008 recogen los asuntos que no entrarían en conflicto con el criterio autorizado por la OCDE para la atribución de beneficios a un EP. Asimismo, se debería utilizar el Enfoque Autorizado 2008, pero el uso de este documento se debería realizar con cuidado y siempre que lo indicado en este reporte no entre en conflicto con lo comentado para el artículo 7 en los Comentarios MC OCDE 2008.

Nuestra postura es que no es posible realizar una aplicación directa del Enfoque Autorizado 2008 al momento de interpretar el artículo 7 de los CDIs peruanos. Esto se debe a muchas razones que resumimos a continuación:

- (i) El Enfoque Autorizado 2008 realiza una modificación sustancial del sistema de atribución de beneficios a EPs, en el sentido que profundiza, en el más amplio sentido, la aplicación del principio de plena competencia;
- (ii) Las modificaciones sustanciales del Enfoque Autorizado 2008 que se incluyeron en los Comentarios MC OCDE 2008 y que interpretan la versión antigua del artículo 7 de este modelo (como la regla del Capital Libre) no pueden incluirse en los CDIs peruanos;
- (iii) Los Comentarios MC OCDE, si bien son *soft law*, solo pueden ser utilizados como doctrina jurídica al momento de dotar de contenido a los artículos de los CDIs peruanos que fueron celebrados siguiendo este modelo;
- (iv) Los Comentarios MC OCDE no pueden determinar el criterio interpretativo final del artículo 7 de los CDIs peruanos pues estos comentarios fueron realizados sin la participación del Estado peruano
- (v) El Congreso ha rechazado un CDI en el pasado que condicionaba su interpretación a estos comentarios;
- (vi) Para que sea aplicable este enfoque, se debería realizar una modificación del artículo 7 de los CDIs peruanos a fin de que recojan la nueva versión de este artículo;
- (vii) Asimismo, se requeriría incluir en la legislación interna un régimen de determinación de renta de los EPs que sea conforme al Enfoque Autorizado 2008.

En este capítulo desarrollaremos estos argumentos, considerando los temas y conceptos previos de los capítulos previos y los temas que incorporemos en este capítulo. Para efectos de desarrollar los argumentos, en este capítulo desarrollaremos los siguientes temas: (i) los Comentarios MC OCDE como manifestación del *soft law*; (ii) reglas particulares de aplicación de CDIs; e, (iii) interpretación de CDIs.

#### **6.1. Los Comentarios MC OCDE como manifestación del *soft law* en el Derecho Tributario**

Para introducir el tema del *soft law* es importante introducir el concepto de fuente del derecho. En palabras de Guastini (2016, p. 100), fuente es toda clase de actos autorizados a producir normas, de modo que entre fuente y norma<sup>50</sup> existe un estrecho lazo conceptual. En relación a la importancia del concepto de fuente, Aguiló (2015, pp. 1024–1025) señala que dicho concepto permite identificar la juridicidad de una norma y, a su vez, el lugar que ocupa la norma dentro de la jerarquía normativa, lo cual conlleva a reconocer sus condiciones de validez, el proceso de modificación y la forma de solución de conflictos con otras normas.

Desde la posición de Aguiló (2015, pp. 1025–1026), existen dos aproximaciones a la noción de fuente: para la primera noción, las fuentes del derecho son el origen (hechos o actos jurídicos como las costumbres o las leyes) de las normas jurídicas o los creadores/generadores de normas jurídicas generales; para la segunda noción - aplicable en los sistemas del *Common Law*- , el concepto de fuente es más amplio que la noción anterior pues pueden haber normas jurídicas cuyo origen no se sitúe en hechos o actos jurídicos.

Si bien ya hemos definido lo que se entiende por fuente y la utilidad de dicho concepto, debe notarse que tal concepto de fuente tiene dos vertientes. De acuerdo con Guastini (2016, pp. 100–104), podemos dichas dos vertientes o conceptos particulares de fuente son los siguientes:

- (i) Concepto material de fuente. – Fuente de Derecho es todo acto que produzca normas, sin importar el nombre del acto, su procedimiento de formación o el órgano del cual emana. Sobre este concepto de fuente, debe notarse que las normas producidas deben ser aquellas que cumplan con el concepto de norma. Por ello, para determinar si un acto es o no fuente de derecho no se

---

<sup>50</sup> Según Guastini (Guastini, 2016, pp. 48–54)(2016, p. 48), la norma jurídica es una prescripción (contiene un mandato de hacer o de omitir), dotada de estructura condicional (con un antecedente y un consecuente) y de contenido general (referido a una clase de supuesto de hecho y no a un hecho en particular) y abstracto (aplicable para supuestos de hechos futuros y no hechos pasados ya identificados).

puede decidir solo en base a elementos formales (como el nombre del acto, el órgano o el procedimiento), sino pues debe determinarse si el contenido que genera dicho acto es normativo o, en otras palabras, si el contenido es general y abstracto.

- (ii) Concepto formal de fuente. – Fuente de Derecho es todo acto que esté autorizado a producir normas, sea cual fuere su contenido. Por ello, para determinar si un acto es fuente de Derecho importa analizar si en el ordenamiento jurídico existe una norma sobre la producción jurídica que autoriza a dicho acto a la creación de normas. Así, según esta concepción, los criterios de identificación de fuente son formales como el nombre del acto, el órgano o el procedimiento de formación.

Como anotamos pues, si bien fuente es todo acto que produce normas, no hay solo una concepción con la que se aterriza dicho concepto. Por un lado, para la concepción material, importa si ese acto crea efectivamente normas (generales y abstractas) y, por otro lado, para la concepción formal, importa si el acto está formalmente autorizado para la creación de normas, sin importar su contenido o si estas son generales y abstractas.

De cualquier manera, es importante señalar que ningún ordenamiento toma partido en exclusiva para alguna de estas dos concepciones de fuente. Como concluye el propio Guastini (2016, p. 104), la concepción ampliamente dominante es una postura mixta, de modo que: (i) siguiendo un criterio formal, fuente es todo acto que está autorizado a producir norma (incluso cuando no tienen contenido normativo); y, (ii) siguiendo un criterio material, fuente es todo acto que, de hecho, produce normas (generales y abstractas), incluso si no existe ninguna norma sobre la producción jurídica que autorice a producir tales normas.

Es importante señalar que debe diferenciarse entre el concepto de fuente como acto productor del concepto de fuente como elemento que ayuda a la interpretación. Como

señala Durán (2014, p. 49), el Derecho se organiza a través de un sistema de fuentes productoras de Derecho, las cuales deben estar reconocidas en la constitución política. El mismo autor (Durán, 2014, pp. 49–50) diferencia las fuentes productoras de las fuentes de interpretación, las cuales son siempre una creación del Derecho estatal, de modo que se incluye a la jurisprudencia (criterios jurisdiccionales con carácter vinculante para todos los intérpretes), la doctrina de los tribunales (criterios repetidos en fallos de órganos jurisdiccionales) y la doctrina de los órganos administrativos (criterios de interpretación de órganos estatales no jurisdiccionales).

Dicho ello, en los últimos años, a consecuencia de la globalización de las economías del mundo, han surgido entidades supranacionales que emiten recomendaciones jurídicas no vinculantes para los distintos países del mundo a fin de enfrentar conjuntamente los nuevos desafíos de este proceso de globalización. Justamente estos desafíos de la globalización se producen porque -gracias a este fenómeno- han aparecido nuevas formas de relación social que han quedado huérfanas de control jurídico (Aguiló, 2015, p. 1063).

Como señala Altamirano (2012, p. 822), hay una realidad global que influye decididamente sobre el Derecho tributario debido a que la realidad económica internacional generada por la globalización y por esa razón es que se dan políticas tributarias supranacionales (provenientes de organismos internacionales) que se proyectan sobre los países.

Pues bien, una de las manifestaciones más claras de la globalización es que ha venido a modificar la imagen que tenemos del Derecho y sus fuentes (Aguiló, 2015, p. 1064). En ese sentido, la globalización ha generado la existencia del *soft law* como un nuevo fenómeno en los sistemas jurídicos (Durán, 2014, p. 77).

Con *soft law* nos referimos a instrumentos heterogéneos desarrollados en el ámbito del Derecho Internacional que no son jurídicamente vinculantes y que tienen cierta relevancia jurídica al mismo tiempo porque terminan desplegando efectos en la

práctica (Zornoza, 2013, p. 11). En dicha categoría se encuentran, según Zornoza(2013, p. 11), las resoluciones de organizaciones internacionales y de agencias que, sin poseer autoridad normativa, dirigen a sus miembros o terceros recomendaciones que, sin tener eficacia obligatoria, buscan incidir en su comportamiento u orientar sus conducta.

Desde la posición de Duran (2014, pp. 79–80), el término *soft law* comprende: (i) instrumentos con pretensión jurídica, pero sin fuerza vinculante pero con cierta relevancia jurídica; (ii) el instrumento debe tener vocación de incidir o tratar de incidir en las conductas de sujetos y actores internacionales; (iii) instrumentos producidos por entidades supraestatales o paraestatales (entidades privadas de alcance regional o mundial), de modo que tienen raigambre internacional.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que los instrumentos de *soft law* pueden tener 3 tipos de funciones: (i) función pre-legislativa, según la cual el instrumento es usado para la elaboración y preparación de futura legislación en el sistema jurídico; (ii) función post-legislativa, en la cual el instrumento es posterior a la existencia de legislación en el sistema, pero sirve para complementarlo o interpretarlo; y, (iii) función para-legislativa, en la cual el instrumento se usa como una alternativa a la legislación cuando esta no existe o no regula cierta materia (Durán, 2014, p. 81).

Propiamente, estos instrumentos encajan difícilmente en el sistema de fuentes del Derecho Internacional, pero se les otorga cierto papel para reconocer su creciente importancia en el ámbito de las relaciones internacionales (Zornoza, 2013, p. 11). De hecho, como señala Durán (2014, p. 62), existe cierto consenso en señalar como fuentes del derecho internacional a los instrumentos consignados en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>51</sup>. No obstante, en las últimas 5 décadas

---

<sup>51</sup>

Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

dicho sistema de fuentes se empezó a reformular debido a que se incorporaron: el derecho contractual y las herramientas de coordinación fiscal de organismos como la OCDE y otros (Durán, 2015, p. 63).

Con relación a los tratados internacionales (como los CDIs), las herramientas de *soft law* originadas en organismos internacionales tienen cierta funcionalidad. Ello pues facilitan la obtención de consensos internacionales para proporcionar reglas detalladas y estándares técnicos necesarios para la aplicación de estas herramientas y también pueden ser utilizados para establecer una interpretación autorizada (Zornoza, 2013, p. 11).

Durán (2014, p. 86) señala que entre las herramientas de *soft law* en el Derecho Internacional vinculadas al derecho tributario, entre otras, las más relevantes son los Comentarios MC OCDE, las Guías PT y las Normas Internacionales de Información Financiera elaboradas por el International Accounting Standards Board. Estos instrumentos en tanto *soft law* del Derecho Internacional no tienen carácter obligatorio y su cumplimiento no puede ser exigido a través de los mecanismos de solución de conflictos, pero estos instrumentos cumplen un rol importante en las relaciones entre Estados debido a que estos se relacionan en base al principio de buena fe (Durán, 2014, p. 85).

Justamente, en nuestro Derecho nacional, ha existido recepción de instrumentos de *soft law* en materia de interpretación y aplicación de CDIs (Durán, 2014, p. 101). De

---

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

hecho, tanto la SUNAT como el Tribunal Fiscal han resuelto consultas y procedimientos tributarios, respectivamente, citando los Comentarios MC OCDE.

En efecto, por citar algunos, casos, la SUNAT ha emitido los siguientes informes donde absolvió consultas tributarias sobre Derecho Internacional Tributario y en dichos informes acudió al *soft law*:

- (i) Informe No. 204-2001. – En este informe se citaron los Comentarios MC OCDE para definir la forma de conteo del plazo de 183 días establecido en el CDI suscrito entre Suecia y Perú. En este caso se utilizó el instrumento de *soft law* con la función post-legislativa. Asimismo, al citar el instrumento no se señaló si se acude a este a través de las reglas de interpretación de CDIs del propio CDI o de la CVDT, conforme a lo explicado en el apartado 6.3. La cita de este instrumento se realizó porque el artículo 15 del MC OCDE tenía una “redacción similar” a la redacción del artículo XIII del CDI entre Perú y Suecia.
- (ii) Informe No. 30-2007. – En este informe se citaron los Comentarios MC OCDE 1977 para definir el concepto “beneficios” del artículo 7 del CDI entre Perú y Canadá. En este caso se utilizó el instrumento de *soft law* con la función post-legislativa. Asimismo, al citar el instrumento no se señaló si se acude a este a través de las reglas de interpretación de CDIs del propio CDI o de la CVDT, conforme a lo explicado en el apartado 6.3.
- (iii) Informe No. 111-2015. – En este informe se citaron los Comentarios MC OCDE 2010 para desarrollar las cláusulas sobre intercambio de información. En este caso se utilizó el instrumento de *soft law* con la función post-legislativa. Asimismo, al citar el instrumento no se señaló si se acude a este a través de las reglas de interpretación de CDIs del propio CDI o de la CVDT, conforme a lo explicado en el apartado 6.3.
- (iv) Informe No. 021-2019. – En este informe se citaron los Comentarios MC OCDE 2010 para interpretar los términos “beneficios” y “explotación de naves o aeronaves” del artículo 8 del CDI entre Perú y Suiza. En este caso se utilizó el



instrumento de *soft law* con la función post-legislativa. Asimismo, al citar el instrumento sí se realizó un examen de la pertinencia de utilizar los Comentarios MC OCDE como instrumento para interpretación de CDIs.

Así, se cita el Informe No. 326-2018-EF/61.01 de la Dirección General de Política de Ingresos Públicos del MEF y se señala que la doctrina se ha inclinado a sostener que los Comentarios MC OCDE son medios complementarios de interpretación según el artículo 32 de la CVDT. De hecho, en este caso el MEF evidenció que los Comentarios MC OCDE no contradicen las disposiciones del CDI analizado.

- (v) Informe No. 113-2020. – En este informe se citaron los Comentarios MC OCDE para definir el concepto “beneficios” del artículo 7 del CDI entre Perú y México. En este caso se utilizó el instrumento de *soft law* con la función post-legislativa. Asimismo, al citar el instrumento no se señaló si se acude a este a través de las reglas de interpretación de CDIs del propio CDI o de la CVDT, conforme a lo explicado en el apartado 6.3.
- (vi) Informe No. 137-2020. – En este informe se citaron los Comentarios MC OCDE para definir el concepto “beneficios” del artículo 7 del CDI entre Perú y Chile. En este caso se utilizó el instrumento de *soft law* con la función post-legislativa. Asimismo, al citar el instrumento no se señaló si se acude a este a través de las reglas de interpretación de CDIs del propio CDI o de la CVDT, conforme a lo explicado en el apartado 6.3.
- (vii) Informe No. 55-2021. – En este informe se citaron los Comentarios MC OCDE para definir el concepto “beneficios” del artículo 7 de distintos CDIs celebrados por el Perú a fin de verificar si las rentas por servicios digitales de fuente peruana están comprendidas en dicho artículo. En este caso propiamente no se realizó un uso de una herramienta del *soft law*, sino pues para interpretar el concepto de “beneficios” de los CDIs se utilizaron las reglas de interpretación del artículo 31 de la CVDT.

De igual modo, el Tribunal Fiscal ha acudido a instrumentos de *soft law* para resolver casos vinculados a Derecho Internacional Tributario:

- (i) RTF No. 9260-4-2021. – En este caso se discutió la calidad de beneficiario efectivo de un sujeto no domiciliado en el Perú a efectos de la aplicación de la tasa de retención reducida para regalías establecida en el CDI celebrado entre Perú y Chile. En esta resolución se acude a los artículos 31 y 32 para interpretación de tratados de la CVDT y para efectos de utilizar los Comentarios MC OCDE. En este caso se utilizó el instrumento de *soft law* con la función post-legislativa a fin de interpretar el concepto de beneficiario efectivo.
- (ii) RTF No. 3306-9-2020. – En este caso se discutió la calidad de beneficiario efectivo de un sujeto no domiciliado en el Perú a efectos de la aplicación de la tasa de retención reducida para regalías establecida en el CDI celebrado entre Perú y Chile. En esta resolución se acude a los artículos 31 y 32 para interpretación de tratados de la CVDT y para efectos de utilizar los Comentarios MC OCDE. En este caso se utilizó el instrumento de *soft law* con la función post-legislativa a fin de interpretar el concepto de beneficiario efectivo.
- (iii) RTF No. 2755-3-2015. – En este caso se discutió si determinadas rentas obtenidas por sujeto no domiciliado calificaban como rentas provenientes de transporte aéreo en tráfico internacional de conformidad con el CDI celebrado entre Perú y Chile.

De acuerdo a Durán (2014, p. 104) los instrumentos de *soft law* provenientes de organismos internacionales, como es el caso de los Comentarios MC OCDE, se han introducido en la práctica de y manera incorrecta al Derecho nacional a través de la interpretación de los órganos administrativos y de los órganos que administran justicia. Ello se debe a que si estos instrumentos no tienen fuerza vinculante no podrían ser reglas jurídicas del Derecho Tributario y, en ese sentido, el principio de reserva de ley impediría que estos instrumentos sean aplicables, salvo que forman parte de la ley interna de un país o que sean referidas por las normas internas a través de un reenvío (Durán, 2014, p. 105).

Sin perjuicio de lo señalado previamente, es de notarse que la aplicación de instrumentos de *soft law* provenientes de organismos internacionales adolece de muchos cuestionamientos. En relación a los modelos de CDI (como el MC OCDE) se presentan, según García Novoa (2008, p. 14) los siguientes problemas: (i) son elaborados por representantes de estados miembros ante la organización, quienes que no gozan de legitimidad; (ii) la elaboración de estos modelos carece de debate y transparencia de las fuentes normativas clásicas; (iii) estos modelos que tienen pocos medios gozar de coercibilidad debido a la escasa intervención y participación de los Estados en su elaboración; (iv) se introducen a través de fórmulas que no respetan las exigencias de la seguridad jurídica, debido a que los cambios, en el caso del MC OCDE, son introducidos a través de la modificación de los Comentarios MC OCDE; y, (v) la entidad que crea el MC OCDE (que es el Comité Fiscal de la OCDE) no tiene idoneidad para crear principios fiscales de validez universal, pues las decisiones tomadas solo toman en cuenta los intereses de los Estados miembros de la OCDE.

Para los efectos de la postura de esta tesis, no cabe duda de que los Comentarios MC OCDE o el Enfoque Autorizado 2008 (que fue incluido en los Comentarios MC OCDE 2008 de forma parcial y en los Comentarios MC OCDE 2010 de forma absoluta) son instrumentos de *soft law* y no son fuente de Derecho nacional o internacional, en tanto no son documentos que crean o están autorizados a crear normas jurídicas de carácter general y abstracto. Estos instrumentos de *soft law* fueron elaborados por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, de modo que no tienen garantía de legitimidad democrática o representativa, ni tampoco tienen fuerza vinculante para los Estados miembros o no miembros de la OCDE, pero sí tienen cierta relevancia para conocer a mayor amplitud el entendimiento de las cláusulas de los CDIs que siguen el MC OCDE.

Además, en tanto *soft law* son instrumentos con vocación de incidir en los sistemas jurídicos estatales, pero al provenir de la OCDE, solo toman en cuenta las posturas de

los países de dicha organización y por ello, en el mejor de los casos, solo podrían influenciar directamente a los sistemas jurídicos de los países de dicha organización, pero no en países no miembros como el Perú. Si el Estado peruano tiene interés de validar los contenidos de estos instrumentos de *soft law* (los Comentarios MC OCDE y el Enfoque Autorizado 2008), las recomendaciones de dichos instrumentos deben incorporarse en nuestra legislación interna de forma directa (en cuyo caso estaría cumpliendo dichos instrumentos una función pre-legislativa) o a través de normas de reenvío que precisen que para determinar los beneficios de un EP o una sucursal será necesario considerar lo establecido en dichos instrumentos internacionales. De no hacerse ello, por el principio de reserva de ley, sería imposible aplicar los criterios y las recomendaciones de dichos instrumentos de *soft law* para cumplir funciones post-legislativas (para aplicar o interpretar disposiciones) o funciones para-legislativas (para cubrir vacíos o deficiencias en las normas internas).

No obstante, los problemas antes indicados, en el caso de la interpretación de CDIs, como veremos en los siguientes apartados, el recurso a instrumentos de *soft law* como los Comentarios MC OCDE o el Enfoque Autorizado 2008 (que fue incluido en los Comentarios MC OCDE 2008 de forma parcial y en los Comentarios MC OCDE 2010 de forma absoluta) es en cierto modo permitido. Ello se debe a que, como veremos, para la interpretación de los CDIs es importante tomar en cuenta las reglas de interpretación de la CVDT y también los criterios propios de interpretación de CDIs. Por ello, una vez descalificada la posibilidad de usar los Comentarios MC OCDE y el Enfoque Autorizado 2008 como instrumentos de *soft law* vinculantes para el sistema jurídico peruano, queda por analizar si es posible acudir a estas herramientas cuando nos encontremos ante la aplicación e interpretación de un CDI.

## **6.2. Reglas de aplicación de CDIs**

Los CDIs, en tanto tratados bilaterales de dos Estados para solucionar problemas de doble imposición, tienen ciertas características que esenciales en cuanto a su

aplicación. En este apartado, nos concentraremos en dos de estas características: (i) su capacidad de limitar el Derecho interno, pero -al mismo tiempo- la imposibilidad de crear nuevos hechos imposables o modificar aspectos protegidos por la reserva de ley; (ii) la calificación autónoma del CDI que determina que el CDI tiene potestad para calificar institutos o tipos de rentas de acuerdo con sus propias reglas, con independencia de la legislación interna.

#### 6.1.1. CDIs como instrumentos que limitan el Derecho interno y las reglas del Derecho interno peruano

Como ya mencionamos al inicio de este tercer capítulo, los CDIs en el Derecho peruano son incorporados en el ordenamiento interno a través del sistema establecido en nuestra CPP (el cual requiere la aprobación del Congreso de la República y la posterior ratificación del presidente de la República). De este modo, los CDIs se incorporan al Derecho interno, pero como plantea García Novoa, dicha incorporación no puede plantearse en los mismos términos que cualquier otro tratado ratificado por un Estado. En opinión de dicho autor (2008, p. 9), los CDIs tienen una innegable proyección interna (mucho mayor que cualquier otro tipo de tratado), cuya función, relacionada con su contenido -referido al reparto de competencias fiscales-, determina que los CDIs tengan una imbricación intensa con los ordenamientos internos de los países, debido a que dichos ordenamientos son los que definen las competencias que son objeto de armonización de los CDIs.

Según Van Raad, los CDIs generalmente restringen la aplicación del derecho interno de un Estado, sea cuando se trate del Estado de la Fuente o el Estado de Residencia (2002, p. 587). Así pues, en función a este efecto limitativo de los CDIs, al aplicar un CDI primero se debe definir si la renta está gravada en el Estado de la Fuente y, posteriormente, determinar si el CDI limita la renta gravada en el derecho interno de ese Estado (Van Raad, 2002, p. 588).

La primera regla es de vital importancia en el caso de los CDIs pues estos tratados no son cualquier tipo de tratado con disposiciones que no se conectan con el Derecho interno de un Estado. Al contrario, los CDIs contienen reglas que están íntimamente conectadas con las disposiciones internas de los Estados contratantes.

Al respecto, Taveira sostiene que los CDIs están conformados por reglas destinadas a neutralizar divergencias, resolver concursos impositivos existentes entre dos sistemas jurídicos y a la estabilización de la seguridad jurídica para determinar el derecho aplicable (2005, p. 896). Partiendo de ello, las disposiciones de un CDI deben ser entendidas como “reglas modificatorias de las previsiones internas, que actúan adecuando éstas en las relaciones con los residentes de uno u otro Estado contratante, en cuanto a la producción de rentas transnacionales, sus previsiones de repartición de competencias” (Taveira Torres, 2005, p. 896).

Queda claro pues que los CDI cumplen el rol de limitar o restringir el Derecho interno de cada Estado contratante a fin de cumplir con su objetivo de distribuir la facultad de imposición de los Estados. Así pues, existe un gran nivel de coordinación entre el CDI y el Derecho interno, pero debe notarse que esta conexión no es ilimitada.

Como plantea Altamirano, si bien las disposiciones de un CDI se engarzan con las reglas del ordenamiento jurídico interno de los Estados, esto se debe realizar cumpliendo con los requisitos constitucionales exigibles, especialmente el derecho de autoimposición (2012, p. 782). En línea con esta idea, García Prats señala que las relaciones entre el Derecho interno y los CDI se definen en la exigencia constitucional en materia tributaria de cumplir con el principio de reserva de ley, en el entendido de que solo las leyes en sentido formal pueden establecer los elementos esenciales de un tributo<sup>52</sup> (1996, p. 88). En ese sentido, al “no considerarse el CDI como ley en sentido formal se le veta la posibilidad de crear tributos *ex novo*, definiendo sus

---

<sup>52</sup> En el ordenamiento jurídico peruano, según el artículo 74 de la CPP y la Norma IV del Código Tributario, la creación, modificación o eliminación de tributos, así como el establecimiento de la base de cálculo, se puede hacer por Ley o Decreto Legislativo.

elementos esenciales; dicho de otra manera, los CDI no puede ser fuente de obligaciones tributarias primarias” (García Prats, 1996, p. 88).

De este modo, los CDIs solamente limitan o restringen la aplicación del Derecho interno según los criterios de distribución de facultad de imposición, pero no determinan nuevos hechos que podrían estar gravados. Llevando esta idea al caso específico de los EPs, Altamirano deduce lo siguiente:

Elo [la limitación constitucional del derecho de autoimposición] genera que los efectos que produce la existencia de un EP deben ser reglados en la normativa interna de los Estados y ello debido a que el principio de legalidad impide que una norma de directa aplicación haga nacer obligaciones tributarias no previstas en las normas internas. Por ello, los Convenios para evitar la doble imposición no son fuente de soberanía tributaria, sino que se limitan a funcionar como canal de aplicación de la normativa interna de cada Estado o, opuestamente, a impedir su aplicación. (2012, p. 782)

En igual sentido Van Raad resalta que las reglas de tributación de una renta están fijadas por el Derecho interno de un Estado y no por las disposiciones de un CDI y, por ello, dado que la tributación tiene su fuente en el derecho interno, lo que hace un CDI es limitar el alcance de dicha tributación local (2002, p. 588).

Considerando lo señalado previamente, podemos resaltar la importancia de la relación del principio de reserva de ley y los CDIs. Si bien los CDIs están interconectados con la normativa interna -y limitan la aplicación de esta o impiden la aplicación-, estos tratados no pueden transgredir los contornos del principio de reserva de ley. Al respecto, es importante citar la disposición de la Norma IV del Código Tributario sobre este principio:

**NORMA IV: PRINCIPIO DE LEGALIDAD – RESERVA DE LA LEY**

Sólo por Ley o por Decreto Legislativo, en caso de delegación, se puede:

- a) Crear, modificar y suprimir tributos; señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota; el acreedor tributario; el deudor tributario y el agente de retención o percepción, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 10;

Así pues, siguiendo la idea de este apartado, ningún CDI celebrado por el Estado peruano podría transgredir el contenido del principio de reserva de ley y, por tanto, no podría "señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota". Esta disposición refuerza la posición de esta tesis, dado que el artículo 7 de los CDI celebrados por el Estado peruano no podría establecer una base de cálculo particular y distinta para los EP, que no se encuentre recogida normativamente en una Ley o en un Decreto Legislativo.

Inclusive, si se llegara a modificar la redacción de todos los artículos 7 de los CDIs peruanos acogiendo la nueva versión del artículo 7 del MC OCDE (que está basado en el Enfoque Autorizado 2008), sería necesario traducir estos cambios de los CDIs en el Derecho interno mediante una Ley o un Decreto Legislativo que dispongan el sistema de atribución de beneficios a un EP. Ello pues, incluso la nueva versión del artículo 7 del MC OCDE no explicita con claridad todas las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008, sino es necesario acudir a los Comentarios MC OCDE y al Enfoque Autorizado 2010 para comprender todas las reglas del nuevo enfoque autorizado de la OCDE para la atribución de beneficios a un EP.

De este modo, si las disposiciones del artículo 7 de un CDI (recogidas en su propio texto) no pueden establecer una nueva base de cálculo para la determinación del IR de un EP, sino que la forma de determinación del IR del EP debe encontrarse recogida en la legislación interna, con mayor razón ni los Comentarios MC OCDE ni el Enfoque



Autorizado podrían determinar un nuevo sistema de determinación de los beneficios de un EP. A pesar de que esta sea la postura de la OCDE, para llevar estas nuevas disposiciones de atribución de beneficios a un EP (incluyendo la regla del Capital Libre), se debería modificar el artículo 7 de los CDIs (mediante negociaciones entre los Estados) para acoger la nueva versión de este artículo, así como se deberían incluir nuevas reglas actualizadas de atribución de beneficios en la legislación interna.

En cualquier caso, debe notarse que, si se estableciera un nuevo sistema de atribución de beneficios a un EP en la legislación interna, esto se debería realizar dentro de los límites establecidos en los CDIs para la determinación de las rentas de los EPs. En concreto, nos referimos a que se sigan las siguientes disposiciones: la aplicación del principio de no discriminación, la prohibición del principio de fuerza de atracción y el principio de empresa separada.

Ahora bien, en cuanto a la figura del Capital Libre, como indicamos en el acápite 4.3.4 de esta tesis, este es un concepto desarrollado por el Enfoque Autorizado 2008 y que fue incluido en los Comentarios MC OCDE 2008. De este modo, según la OCDE, para la interpretación de los CDIs celebrados con la versión antigua del artículo 7 (como es el caso de todos los CDIs peruanos celebrados con países miembros de la OCDE), debe considerarse lo establecido en los Comentarios MC OCDE 2008, en los cuales se plantea la aplicación de la figura del Capital Libre, para limitar los intereses de financiamiento de un EP que podrían ser deducibles para efectos de determinar los beneficios del EP.

El propio Enfoque Autorizado 2008 no establece una única regla para determinar el Capital Libre de un EP, sino pues como vimos en el acápite 4.3.4 existen los siguientes criterios recomendados por la OCDE para determinar el Capital Libre de un EP: (i) el criterio de atribución de capital; (ii) el criterio de atribución del capital económico; (iii) el criterio de subcapitalización; y, (iv) el criterio del régimen de protección. De acuerdo con el Enfoque Autorizado 2008, en la determinación del

Capital Libre siguiendo estos criterios, siempre se debería dar preferencia a la aplicación de aquel que respete el principio de plena competencia o *arm's length*.

Según los Comentarios MC OCDE 2008, la existencia de diversos criterios de atribución de Capital Libre entre el Estado de la Fuente y el Estado de Residencia podría generar problemas de doble imposición. Para solucionar ese inconveniente, se plantea como solución la atribución del Capital Libre al EP de conformidad con el criterio utilizado en la legislación interna del Estado de la Fuente, siempre que sea uno de los criterios autorizados por el Enfoque Autorizado 2008 y sea conforme al principio de plena competencia.

Sin embargo, como concluimos en el apartado 4.3.5, en la legislación interna peruana no se ha regulado la limitación de intereses de conformidad con los criterios autorizados por la OCDE para atribuir Capital Libre a un EP. Lo único que existe es una medida que combate contra la subcapitalización según la cual una persona jurídica domiciliada (como es el caso del EP) solo podría deducir intereses hasta el monto del 30% del EBITDA tributario del ejercicio previo. En ese sentido, dado que no está regulada la figura del Capital Libre en la LIR o en el RLIR, no se podría aplicar esta figura de conformidad con los Comentarios MC OCDE 2008. Así pues, si existe un EP en Perú, para efectos de la atribución de beneficios al EP no se podría atribuir un Capital Libre al EP de conformidad con el Enfoque Autorizado 2008, toda vez que, en el Perú, en tanto Estado de la Fuente, no existe una regla que regule dicha figura.

Ahora bien, en el caso de los CDIs peruanos, todos estos han sido celebrados siguiendo la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE (inclusive el último CDI celebrado en el 2020 entre Perú y Japón recoge la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE). De este modo, para la atribución de beneficios a un EP de conformidad con las disposiciones de alguno de estos CDIs no se podría aplicar la figura del Capital Libre toda vez que no está regulada en la LIR y, en ese sentido, en la determinación de beneficios del EP se deberían respetar los principios de imposición a EP, conforme

a estos CDIs. Estos principios, como explicamos en el apartado 4.3.1, son: (i) el criterio de la empresa separada; (ii) el principio de no discriminación; y, (iii) la proscripción del principio de fuerza de atracción.

En la legislación interna peruana, se respetan estos principios de atribución de beneficios de conformidad con los CDIs suscritos por el Estado peruano. En efecto, el criterio de empresa separada se encuentra satisfecho toda vez que, como vimos en el apartado 3.4, conforme a los artículos 7 y 14 de la LIR, los EPs son tratados como personas jurídicas independientes para efectos tributarios, siendo que la única diferencia frente a otras entidades con personalidad jurídica para efectos civiles y societarios es que los EPs solamente tributan por sus rentas gravadas con el IR de fuente peruana. Asimismo, los EPs en tanto son personas jurídicas independientes, pueden relacionarse con su Matriz, pero las operaciones celebradas entre ambas entidades, en tanto partes vinculadas, se encontrarán sujetas a las reglas de valor de mercado y a las reglas de precios de transferencia. Con ello se satisface el requisito de que los beneficios atribuibles al EP, conforme al artículo 7 de los CDIs peruanos, sea aquel que el EP hubiera podido obtener de ser una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades en las mismas o similares condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es EP.

Asimismo, el principio de no discriminación se satisface en la legislación interna, toda vez que al EP se le permite la deducción de los mismos gastos que se le permite a una sociedad domiciliada en el Perú. En efecto, como ya señalamos en el apartado 3.4, los EPs califican como personas jurídicas domiciliadas de acuerdo con los artículos 7 y 14 de la LIR. Asimismo, estas personas jurídicas domiciliadas, a diferencia de otras, solamente tributan por sus rentas gravadas de fuente peruana.

Pues bien, las rentas de negocios realizados por la Matriz en el país mediante el EP (que provengan de la aplicación conjunta de capital y trabajo) califican como rentas de tercera categoría de conformidad con el artículo 28 de la LIR. Dicho artículo señala

que son rentas de tercera categoría las derivadas del comercio, la industria, de la prestación de servicios comerciales, industriales o cualquier actividad que constituya negocio habitual de compra o producción o venta de bienes, así como las demás rentas que obtenga las personas jurídicas del artículo 14 de la LIR (el cual comprende a los EPs).

De este modo, para determinar la renta neta de tercera categoría del EP (para efectos de aplicar, posteriormente, la tasa del 29.5% sobre la renta neta), el artículo 37 establece las reglas para determinar los gastos deducibles para efectos de la determinación de dicha renta neta. Este artículo 37 establece como, criterio general, el principio de causalidad y, seguidamente, un listado de gastos que se derivan del principio de causalidad, así como los límites a los mismos. El criterio general del artículo 37 de la LIR -es decir, la causalidad- exige que para deducir un gasto este debe ser necesario para producir la renta gravada, así como para mantener la fuente generadora de renta<sup>53</sup>.

El principio de causalidad ha tenido un desarrollo importante a nivel jurisprudencial, pues con las diversas resoluciones del Tribunal Fiscal, se han podido definir de mejor manera los contornos de dicho principio. De acuerdo a Durán (2015, pp. 18–19) el Tribunal Fiscal ha tenido dos líneas argumentativas: por un lado, se ha planteó que un gasto era necesario cuando era obligatorio e imprescindible, siempre que estuviera destinado a la generación de renta y, por otro lado, se sostuvo, desde una perspectiva amplia, que debía permitirse la deducción de gastos incluso cuando estos no generasen directa e inmediatamente una renta. De hecho, actualmente la postura más aceptada es la segunda, de modo que la causalidad debe entenderse desde una perspectiva amplia. Según esta postura, la relación de necesidad entre gastos e ingresos es amplia, por lo que se permite la deducción de gastos que no guardan una

---

<sup>53</sup>

Según la postura del Tribunal Fiscal, expuesta en la Resolución N° 261-1-2007, por fuente productora de renta la LIR se refiere al capital, corporal o incorporal, que teniendo un precio en dinero, es capaz de suministrar una renta a su poseedor, y que en este concepto, entran básicamente las cosas, muebles o inmuebles, los capitales monetarios, los derechos y las actividades.

relación directa con la generación de rentas o el mantenimiento de la fuente e, inclusive, puede admitirse la deducción de gastos que indirectamente permitan la generación de renta, de modo que la generación del gasto podría ser efectiva o potencial (Durán, 2015, p. 19).

Pues bien, debe notarse que el artículo 37 de la LIR no realiza una distinción de los gastos que podrían ser deducibles para un EP o los gastos que podrían ser deducibles para una sociedad o una persona jurídica distinta a un EP. A diferencia de otras legislaciones extranjeras, como la legislación española que contiene un estatuto para la determinación de las rentas de un EP<sup>54</sup>, la legislación peruana no ha establecido un estatuto de tributación particular para los EPs. Como indicamos en el apartado 4.3.5, los EPs tributan con base al régimen conglobante y, por tanto, tributan bajo el mismo sistema de gravamen que las personas jurídicas domiciliadas en el Perú, salvo por el hecho de que tributan solo por su renta de fuente peruana. Así pues, el artículo 37 de la LIR (así como los siguientes artículos de la LIR que regulan la deducción de gastos) sería aplicable para la determinación de gastos de un EP y de una sociedad domiciliada en el país.

Dicho ello, resulta que en la legislación peruana los EPs y las sociedades domiciliadas en el país se encuentran autorizadas a deducir los mismos tipos de gastos y la LIR no hace una distinción que podría generar un tratamiento discriminatorio. Con ello, se satisface el cumplimiento del principio de no discriminación para EPs del numeral 2 del artículo 24 de los CDIs peruanos. De esta manera, se verifica que los EPs en el Perú no están sometidos a una imposición menos favorable que la aplicable a empresas peruanas que realicen las mismas actividades.

---

<sup>54</sup> De hecho, el Real Decreto Legislativo 5/2004, que regula el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, así como su reglamento (aprobado por Real Decreto 1776/2004), contiene un capítulo entero y artículos con disposiciones para la determinación de las rentas imputables a EPs, las disposiciones para la determinación de la base imponible y el cumplimiento de otras obligaciones formales (como obligaciones contables y registrales).

De igual modo, en la legislación interna peruana se encuentra proscrita la aplicación del principio de fuerza de atracción. Por ello, se respeta el límite establecido en los artículos 7 de los CDIs peruanos, el cual dispone que solo se pueden someter a imposición los beneficios de una empresa en el Estado de la Fuente que sean atribuible a un EP y, en esa medida, se consagra el criterio de vinculación efectiva, según el cual solo se pueden someter a gravamen las rentas que estén vinculadas económicamente al EP, en tanto sean rentas generadas por las actividades del EP.

El artículo 14-B de la LIR refiere que una empresa no domiciliada puede llegar a tener varios EPs, cuando dispone en el país de varios lugares fijos de negocios o cuando realiza en el país actividades claramente diferenciables, que de manera independiente cumplan con los requisitos para calificar como EPs, siempre que la gestión se realice forma separada. Como puede notarse, la LIR distingue con claridad que es posible que una empresa no domiciliada pueda tener varios EPs cuando realiza actividades claramente diferenciables que se gestionan de forma separada. De ser este el caso, dicho artículo 14-B concluye señalando que cada EP tendrá la condición de contribuyente del IR como persona jurídica distinta y tributará de manera independiente.

Con esta regulación, la LIR no establece un principio de fuerza de atracción para trasladar todas las rentas generadas por una empresa no domiciliada a un EP determinado para que dichas rentas tributen en cabeza de dicho EP. Al contrario, el EP toma partido por la proscripción del principio de fuerza de atracción cuando señala que de existir varias actividades diferenciadas que se gestionen de forma independiente, cada una de estas constituirá un EP que deberá tributar de forma independiente.

Adicionalmente, esta regulación se complementa con las disposiciones del artículo 76 de la LIR, el cual dispone que cuando una empresa no domiciliada genere rentas de fuente peruana en el país, se debe efectuar una retención en la fuente al momento

de realizar el pago o acreditación de la contraprestación. El monto de la retención se determina según las tasas establecidas en los artículos 54 y 56 de la LIR. Con estas reglas queda claro que el principio de fuerza de atracción es inaplicable en la LIR, pues no se dispone que la retención no aplica cuando se trate de una sociedad que tenga un EP en Perú en cuyo caso las rentas se deberían de concentrar en cabeza del EP, para que este tribute por todas las rentas generadas y que le hayan sido atribuidas.

De esta manera, en la legislación peruana es inaplicable el principio de fuerza de atracción. Así, las empresas no domiciliadas que generan rentas en Perú pueden tributar de dos modos: (i) cuando no tengan EP, tributan a través del sistema de retenciones considerando el tipo de renta y las tasas de retención de los artículos 54 y 56 de la LIR; (ii) en cambio, cuando tienen un EP o varios EPs, cada una de estas entidades -que son consideradas personas jurídicas domiciliadas en el Perú que tributan solo por su renta de fuente peruana- tributa de forma independiente como contribuyente del IR por las rentas provenientes de sus actividades propias y que se gestionan separadamente para cada EP.

#### 6.1.2. Calificación autónoma del CDI

De acuerdo con García Prats (1996, p. 89), cuando se habla del principio de calificación autónoma del CDI se hace referencia a que el CDI puede subsumir los hechos o relaciones económicas recogidos en su ámbito de aplicación en una concreta categoría de rentas o instituto jurídico delimitado por el propio CDI.

En ese sentido, los términos tributarios pueden tener diferentes significados en un CDI y en el derecho tributario interno (2002, p. 590). Por ello, puede suceder, por ejemplo, que una renta calificada como dividendo para el derecho interno, pueda ser tratada como interés para efectos del CDI, lo que generaría que la tasa del impuesto

a los dividendos en el derecho interno deba aplicarse con la limitación establecida en el CDI respectivo para las rentas calificadas como intereses (2002, p. 590).

Así pues, según García Prats (1996, p. 90) dada la calificación jurídica a una situación determinada, a dicha situación se le atribuyen efectos determinados, los cuales podrían venir definidos por el CDI o por la interconexión entre el CDI y la normativa interna.

En ese sentido, conforme a este principio, para verificar la existencia de un EP de conformidad con las disposiciones del CDI, se debe de tomar en cuenta lo dispuesto en el propio CDI (es decir, en lo establecido en el artículo 5) y no se puede acudir a la regulación del derecho interno. Verificada la existencia de dicho EP, acudimos al artículo 7 del CDI para definir no solamente el criterio de asignación de competencia en las facultades de imposición (según el cual, de existir un EP, se encuentra autorizado a someter a gravamen de las rentas atribuibles al EP el Estado de la Fuente) sino también un sistema de imposición para EPs conforme al CDI. Dicho sistema de imposición debe respetar los principios de empresa separada, no discriminación y proscripción de la fuerza de atracción.

Posteriormente, para determinar el sistema de gravamen del EP, debemos de acudir al derecho interno para definir el sistema de gravamen del sujeto no domiciliado. En efecto, el EP en el Derecho interno no puede interpretarse en el sentido clásico de límite del ejercicio de poder tributario de los rendimientos empresariales (como es el caso de la interpretación del concepto de EP en un CDI), sino pues la existencia de un EP gatilla un esquema de tributación de rentas que concreta el nivel mínimo de exigencia de n impuesto societario de carácter personal y periódico en el país (García Prats, 1996, pp. 400–401).

En otras palabras, se debe acudir a la legislación interna para establecer si la tributación del sujeto no domiciliado se efectuará mediante el sistema de retenciones



o a través del régimen conglobante correspondiente a las personas jurídicas domiciliadas que generan rentas de tercera categoría. Para que sea aplicable el régimen conglobante, se debe verificar la existencia de un EP de acuerdo con las disposiciones de la legislación interna. De no existir un EP según la legislación interna, sería aplicable el régimen de retenciones en la fuente.

### **6.3. Interpretación de CDIs y la aplicación de la CVDT**

Para defender la postura de esta tesis, resulta importante acercarnos a los desarrollos teóricos vinculados a la interpretación de CDIs. En tanto los CDIs son tratados entre Estados -que han ratificado o adherido las disposiciones de la CVDT-, resultaría importante tomar en cuenta las disposiciones de la CVDT en cuanto interpretación de estos instrumentos. Por ello, en esta sección analizaremos lo siguiente: (i) la interpretación de tratados según las reglas generales de la CVDT (también conocida como El Tratado de Tratados); (ii) las reglas particulares para interpretación de CDIs; (iii) el uso de los Comentarios MC OCDE para la interpretación de CDIs; y (iv) por último, realizaremos un análisis interpretativo contextual del artículo 7 de los CDI suscritos por el Estado peruano a fin de evaluar si es posible aplicar los criterios de atribución de beneficios del Enfoque Autorizado 2008.

#### **6.2.1. Interpretación de tratados según la CVDT**

La interpretación de tratados ha sido definida como la operación que tiene como fin determinar el verdadero sentido y alcances de las normas jurídicas internacionales, que se encuentran contenidas en los tratados, lo cual genera que se aclaren los aspectos oscuros o ambiguos que los tratados podrían tener y, en ese sentido, mediante la interpretación se busca comprender el tratado y el sentidos que las partes quisieron darle (Novak, 2013, p. 72).

Al respecto, debe notarse que la CVDT cuenta con una serie de disposiciones y reglas que establecen criterios de interpretación de tratados celebrados por sujetos de Derecho Público Internacional. En efecto, en los artículos 31, 32 y 33 de la CVDT se han establecido las reglas generales de interpretación, los medios de interpretación complementarios y los criterios para interpretar tratados autenticados en dos o más idiomas.

Estas disposiciones resultan aplicables a los tratados celebrados entre el Estado peruano y otros Estados, siempre que a ambos sujetos de Derecho Internacional les sean aplicables las disposiciones de la CVDT. En nuestro caso, el Estado peruano ha ratificado internacionalmente la CVDT mediante el Decreto Supremo No. 029-2000-RE, el 14 de setiembre de 2000, y se encuentra en vigor desde el 14 de octubre de 2000. Por su parte, los Estados con los que el Estado peruano ha suscrito CDIs también forman parte de la CVDT (sea porque ratificaron las disposiciones de este tratado o porque son accesitarios), conforme mostramos en el siguiente cuadro a continuación<sup>55</sup>:

**Cuadro 12**

<b>CDI</b>	<b>Forma parte de Convención de Viena</b>	<b>Miembro parte de la OCDE</b>
Perú-Brasil	Brasil ratificó la CVDT en 2009.	Brasil no es parte de la OCDE
Perú-Canadá	Canadá es accesitario desde 1980.	Canadá es miembro desde 1961
Perú-Chile	Chile ratificó la CVDT en 1981.	Chile es miembro desde 1961
Perú-Corea	Corea ratificó la CVDT en 1980.	Corea es miembro desde 1996
Perú-Japón	Japón es accesitario desde 1981.	Japón es miembro desde 1964
Perú-México	México ratificó la CVDT en 1980.	México es miembro desde 1994
Perú-Portugal	Portugal es accesitario desde 2004.	Portugal es miembro desde 1961
Perú-Suiza	Suiza es accesitario desde 1990.	Suiza es miembro desde 1961

<sup>55</sup> La información fue extraída de la página web de la ONU: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en)

De hecho, en los memorándums elaborados por la Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores antes de la aprobación de los CDIs peruanos, dicha entidad señala que la CVDT resultaba aplicable a los Estados celebrantes pues estos eran parte de dicho acuerdo internacional. De este modo, resultaban aplicables los criterios de interpretación de dicho instrumento internacional. Así, por ejemplo, el Memorándum (DGT) No. DGT 0548/2013, vinculado al perfeccionamiento del CDI entre Perú y Corea, señala que tanto el Estado peruano como la República de Corea son Estados parte de la CVDT por lo que sus disposiciones resultarían aplicables al CDI respectivo. En esa línea, dicho Memorándum señala que serían aplicables las reglas de interpretación de tratados, previstas en los artículos 31 a 33 de la CVDT para interpretar el CDI.

Dicho ello, ahora procederemos a observar las disposiciones de la CVDT sobre interpretación de tratados. El artículo 31 de la CVDT dispone lo siguiente:

#### Artículo 31

##### Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
  - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
  - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
  - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

De acuerdo a Salmón (2017, p. 106), en el numeral 1 del artículo 31 de la CVDT se establece la regla general de interpretación de tratados, la cual propone las siguientes formas de interpretación: (i) la interpretación según la buena fe, la cual está basada en el principio de la obligatoriedad de la palabra o *pacta sunt servanda*, de modo que al interpretar un tratado debe realizarse bajo un criterio de razonabilidad; (ii) la interpretación según el sentido corriente de los términos, la cual señala que la interpretación debe realizarse en base al texto del tratado y no sobre la voluntad de las partes; y, (iii) la interpretación según el objeto y fin del tratado, la cual dispone que el tratado debe adecuarse a la razón de ser que guio a las partes a contratar (conforme a su *ratio legis*).

Asimismo, este artículo dispone que para la interpretación se debe tomar en cuenta el contexto, lo cual significa que los términos del tratado no deben ser tomados de forma aislada, sino en función al contexto el cual podría darles un significado distinto o particular (Salmón, 2017, p. 106).

Por su parte, Novak (2013, p. 74) sostiene que el artículo 31 de la CVDT consagra un pluralismo de métodos y reglas de interpretación ( como la interpretación textual, la interpretación subjetiva y el método funcional), pero se da primacía a la interpretación textual, lo cual significa que en el proceso de interpretación, siempre se parte del texto del trato, de modo que si este es claro y brinda certeza, no hay necesidad de realizar mayor indagación sobre su contenido. No obstante, toda operación de interpretación

parte de los principios de *pacta sunt servanda*, según el cual el tratado es obligatorio entre las partes, y buena fe, a través del cual se exige que los acuerdos sean cumplidos de manera franca, honesta y leal sin que se trate de tomar ventajas indebidas del tratados (Novak, 2013, p. 75). De hecho, estos principios de *pacta sunt servanda* y buena fe se encuentran recogidos expresamente en el artículo 26 de la CVDT, el cual señala que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Desde el punto de vista de Novak (2013, pp. 75–82), los métodos de interpretación principales establecidos en la CVDT son los siguientes:

- (i) Sentido ordinario y natural de los términos. – Primero se debe partir del texto del tratado, pues este es la manifestación de la intención de las partes. Por ello el artículo 31 de la CVDT señala que las palabras o términos se interpretan según su uso natural y corriente, de modo que, si lo interpretado tiene sentido, no es necesario indagar más. Por ello, al interpretar bastará con consultar diccionarios ordinarios y no especializados, salvo que por la naturaleza del término sea necesario acudir a diccionarios especializados (por ejemplo, para definir términos jurídicos). Asimismo, debe tomarse en cuenta la sintaxis y semántica de las palabras, por lo que es pertinente analizar la conjugación y los tiempos empleados en determinados verbos, así como la composición de las frases.
- (ii) El contexto. – Las disposiciones de un tratado no se interpretan de forma aislada, sino considerando su contexto en conjunción con otras reglas del tratado, el preámbulo, los anexos y otros acuerdos concertados en las partes (que amplíen o modifiquen el tratado) o declaraciones interpretativas de carácter unilateral efectuadas por las partes. Esta regla se encuentra vinculada con la primera, pues el sentido ordinario o natural de los términos debe ser empleado en referencia al contexto del artículo interpretado. Este método de interpretación contiene dos tipos: el contexto inmediato, el cual se refiere a la

ubicación de la palabra o frase interpretada, a la estructura de la frase, el título del tratado o de las secciones o de los artículos, o la comparación con otras secciones dentro del tratado; y, de otro lado, el contexto mediato, referido al preámbulo, anexos del tratado, instrumentos adicionales al tratado.

- (iii) La conformidad con el objeto y fin del tratado. – Al momento de interpretar se debe buscar el propósito que pretendieron alcanzar los Estados parte o, en pocas palabras, la *ratio legis* o razón de la redacción del texto. Debe notarse que el objeto y fin del tratado no puede alterar el resultado claro e indubitable obtenido mediante la regla del sentido ordinario y natural de los términos. Así pues, solo se podría acudir a este método en caso de duda en el significado textual del tratado. A tales efectos, para determinar el objeto y fin de un tratado, se puede acudir al preámbulo del tratado o a artículos expresos donde se manifiesta la finalidad del acuerdo.
- (iv) La conducta ulterior de las partes. – La interpretación de un tratado se realiza según la interpretación acordada por las partes del tratado de forma expresa (interpretación auténtica expresa) o con la aplicación práctica del tratado realizada en común por las partes (interpretación auténtica tácita). Por ello, no solo el acuerdo expreso, sino también la práctica posterior en la aplicación del tratado es una prueba objetiva del acuerdo de las partes respecto al alcance del tratado.
- (v) Otras normas de Derecho Internacional aplicables. – Con esta regla del artículo 31 de la CVDT se hace referencia a la costumbre bilateral, regional o universal, tratados bilaterales o multilaterales, a los principios generales del Derecho e incluso a las sentencias existentes sobre la materia, a los que las partes se encuentren obligados.
- (vi) El efecto útil. – Esta es una regla de interpretación tácita, plasmada por la Comisión de Derecho Internacional, basada en el principio de la buena fe. Así, al interpretar un tratado se debe escoger la interpretación que otorgue un sentido, efectos prácticos o utilidad a las partes. De modo que se descartan las interpretaciones que convierten al acuerdo en inejecutable o inútil.

Finalmente, por otra parte, el artículo 32 de la CVDT señala reglas de interpretación complementarias para tratados. Debe notarse, que el título del artículo 31 señala que se trata de la “regla general de interpretación”, mientras que este artículo hace referencia a otros “medios complementarios de interpretación”. Ello denota que los criterios señalados en el artículo 32 de la CVDT son disposiciones adicionales para tener en cuenta cuando la regla general de interpretación sea insuficiente o para confirmar la interpretación alcanzada por el artículo 31. Así pues, fundamentalmente se debe interpretar según lo establecido en el artículo 31 y, de ser necesario, cuando el texto del tratado sea dudoso, sería pertinente acudir a las disposiciones del artículo 32 de la CVDT. Este artículo 32 señala lo siguiente:

#### Artículo 32

##### Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

En opinión de Novak (2013, p. 83), se acude al artículo 32 siempre, ya sea para confirmar la interpretación alcanzada del artículo 31 de la CVDT o para llenar algún vacío de interpretación, pero siempre se debe aplicar, en primer lugar, el artículo 31 de la CVDT. En cuanto a los medios complementarios de interpretación señalados en el artículo 32 de la CVDT, Novak (2013, pp. 83–84) indica que son los siguientes:

- (i) Los trabajos preparatorios. – Para interpretar una disposición se debe indagar en la historia de la elaboración del tratado (que vendría a ser los antecedentes).

Así pues, los trabajos preparatorios comprenden: las actas, declaraciones, debates, correspondencia intercambiada, notas, cartas y todo documento donde consten los trabajos que dieron lugar al tratado. No comprenden, en ningún caso, los trabajos ulteriores o surgidos luego de la firma o ratificación del tratado. En el caso de los tratados bilaterales, en los intercambios de notas se encuentra el registro de las posiciones de los Estados y en los tratados multilaterales, la posición de los Estados queda reflejada en las intervenciones de las delegaciones estatales.

- (ii) Las circunstancias de la celebración. – Basada en una interpretación histórica, se debe indagar el conjunto de hechos que llevaron a la celebración del tratado, así como factores políticos, sociales, económicos y culturales. Comprende entonces a la *ocassio legis* o a la situación concreta que generó la aprobación del tratado.

De hecho, la doctrina tributaria también se ha pronunciado sobre los criterios de interpretación de los artículos 31 y 32 de la CVDT. En cuanto a la regla general del numeral 1 del artículo 31 de la CVDT se sostiene que dicha regla de interpretación postula una interpretación común y bilateral de las cláusulas del convenio, atendiendo prevalentemente a los términos empleados, considerando el contexto del convenio y la finalidad de la cláusula en tal contexto, de modo que se excluyen las interpretaciones unilaterales o basadas en la legislación interna de alguno de los Estados, pues este significado no traería consigo un entendimiento simétrico del convenio (Calderón & Martín, 2017, p. 58).

Adicionalmente, en cuanto a las disposiciones de los numerales 2 al 4 del artículo 31 de la CVDT y el artículo 32 (sobre medios complementarios de interpretación), Calderón Carrero y Martín Jiménez (2017, p. 61) han resumido tales reglas del siguiente modo: (i) en principio el significado ordinario de los términos prevalece, pero para llegar al significado ordinario se debe tomar en cuenta el objeto y fin del tratado,



así como el “contexto intrínseco”, la práctica y los acuerdos entre las partes; (ii) quien afirme que un término del tratado contiene un significado especial, deberá probar ello; y, (iii) se pueden considerar el “contexto extrínseco” o los medios suplementarios de interpretación, pero ello solamente para confirmar el significado ordinario o especial o bien para aclarar los problemas de interpretación de una disposición según el artículo 31 de la CVDT.

Asimismo, según García Novoa (2008, p. 26), el artículo 32 de la CVDT denota concesiones al subjetivismo en la CVDT. De este modo, según su opinión los “trabajos preparatorios” comprenden las propuestas o declaraciones de voto, así como las notas diplomáticas intercambiadas entre los Estados contratante y que versen sobre el contenido y alcance de las cláusulas de los tratados, mientras que las “circunstancias de celebración” hacen referencia a una interpretación histórica, la cual incluye la indagación de los motivos de los Estados y los condicionantes histórico-políticos (García Novoa, 2008, pp. 26–27).

De este modo, pues la CVDT, en tanto marco general de los tratados celebrados por los Estados parte de dicha convención, contiene reglas generales de interpretación en su artículo 31 y reglas complementarias de interpretación en el artículo 32. Así, conforme al artículo 31, un tratado se debe interpretar de conformidad con el sentido corriente y usual de los términos del tratado, tomando en cuenta diccionarios jurídicos y solo excepcionalmente diccionarios especializados. Asimismo, dicho artículo señala que los términos de un tratado no se interpretan aisladamente sino se debe tomar en cuenta el contexto inmediato (la redacción, la estructura gramatical, la ubicación del término y los títulos o subtítulos del tratado) y el contexto mediato (los preámbulos, anexos y acuerdos ulteriores de las partes). Asimismo, se debe tomar en cuenta, ante la duda de las disposiciones, el objeto y fin del tratado, el cual puede ser obtenido del preámbulo o de artículos particulares del tratado.

Posteriormente, para verificar la interpretación del artículo 31 o para aclarar dudas o resolver problemas interpretativos, se continúa con los métodos complementarios del artículo 32. Así pues, se acude a los trabajos preparatorios del tratado (que comprende todos los documentos y actas vinculadas a la celebración del tratado, donde se verifica la postura de las partes en la negociación) y a las circunstancias de celebración (que propiamente vendría a ser una interpretación histórica y sociológica del tratado). Estos son los denominados medios suplementarios de interpretación o el “contexto extrínseco” que sirve confirmar el significado ordinario de los términos, según el artículo 31, o para despejar dudas generadas por la aplicación de los criterios de interpretación del artículo 31 de la CVDT.

#### 6.2.2. Interpretación de CDIs

Un asunto de vital importancia con relación a la interpretación de los CDIs es no perder de vista que constituyen tratados. En ese sentido, tienen un sustrato negocial, dado que son negocios jurídicos con características propias celebrados entre sujetos de Derecho Internacional, y dicho sustrato negocial no puede dejarse de lado al momento de plantearse el tema de su interpretación (García Novoa, 2008, p. 6).

Asimismo, toda vez que los CDIs buscan reconciliar las competencias de dos sistemas tributarios, lo cual se realiza a través de la creación de un micro sistema fiscal entre los Estados contratantes que vincula a las administraciones tributarias de estos, al momento de la interpretación prevalecerá aquella que logre alcanzar las finalidades del CDI (García Novoa, 2008, p. 9). Toda vez que la finalidad de los CDIs es evitar la doble imposición -lo cual se realiza a través del reparto de las facultades de imposición-, dicha finalidad no se cumpliría si las cláusulas y disposiciones de los CDIs se interpretan de forma diversa. Por ello, la correcta aplicación de un sistema normativo complejo como el de un CDI requiere una interpretación uniforme, común o bilateral, pues si las disposiciones se interpretan de forma asimétrica, no se podrían

cumplir los fines del CDI y se podrían obtener resultados opuestos como la doble imposición o la doble no imposición (Calderón & Martín, 2017, p. 62).

No obstante que hemos señalado que debe resaltarse la naturaleza comercial de los CDIs, el mismo García Novoa (2008, p. 11) sostiene que si bien se busca alcanzar la verdadera voluntad de los concertantes, los criterios de interpretación de la CVDT dan preferencia a los criterios objetivos de interpretación, de modo que a efectos de la seguridad jurídica, en la interpretación se hace prevalecer el contenido del texto escrito.

Debemos señalar, entonces que para interpretar las disposiciones o cláusulas de un CDI debemos de tomar en cuenta que estas provienen de un tratado acordado entre dos países, de modo que las disposiciones plasman los acuerdos alcanzados por los países al momento de su negociación. Asimismo, al interpretar el CDI siempre debemos dar preferencia a la interpretación que logre satisfacer las metas y finalidades del CDI, siendo la principal finalidad la de prevenir los conflictos de sobreimposición entre los dos países mediante el establecimiento de reglas de reparto de competencia fiscal. De no realizarse una interpretación uniforme conforme a las metas y finalidades del CDI, se pueden obtener resultados no queridos como la doble imposición o la doble imposición.

Dicho ello, ahora conviene definir cuáles son las reglas y criterios particulares que se deben de considerar al momento de interpretar un CDI. En la doctrina existen dos posiciones contrapuestas. Según la primera posición, la interpretación de CDIs pasa por la aplicación de las reglas generales de interpretación de tratados de la CVDT (las cuales incluyen los artículos 31 y 32 que vimos en el apartado 6.2.1.). Mientras que, conforme a la segunda posición, las reglas especiales de interpretación del artículo 3 del MC OCDE tienen prevalencia sobre las normas generales de interpretación de la CVDT y sobre las reglas previstas en la legislación interna de los Estados contratantes (Calderón & Martín, 2017, p. 64).

Al respecto, el artículo 3 del MC OCDE tiene dos numerales. En el primer numeral se establecen definiciones particulares para efectos de la aplicación del CDI, salvo que “el contexto lo determine de otro modo”. En el numeral 2 se establece una regla para los conceptos no definidos en el MC OCDE, la cual señala lo siguiente:

2. Para la aplicación del Convenio en cualquier momento por un Estado contratante, cualquier término no definido en el mismo tendrá, a menos que el contexto lo determine de otro modo o que las autoridades competentes acuerden un significado distinto conforme a lo dispuesto en el artículo 25, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por esa legislación fiscal sobre el que resultaría de otras ramas del derecho de ese Estado.

Según los Comentarios MC OCDE 2017 (2019, p. 104), el numeral 2 señala que se puede acudir a la legislación interna tributaria o no tributaria (la que esté vigente al momento de la aplicación del convenio, conforme a una interpretación dinámica) para dar significado a un término no definido, salvo que el contexto establezca un significado diferente o las autoridades competentes acuerden un significado distinto según el artículo 25 del MC OCDE. A tales efectos, según la OCDE (2019, p. 104), el contexto “queda determinado principalmente por la intención de los Estados contratantes en el momento de la firma del Convenio, así como por el significado que la legislación del otro Estado contratante atribuye al término de que se trate (referencia implícita al principio de reciprocidad en que se basa el Convenio)”.

Según la opinión de Calderón Carrero y Martín Jiménez (2017, p. 70), en relación al numeral 2 del artículo 3 del MC OCDE, ni el contexto ni la legislación interna operan en abstracto, de modo que resulta necesario comprobar cuál es el resultado de una interpretación basada en la legislación interna y cuál es la interpretación contextual,

antes de decantarse por alguna de estas. De este modo, en este numeral se da una preferencia al contexto frente a la legislación interna, toda vez que una interpretación contextual reduce los conflictos de calificación que podrían surgir de los Estados contratantes, en la medida que el término no definido adquirirá el mismo significado para ambas partes del CDI (Calderón & Martín, 2017, p. 70).

Al respecto, el MEF en el Informe No. 066-2016-EF/61.01 ha señalado que el orden de prelación de los elementos contenidos en el numeral 2 del artículo 3 es primero el significado contextual y ante la falta de dicho significado común, se acude a la legislación interna. En efecto, en este informe, se interpretó el referido numeral del CDI celebrado entre Perú y Suiza -el cual tiene la misma redacción en todos los CDIs peruanos- y se señaló lo siguiente:

De la disposición citada, se tiene que a las expresiones no definidas en el CDI se le debe dar el significado que se derive de su contexto y que sólo cuando ello no sea posible se debe recurrir a la legislación interna para darles contenido, precisando que el significado que prevalecerá en este último caso será el previsto en la legislación fiscal.

Pues bien, de acuerdo a las posturas de García Novoa (2008, p. 17), Giuliani (2003, p. 129) y Kobetsky (2011, p. 177) es posible acudir a los preceptos interpretativos de la CVDT (en particular los artículos 31 y 32) para efectos de la interpretación de un CDI, toda vez que las singularidades de los CDIs no pueden dejar de lado su verdadera naturaleza de tratados internacionales. Así pues, en cuanto a la aplicación del artículo 3 del MC OCDE que propone significados para términos definidos y no definidos en el CDI salvo que el contexto establezca una interpretación diferente, debe tomarse en cuenta que el MC OCDE apuesta por la prevalencia de la interpretación contextual del CDI, tanto cuando los artículos aparezcan definidos en el numeral 1 del artículo 3 como cuando no aparezcan definidos en el CDI (García Novoa, 2008, p. 18).

En conclusión, para interpretar los términos y disposiciones de un CDI, existen dos caminos: (i) cuando el CDI define el término en el numeral 1 del artículo 3, se debe aplicar dicha interpretación especial derivada de forma autónoma del convenio; (ii) cuando el CDI no establece una definición, debemos de tomar en cuenta las reglas de interpretación de tratados de la CVDT, tomando en cuenta siempre la finalidad del CDI y reconociendo la prioridad del contexto según el criterio del artículo 3 del CDI, pero esta relevancia será fruto -no de la inaplicación de las reglas de la CVDT- de reconocer la preferencia de la finalidad y el contexto del CDI (García Novoa, 2008, p. 18).

De hecho, a nivel del sistema jurídico peruano, diversas entidades han optado por acudir a las reglas de la CVDT para interpretar las disposiciones de un CDI y no han tomado la postura de interpretar solamente de conformidad con las disposiciones del artículo 3 del CDI respectivo. Ello se evidencia, como observaremos en el siguiente apartado, en el Informe No. 021-2019-SUNAT de la SUNAT, el Informe No. 326-2018-EF/61.01 de la Dirección General de Política de Ingresos Públicos del MEF y en las Resoluciones del Tribunal Fiscal No. 9260-4-2020 y 3306-9-2020.

Asimismo, en los informes de la Dirección General de Tratados -emitidos después de la celebración de los CDIs por el Estado peruano, pero antes de la aprobación de los CDIs por parte del Congreso de la República- se hace referencia a que la interpretación de las disposiciones de los CDIs se debe realizar de conformidad con las reglas de interpretación de tratados de la CVDT. Nos referimos, en concreto a los siguientes documentos:

- (i) Memorándum (DGT) No. DGT0548/2013 vinculado al CDI con Corea donde se indica que tanto Perú y Corea son Estados parte de la CVDT y por tanto son aplicables, entre otras, las disposiciones sobre interpretación de tratados.

- (ii) Informe (DGT) No. 88-2011 vinculado al CDI con México donde se indica que este CDI califica como tratado según la CVDT en la medida que, entre otros, tiene como marco regulador al Derecho Internacional Público.
- (iii) Informe (DGT) No. 007-2013 vinculado al CDI con Portugal donde se indica que tanto Perú y Portugal son Estados parte de la CVDT y por tanto son aplicables, entre otras, las disposiciones sobre interpretación de tratados.
- (iv) Informe (DGT) No. 017- 2020 vinculado al CDI con Japón donde se indica que este CDI califica como tratado según la CVDT en la medida que, entre otros, tiene como marco regulador al Derecho Internacional Público.
- (v) Informe (DGT) No. 012-2013 vinculado al CDI con Suiza donde se indica que tanto Perú y Suiza son Estados parte de la CVDT y por tanto son aplicables, entre otras, las disposiciones sobre interpretación de tratados.

Desde nuestra posición, es pertinente acudir a los criterios interpretativos de la CVDT para interpretar algún CDI celebrado por el Estado peruano. Ello debido a que los CDIs en tanto tratados celebrados de sujetos de Derecho Internacional Público no pueden sustraerse a la aplicación de las disposiciones de la CVDT, la cual justamente, según el artículo 1 de dicha convención, se aplica a los tratados celebrados entre Estados. Ello, con mayor razón, si se toma en cuenta que, en el caso peruano, tanto el propio Estado peruano como los otros Estados con los cuales el Perú tiene un CDI en vigor son Estados que se sometieron a las disposiciones de la CVDT. Inclusive, diversas entidades administrativas del ordenamiento jurídico peruano han señalado que para interpretar las disposiciones de un CDI es pertinente acudir a las reglas de interpretación de la CVDT. Asimismo, para interpretar los términos de un CDI deben de tomarse en cuenta las disposiciones del artículo 3 del CDI en concreto (el cual da preferencia a una interpretación contextual y también da reglas para los conceptos definidos y no definidos), pero siempre, en cualquier caso, la interpretación se deberá realizar tomando en cuenta el contexto y la finalidad del CDI.

Al respecto, debemos agregar que con relación al artículo 3 del CDI que se interpreta, el contexto al que se refiere dicho artículo -el cual se debe preferir ante la interpretación de los términos definidos o no definidos en el CDI- es un concepto que comprende a los artículos de interpretación de la CVDT. En efecto, como ha concluido Giuliani (2003, p. 101), después de hacer una revisión de este artículo 3 y las disposiciones de la CVDT, el contexto del que habla el artículo 3 del MC OCDE podría ser entendido como comprensivo de todas aquellas herramientas a las que es posible acudir en la interpretación de tratados de conformidad con las disposiciones de la CVDT. De hecho, esta posición ha sido recogida por el MEF en el Informe No. 066-2016-EF/61.01, cuyas conclusiones -las cuales suscribimos- sobre este asunto (la relación entre la CVDT y el artículo 3 de un CDI) citamos textualmente:

6. Ahora bien, en el CDI no se define cuál es el alcance del contexto que debe ser tomado en cuenta para interpretar sus términos no definidos. Por lo señalado, éste al igual que el párrafo 2 del artículo 3 del CDI en su integridad, debe ser determinado con arreglo a las reglas de interpretación que establece la CVDT ya que garantiza que los Estados Contratantes tengan una interpretación común del mismo y que se logre el objetivo que motivo su suscripción.

La CVDT dispone que un tratado debe ser interpretado tomando en cuenta su objeto y fin como se ha señalado precedentemente. El objeto del CDI materia de comentario es el reparto de potestades tributarias y su fin es evitar la doble tributación en relación con los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. Dicho objeto y fin sólo se puede lograr si los Estados Contratantes entienden los términos o expresiones del CDI de la misma manera lo cual no necesariamente se garantiza cuando se recurre a la legislación interna para darles contenido. Por lo señalado, el alcance del contexto a que se refiere el párrafo 2 del artículo 3° del CDI debe ser el más amplio posible y la referencia a la legislación interna debe entenderse restrictivamente.



En atención a ello, el término contexto del párrafo 2 del artículo 3 del CDI comprendería todo aquello a lo que es posible recurrir en la interpretación de un tratado de acuerdo con la CVDT y no sólo los elementos señalados en el párrafo 2 del artículo 31 de la mencionada convención.

En ese sentido, verificada la posibilidad de acudir a las disposiciones generales de la CVDT para interpretar CDIs en el sistema jurídico peruano, así como a las disposiciones del artículo 3 del CDI en, en el siguiente apartado procederemos a analizar si, considerando estas reglas de interpretación, es posible utilizar los Comentarios MC OCDE para interpretar un CDI celebrado por el Estado peruano.

#### 6.2.3. Utilidad de los Comentarios MC OCDE y su relación con la CVDT

Conforme a los Comentarios MC OCDE 2017 (2019, p. 13), el objetivo de los comentarios es aclarar, normalizar y garantizar la situación fiscal de los contribuyentes que efectúan operaciones comerciales, industriales, financieras o de otra naturaleza en otros países mediante la aplicación, por todos ellos, de soluciones comunes en idénticos supuestos de doble imposición. De este modo, el MC OCDE busca a través de un método uniforme solucionar los problemas que se plantean con mayor frecuencia en el campo de la doble imposición jurídica internacional (OCDE, 2019, p. 13).

En cuanto al uso de los Comentarios MC OCDE, debe tomarse en cuenta que la OCDE (2019, p. 22) reconoce que este documento ha sido acordado por expertos que representan a las administraciones de los países miembros del Comité de Asuntos Fiscales, por lo que, a pesar de no haber sido diseñado para incluirse como anexo en los CDIs firmados por los países miembros -los cuales, a diferencia de los comentarios, sí son vinculantes-, estos comentarios son de ayuda para la aplicación e interpretación de los CDIs. En línea con esta idea, la OCDE (2019, p. 16) manifiesta

que los Comentarios MC OCDE son una guía “ampliamente aceptada” para la interpretación de CDIs:

el reconocimiento mundial de las disposiciones del Modelo de Convenio y su incorporación a la mayoría de los convenios bilaterales han contribuido a convertir los Comentarios a las disposiciones del Modelo de Convenio en una guía ampliamente aceptada para la interpretación y aplicación de las disposiciones de los convenios bilaterales existentes. Esto ha facilitado la interpretación y la aplicación uniforme de los convenios bilaterales. La importancia de esa guía de aceptación común crece a medida que la red de convenios tributarios sigue ampliándose.

Como señala Kobetsky (2011, p. 153), a pesar de que los Comentarios MC OCDE no son vinculantes en los países miembros de la OCDE, muchos tratados de los países miembros de la OCDE son realizados de acuerdo con las disposiciones del MC OCDE, incluyendo aquellos CDIs con países que no son miembros de la OCDE.

En relación a los países no miembros de la OCDE, es importante mencionar que, a consecuencia de la gran influencia de los Comentarios MC OCDE, la OCDE abrió el proceso de revisión de los comentarios para que se incluyan las posturas de países no miembros (OCDE, 2019, p. 15). De hecho, en la última versión completa del MC OCDE 2017, se incluyó la opinión de los siguientes países: Albania, Azerbaiyán, Bulgaria, Croacia, Georgia, Indonesia, Lituania, República Popular de China, Rusia, Sudáfrica, Ucrania, Argentina, Bielorrusia, Colombia, República Democrática del Congo, Hong Kong, Costa de Marfil, Malasia, Filipinas, Serbia, Tailandia, Emiratos Árabes Unidos, Armenia, Brasil, Costa Rica, Gabón, India, Kazajistán, Marruecos, Rumania, Singapur, Túnez y Vietnam. Así pues, los Comentarios MC OCDE y el propio MC OCDE son usados tanto por los países miembros de la OCDE como por países no miembros de dicha organización, por lo que estos documentos delimitan y definen el sistema tributario internacional de los CDIs (Kobetsky, 2011, p. 159).

Es importante resaltar que las opiniones de países no miembros de la OCDE se encuentran referidas a asuntos en los que dichos países se encuentran en desacuerdo con el contenido de los Comentarios MC OCDE. A pesar de que se ha incluido la opinión de países latinoamericanos como Argentina, Brasil y Colombia, el Estado peruano no ha participado en la emisión de estas opiniones de países no miembros de la OCDE. Ello a pesar de que el Estado peruano es parte del Marco Inclusivo, pero igual debemos manifestar que este grupo de países no fue creado para efectos de modificar o complementar el MC OCDE, sino pues para implementar las medidas y acciones del Proyecto BEPS de la OCDE y los países del G-20.

No obstante, a pesar de que la propia OCDE ha señalado que los Comentarios MC OCDE son una guía de interpretación “ampliamente aceptada”, el uso de estos comentarios ha sido cuestionado a nivel internacional. De hecho, es posible entender el origen de estos problemas cuando la propia OCDE –como citamos anteriormente– en los Comentarios MC OCDE 2017 y sus versiones anteriores ha señalado que estos comentarios no son vinculantes, a diferencia de los CDIs celebrados por sus países miembros, pero pueden servir de ayuda para la aplicación e interpretación de los CDIs.

Al respecto, Kobetsky (2011, p. 163) resalta diversas incoherencias en la postura de la OCDE con relación a la aplicación no vinculante de los Comentarios MC OCDE: (i) los Comentarios MC OCDE no requieren a los países miembros de la OCDE que se establezca legislación interna que exija a sus cortes considerar estos comentarios para la interpretación de CDIs entre países miembros de la OCDE; (ii) el propio MC OCDE no hace referencia a los Comentarios MC OCDE y su rol en la interpretación de este modelo; (iii) es una paradoja que los Comentarios MC OCDE no sean vinculantes para los países miembros de la OCDE pero sea un documento que es actualizado regularmente. De acuerdo con mismo autor, todas estas razones han

generado falta de certeza en el rol de los Comentarios MC OCDE en la interpretación de reglas de CDIs (Kobetsky, 2011, p. 163).

Todos estos problemas son una manifestación de los Comentarios MC OCDE como un tipo particular de *Soft Law*, los cuales ya mencionamos en el apartado 6.1.

De otro lado, en cuanto a la relación entre la CVDT y la interpretación de los CDI, el propio MC OCDE 2017 reconoce la importancia de las disposiciones de la CVDT para interpretar los CDIs sustentados en dicho modelo. En efecto, los Comentarios MC OCDE 2017 señalan lo siguiente:

16.2. Puesto que el título y el preámbulo forman parte del contexto del Convenio<sup>8</sup> y constituyen una declaración general de los propósitos y fines del Convenio, jugarán un papel importante en la interpretación de las disposiciones del Convenio. De acuerdo con la norma general de interpretación recogida en el artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, “[Un] tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”

Pues bien, dada la prevalencia de la CVDT para efectos de la interpretación de un CDI, conforme a nuestra justificación en el apartado 6.2.2. de esta tesis, resulta importante determinar si los Comentarios MC OCDE podrían incluirse como criterios de interpretación de conformidad con las reglas de los artículos 31 y 32 de la CVDT.

Como vimos en el apartado 6.2.1, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 31 de la CVDT los tratados se interpretan según el sentido corriente y usual de los términos, en el contexto en que se ubiquen los términos y considerando su objeto y fin. Resulta claro que los Comentarios MC OCDE no podrían incluirse como parte del “*sentido corriente*” de los términos de un CDI, salvo que el propio CDI disponga que estos

comentarios serían vinculantes para efectos de la interpretación del CDI. De hecho, ningún CDI peruano ha señalado que los Comentarios MC OCDE constituirán medios o fuentes de interpretación para atribuir significado a los términos de cada CDI, salvo el CDI con España que no fue aprobado por el Congreso como veremos más adelante en el apartado 6.2.4.

Así pues, queda la duda de si se podría considerar a los Comentarios MC OCDE como parte del contexto de la celebración del CDI. Al respecto, existen distintas posturas a nivel doctrinal. De acuerdo con una primera postura (Giuliani, 2003, p. 126), dentro del contexto es posible incluir a los Comentarios MC OCDE y en concreto constituiría un instrumento formulado por las partes con motivo de la celebración del CDI y aceptado por las demás partes como instrumento referente, acorde con el inciso b) del numeral 2 del artículo 31 de la CVDT. Ello pues los Comentarios MC OCDE son el resultado de las discusiones colectivas de los representantes de los países miembros de la OCDE y dichos representantes están facultados para realizar reservas (Giuliani, 2003, p. 126).

De otro lado, como afirma la postura contraria, es muy difícil asimilar los Comentarios MC OCDE al contexto dentro de la categoría de *“instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado”* del numeral 2 del artículo 31 de la CVDT. Ello pues si bien los Comentarios MC OCDE son aprobados por los Estados miembros de la OCDE, también es cierto que estos no son aprobados según el convenio bilateral específico contra la doble imposición, de cuya interpretación se trata (Giuliani, 2003, p. 126).

En línea con esta segunda postura, Kobetsky (2011, p. 164) señala que el numeral 1 del artículo 31 de la CVDT se enfoca en la interpretación literal de las provisiones de un tratado, por lo que estaría excluido el uso de los Comentarios MC OCDE en la

interpretación de los tratados, siendo que, además, sería muy improbable que algún tribunal acepte a estos comentarios como parte del contexto de un tratado.

En cuanto al numeral 3 del artículo 31 de la CVDT, dicha regla dispone que se debe tomar en cuenta “*todo acuerdo ulterior entre las partes*” sobre la interpretación o aplicación del tratado, así como “*toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado*”. Pues bien, dado que los Comentarios MC OCDE no son vinculantes para los países miembros de la OCDE, no es posible acudir a este numeral 3 del artículo 31 para señalar que alguna versión de los Comentarios MC OCDE posterior a la celebración de un CDI, pueda ser utilizada como un “*acuerdo ulterior entre las partes*” pues para ello se requeriría que tal acuerdo sea vinculante entre estas (Kobetsky, 2011, p. 164). Por ello, en línea con esta postura no se podría utilizar una nueva versión de los Comentarios MC OCDE para interpretar las provisiones previas de un CDI antes de la publicación de dichos comentarios, de conformidad con el numeral 3 del artículo 31 de la CVDT (Kobetsky, 2011, p. 164).

De otro lado, como señalamos en el apartado 6.2.1, el artículo 32 de la CVDT regula medios suplementarios de interpretación de convenios, los cuales son utilizados, o bien para confirmar la interpretación dada según el artículo 31 de la CVDT o bien para solucionar deficiencias en la interpretación del tratado cuando el texto sea ambiguo, no tenga sentido o conduzca a un resultado irrazonable. Estos medios complementarios podrían ser los trabajos preparatorios del tratado (que comprende todos los documentos y actas vinculadas a la celebración del tratado, donde se verifica la postura de las partes en la negociación) y las circunstancias de celebración (que propiamente vendría a ser una interpretación histórica y sociológica del tratado).

Al respecto, Giuliani (2003, p. 129) señala que, de acuerdo a una postura doctrinaria, los Comentarios MC OCDE anteriores a la estipulación podrían ser considerados como “*trabajos preparatorios*” del artículo 32 de la CVDT. Sin embargo, como indicamos antes, la aplicación del artículo 32 se da, entre otros supuestos, para

confirmar la interpretación obtenida según la regla general de interpretación del artículo 31. En ese sentido, según la postura de Kobetsky, sería difícil argumentar que los Comentarios MC OCDE podrían ser utilizados bajo el artículo 32 como “*trabajos preparatorios*” si el sentido ordinario de los términos del tratado es claro según el artículo 31 pero los Comentarios MC OCDE tienen una interpretación distinta de dichos términos o reglas (2011, p. 165).

Por otra parte, el numeral 4 del artículo 31 de la CVDT señala que al término de un tratado se le puede otorgar un sentido especial si consta que esa fue la intención de las partes. Así pues, según otra postura doctrinaria mencionada por Giuliani (2003, p. 129), los Comentarios MC OCDE serían relevantes para fines interpretativos de los CDIs celebrados entre países miembros de la OCDE, pues en este caso se presumiría la adhesión a los Comentarios MC OCDE por parte de los países miembros de dicha organización que, además, tienen CDIs que siguen el MC OCDE. En igual sentido Kobetsky (2011, p. 165) manifiesta que el numeral 4 del artículo 31 autoriza el uso de los Comentarios MC OCDE para indicar la intención de los negociadores de un CDI en el uso de una provisión convencional en una forma determinada, incluso cuando no hay ambigüedad con relación a la provisión según el artículo 31.

De acuerdo a esta última postura, cuando los CDIs son negociados entre países miembros de la OCDE, los Comentarios MC OCDE deben ser vistos como trasfondo material de los tratados negociados (Kobetsky, 2011, p. 165).

En ese sentido, cuando nos encontramos ante un CDI celebrado entre países miembros de la OCDE, es posible señalar que los Comentarios MC OCDE resultan pertinentes para la interpretación del CDI en particular. Ella sea, o bien porque los Comentarios MC OCDE podrían ser considerados como un “*instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado*” o un “*acuerdo que se refiera al tratado*”

*y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado”* de acuerdo al numeral 2 del artículo 31 de la CVDT, dado que los Comentarios MC OCDE son elaborados por representantes de dichos estados contratantes en el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, donde inclusive tienen la posibilidad de manifestar su disconformidad o reservas al contenido de dichos comentarios. O también, sería pertinente el uso de los Comentarios MC OCDE para interpretar CDIs de países miembros de la OCDE, en la medida que -según el numeral 4 del artículo 31- dichos comentarios otorgarían un “*sentido especial*” a los términos del CDI de acuerdo con el contenido de los Comentarios MC OCDE.

En el caso peruano y los CDIs celebrados por el Estado peruano, el análisis es distinto toda vez que -conforme mostramos en el Cuadro 9 de esta tesis- el Perú no es un país miembro de la OCDE, pero todos los países con los que celebró un CDI son parte de la OCDE, salvo Brasil. Dada dichas circunstancias, a los CDIs celebrados por el Estado peruano no les podría seguir el razonamiento antes indicado referente a la aplicación de los Comentarios MC OCDE según las disposiciones del artículo 31 de la CVDT. Ello toda vez que no se verifican los supuestos señalados en el numeral 2 o numeral 4 del artículo 31 de la CVDT, toda vez que los Comentarios MC OCDE no son instrumentos formulados por alguna de las partes del CDI y aceptado por las demás (ello pues estos son elaborados por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE y si bien algunos Estados con los que el Perú tiene CDI son parte de la OCDE, no se podría entender que estos comentarios fueron aceptados por el Estado peruano como instrumento referente al CDI). De igual modo, los Comentarios MC OCDE tampoco provienen de un acuerdo entre el Estado peruano y sus contrapartes en los CDIs peruanos.

Al respecto, según Kobestky en la medida que algunos países no miembros de la OCDE manifiestan su postura sobre los Comentarios MC OCDE, los CDIs entre países no miembros de la OCDE (sea entre dos países no miembros o entre un país miembro y otro no miembro) también se podrían utilizar los Comentarios MC OCDE



como material de trasfondo (Kobetsky, 2011, p. 165). Ello siempre que la cláusula del CDI que es interpretado recoja alguna provisión del MC OCDE, lo que significaría que los negociadores del CDI consideraron los Comentarios MC OCDE vigentes al momento de la negociación de la provisión (Kobetsky, 2011, p. 165).

La postura antes citada de Kobetsky se sostiene en lo señalado en el numeral 4 del artículo 31 de la CVDT, de modo que los Comentarios MC OCDE podrían ser utilizados si se prueba que las partes negociantes del CDI tuvieron como objetivo darle un sentido especial a los términos del CDI de conformidad con el contenido de estos comentarios. Según este autor, ello se podría entender si el CDI en cuestión de Estados no miembros de la OCDE recogen la redacción de las cláusulas del MC OCDE.

Desde la postura de García Novoa (2008, p. 36), no es posible incorporar a los Comentarios MC OCDE como medios de interpretación contenidos en el artículo 31 de la CVDT, pues: (i) para que se trate de un acuerdo o un instrumento aceptado por los Estados sería necesario que los Estados tengan predisposición para dejar esa coincidencia de manera clara en el CDI (lo cual significa que la aprobación bilateral tenga lugar en el CDI); o (ii) tampoco podrían ser utilizados como un acuerdo posterior al CDI pues ello supondría que los Comentarios MC OCDE serían instrumentos de interpretación auténtica para Estados no miembros de la OCDE.

Conforme a la postura de este autor (2008, p. 36), lo más aceptable es que los Comentarios MC OCDE sean usados como medios complementarios de interpretación, a que hace referencia el artículo 32 de la CVDT; es decir, deberían ser considerados como parte de los “trabajos preparatorios”. Así pues, esta interpretación se debería realizar dando preferencia al contenido ordinario del tratado que defiende el artículo 31 de la CVDT, de modo que el uso de los Comentarios MC OCDE no debe sustituir el significado ordinario de los términos de un CDI por un significado especial, sino pues debe precisar dicho significado ordinario (García Novoa, 2008, p. 37). Ahora

bien, en el caso de los países no miembros de la OCDE, según García Novoa (2008, p. 38), toda vez que el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE ha incluido la participación de Estados no miembros, se podría considerar a los Comentarios MC OCDE como “trabajos preparatorios” para estos países.

Adicionalmente, con relación al uso de los Comentarios MC OCDE para países no miembros de la OCDE, Serrano (2012, p. 100) reconoce la importancia de este documento para la interpretación de CDIs, por ello señala que la influencia de estos comentarios en países ajenos a la OCDE depende de si: (i) el CDI en cuestión ha incorporado la redacción de la cláusula correspondiente del MC OCDE y (ii) los órganos estatales de un país determinado acepten su aplicación. En ese sentido, la influencia de los Comentarios MC OCDE depende, en concreto, de si el CDI incorporó la redacción literal del MC OCDE, o si lo incorporó pero con algunos matices pero recogiendo sus alcances o si el CDI tiene cláusulas que difieren sustancialmente del texto de los Comentarios MC OCDE, en cuyo caso, en este último escenario, la influencia de los Comentarios MC OCDE sería irrelevante mientras que en los otros casos sí sería importante (Serrano, 2012, p. 101).

Llevando esta discusión al ordenamiento jurídico peruano, hemos observado que distintas entidades administrativas se han pronunciado sobre la pertinencia de utilizar los Comentarios MC OCDE para efectos de interpretar un CDI celebrado por el Estado peruano. De hecho, como mostraremos a continuación, dichas entidades se han decantado de manera uniforme por el uso del artículo 32 de la CVDT a fin de justificar la utilidad los Comentarios MC OCDE. De este modo, dichas entidades estarían señalando que los Comentarios MC OCDE califican como parte de los “*trabajos preparatorios*” y las “*circunstancia de su celebración*” vinculados a la celebración del CDI en cuestión y por ello deberían ser tomados en cuenta. No obstante, en la argumentación de las entidades que, veremos a continuación, no se indica si los Comentarios MC OCDE son o bien “*trabajos preparatorios*” o bien parte de las “*circunstancia de celebración*”.

Así, por ejemplo, en el Informe No. 021-2019-SUNAT, se absolvió una consulta vinculada a determinar si la prestación de servicios de transporte marítimo internacional se encontraba comprendida en el artículo 8 del CDI celebrado entre Perú y Suiza. A tales efectos, a fin de resolver la cuestión planteada, uno de los asuntos importantes a definir fue determinar si los Comentarios MC OCDE podían ser utilizados para la interpretación del CDI.

De este modo, la SUNAT, basándose en el Informe No. 326-2018-EF/61.01 de la Dirección General de Política de Ingresos Públicos del MEF, precisó que a pesar de que los Comentarios MC OCDE no tenían valor interpretativo del CDI que el mismo texto señalado en un CDI, indican que, según la doctrina mayoritaria, estos comentarios califican como medios complementarios de interpretación según el artículo 32 de la CVDT. Ello siempre que exista evidencia de que las disposiciones que se interpretan se basan en lo señalado en el MC OCDE.

Adicionalmente, dicho informe abarca un asunto importante sobre la fecha de publicación de los Comentarios MC OCDE y el CDI que se interpreta. Para efectos de interpretar el CDI celebrado entre Perú y Suiza (celebrado en setiembre de 2012) la SUNAT, amparándose en el referido informe del MEF, señaló que la versión aplicable de los Comentarios MC OCDE es la que se encontraba vigente a la fecha de negociación y suscripción del CDI. Por ello, para efectos de interpretar el artículo 8 del CDI se acudió a los Comentarios MC OCDE 2010. Como puede notarse, se optó por utilizar la versión de los comentarios vigente en la fecha de celebración del CDI y no los Comentarios MC OCDE 2017, que son la última versión aprobada de dicho documento por la OCDE. Este modo de ver el uso de los Comentarios MC OCDE se sustenta en una interpretación estática de este instrumento de *soft law*, conforme explicaremos más adelante.

En este informe, finalmente, una vez concluida la revisión de los Comentarios MC OCDE y lo dispuesto en el artículo 8 del CDI celebrado entre Perú y Suiza, se sostiene que lo dispuesto en el CDI y los Comentarios MC OCDE guarda relación y no existe contraposición. De este modo, se colige que lo previsto en el CDI tiene su respaldo en los Comentarios MC OCDE 2010. De este modo, el MEF concluye que es posible acudir a los Comentarios MC OCDE 2010 a fin de determinar el alcance y confirmar el verdadero sentido del artículo 8 del CDI en cuestión, conforme a los artículos 31 y 32 de la CVDT. Como soporte de ello señala que a pesar de que el Perú no es parte de la OCDE, muchas cortes internacionales aceptan acudir a estos comentarios cuando la redacción de un CDI suscrito por un país no miembro es similar a dicho modelo y siempre que del CDI no se pueda inferir el sentido de una expresión en particular.

Por otro lado, el Tribunal Fiscal ha emitido la RTF 3306-9-2020 y la RTF 9260-4-2020. En ambas resoluciones se resolvió el mismo caso, pero corresponden a ejercicios distintos (2010 y 2013, respectivamente). En estas resoluciones la cuestión fue determinar si una empresa constituida en Chile podía hacer uso de los beneficios del CDI celebrado entre Perú y Chile a efectos de utilizar la tasa reducida por concepto de regalías del artículo 12 de dicho CDI. En concreto dicho beneficio reducía la tasa de retención por regalías de la tasa de 30% (según la LIR) a la tasa de 15% conforme al CDI. No obstante, la SUNAT señaló que la sociedad chilena que aprovechó la referida tasa reducida no tenía derecho a aplicar el CDI, en tanto no calificaba como “beneficiario efectivo” residente en Chile.

Dado que no existía definición en el CDI para el término de “beneficiario efectivo”, en dichas RTFs -a fin de dotar de contenido al referido término- se planteó la cuestión de si correspondía utilizar el numeral 2 del artículo 3 del CDI (referido a términos no definidos en el CDI que hace una derivación a la legislación interna) o las reglas generales de interpretación de la CVDT.

En estos casos el TF señaló que en la medida que el CDI celebrado entre Perú y Chile seguía el MC OCDE, los Comentarios MC OCDE -en tanto interpretación oficial de las normas contenidas en el MC OCDE-, a pesar de no estar como anexo en el CDI pueden ser utilizados como medios complementarios de interpretación al amparo del artículo 32 de la CVDT. De este modo, el TF concluyó que era posible acudir al significado del término “beneficiario efectivo” de acuerdo con lo señalado por los Comentarios MC OCDE, así como la doctrina y la jurisprudencia internacional.

Adicionalmente, el TF señala que fue correcta la posición de la SUNAT de dotar de contenido al concepto de “beneficiario efectivo” acudiendo a las reglas de la CVDT, los Comentarios MC OCDE, jurisprudencia y doctrina. Ello según el TF fue válido porque el concepto de “beneficiario efectivo” no estaba regulado en la legislación interna peruana. Desde nuestra posición, no debería acudirse a la legislación interna para dirimir una controversia interpretativa, pues como señalamos en el apartado 6.2.2., se debe preferir la interpretación contextual común a ambos Estados contratantes y, ulteriormente, cuando no se desprenda algún significado contextual, el significado de la legislación interna.

Un asunto problemático en estas RTFs es la versión de los Comentarios MC OCDE que usó el TF en ambas resoluciones para dotar de contenido al término “beneficiario efectivo”. A pesar de que los casos resueltos en ambas resoluciones corresponden a los ejercicios 2010 y 2013 y el CDI en cuestión fue celebrado con Chile en junio de 2001, el TF acudió a los Comentarios MC OCDE 2017. En este caso, el TF acudió al modo de interpretación dinámico para interpretar el contenido de un CDI, considerando una versión de los comentarios posterior a la celebración de dicho CDI.

Dicho lo anterior, el último asunto que queda por resolver en este apartado es, justamente, el referido a la interpretación dinámica y estática de los CDIs en relación con los Comentarios MC OCDE. Conforme a Kobetsky (2011, pp. 167–168), bajo la interpretación estática o *static approach*, la interpretación de un tratado se efectúa en

función a los Comentarios MC OCDE que estaban vigentes en el momento en que el tratado fue negociado; mientras que por la interpretación dinámica o *ambulatory approach* para interpretar un tratado, sería posible utilizar una versión de los Comentarios MC OCDE posterior a la negociación del tratado en cuestión. De hecho, de acuerdo con la postura de la OCDE, al interpretar un CDI basado en el MC OCDE, se debe preferir la interpretación dinámica:

35. No hace falta decir que las modificaciones de los artículos del Modelo de Convenio y los cambios en los Comentarios que resultan de dichas modificaciones serán irrelevantes para interpretar o aplicar convenios concluidos con anterioridad cuando las disposiciones de aquellos difieran sustancialmente de los artículos revisados (véase, por ejemplo, el párrafo 4 de los Comentarios al artículo 5). Sin embargo, otros cambios o adiciones a los Comentarios serán normalmente pertinentes para la interpretación y aplicación de los convenios concluidos antes de su adopción, ya que responden al consenso de los países miembros de la OCDE en cuanto a la interpretación correcta de las disposiciones existentes y su aplicación a determinados supuestos.

Como puede notarse, la OCDE toma la ruta de la interpretación dinámica bajo ciertos matices. Señala que los cambios en artículos del MC OCDE y los respectivos comentarios que sean publicados después de la conclusión de un CDI, no podrán ser utilizados cuando las disposiciones del CDI en cuestión difieran sustancialmente de los artículos que fueron modificados. Así pues, en cualquier otro caso, los cambios en los Comentarios MC OCDE serán aplicables para la interpretación de CDIs concluidos anteriormente.

En forma opuesta, desde la posición de Kobestky (2011, p. 167), quien recoge a su vez la posición de Vogel, solo puede usarse la interpretación estática y, de este modo, los cambios en los Comentarios MC OCDE no podrían ser usados para interpretar

CDIs concluidos antes de la publicación de los comentarios. De este modo, un cambio en los Comentarios MC OCDE después de la conclusión de un CDI no podría cambiar el significado de las cláusulas o términos de dicho CDI y, en ese sentido, si bien una subsecuente versión de los Comentarios MC OCDE podría ser considerada por alguna corte, al momento de resolver no se podría dar peso a los nuevos Comentarios MC OCDE, especialmente si incluyen nuevas interpretaciones sobre una disposición del CDI (Kobetsky, 2011, p. 167). La razón principal para defender esta postura es que los Comentarios MC OCDE al momento de la negociación de un CDI, pueden ser considerados como la versión adoptada de dichos comentarios por los parlamentos o los gobiernos al momento de aprobar un CDI y, en ese sentido, dichos comentarios formarían parte del contexto según el artículo 31 de la CVDT siempre que el CDI recoja la redacción de las cláusulas del MC OCDE (Kobetsky, 2011, p. 167).

Por otro lado, debe notarse que incluir la interpretación dinámica en alguno de los preceptos del artículo 31 de la CVDT es difícil, pues no queda claro cómo el significado ordinario de un término (numeral 1 del artículo 31) al momento de la celebración de un CDI pueda cambiar por la modificación en los Comentarios MC OCDE (García Novoa, 2008, p. 42). En igual sentido, Giuliani (2003, p. 130) señala que con relación al significado ordinario de un término (numeral 1 del artículo 31) resulta dudoso cómo dicho significado puede cambiar solo por la modificación de los Comentarios MC OCDE, cuando la versión anterior de dichos comentarios fue considerada por el CDI como expresión de dicho significado ordinario. Asimismo, en el supuesto que se entendiera que los Comentarios MC OCDE son un significado especial otorgado por las partes (numeral 4 del artículo 31), también es dudoso cómo dicho significado especial cambia con la modificación de los Comentarios MC OCDE, cuando la versión anterior de dichos comentarios fue considerada para definir ese significado especial (Giuliani, 2003, p. 130). Inclusive, asumiendo que los nuevos Comentarios MC OCDE sean acuerdos ulteriores sobre la interpretación del CDI (numeral 3 del artículo 31), es difícil probar que el cambio de los Comentarios MC OCDE es un acuerdo sobreviniente entre las partes de un CDI y, en el mejor de los

casos, cuando se trate de países miembros de la OCE, la presunción de aceptación de los Comentarios MC OCDE solo podría referirse, como máximo, a la versión existente en el momento de la negociación y celebración del CDI, pero no a versiones posteriores (Giuliani, 2003, p. 131).

A propósito, sobre el uso de la CVDT en el caso de los CDIs peruanos-considerando la postura de la SUNAT, el MEF y el Tribunal Fiscal en el caso peruano- sería muy difícil acudir a una interpretación dinámica al amparo del artículo 32 de la CVDT. Ello pues este artículo señala como medios complementarios de interpretación a los trabajos preparatorios y las circunstancias de celebración del tratado. En ningún caso se podría defender y argumentar que los Comentarios MC OCDE publicados con posterioridad a la conclusión de un CDI son parte de los trabajos preparatorios para la celebración del CDI o forman parte del contexto histórico, social y político vinculado a la celebración del CDI.

Asimismo, en cuanto a la discusión sobre el uso de la interpretación dinámica o estática -como vimos en este apartado- la SUNAT y el MEF han planteado que para interpretar los CDIs celebrados por el Estado peruano debemos optar para una interpretación estática, acudiendo a la versión vigente de los Comentarios MC OCDE en el momento de negociación del CDI. Por su lado, el Tribunal Fiscal a efectos de resolver dos casos en los que se necesitaba definir el concepto de “beneficiario efectivo” del CDI celebrado entre Perú y Chile en el 2001, acudió a la versión de los Comentarios MC OCDE 2017 vigente al momento de la interpretación y resolución del caso.

Pues bien, ante las diversas posiciones en contra de la interpretación dinámica o a favor de la interpretación estática, García Novoa (2008, p. 42) sugiere que se debe adoptar una solución más equilibrada, de modo que no debe aceptarse en todos sus extremos la postura de la OCDE a favor de la interpretación dinámica, ni tampoco debe rechazarse bajo el argumento de que con este tipo de interpretación se realiza



una modificación encubierta de los CDI. Según Giuliani (2003, p. 131) al momento de considerar las nuevas versiones de los Comentarios MC OCDE debemos analizar el contenido de la modificación del siguiente modo:

- (i) Si las modificaciones a los Comentarios MC OCDE son de orden clasificatorio o establecen formulaciones más precisas, es posible utilizar la interpretación dinámica. En otras palabras si las modificaciones a los Comentarios MC OCDE son una aclaración de conceptos que ya estaban implícitos en la versión anterior de los comentarios, es posible utilizar la interpretación dinámica. No obstante, esta no es una regla genérica, pues debe ser analizada caso por caso para verificar si realmente se trata de aclaraciones y no son, por el contrario, innovaciones totales o parciales.
- (ii) Si las modificaciones a los Comentarios MC OCDE modifican la esfera de aplicación del artículo en concreto (extendiendo su aplicación a sujetos o situaciones anteriormente extraños a dicho artículo), no sería posible acudir a la interpretación dinámica. Ello porque la modificación de los Comentarios MC OCDE sería en realidad una reformulación del artículo del MC OCDE.

En igual sentido, García Novoa (2008, p. 43) señala que para aplicar la interpretación dinámica, los nuevos Comentarios MC OCDE deben incluir preceptos interpretativos o aclaratorios, los cuales podrían ser los únicos que justifiquen acudir a una interpretación de carácter retroactivo y, en ese sentido, estaría excluida la interpretación dinámica para casos en los que los Comentarios MC OCDE incluyan modificaciones sustanciales. Así pues, desde la posición del referido autor, la interpretación dinámica solo podría ser usada para los casos donde exista una confusión en el texto del CDI (la cual justamente es solucionada mediante la nueva explicación de los Comentarios MC OCDE) y fuera de estos casos, no se podría permitir esta interpretación porque se trataría de una alteración encubierta del contenido del CDI, al margen del procedimiento de revisión de tal CDI (García Novoa, 2008, p. 44).

Finalmente, no debemos dejar de señalar que, como ha quedado evidenciado, en la doctrina internacional y tributaria, existen distintas posturas para conjugar los Comentarios MC OCDE con las disposiciones de la CVDT a fin de permitir el uso de estos comentarios como medio de interpretación contextual. De hecho, de nuestra revisión, las posturas no son uniformes, pero, en cualquier caso, de algún modo u otro, los autores revisados concluyen y enfatizan la utilidad de los Comentarios MC OCDE, a pesar de ser un instrumento de *soft law*, para interpretar los términos y expresiones de los CDIs que siguen la redacción y las cláusulas del MC OCDE. Conforme concluye García Novoa (2008, p. 38), muchas veces se tienen que hacer malabares para justificar, mediante su incorporación contextual, la utilidad de los Comentarios MC OCDE como canon hermenéutico para interpretar un CDI. Por esa razón, dicho autor (2008, p. 39) sostiene que lo más adecuado es que en los CDIs se haga una remisión expresa a que los Comentarios MC OCDE a fin de que los califiquen expresamente como contexto del CDI.

A modo de conclusión de este apartado, no cabe duda de que los Comentarios MC OCDE son instrumentos de *soft law* útiles para el entendimiento de los CDIs que siguieron las cláusulas y disposiciones del MC OCDE, como es el caso de todos los CDIs peruanos. Al momento de interpretar un CDI, considerando las reglas y criterios de interpretación de la CVDT, es posible acudir a los Comentarios MC OCDE, pero ello dependerá de si nos encontramos ante un CDI celebrado entre países miembros de la OCDE. Si nos encontramos ante CDIs celebrados entre países miembros de la OCDE, es posible entender -al amparo del artículo 31 de la CVDT- que los Comentarios MC OCDE forman parte de la interpretación contextual y en ese sentido podrían ser utilizados al amparo de alguna de las siguientes cláusulas de la CVDT: (i) inciso a) del numeral 2 del artículo 31 de la CVDT (acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado) o inciso b) del numeral 2 del artículo 31 de la CVDT (instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como

instrumento referente al tratado) pues los Comentarios MC OCDE son elaborados por representantes de dichos estados contratantes en el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, donde inclusive tienen la posibilidad de manifestar su disconformidad o plantear reservas al contenido de dichos comentarios; o, **(ii)** numeral 4 del artículo 31 de la CVDT (sentido especial otorgado por las partes), pues los Comentarios MC OCDE se presumirían como trasfondo de la negociación y, por tanto, el significado especial otorgado por estos comentarios fue considerado por los negociadores del CDI.

En cambio, cuando nos encontramos ante CDIs celebrados por países que no son miembros de la OCDE o entre un miembro de la OCDE y un no miembro (como es el caso de los CDIs peruanos), no podemos acudir del mismo modo al artículo 31 de la CVDT, pues no existe un acuerdo entre el Estado peruano y sus contrapartes para utilizar los Comentarios MC OCDE, ni tampoco se puede presumir que el Estado peruano ha aceptado a los Comentarios MC OCDE como instrumento referente al CDI en concreto. Al respecto, en este caso se pueden utilizar los Comentarios MC OCDE por alguna de las siguientes vías: **(i)** numeral 4 del artículo 31 de la CVDT (sentido especial otorgado por las partes), siempre que se pruebe que las partes negociantes del CDI tuvieron como objetivo darle un contenido particular a los términos del CDI según los Comentarios MC OCDE; **(ii)** artículo 32 de la CVDT, de modo que se consideren a los Comentarios MC OCDE como “trabajos preparatorios” en la elaboración del CDI y, en ese sentido, esta forma de interpretación solo debería ser útil para aclarar el significado ordinario alcanzado siguiendo el artículo 31 de la CVDT o para aclarar cuestiones no resueltas o poco claras después de aplicado el referido artículo 31 de la CVDT. En cualquier caso, el uso de los Comentarios MC OCDE estará condicionado a que el CDI en concreto recoja la redacción de las cláusulas del MC OCDE y que las autoridades del país en concreto acepten el uso de los comentarios. Si el propio CDI dispone que los Comentarios MC OCDE son una guía interpretativa de las cláusulas del CDI, entonces podríamos acudir a estos comentarios como parte del “*sentido corriente*” del CDI.

En cuanto a la interpretación dinámica o estática de los Comentarios MC OCDE, una vez reconocida la utilidad de los comentarios para la interpretación del CDI, debemos señalar que no podemos optar por alguna interpretación extremista que niegue el uso de la interpretación estática y apruebe por completo el uso de la interpretación dinámica –o viceversa– y, por ello, la solución debe encontrarse en un término medio. Se debe dar preferencia a la interpretación estática para efectos de garantizar la seguridad jurídica para los sujetos que interpretan un CDI. Sin embargo, es posible acudir a la interpretación dinámica cuando la nueva versión de los Comentarios MC OCDE posterior a la negociación y celebración del CDI cumpla con establecer aclaraciones o preceptos interpretativos sobre ciertos términos del MC OCDE o para términos que generaban cierta confusión. En sentido contrario, no se podría acudir a la interpretación dinámica cuando los Comentarios MC OCDE modifiquen el ámbito de aplicación del precepto del MC OCDE lo cual implicaría que dicho precepto estaría siendo modificado indirectamente por los comentarios o cuando los Comentarios MC OCDE incluyan nuevas modificaciones sustanciales. En cualquier caso, la solución antes planteada es un criterio que deberá ser analizado en cada caso concreto para verificar si nos encontramos ante aclaraciones o ante cambios sustantivos e innovativos que alteran indirectamente el MC OCDE.

#### 6.2.4. Posibilidad de aplicar el Enfoque Autorizado 2008 y la figura del Capital Libre al artículo 7 de los CDIs peruanos según la CVDT

En este apartado, revisaremos el contenido del artículo 7 de los CDIs peruanos, pero considerando las reglas de interpretación contextual de la CVDT. La idea es resolver el problema de si, acudiendo a dichos mecanismos de interpretación, es posible utilizar el Enfoque Autorizado 2008 y la figura del Capital Libre al momento de atribuir beneficios a un EP en el contexto de la aplicación de algún CDI peruano.

Como ya indicamos en el apartado 4.3, para la atribución de beneficios a un EP según un CDI se deben de respetar los principios de empresa separada (según el cual el EP debe ser tratado como un ente con personalidad jurídica independiente que se relaciona con su Matriz como si de personas jurídicas independientes se tratara), proscripción de la fuerza de atracción (según la cual las rentas por las que tributa el EP son las que están vinculadas funcionalmente y efectivamente a este, de modo que no se consideran otras rentas que genere la Matriz en el Estado de la Fuente mediante otros EPs o mediante otras fuentes) y de no discriminación (según el cual el EP debe tener el mismo trato fiscal para la deducción de gastos de personas jurídicas domiciliadas en el Estado de la Fuente). Ahora la cuestión es si, considerando estos principios de atribución de beneficios a un EP bajo un CDI, para los efectos del principio de empresa separada debemos de considerar la independencia absoluta (y todas sus consecuencias, como, entre otras, la regla del Capital Libre) del EP bajo el modelo del Enfoque Autorizado 2008.

Como ya vimos antes, todos los CDIs peruanos contienen la misma redacción del artículo 7 correspondiente a la versión antigua de dicho artículo en el MC OCDE antes del 2008 y existente desde la primera versión de 1963. No obstante, por el tiempo de celebración de los CDIs en particular, podemos realizar una división de dichos tratados del siguiente modo: (i) CDIs negociados y celebrados antes de la publicación del Enfoque Autorizado 2008 y los Comentarios MC OCDE 2008; y, (ii) CDIs negociados y celebrados después de la publicación del Enfoque Autorizado 2008 y los Comentarios MC OCDE 2008. La división de dichos CDIs se puede observar en el siguiente cuadro donde hemos colocado la fecha de celebración del CDI y si esta fecha es posterior o anterior al Enfoque Autorizado 2008 y los Comentarios MC OCDE 2008.

**Cuadro 13**

CDI	Celebración	Aprobación	Ratificación	Enfoque Autorizado 2008 (17/07/2008)
-----	-------------	------------	--------------	--

Perú-Brasil	17/02/2006	RL No. 29233 (21/05/2008)	DS No. 019-2008-RE	Antes del AOA 2008
Perú-Canadá	20/07/2001	RL No. 27904 (05/01/2003)	DS No. 022-2003-RE	Antes del AOA 2008
Perú-Chile	08/06/2001	RL No. 27905 (06/01/2003)	DS No. 005-2003-RE	Antes del AOA 2008
Perú-Corea	10/05/2012	RL No. 30140 (27/12/2013)	DS No. 004-2014-RE	Después del AOA 2008
Perú-Japón	18/11/2019	RL No. 31098 (29/12/2020)	DS No. 060-2020-RE	Después del AOA 2008
Perú-México	27/04/2011	RL No. 30144 (28/12/2013)	DS No. 003-2014-RE	Después del AOA 2008
Perú-Portugal	19/11/2012	RL No. 30141 (27/12/2013)	DS No. 009-2014-RE	Después del AOA 2008
Perú-Suiza	21/09/2012	RL No. 30143 (28/12/2013)	DS No. 008-2014-RE	Después del AOA 2008

Considerando ello, en este capítulo definiremos si las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008 que fueron incluidas en los Comentarios MC OCDE 2008 -en particular la regla del Capital Libre-, pueden ser aplicadas al momento de la determinación de los beneficios de un EP al amparo de la aplicación del artículo 7 de los CDIs peruanos. Para realizar ello, nos serviremos de los avances realizados hasta este momento en los capítulos y apartados previos. En particular, es de importancia partir de la idea de que para interpretar los CDIs podemos acudir a las reglas interpretativas de tratados de la CVDT, así como a las reglas del artículo 3 de los CDIs que dan preferencia al significado contextual. Asimismo, resulta importante recordar que, si bien los Comentarios MC OCDE son instrumentos de *soft law*, estos comentarios son relevantes a efectos de interpretar un CDI, en cuyo caso se debe justificar la aplicación de los comentarios acudiendo a alguno de los criterios generales de interpretación de los artículos 31 y 32 de la CVDT.

Antes de iniciar con nuestro análisis conviene recordar que, como indicamos en el apartado 4.3, la OCDE ha señalado que, para la determinación de beneficios de un

EP, en cualquier caso, se deben de seguir las reglas especiales del Enfoque Autorizado 2008. Así pues, según el Enfoque Autorizado 2010, la OCDE (2013, p. 278) recomienda: (i) para CDIs celebrados considerando la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE (la versión existente desde 1963), que se consideren las pautas del Enfoque Autorizado 2008 en la medida que dichas conclusiones no contradigan los Comentarios MC OCDE 2008 sobre el referido artículo 7; (ii) para CDIs celebrados considerando la versión nueva del artículo 7 del MC OCDE (la versión existente desde 2010), que se consideren las pautas del Enfoque Autorizado 2010; (iii) invita a los países no miembros de la OCDE a que se consideren dichas recomendaciones.

Así pues, de acuerdo a la posición de la OCDE, según el entendimiento de Maroto (2015, p. 73), se deben aplicar dinámicamente los Comentarios MC OCDE 2008 al artículo 7 para interpretar los artículos 7 de CDIs concluidos con anterioridad al 2008, mientras que para los artículos 7 de los CDIs que sigan la versión del MC OCDE 2010, se debe seguir la nueva interpretación de dicho artículo establecida en los Comentarios MC OCDE 2010.

Pues bien, a pesar de que desde la publicación de las recomendaciones de la OCDE ya han pasado buena cantidad de años, muchos países miembros de la OCDE y no miembros de la OCDE no han considerado tomar en cuenta las pautas del Enfoque Autorizado 2008. De hecho, Calderón Carrero (2017, p. 294), hace notar que los países de la OCDE no han adoptado de forma consistente el Enfoque Autorizado 2008 en su legislación interna y en sus CDIs, lo cual evidencia la complejidad de dicho modelo, y en el caso de los países en desarrollo este Enfoque Autorizado 2008 representa mayores problemas no solo por su complejidad técnica sino también porque instrumenta criterios o parámetros de atribución de beneficios de países desarrollados.

Por esta razón, a partir del 2017, con el fin de examinar la aplicación y seguimiento de la aplicación uniforme de las Guías de PT y las acciones del Proyecto BEPS sobre precios de transferencia, la OCDE decidió recoger y publicar tanto las prácticas como la legislación interna de diversos países del Marco Inclusivo sobre la aplicación de las reglas de precios de transferencia. Por ello, a partir de dicho año, la OCDE publica en su página<sup>56</sup> una sección donde se observa el perfil de muchos países referida a cómo dichos países toman en cuenta las Guías de PT.

En los perfiles de cada país se observan cuestionarios absueltos por los países del Marco Inclusivo donde indican, entre otros, los siguientes puntos: (i) si las jurisdicciones respetan el principio de plena competencia o *arm's length*; (ii) el valor de las Guías de PT en la legislación interna; (iii) si se establecen definiciones para partes vinculadas en la legislación interna; (iv) los métodos de precios de transferencia que usan en la legislación interna; (v) si hay regulación específica para los servicios intragrupo; o (vi) si la legislación interna del país sigue el Enfoque Autorizado 2008 a efectos de determinar la atribución de beneficios de un EP.

En el caso del perfil presentado por el Estado peruano (cuya última versión fue presentada a la OCDE<sup>57</sup> en diciembre de 2021), señala -entre otras cuestiones sobre las reglas de la legislación nacional sobre precios de transferencia- la postura del Estado peruano sobre la aplicación del Enfoque Autorizado 2008 en los numerales 30 y 31 de dicho documento. A la pregunta de si la jurisdicción peruana sigue los “enfoques autorizados de la OCDE”, la respuesta es que el Estado peruano no sigue estas recomendaciones. No obstante, el Estado peruano señala lo siguiente:

---

<sup>56</sup> Los perfiles de precios de transferencia de países del Marco Inclusivo contra BEPS se puede encontrar en el siguiente link: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-country-profiles.htm>

<sup>57</sup> Se puede revisar el documento en el siguiente link: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-country-profile-peru.pdf>



Todos los tratados fiscales [peruanos] incluyen los Enfoques Autorizados de la OCDE para la atribución de beneficios a los EP mencionados en la versión del artículo 7 del MC OCDE antes de la modificación de 2010<sup>58</sup>.

Un primer aspecto por resaltar es que se habla en plural de “enfoques autorizados de la OCDE”. Desde nuestro entendimiento, la pregunta de la OCDE se refiere a si los CDIs peruanos siguen el Enfoque Autorizado 2008 o el Enfoque Autorizado 2010. Otro aspecto -desde nuestro punto de vista es contradictorio- es que a pesar de que el Estado peruano ha señalado que no sigue el Enfoque Autorizado 2008, posteriormente se indica sin mayor sustento ni desarrollo adicional que los CDIs peruanos toman en cuenta el Enfoque Autorizado 2008 correspondiente a la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE antes de la modificación incluida en el MC OCDE 2010. Así pues, de un lado, se afirma que el Estado peruano no sigue el Enfoque Autorizado 2008, pero luego de forma contradictoria se señala que sí se toma en cuenta dicho enfoque para los CDIs celebrados con la versión antigua del artículo 7.

A pesar de lo señalado por la OCDE y lo comunicado por el Estado peruano a la OCDE en su perfil de precios de transferencia, nuestra posición es que no es posible aplicar las pautas del Enfoque Autorizado 2008 para la atribución de beneficios a un EP. Para dar respuesta a esta pregunta, debemos de diferenciar -como señalamos anteriormente- a los CDIs negociados y celebrados antes y después del Enfoque Autorizado 2008.

En primer lugar, respecto a los CDIs celebrados antes del Enfoque Autorizado 2008 (es decir, los CDIs con Brasil, Canadá y Chile), para definir si podemos aplicar la figura del Capital Libre en la interpretación del artículo 7 de estos CDIs, debemos de verificar si es posible acudir a las nuevas versiones de los Comentarios MC OCDE que recogen las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008, las cuales fueron

---

<sup>58</sup> La traducción es nuestra. El texto original del document del perfil peruano de precios de transferencia señala lo siguiente: “All tax treaties include the Authorized OECD Approaches for the attribution of profits to PEs referred to in the version of Article 7 of the OECD MTC prior to the 2010 amendment”.

publicadas con posterioridad a la negociación y celebración de estos CDIs. En concreto, como puede intuirse, esta cuestión se resuelve acudiendo a lo ya indicado anteriormente sobre interpretación dinámica o interpretación estática.

Como ya vimos antes, podemos justificar la aplicación de los Comentarios MC OCDE, para CDIs celebrados con países que no son parte de la OCDE, debido a las siguientes razones planteadas por Serrano (2012, p. 100): (i) los CDIs en cuestión han incorporado la redacción antigua del artículo 7 correspondiente al MC OCDE y (ii) los órganos estatales peruanos determinados han venido aceptando la aplicación de este instrumento de *soft law*. De este modo, podemos acudir a los Comentarios MC OCDE, o bien, a través del numeral 4 del artículo 31 de la CVDT (como un término con un sentido especial, siempre que conste que esa fue la intención de las partes) o a través del artículo 32 de la CVDT (como parte de los trabajos preparatorios o las circunstancias de celebración).

Por un lado, al amparo del artículo 32 de la CVDT podríamos considerar a los Comentarios MC OCDE como trabajos preparatorios de los CDIs, ello tomando en cuenta la postura de García Novoa indicada en el apartado 6.2.3, así como a la postura de la SUNAT, el MEF y el Tribunal Fiscal. Desde este punto de vista conforme al artículo 32 de la CVDT, ya sea para confirmar el significado ordinario de “*empresa distinta y separada*” del numeral 2 del artículo 7 de los CDIs peruanos celebrados antes del 2008 o para aclarar la duda en estos CDIs de si es posible acudir al Enfoque Autorizado 2008 para aclarar el contenido a los términos “*empresa distinta y separada*”, podemos acudir a los Comentarios MC OCDE como trabajos preparatorios de estos CDIs que fueron negociados y celebrados antes del 2008.

Acorde a esta posición, no podríamos acudir al Enfoque Autorizado 2008 que fueron incluidos en los Comentarios MC OCDE 2008 para interpretar el artículo 7 de estos CDIs. Los CDIs celebrados antes del Enfoque Autorizado 2008 (es decir, los CDIs con Brasil, Canadá y Chile) fueron negociados y celebrados entre el 2000 y 2006. Por

esta razón, si consideramos a los Comentarios MC OCDE como trabajos preparatorios de estos CDIs, sería imposible señalar que una versión de los Comentarios MC OCDE posterior a la negociación y celebración de estos CDIs califique como un trabajo preparatorio. Sería un sinsentido jurídico señalar que las partes negociadoras del CDI consideraron en la negociación y celebración del CDI en concreto una versión posterior de los Comentarios MC OCDE que no existía en el momento en que estos CDIs fueron negociados.

De otro lado, podríamos considerar a los Comentarios MC OCDE, al amparo del numeral 4 del artículo 31 de la CVDT, como una herramienta para entender el sentido especial de los términos de los CDIs celebrados antes del 2008. Ello siempre que conste que, el uso de estos Comentarios MC OCDE para otorgar un sentido especial a los términos del artículo 7, haya sido la intención de los Estados contratantes.

Al respecto, de nuestra revisión de los documentos vinculados a la celebración de estos CDIs antes del 2008, hemos podido observar que para su celebración el Estado peruano utilizó como punto de partida de la propuesta negociadora el Modelo Peruano de CDI. En efecto, para efectos de la negociación de los CDIs peruanos, el equipo negociador del Estado peruano acudió a las rondas de negociaciones con el Modelo Peruano de CDI, el cual es un documento elaborado en julio de 2001 a consecuencia de diversas consultas ciudadanas realizadas por el MEF<sup>59</sup> durante el gobierno de transición del 2001.

Según lo señalado por esta Modelo Peruano de CDI, dicho modelo fue elaborado sobre la base del MC OCDE, pero se han modificado algunos artículos a fin de incluir algunas disposiciones del MC ONU y otras que se consideraron convenientes tomando en cuenta el IR peruano. Asimismo, otro asunto muy importante a señalar

---

<sup>59</sup> En concreto se realizaron dos consultas ciudadanas antes de la publicación de la versión final de la Modelo Peruano de CDI: (i) Informe sobre Convenios para Evitar la Doble Tributación Internacional y la Evasión Fiscal de fecha 3 de abril de 2001; (ii) Propuesta del Modelo Peruano de Convenio para Evitar la Doble Tributación Internacional y Prevenir la Evasión Fiscal.

es que la redacción del artículo 7 de dicho modelo es casi idéntica al MC OCDE salvo por las siguientes diferencias:

- (i) En el numeral 1 del artículo 7 cuando se indica que pueden someterse a tributación en el Estado de la Fuente los beneficios del EP, pero solo en la medida en que (y aquí viene la diferencia) “puedan atribuirse” a ese EP. En cambio, el MC OCDE plantea otro término distinto, pues indica “solo en la medida que sean imputables” a ese EP;
- (ii) La segunda diferencia es que en el numeral 2 del artículo 7 se reconoce el principio de empresa separada y se agrega que el EP actúa con total independencia de su Matriz y (el Modelo Peruano de CDI agrega) “con todas las demás personas”. Esta inclusión es solamente una aclaración que ya de suyo se entiende en este numeral por el reconocimiento del principio de empresa separada.
- (iii) La tercera y última referencia se encuentra referida a los gastos permitidos del EP en el numeral 3 del artículo 7. En ese sentido, se dispone que para la determinación de los beneficios de un EP se permitirá la deducción de los gastos “necesarios” para los fines del EP. En el MC OCDE se habla de “gastos realizados” para los fines del EP. La inclusión de los gastos necesarios en el Modelo Peruano de CDI es una referencia al principio de causalidad de la legislación interna peruana para la deducción de gastos de personas jurídicas domiciliadas que generan renta gravada con el IR de tercera categoría.

Adicionalmente, el comentario que agrega el Modelo Peruano de CDI sobre la versión del artículo 7 recogida en dicho modelo es el siguiente:

[El artículo 7] Establece la forma en que se grava a un establecimiento permanente. En términos generales, los principios que se establecen en el

Modelo OCDE se encuentran conformes con las leyes peruanas, por lo que en el Modelo propuesto se mantiene la redacción.

Según la información que recabamos de este Modelo Peruano de CDI, dicho modelo no ha sido actualizado a la fecha, a pesar de los diversos cambios sustanciales por los que ha pasado el MC OCDE. No solo nos referimos a la nueva versión del artículo 7 del MC OCDE en el 2010, sino también a las propuestas BEPS, como las nuevas reglas de EP agente o las reglas antiabuso particulares, como las reglas de *Limitation of Benefits* o el *Principal Purpose Test* a fin de evitar con el abuso de tratados o *treaty shopping*.

Pues bien, de lo señalado anteriormente resulta claro que el Estado peruano al momento de negociar los CDIs celebrados antes del 2008, consideró la versión antigua del artículo 7 propuesta por el MC OCDE, salvo algunas ligeras diferencias que indicamos anteriormente. Ello además fue tomado en cuenta por los Estados contratantes que fueron contrapartes en la celebración de estos CDIs antes del 2008 (Chile, Canadá y Brasil), dado que la versión final del artículo 7 de los CDIs que se recogió es idéntica a la versión del artículo 7 propuesta por el Modelo Peruano de CDI, salvo por pequeñas diferencias menores. En ese sentido, al amparo del numeral 4 del artículo 31 de la CVDT podríamos acudir al MC OCDE y a sus comentarios a fin de otorgar contenido al artículo 7 de los CDIs celebrados antes del 2008, pues, de lo revisado anteriormente, consta que fue intención de las partes negociadoras de estos CDIs darle significado al artículo 7 de estos CDIs en función a lo señalado por el MC OCDE y sus comentarios. Bajo esta perspectiva, no tenemos impedimento para acudir a la interpretación estática o a la interpretación dinámica para interpretar estos CDIs, conforme a las reglas que indicamos en el apartado 6.2.3.

Pues bien, los CDIs celebrados antes del Enfoque Autorizado 2008 (es decir, los CDIs con Brasil, Canadá y Chile) fueron negociados y celebrados entre el 2000 y 2006. Como indicamos en el apartado 6.2.3, es preferible acudir, por razones de seguridad

jurídica, a la interpretación estática, de modo que se deben tomar en cuenta los Comentarios MC OCDE vigentes al momento de la negociación o celebración de los CDIs. Ello aseguraría una interpretación uniforme y común entre las partes contratantes según lo que consideraron las partes negociadoras de cada Estado contratante al momento de la negociación o celebración del CDI en concreto.

No obstante, podríamos acudir a la interpretación dinámica para interpretar estos CDIs celebrados antes del Enfoque Autorizado 2008, de modo que podríamos considerar los Comentarios MC OCDE 2008 que recogen algunas conclusiones del Enfoque Autorizado 2008, como es el caso del concepto del Capital Libre. La posibilidad de acudir a la interpretación dinámica en este caso se justificaría porque sería la intención de los Estados contratantes del CDI, conforme al numeral 4 del artículo 31 de la CVDT, que el sentido especial acordado por las partes se lea conforme a los avances del MC OCDE y sus comentarios, dado que los Estados tomaron en cuenta este modelo para efectos de la negociación del CDI.

No obstante, no se podría utilizar la interpretación dinámica para incluir la figura del Capital Libre en la atribución de beneficios a un EP según el artículo 7 de los CDIs celebrados antes del 2008. Ello debido a que en este caso nos encontraríamos claramente ante un cambio y modificación sustantiva de los Comentarios MC OCDE que no sería una mera aclaración de lo indicado en versiones de los Comentarios MC OCDE anteriores al 2008 y que fueron considerados para la negociación y celebración de los CDIs peruanos.

Al respecto, Kobetsky (2011, p. 177), después de hacer una revisión del contenido de este enfoque en los Comentarios MC OCDE, concluye que la nueva versión de los Comentarios MC OCDE 2008 que recoge las conclusiones del Enfoque Autorizado representa una nueva interpretación de las reglas del artículo 7 y, en ese sentido, para CDIs negociados antes de la publicación de dicho Enfoque Autorizado 2008, la nueva versión de los Comentarios MC OCDE no podría ser usada para interpretar

CDIs concluidos con anterioridad. Esta postura se sostiene, según el autor, en base a una interpretación estática basada en el principio de que si un CDI está basado en el MC OCDE, los Comentarios MC OCDE vigentes en el momento de negociación del tratado fueron tratados por el Estado y sus parlamentos como parte del contexto del tratado (Kobetsky, 2011, p. 178).

En un mismo sentido, en cuanto al carácter aclaratorio o modificadorio de la nueva versión de los Comentarios MC OCDE 2008 -que incluye algunas conclusiones del Enfoque Autorizado 2008-, Calderón Carrero (2017, p. 294) plantea que los Comentarios MC OCDE 2008 no tienen un contenido aclaratorio, sino más bien introducen cuestiones modificatorias sustantivas (como la aplicación analógica de las Guías PT, la asignación de activos y riesgos o la figura del Capital Libre) y, por ello, no es posible aplicar la interpretación dinámica para situaciones cubiertas por CDIs negociados y celebrados antes de la publicación de los Comentarios MC OCDE 2008. Por ello, en opinión de Calderón Carrero (2017, pp. 294-295), el Enfoque Autorizado 2008 solo se podría aplicarse a los CDIs que lo establezcan expresamente en su artículo 7 (es decir, que recojan la aplicación del Enfoque Autorizado 2008) y que además se modifique la legislación interna para regular cómo realizar el proceso complejo de atribución de funciones, activos, riesgos, Capital Libre, reconocimiento de acuerdos y la aplicación analógica de las Guías PT.

De hecho, como sostiene el propio Calderón Carrero (2017, p. 284), la figura del Capital Libre es uno de los elementos donde resulta más claro que se ha introducido un cambio sustantivo y material en los Comentarios MC OCDE 2008 en relación con las versiones anteriores de los Comentarios MC OCDE y, en consecuencia, ello posee implicancias de cara a su irretroactividad aplicativa. En otras palabras, para los CDIs peruanos negociados y celebrados antes del 2008 no sería posible aplicar la figura del Capital Libre, en tanto este concepto representaría una innovación de los Comentarios MC OCDE que indirectamente estaría modificando el contenido del artículo 7 de estos CDIs.

En segundo lugar, respecto a los CDIs celebrados después del Enfoque Autorizado 2008 (es decir, los CDIs con Corea, México, Portugal, Suiza y recientemente Japón), para definir si podemos aplicar la figura del Capital Libre en la interpretación del artículo 7 de estos CDIs, debemos de verificar si es posible acudir a los Comentarios MC OCDE 2008 que recogen las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008 para los CDIS que contienen la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE (como es el caso de todos estos CDIs con Corea, México, Portugal, Suiza y Japón). En concreto, como puede intuirse, esta cuestión se resuelve acudiendo a los métodos de interpretación de la CVDT, así como a la interpretación contextual de estos CDIs para verificar si al momento de la negociación se tomaron en cuentas las pautas o conclusiones de la OCDE sobre la atribución de beneficios a un EP, contenida en el Enfoque Autorizado 2008.

En este caso, podríamos acudir a los Comentarios MC OCDE para interpretar los CDIs negociados y celebrados después del 2008 ya sea como parte de los trabajos preparatorios, según el artículo 32 de la CVDT, o como una herramienta utilizada para entender el significado especial acordado por las partes al momento de negociar un CDI, según el numeral 4 del artículo 31 de la CVDT.

De un lado, al amparo del artículo 32 de la CVDT podríamos considerar a los Comentarios MC OCDE como trabajos preparatorios de los CDIs, ello tomando en cuenta la postura de la SUNAT, el MEF y el Tribunal Fiscal. Desde este punto de vista conforme al artículo 32 de la CVDT, ya sea para confirmar el significado ordinario de “*empresa distinta y separada*” del numeral 2 del artículo 7 de los CDIs peruanos celebrados después del 2008 o para aclarar la duda en estos CDIs de si es posible acudir al Enfoque Autorizado 2008 para aclarar el contenido a los términos “*empresa distinta y separada*”, podemos acudir a los Comentarios MC OCDE como trabajos preparatorios de estos CDIs que fueron negociados y celebrados después del 2008.



En este caso, los CDIs peruanos celebrados después del 2008 (es decir, los CDIs con Corea, México, Portugal, Suiza y Japón) fueron negociados entre el 2010 y 2019. De este modo, todos estos CDIs fueron negociados cuando ya había sido publicado el Enfoque Autorizado 2008 y los Comentarios MC OCDE 2008 ya habían incluido las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008 en la sección correspondiente al artículo 7. Es decir, todos estos CDIs fueron negociados y celebrados cuando el criterio autorizado para atribución de beneficios a EPs ya había sido oficializado por la OCDE a nivel internacional. Bajo este entendimiento, podríamos entender que es posible acudir al Enfoque Autorizado 2008 como parte de los trabajos preparatorios de los CDIs y, en ese sentido, entender que se podría utilizar la figura del Capital Libre recogida en los Comentarios MC OCDE después del 2008.

Sin embargo, es importante recordar que el artículo 32 de la CVDT se utiliza para confirmar la interpretación arribada al artículo objeto de interpretación según el artículo 31 de la CVDT o cuando el sentido de la interpretación arribada según el artículo 31 de la CVDT tiene un sentido ambiguo u oscuro o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Así pues, si interpretamos el artículo 7 de los CDIs peruanos y en particular el numeral 2 de dicho artículo, queda claro que se señala que la tributación de un EP deberá realizarse considerando a esta entidad como una *"empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones y tratase con total independencia"*. El EP debe ser entendido como una empresa distinta que realiza sus actividades con independencia de las actividades de su Matriz y que inclusive se relaciona con esta como si se tratara de una entidad independiente. En ningún modo se podría entender que estos términos dejan abierta la posibilidad de que la atribución de beneficios al EP deba realizarse considerando el concepto de Capital Libre para limitar los intereses deducibles del EP.

Una interpretación según el artículo 31 de la CVDT no da espacio a entender que podría utilizarse la figura del Capital Libre. Por ello, a pesar de que los Comentarios MC OCDE posteriores al 2008 podrían ser considerados como trabajos preparatorios de los CDIs peruanos negociados después del 2008 (es decir, los CDIs con Corea, México, Portugal, Suiza y Japón, los cuales fueron negociados entre el 2010 y 2019), no podríamos utilizar estos comentarios para sustentar la aplicación de la atribución de beneficios a un EP considerando el concepto de Capital Libre.

De este modo, el artículo 32 de la CVDT si bien puede ser útil para interpretar el artículo 7 de los CDIs peruanos posteriores al 2008, dicha interpretación no permitiría la aplicación de la figura del Capital Libre proveniente del Enfoque Autorizado 2008. Ello toda vez que la interpretación del artículo 7 queda clara y no hay necesidad de aclarar una confusión interpretativa respecto a la posibilidad de limitar los intereses bajo la figura del Capital Libre. Asimismo, tampoco con el artículo 32 de la CVDT se llega a confirmar lo interpretado por el artículo 31, pues la interpretación clara es que se debe aplicar el principio de empresa separada sin considerar la figura del Capital Libre y ello no es confirmado por el artículo 32 el cual, remitiéndose a los trabajos preparatorios, señala que podría aplicarse la figura del Capital Libre para limitar los intereses en la atribución de beneficios de un EP.

De otro lado, podríamos considerar a los Comentarios MC OCDE 2008 y el Enfoque Autorizado 2008, al amparo del numeral 4 del artículo 31 de la CVDT, como una herramienta para entender el sentido especial de los términos de los CDIs celebrados después del 2008. Ello siempre que conste que, el uso de estos Comentarios MC OCDE para otorgar un sentido especial a los términos del artículo 7, haya sido la intención de los Estados contratantes.

Al respecto, de nuestra revisión de los documentos vinculados a la celebración de estos CDIs después del 2008, hemos podido observar que para su celebración el Estado peruano también utilizó como punto de partida en la propuesta negociadora

el Modelo Peruano de CDI. En efecto, para efectos de la negociación de los CDIs peruanos, el equipo negociador del Estado peruano acudió a las rondas de negociaciones con el Modelo Peruano de CDI.

Como ya indicamos antes en este apartado, este es un modelo elaborado en el 2001 y que fue realizado sobre la base del MC OCDE, pero con ciertos cambios a fin de considerar las disposiciones del MC ONU y la legislación interna peruana. Este modelo contiene la versión antigua del artículo 7 MC OCDE y hasta la fecha no se ha realizado algún cambio. Tanto es así que inclusive el CDI con Japón celebrado en el 2019 contiene la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE, salvo por la exclusión del numeral referido a la aplicación del sistema de reparto (el cual es el sistema opuesto al sistema de la empresa separada).

De hecho, si volvemos a revisar el comentario del artículo 7 del Modelo Peruano de CDI, dicho comentario señala que se mantiene la redacción del artículo 7 del MC OCDE (se refiere a la versión antigua de dicho artículo) porque los *“principios que se establecen en el Modelo OCDE se encuentran conformes con las leyes peruanas”*. Al respecto, como ya indicamos en el apartado 6.1.1, la legislación peruana respeta los principios de atribución de beneficios de los CDIs peruanos y consecuentemente, también los principios de la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE, sobre la cual se sustenta el artículo 7 de los CDIs peruanos. En concreto nos referimos a que se respetan de cierto modo los siguientes principios: (i) el criterio de la empresa separada; (ii) el principio de no discriminación; y, (iii) la proscripción del principio de fuerza de atracción. No obstante, para los CDIs posteriores al 2008, el Modelo Peruano de CDI contiene un error dado que la legislación peruana no es conforme con los nuevos principios del MC OCDE sobre atribución de beneficios a un EP bajo el Enfoque Autorizado 2008.

Pues bien, de lo señalado anteriormente resulta claro que el Estado peruano al momento de negociar los CDIs celebrados después del 2008, también consideró la

versión antigua del artículo 7 propuesta por el MC OCDE. Ahora bien, si bien la negociación se realizó en base a la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE (salvo pequeñas diferencias que ya indicamos antes en este apartado), para precisar si en las negociaciones se tomó en cuenta alguna consideración vinculada a la atribución de beneficios según el Enfoque Autorizado 2008, es necesario revisar qué tomaron en cuenta las partes negociadoras.

Pues bien, de nuestra revisión de documentos elaborados por el MEF, observamos que en la negociación de los CDIs peruanos posteriores al 2008 (es decir, posteriores al Enfoque Autorizado 2008 y los Comentarios MC OCDE 2008), no hay referencia alguna a la inclusión de la nueva versión del artículo 7 del MC OCDE 2010 ni que los negociadores contemplaron en sus discusiones la posibilidad de acudir al Enfoque Autorizado 2008. Ello se puede observar en los informes elaborados por el Ministerio de Economía y Finanzas que fueron incluidos en la solicitud de aprobación de los CDIs que envió el Poder Ejecutivo al Congreso de la República. En estos informes se analiza la versión final del CDI acordada, así como los criterios y razones que consideraron las partes negociadoras al momento de ponerse de acuerdo sobre los términos del CDI en particular. Así, tenemos los siguientes informes correspondientes a los CDIs celebrados con Corea, México, Portugal, Suiza y Japón:

- (i) Informe No. 220-2012-EF/61.01 referido al CDI con Corea. – Se reconoce que se ha usado el MC OCDE, así como ciertas particularidades del MC ONU. Asimismo, se menciona al Modelo Peruano de CDI que, en principio, fue propuesto para efectos de la negociación. En cuanto a la figura del EP y los beneficios empresariales del artículo 7 se reconoce el principio de que las rentas empresariales de un no residente gravan en su Estado de Residencia, salvo que exista un EP en cuyo caso se asigna la facultad de imposición al Estado de la Fuente. En ese sentido, se plantea la definición general de EP y se señala que en las negociaciones se logró incluir como EP a: los lugares de exploración y explotación de recursos naturales; las obras o proyectos de

construcción que superen el plazo de 6 meses (en lugar de los 12 meses propuestos por Corea); la prestación de servicios por un periodo que exceda los 183 días en un periodo cualquiera de 12 meses (supuesto que no fue planteado por Corea en su propuesta de convenio). No hay ninguna referencia al modelo de atribución de beneficios del EP, a pesar de que es un CDI negociado con posterioridad al Enfoque Autorizado 2008.

- (ii) Informe No. 102-2011-EF/61.01 referido al CDI con México. – Se reconoce que se ha usado el MC OCDE, así como ciertas particularidades del MC ONU. Asimismo, se menciona al Modelo Peruano de CDI que, en principio, fue propuesto para efectos de la negociación. En cuanto a la figura del EP y los beneficios empresariales del artículo 7 se reconoce el principio de que las rentas empresariales de un no residente gravan en su Estado de Residencia, salvo que exista un EP en cuyo caso se asigna la facultad de imposición al Estado de la Fuente. En ese sentido, se plantea la definición general de EP y se señala que en las negociaciones se logró incluir como EP a: los lugares de exploración y explotación de recursos naturales; las obras o proyectos de construcción que superen el plazo de 6 meses (en lugar de los 9 meses propuestos por México); la prestación de servicios por un periodo que exceda los 183 días en un periodo cualquiera de 12 meses; y la asistencia técnica que supere los 90 días dentro de un periodo cualquiera de 12 meses. No hay ninguna referencia al modelo de atribución de beneficios del EP, a pesar de que es un CDI negociado con posterioridad al Enfoque Autorizado 2008.
- (iii) Informe No. 003-2019-EF/ENCDI referido al CDI con Japón. – Se reconoce que se ha usado el MC OCDE, así como ciertas particularidades del MC ONU. Asimismo, se menciona al Modelo Peruano de CDI que, en principio, fue propuesto para efectos de la negociación. En cuanto a la figura del EP y los beneficios empresariales del artículo 7 se reconoce el principio de que las rentas empresariales de un no residente gravan en su Estado de Residencia, salvo que exista un EP en cuyo caso se asigna la facultad de imposición al

Estado de la Fuente. En ese sentido, se plantea la definición general de EP y se señala que en las negociaciones se logró incluir como EP a: los lugares de exploración y explotación de recursos naturales, pero solo cuando duren más de 6 meses (supuesto que no fue planteado por Japón en su propuesta de convenio); las obras o proyectos de construcción que superen el plazo de 6 meses; la prestación de servicios por un periodo que exceda los 183 días en un periodo cualquiera de 12 meses (supuesto que no fue planteado por Japón en su propuesta de convenio). No hay ninguna referencia al modelo de atribución de beneficios del EP, a pesar de que es un CDI negociado con posterioridad al Enfoque Autorizado 2008 y que la propia negociación del CDI se hizo partiendo de las propuestas de acción del Proyecto BEPS y considerando que Perú es parte del Marco Inclusivo contra BEPS.

- (iv) Informe No. 496-2012-EF/61.01 referido al CDI con Portugal. – Se reconoce que se ha usado el MC OCDE, así como ciertas particularidades del MC ONU. Asimismo, se menciona al Modelo Peruano de CDI que, en principio, fue propuesto para efectos de la negociación. En cuanto a la figura del EP y los beneficios empresariales del artículo 7 se reconoce el principio de que las rentas empresariales de un no residente gravan en su Estado de Residencia, salvo que exista un EP en cuyo caso se asigna la facultad de imposición al Estado de la Fuente. En ese sentido, se plantea la definición general de EP y se señala que en las negociaciones se logró incluir como EP a: los lugares de exploración y explotación de recursos naturales; las obras o proyectos de construcción que superen el plazo de 183 días en un periodo cualquiera de 12 meses (supuesto que no fue planteado por Portugal en su propuesta de convenio); la prestación de servicios por un periodo que exceda los 183 días en un periodo cualquiera de 12 meses (supuesto que no fue planteado por Portugal en su propuesta de convenio). No hay ninguna referencia al modelo de atribución de beneficios del EP, a pesar de que es un CDI negociado con posterioridad al Enfoque Autorizado 2008.

- (v) Informe No. 459-2012-EF/61.01 referido al CDI con Suiza. – Se reconoce que se ha usado el MC OCDE, así como ciertas particularidades del MC ONU. Asimismo, se menciona al Modelo Peruano de CDI que, en principio, fue propuesto para efectos de la negociación. En cuanto a la figura del EP y los beneficios empresariales del artículo 7 se reconoce el principio de que las rentas empresariales de un no residente gravan en su Estado de Residencia, salvo que exista un EP en cuyo caso se asigna la facultad de imposición al Estado de la Fuente. En ese sentido, se plantea la definición general de EP y se señala que en las negociaciones se logró incluir como EP a: los lugares de exploración y explotación de recursos naturales; las obras o proyectos de construcción que superen el plazo de 6 meses (supuesto que no fue planteado por Suiza en su propuesta de convenio); la prestación de servicios por un periodo que exceda los 183 días en un periodo cualquiera de 9 meses (supuesto que no fue planteado por Suiza en su propuesta de convenio). No hay ninguna referencia al modelo de atribución de beneficios del EP, a pesar de que es un CDI negociado con posterioridad al Enfoque Autorizado 2008.

Como se puede desprender de los informes antes señalados, la cuestión principal en las negociaciones realizadas entre los representantes del Estado peruano y los representantes de los otros países fue la definición de la existencia de un EP. Este es un tema regulado en el artículo 5 de los CDIs peruanos (en el cual se define el concepto de EP y los distintos de EP que podrían constituirse) y en las negociaciones planteadas para la celebración de los CDIs, el Estado peruano planteaba ampliar su facultad de imposición sobre rentas empresariales vinculadas a ciertas actividades que gatillaban cierto grado de presencia y vinculación económica con el territorio del Estado de la Fuente. Así pues, fruto de estas negociaciones, el Estado peruano logró, con ciertos matices, incluir en sus CDIs las cláusulas de EP esporádicas correspondientes al EP por obras de construcción y el EP originado por la prestación de servicios.

Sin embargo, el asunto vinculado a la determinación de beneficios no es un asunto que fue tomado en cuenta a profundidad al momento de la negociación de los CDIs peruanos (tanto los celebrados después del 2008 como aquellos celebrados antes del 2008). La razón de esto es que desde la perspectiva del MEF (que elaboró el Modelo Peruano de CDI), la atribución de beneficios a un EP era conforme a la legislación interna del Estado peruano. No obstante, como vimos, después del 2008 en la legislación interna no se han incluido cuestiones o pautas vinculadas a la atribución de beneficios de conformidad con el Enfoque Autorizado 2008 ni se han establecido reglas particulares para determinar el Capital Libre de un EP, a fin de limitar la deducción de intereses.

De este modo, toda vez que al momento de la negociación de los CDIs peruanos no se consideraron las pautas o conclusiones del Enfoque Autorizado 2008 incluidas en los Comentarios MC OCDE 2008 (que incluye la figura del Capital Libre), no podríamos sostener que el Estado peruano y sus contrapartes han otorgado algún sentido especial a los términos de la versión antigua del artículo 7, que conste en algún documento como intención de los Estados contratantes, a fin de considerar las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008.

Es más, consideramos que, si el Estado peruano y sus contrapartes en la celebración de cada CDI hubieran pretendido la aplicación del Enfoque Autorizado 2008, habrían tenido que considerar la inclusión de la nueva versión del artículo 7 publicada en los Comentarios MC OCDE 2010. De hecho, todos los CDIs peruanos posteriores al Enfoque Autorizado 2008 fueron negociados después del 2010, por lo que no cabe duda de que las partes negociantes tuvieron frente a ellos, la posibilidad de discutir sobre la inclusión de la nueva versión del artículo 7 del MC OCDE 2010 a fin de contemplar el Enfoque Autorizado 2008 con mayor seguridad. No obstante, a pesar de ello, ni las partes negociantes consideraron este tema en sus rondas de negociación, ni los CDIs posteriores al 2010 incluyen la nueva versión del artículo 7, sino pues tienen la versión antigua de dicho artículo, la cual existe desde 1963.



Conforme a lo anterior, consideramos que nuestra postura se encuentra verificada en el sentido de que no es posible aplicar las pautas o criterios del Enfoque Autorizado 2008 (y en concreto la figura del Capital Libre) para la atribución de beneficios a un EP de conformidad con el artículo 7 de los CDIs peruanos celebrados antes o después del 2008. Así pues, la pregunta sería qué procedimiento se debería seguir para permitir la aplicación de estos criterios o pautas.

En primer lugar, para despejar dudas sobre la aplicación de los Comentarios MC OCDE y alguna versión en particular de estos como instrumento para interpretar un CDI (que contenga, por ejemplo, las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008), lo más adecuado sería hacer una remisión directa a estos. Así, el propio CDI en concreto podría hacer una remisión expresa a los Comentarios MC OCDE para calificarlo explícitamente como contexto del CDI (García Novoa, 2008, p. 39). De este modo, el CDI al hacer una remisión expresa a los Comentarios MC OCDE o alguna versión en particular de dicho instrumento, dejaría claro que dicho instrumento sirve para efectos de la interpretación del CDI. Con ello, sería más sencillo acudir, por medio de las reglas generales de interpretación de la CVDT, a los Comentarios MC OCDE. En concreto, en este caso los Comentarios MC OCDE podrían servir para otorgar el sentido corriente de los términos y calificarían, sin ninguna duda, como contexto del CDI, de conformidad con el numeral 1 del artículo 31 de la CVDT.

Al respecto, en el caso peruano tenemos una experiencia vinculada a un CDI donde se hizo remisión expresa a los Comentarios MC OCDE. En efecto, en el 2006 el Poder Ejecutivo envió al Congreso de la República la propuesta de aprobación del CDI celebrado con España. Este CDI no fue aprobado por el Congreso por varias razones que no pasaremos a revisar acá, pero uno de los temas controvertidos fue la aplicación de los Comentarios MC OCDE. En efecto, el artículo I del Protocolo del CDI celebrado con España señalaba que las disposiciones de dicho CDI, siempre que mantengan el criterio establecido por el MC OCDE, se interpretarán (nótese el imperativo del verbo) de acuerdo con los Comentarios MC OCDE.

Con relación a este asunto, la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República sostuvo en su dictamen vinculado a la aprobación de este CDI lo siguiente:

De otra parte, se tiene que tener en cuenta que el Convenio ha sido negociado en base al modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE, el cual es un modelo generado por los países más desarrollados del mundo atendiendo a su mismo nivel de desarrollo económico. Este modelo sigue el principio de la residencia por sobre el principio del a fuente, el cual opera de mejor forma entre países desarrollados, cuyo flujo de inversiones y operaciones se dan a un mismo nivel.

El Perú, como es bien sabido, no se encuentra catalogado como un país desarrollado, sino, en vías de desarrollo, y por lo mismo no resulta proporcional que la negociación se haya llevado a cabo en un marco dado por y para países desarrollados y que, además, se haya acordado de que la interpretación de las disposiciones del Convenio se realice a la luz de dichos instrumentos internacional. En todo caso se tenía el modelo de Convenio de la ONU, el cual adapta el patrón de la OCDE a los problemas de los convenios celebrados entre países desarrollados y subdesarrollados, en particular el flujo de una vía de inversión y el riesgo de pérdida de recaudación y pone más énfasis en los derechos de los países donde proviene la renta, restringe más las circunstancias en las que empresas de otro país pueden operar sin pagar impuestos en el país de donde proviene la renta y deja abierta la posibilidad de tener tasas de retención más altas sobre intereses, dividendos y regalías.

Como puede notarse, la representación peruana en su momento no aprobó el CDI celebrado con España, debido a que, entre otras razones, el CDI se había negociado en base al MC OCDE y porque, además, la interpretación de dicho CDI se debía a realizar según los Comentarios MC OCD. De haberse aprobado este CDI, la remisión a los Comentarios MC OCDE como parte del contexto y como herramienta para conocer el sentido corriente de los términos del CDI hubiera sido más sencilla y directa. En cuanto al tema de esta tesis, para

trasladar las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008 a los CDIs peruanos -que incluye la figura del Capital Libre-, debería señalarse (por medio de una modificación o nueva inclusión en un protocolo) en el CDI que la interpretación se debe realizar según los Comentarios MC OCDE 2008 o versiones siguientes de dichos comentarios.

En segundo lugar, para aplicar las pautas del Enfoque Autorizado 2008, lo más adecuado para todos los CDIs peruanos sería modificar el artículo 7, para incluir la versión nueva de dicho artículo que fue publicada en el MC OCDE 2010. Esta nueva versión del artículo 7 también en el numeral 2 propone la aplicación del principio de empresa separada, pues dispone que *“los beneficios atribuibles al establecimiento permanente en cada Estado contratante a los que se refiere el apartado 1 son aquellos que el mismo hubiera podido obtener, en particular en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta e independiente que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones”*. No obstante, si bien esta redacción es similar a la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE, luego el numeral 2 del nuevo artículo 7 agrega que la determinación conforme al principio de empresa separada se debe realizar *“teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa”*.

Con esta referencia a las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos existe una clara y evidente referencia a las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008. De este modo, sería más pacífico acudir a las pautas de este enfoque si la propia redacción del artículo 7 del CDI que se trate hace referencia a estos elementos del Enfoque Autorizado 2008 para determinar los beneficios de un EP. De este modo, en el caso de los CDIs anteriores al 2008, si se realizara la modificación del artículo 7 en la versión del MC OCDE 2010 ya no habría el problema de acudir a una interpretación dinámica con modificaciones sustantivas, pues la propia redacción del artículo haría referencia a las pautas del Enfoque Autorizado 2008. De igual modo, para los CDIs posteriores al 2008 ya no habría el problema de indicar que en la negociación de los CDIs nunca se tuvieron en

cuenta las discusiones y criterios del Enfoque Autorizado 2008, pues también la propia redacción del artículo haría referencia a las pautas del Enfoque Autorizado 2008.

En caso no se realice esta modificación de los CDIs, pero se pretenda incluir las pautas del Enfoque Autorizado 2008 en los CDIs, podría acudir al procedimiento amistoso del numeral 3 del artículo 25 de los CDIs peruanos (en el caso del CDI con Canadá es el numeral 4 del artículo 25). Este numeral señala, en líneas generales, que las autoridades competentes de los Estados contratantes harán lo posible para resolver dificultades o dudas que plantee la interpretación o aplicación de un CDI en concreto. La resolución de esta situación se da a través de un procedimiento de acuerdo mutuo. El funcionamiento práctico de este procedimiento se encuentra señalado en el numeral 4 del artículo 25 de los CDIs peruanos (en el caso del CDI con Canadá es el numeral 4 del artículo 25) en donde se señala que las autoridades competentes de los Estados contratantes podrán comunicarse directamente a fin de llegar a un acuerdo.

Al respecto, la OCDE (2019, p. 427) señala que el artículo 25 del MC OCDE delega a las autoridades competentes de los Estados contratantes, amplios poderes para la aplicación e interpretación de las disposiciones de un CDI. De este modo:

El apartado 2 faculta a las autoridades competentes a resolver por la vía del acuerdo amistoso los casos planteados por los contribuyentes a fin de evitar una imposición que, si bien resulta de la legislación interna, no se ajusta al Convenio. De forma similar, el apartado 3 faculta a las autoridades competentes para resolver mediante acuerdo amistoso las dificultades o dudas que planteen la interpretación o aplicación del Convenio, tanto en casos concretos (por ejemplo, los referidos a un único contribuyente), como de forma más general (por ejemplo, mediante la interpretación conjunta de una disposición del convenio aplicable a un gran número de contribuyentes). En virtud del apartado 3, las autoridades competentes podrán, en concreto, llegar a acuerdos para definir un término no definido en el Convenio, o para completar o aclarar la definición de un término ya definido, cuando tal acuerdo permita

resolver dificultades o dudas que plantee la interpretación o aplicación del Convenio.  
(OCDE, 2019, p. 427)

El acuerdo alcanzado mediante el artículo 25 resultaría un acuerdo vinculante y útil para efectos interpretativos de conformidad con la CVDT. En efecto, dicho acuerdo proveniente del procedimiento mutuo podría ser comprendido dentro del numeral 3 del artículo 31 de la CVDT el cual señala que para la interpretación se debe tomar en cuenta “*todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones*”.

De este modo, al amparo de este procedimiento amistoso, la autoridad competente peruana (que en el caso de todos los CDIs celebrados por el Perú es el MEF) y las autoridades competentes de los Estados contrapartes podrían resolver la dificultad o duda de la aplicación de los CDIs peruanos. En concreto, el tema a definir sería el siguiente: determinar si cuando el artículo 7 de los CDIs peruanos (que recoge la versión antigua de dicho artículo en el MC OCDE) refiere que al EP se atribuyen los beneficios que habría obtenido si fuera una “*empresa distinta y separada*” que trata con total independencia de su Matriz, sería posible considerar que dicho principio de empresa separada también podría considerar las pautas del Enfoque Autorizado 2008. Con un acuerdo de este tipo, proveniente del procedimiento amistoso, en el que se indique que las pautas del Enfoque Autorizado 2008 (como, por ejemplo, la regla del Capital Libre) podrían ser aplicadas para la atribución de beneficios a un EP conforme a la versión actual del artículo 7 de los CDIs peruanos, sería posible acudir a dichas pautas para la interpretación y aplicación de este artículo.

En tercer lugar, no basta con la modificación del artículo 7 de los CDIs peruanos, pues es necesario, como ya indicamos antes, modificar la legislación interna del Estado peruano. Ello toda vez que, si bien el CDI dispone las pautas para la atribución de beneficios de un EP, es papel de la legislación interna concretar el sistema de gravamen de los EPs. Ello pues la determinación de beneficios de un EP para el IR, así como la inclusión de ciertos supuestos gravados con el IR, es una cuestión protegida por la reserva de ley tributaria. De

este modo, la legislación peruana debería incluir en la LIR (mediante Ley o DL) un sistema de gravamen particular para los EPs en donde se tomen en cuenta las conclusiones y pautas del Enfoque Autorizado 2008, como se hizo en otros países. En este sistema de gravamen para EPs se debería definir el criterio concreto para establecer el Capital Libre de un EP, a fin de limitar la deducción de intereses por financiamiento del EP. Solo de este modo, podría exigirse que, para la determinación de beneficios de un EP, se considere (de manera imperativa) la figura del Capital Libre del Enfoque Autorizado 2008.

## V. CONCLUSIONES

- El artículo 7 del MC OCDE (cuya primera versión oficial de la OCDE proviene de 1963) ha tenido fundamentalmente dos versiones: (i) la primera versión existente desde 1963; y (ii) la segunda versión publicada en el 2010.

De un lado, en los Comentarios MC OCDE a la versión antigua del MC OCDE 2007 existía una aplicación matizada de las reglas de precios de transferencia, en la medida que no todas las operaciones entre EP y Matriz podían determinar gastos deducibles (como los intereses) y que algunas operaciones solo debían reconocerse al costo (los servicios y regalías).

De otro lado, con la publicación del Enfoque Autorizado 2008 (que representa el criterio autorizado de la OCDE para la atribución de beneficios a un EP al momento de aplicar un CDI), se incluyeron algunas conclusiones de dicho enfoque (como la regla del Capital Libre) en los Comentarios MC OCDE 2008 y, posteriormente, se modificó la redacción del artículo 7 en el 2010, así como los Comentarios MC OCDE, a fin de incluir totalmente todas las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008. Por ello se señala que existen, en realidad, 3 modelos de atribución de beneficios: (i) el modelo antes del 2008 con la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE; (ii) el modelo de tránsito entre el 2008 y 2010 que también tiene la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE; y, (iii) el modelo del 2010 que contiene la

versión nueva del artículo 7 del MC OCDE y que incluye en su totalidad las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008.

En el nuevo sistema de atribución de beneficios al EP (sustentado en el Enfoque Autorizado 2008) se extrema la aplicación de las reglas de precios de transferencia, para reforzar la independencia del EP frente a su Matriz. De este modo, se permite la deducción de intereses, siempre que se respete la figura del Capital Libre. El Capital Libre es el financiamiento de un EP que no permite la deducción de intereses pues corresponde al capital mínimo de plena competencia que requiere un EP para realizar sus funciones y asumir los riesgos vinculados a sus funciones. Según la OCDE, el Capital Libre puede determinarse por alguno de los siguientes métodos: (i) criterio de atribución de capital; (ii) criterio de atribución del capital económico; (iii) criterio de subcapitalización (en donde se exige un análisis de comparabilidad con empresas que realizan actividades similares); (iv) criterio de régimen de protección. Asimismo, se permite la deducción de todo tipo de operaciones entre el EP y su Matriz considerando siempre un importe de plena competencia (con el respectivo margen de ganancia) y no el importe de los costos.

Asimismo, para determinar los beneficios de un EP, se deben seguir dos fases: (i) primero se deben identificar las funciones con trascendencia económica desarrolladas por el EP que incluyen también a las operaciones internas y, de este modo, se ubican las funciones humanas sustantivas, se atribuyen derechos y obligaciones, se identifican los riesgos asociados a dichas funciones y se atribuye Capital Libre; (ii) después, en la segunda fase, se determina la contraprestación de plena competencia de las operaciones internas aplicando analógicamente las Guías de PT y, para ello, se toman en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por el EP.

En ese sentido, realizando una comparación entre los dos sistemas de atribución de beneficios del EP (antes del 2008 y después del 2008), queda claro que en el primer sistema del artículo 7 se aplicaba el principio de *arm's lenght* de forma limitada, mientras que, en el nuevo sistema, el artículo 7 aplica de forma más abierta y transversal este principio.

- En la legislación peruana no se han recogido (ni en la LIR ni en el RLIR) los criterios autorizados por la OCDE para la atribución de Capital Libre a un EP de conformidad con el Enfoque Autorizado 2008 de la OCDE. La única regla de limitación de intereses existente es la recogida en el inciso a) del artículo 37 de la LIR. De este modo, un EP – en tanto persona jurídica domiciliada que solo tributa por su renta de fuente peruana – solo podría deducir los intereses que provengan de endeudamientos siempre que no superen el 30% de su EBITDA tributario del ejercicio anterior. Aunque esta regla se conozca en la doctrina nacional como una regla que combate contra la subcapitalización, no está vinculada en lo más mínimo a la regla de subcapitalización del Enfoque Autorizado 2008, la cual exige un análisis de comparabilidad del EP con empresas independientes para determinar el monto de financiación requerido (según sus activos y riesgos) y el monto de deuda con intereses y Capital Libre (según la comparación de los ratios con empresas independientes).
- En la legislación peruana se respetan los principios de imposición a EPs definidos en los CDIs celebrados por el Estado peruano. Así pues, la LIR regula la imposición a EPs de conformidad con los principios de empresa separada (pues se considera al EP como una persona jurídica domiciliada e independiente de su Matriz), el principio de no discriminación (pues no se da un trato menos favorable a los EPs de empresas no domiciliadas y a los EPs se permite la deducción de los mismos gastos establecidos para sociedades peruanas) y la proscripción del principio de fuerza de atracción (pues los EPs no concentran todas las rentas de fuente peruana generadas por la empresa no domiciliada, sino que solamente tributan de forma independiente por las rentas que correspondan a sus actividades e inclusive podría darse el caso que una empresa no domiciliada tenga varios EPs que tributen de forma independiente y también que tribute en el país a través del sistema de retenciones por rentas no vinculadas a un EP).
- No cabe duda de que los Comentarios MC OCDE o el Enfoque Autorizado 2008 (que fue incluido en los Comentarios MC OCDE 2008 de forma parcial y en los Comentarios MC OCDE 2010 de forma absoluta) son instrumentos de *soft law* y no son fuente de Derecho nacional o internacional, en tanto no son documentos que crean o están autorizados a crear normas jurídicas de carácter general y abstracto. Estos instrumentos de *soft law* fueron



elaborados por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, de modo que no tienen garantía de legitimidad democrática o representativa, ni tampoco tienen fuerza vinculante para los Estados miembros o no miembros de la OCDE, pero sí tienen cierta relevancia para conocer a mayor amplitud el entendimiento de las cláusulas de los CDIs que siguen el MC OCDE.

Además, en tanto *soft law* son instrumentos con vocación de incidir en los sistemas jurídicos estatales, pero al provenir de la OCDE, solo toman en cuenta las posturas de los países de dicha organización y por ello, en el mejor de los casos, solo podrían influenciar directamente a los sistemas jurídicos de los países de dicha organización, pero no en países no miembros como el Perú. Si el Estado peruano tiene interés de validar los contenidos de estos instrumentos de *soft law* (los Comentarios MC OCDE y el Enfoque Autorizado 2008), las recomendaciones de dichos instrumentos deben incorporarse en nuestra legislación interna de forma directa (en cuyo caso estaría cumpliendo dichos instrumentos una función pre-legislativa) o a través de normas de reenvío que precisen que para determinar los beneficios de un EP o una sucursal será necesario considerar lo establecido en dichos instrumentos internacionales. De no hacerse ello, por el principio de reserva de ley, sería imposible aplicar los criterios y las recomendaciones de dichos instrumentos de *soft law* para cumplir funciones post-legislativas (para aplicar o interpretar disposiciones) o funciones para-legislativas (para cubrir vacíos o deficiencias en las normas internas).

- o Para que se permita la aplicación de las reglas particulares para atribución de beneficios a un EP señaladas en el Enfoque Autorizado 2008 – incluyendo, por supuesto, la regla del Capital Libre que limita la deducción de intereses de un EP –, se debería de incluir en la legislación peruana reglas que acojan las recomendaciones del Enfoque Autorizado 2008. Ello pues la determinación de la base imponible de un EP es un concepto protegido por la reserva de ley y, en ese sentido, para regular un nuevo sistema de atribución de beneficios a un EP, que incluya la figura del Capital Libre, se requiere incluir tales disposiciones en la LIR (mediante Ley o DL). Así pues, no basta con el hecho de que el Enfoque Autorizado 2008 se encuentre comentado y parafraseado en los Comentarios MC OCDE 2008, ni tampoco que la OCDE haya recomendado seguir las disposiciones del Enfoque Autorizado

2008 en el caso de los CDIs que contenga la versión antigua del artículo 7 (como es el caso de todos los CDIs peruanos).

- Conforme al artículo 31 de la CVDT, un tratado se debe interpretar de conformidad con el sentido corriente y usual de los términos del tratado, tomando en cuenta diccionarios jurídicos y solo excepcionalmente diccionarios especializados. Asimismo, dicho artículo señala que los términos de un tratado no se interpretan aisladamente sino se debe tomar en cuenta el contexto inmediato (la redacción, la estructura gramatical, la ubicación del término y los títulos o subtítulos del tratado) y el contexto mediato (los preámbulos, anexos y acuerdos ulteriores de las partes). Asimismo, se debe tomar en cuenta, ante la duda de las disposiciones del tratado, el objeto y fin del tratado, el cual puede ser obtenido del preámbulo o de artículos particulares del tratado.

Posteriormente, para verificar la interpretación del artículo 31 o para aclarar dudas o resolver problemas interpretativos, se continúa con los métodos complementarios del artículo 32. Así pues, se acude a los trabajos preparatorios del tratado (que comprende todos los documentos y actas vinculadas a la celebración del tratado, donde se verifica la postura de las partes en la negociación) y a las circunstancias de celebración (que propiamente vendría a ser una interpretación histórica y sociológica del tratado). Estos son los denominados medios suplementarios de interpretación o el “contexto extrínseco” que sirve confirmar el significado ordinario de los términos, según el artículo 31, o para despejar dudas generadas por la aplicación de los criterios de interpretación del artículo 31 de la CVDT.

- Para interpretar los términos y disposiciones de un CDI, se debe realizar una interpretación textual de los términos, así como una interpretación contextual de los mismos. De este modo, existen dos caminos: (i) cuando el CDI define el término en el numeral 1 del artículo 3, se debe aplicar dicha interpretación especial derivada de forma autónoma del convenio salvo que el significado contextual disponga un significado distinto; (ii) cuando el CDI no establezca una definición, debemos de tomar en cuenta las reglas de interpretación de tratados de la CVDT (es decir, los artículos 31 a 32 de dicha convención), tomando en

cuenta siempre la finalidad del CDI (que es evitar la doble imposición mediante el reparto de competencias fiscales y la creación de un microsistema jurídico) y dándole importancia al contexto según el criterio del artículo 3 del CDI, pero esta relevancia será fruto de reconocer la preferencia de la finalidad y el contexto del CDI.

- Resulta adecuado acudir a los criterios interpretativos de la CVDT para interpretar algún CDI celebrado por el Estado peruano. Ello debido a que los CDIs en tanto tratados celebrados de sujetos de Derecho Internacional Público no pueden sustraerse a la aplicación de las disposiciones de la CVDT, la cual justamente, según el artículo 1 de dicha convención, se aplica a los tratados celebrados entre Estados. Ello, con mayor razón, si se toma en cuenta que, en el caso peruano, tanto el propio Estado peruano como los otros Estados con los cuales el Perú tiene un CDI en vigor son Estados que se sometieron a las disposiciones de la CVDT. Inclusive, diversas entidades administrativas del ordenamiento jurídico peruano han señalado que para interpretar las disposiciones de un CDI es pertinente acudir a las reglas de interpretación de la CVDT. Asimismo, para interpretar los términos de un CDI deben de tomarse en cuenta las disposiciones del artículo 3 del CDI en concreto (el cual da preferencia a una interpretación contextual y también da reglas para los conceptos definidos y no definidos), pero siempre, en cualquier caso, la interpretación se deberá realizar tomando en cuenta el contexto y la finalidad del CDI.
- No cabe duda de que los Comentarios MC OCDE son instrumentos de *soft law* útiles para el entendimiento de los CDIs que siguieron las cláusulas y disposiciones del MC OCDE, como es el caso de todos los CDIs peruanos. Al momento de interpretar un CDI, considerando las reglas y criterios de interpretación de la CVDT, es posible acudir a los Comentarios MC OCDE, pero ello dependerá de si nos encontramos ante un CDI celebrado entre países miembros de la OCDE. Si nos encontramos ante CDIs celebrados entre países miembros de la OCDE, es posible entender -al amparo del artículo 31 de la CVDT- que los Comentarios MC OCDE forman parte de la interpretación contextual y en ese sentido podrían ser utilizados al amparo de alguna de las siguientes cláusulas de la CVDT: **(i)** inciso a) del numeral 2 del artículo 31 de la CVDT (acuerdo que se refiera al tratado y haya sido

concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado) o inciso b) del numeral 2 del artículo 31 de la CVDT (instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado) pues los Comentarios MC OCDE son elaborados por representantes de dichos estados contratantes en el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, donde inclusive tienen la posibilidad de manifestar su disconformidad o plantear reservas al contenido de dichos comentarios; o, **(ii)** numeral 4 del artículo 31 de la CVDT (sentido especial otorgado por las partes), pues los Comentarios MC OCDE se presumirían como trasfondo de la negociación y, por tanto, el significado especial otorgado por estos comentarios fue considerado por los negociadores del CDI.

- En cambio, cuando nos encontramos ante CDIs celebrados por países que no son miembros de la OCDE o entre un miembro de la OCDE y un no miembro (como es el caso de los CDIs peruanos), no podemos acudir del mismo modo al artículo 31 de la CVDT, pues no existe un acuerdo entre el Estado peruano y sus contrapartes para utilizar los Comentarios MC OCDE, ni tampoco se puede presumir que el Estado peruano ha aceptado a los Comentarios MC OCDE como instrumento referente al CDI en concreto. Al respecto, en este caso se pueden utilizar los Comentarios MC OCDE por alguna de las siguientes vías: **(i)** numeral 4 del artículo 31 de la CVDT (sentido especial otorgado por las partes), siempre que se pruebe que las partes negociantes del CDI tuvieron como objetivo darle un contenido particular a los términos del CDI según los Comentarios MC OCDE; **(ii)** artículo 32 de la CVDT, de modo que se consideren a los Comentarios MC OCDE como “trabajos preparatorios” en la elaboración del CDI y, en ese sentido, esta forma de interpretación solo debería ser útil para aclarar el significado ordinario alcanzado siguiendo el artículo 31 de la CVDT o para aclarar cuestiones no resueltas o poco claras después de aplicado el referido artículo 31 de la CVDT. En cualquier caso, el uso de los Comentarios MC OCDE estará condicionado a que el CDI en concreto recoja la redacción de las cláusulas del MC OCDE y que las autoridades del país en concreto acepten el uso de los comentarios. Si el propio CDI dispone que los Comentarios MC OCDE son una guía interpretativa de las cláusulas del CDI, entonces podríamos acudir a estos comentarios como parte del “*sentido corriente*” del CDI.

- En cuanto a la interpretación dinámica o estática de los Comentarios MC OCDE, una vez reconocida la utilidad de los comentarios para la interpretación del CDI, debemos señalar que no podemos optar por alguna interpretación extremista que niegue el uso de la interpretación estática y apruebe por completo el uso de la interpretación dinámica –o viceversa– y, por ello, la solución debe encontrarse en un término medio. Se debe dar preferencia a la interpretación estática para efectos de garantizar la seguridad jurídica para los sujetos que interpretan un CDI. Sin embargo, es posible acudir a la interpretación dinámica cuando la nueva versión de los Comentarios MC OCDE posterior a la negociación y celebración del CDI cumpla con establecer aclaraciones o preceptos interpretativos sobre ciertos términos del MC OCDE o para términos que generaban cierta confusión. En sentido contrario, no se podría acudir a la interpretación dinámica cuando los Comentarios MC OCDE modifiquen el ámbito de aplicación del precepto del MC OCDE lo cual implicaría que dicho precepto estaría siendo modificado indirectamente por los comentarios o cuando los Comentarios MC OCDE incluyan nuevas modificaciones sustanciales. En cualquier caso, la solución antes planteada es un criterio que deberá ser analizado en cada caso concreto para verificar si nos encontramos ante aclaraciones o ante cambios sustantivos e innovativos que alteran indirectamente el MC OCDE.
  
- Si bien todos los CDIs celebrados por el Estado peruano contienen la versión antigua del artículo 7 proveniente del MC OCDE, no todos fueron celebrados antes de la publicación del Enfoque Autorizado 2008 en julio de 2008. Así, los CDIs negociados y celebrados antes del 2008 contienen la versión antigua del artículo 7 proveniente del MC OCDE y, del mismo modo, los CDIs negociados después del 2008 contienen también la misma versión del artículo 7, a pesar de que después del 2008 ya existía el Enfoque Autorizado 2008. Es más, todos los CDIs posteriores al 2008 fueron negociados después del 2010 cuando ya existía la nueva versión del artículo 7, publicada en el MC OCDE 2010, la cual se sustenta en el Enfoque Autorizado 2008.

- La OCDE ha recomendado la aplicación del Enfoque Autorizado 2008 para CDIs negociados y celebrados con la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE, siempre que la aplicación de dicho enfoque no contradiga los Comentarios MC OCDE 2008 (los cuales incluyen la aplicación de la figura del Capital Libre). En cambio, para CDIs negociados y celebrados con la versión nueva del artículo 7, publicada en el MC OCDE 2010, se debe de tomar en cuenta como herramienta interpretativa el Enfoque Autorizado 2010, el cual se encuentra sustentado principalmente en las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008.

Al respecto, el Estado peruano ha comunicado a la OCDE (en las consultas realizadas por dicha entidad a los Estados del Marco Inclusivo contra BEPS sobre la aplicación de las reglas de precios de transferencia) que la legislación peruana no sigue el Enfoque Autorizado 2008, pero ha señalado que todos los CDIs peruanos incluyen el Enfoque Autorizado 2008 para la atribución de beneficios a un EP considerando la versión antigua del artículo 7 del MC OCDE.

- Sin embargo, tanto para los CDIs negociados y celebrados por el Estado peruano antes del 2008 como para aquellos que fueron concluidos después del 2008, no es posible acudir a las pautas de atribución de beneficios a EPs del Enfoque Autorizado 2008 y, en consecuencia, no se puede aplicar la figura del Capital Libre para limitar los intereses deducibles del EP.
  - (i) Para los CDIs celebrados antes del 2008 (los CDIs con Brasil, Canadá y Chile) no es posible acudir al Enfoque Autorizado 2008. De un lado, si consideramos a los Comentarios MC OCDE como trabajos preparatorios según el artículo 32 de la CVDT, no sería posible acudir a los Comentarios MC OCDE 2008 (los cuales recogen las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008 y la figura del Capital Libre) para interpretar CDIs negociados antes del 2008. Ello pues sería imposible considerar como trabajo preparatorio a los Comentarios MC OCDE 2008, pues este instrumento fue publicado después de la negociación y celebración de estos CDIs.

De otro lado, podemos considerar a los Comentarios MC OCDE como una herramienta que otorga un sentido especial a los términos del artículo 7 de los CDIs celebrados antes del 2008 (de conformidad con el numeral 4 del artículo 31 de la CVDT). Ello porque de la revisión de los documentos considerados en la negociación de estos CDIs observamos que el Estado peruano presentó una propuesta de CDI (el Modelo Peruano de CDI) basada en el artículo 7 del MC OCDE. En principio, para interpretar estos CDIs debe preferirse la interpretación estática para considerar los Comentarios MC OCDE vigentes al momento de la negociación y celebración de estos CDIs, por lo que no podría aplicarse el Enfoque Autorizado 2008 pues proviene de comentarios publicados con posterioridad. De igual modo, mediante la interpretación dinámica no se podrían utilizar las pautas del Enfoque Autorizado 2008 porque los nuevos Comentarios MC OCDE publicados con posterioridad a estos CDIs contienen modificaciones sustantivas (como sería la regla del Capital Libre) que van más allá de meras aclaraciones de términos o de asuntos confusos del MC OCDE. En otras palabras, para los CDIs peruanos negociados y celebrados antes del 2008 no sería posible aplicar la figura del Capital Libre, en tanto este concepto representaría una innovación de los Comentarios MC OCDE que indirectamente estaría modificando el contenido del artículo 7 de estos CDIs.

- (ii) Para los CDIs celebrados después del 2008 (los CDIs con Corea, México, Portugal, Suiza y recientemente Japón) tampoco es posible acudir al Enfoque Autorizado 2008 y, en consecuencia, no se podría aplicar la figura del Capital Libre. Si bien se podría sostener que los Comentarios MC OCDE 2008 y subsiguientes (que contienen las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008) podrían calificar como trabajos preparatorios al amparo del artículo 32 de la CVDT. No obstante, una interpretación de estos CDIs que contienen la versión antigua del artículo 7, según el artículo 31 de la CVDT, no da espacio a entender que podría utilizarse la figura del Capital Libre ni tampoco podríamos remitirnos a las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008. Por esta razón, no se podría utilizar el artículo 32 de la CVDT. Ello toda vez que la interpretación del artículo 7 queda clara y no hay necesidad de aclarar una confusión

interpretativa respecto a la posibilidad de limitar los intereses bajo la figura del Capital Libre con el artículo 32 de la CVDT. Asimismo, tampoco con el artículo 32 de la CVDT se llega a confirmar lo interpretado por el artículo 31, pues la interpretación clara es que se debe aplicar el principio de empresa separada sin considerar la figura del Capital Libre y ello no es confirmado por el artículo 32 el cual, remitiéndose a los trabajos preparatorios, señala que podría aplicarse la figura del Capital Libre para limitar los intereses en la atribución de beneficios de un EP.

De otro lado, podemos considerar a los Comentarios MC OCDE como una herramienta que otorga un sentido especial a los términos del artículo 7 de los CDIs celebrados después del 2008 (de conformidad con el numeral 4 del artículo 31 de la CVDT). Ello porque de la revisión de los documentos considerados en la negociación de estos CDIs observamos que el Estado peruano también presentó su propuesta de CDI (el Modelo Peruano de CDI) basada en el artículo 7 del MC OCDE. No obstante, en la negociación de estos CDIs no se discutió la inclusión de las pautas del Enfoque Autorizado 2008 o la posibilidad de incluir la nueva versión del artículo 7 del MC OCDE (publicada en el 2010), sino -principalmente- la definición de la existencia de un EP. De este modo, toda vez que al momento de la negociación de los CDIs peruanos no se consideraron las pautas o conclusiones del Enfoque Autorizado 2008 incluidas en los Comentarios MC OCDE 2008 (que incluye la figura del Capital Libre), no podríamos sostener que el Estado peruano y sus contrapartes han otorgado algún sentido especial a los términos de la versión antigua del artículo 7, que conste en algún documento como intención de los Estados contratantes, a fin de considerar las conclusiones del Enfoque Autorizado 2008.

- Finalmente, para permitir la aplicación de las pautas del Enfoque Autorizado 2008 (y, en consecuencia, la figura del Capital Libre) al momento de determinar la atribución de beneficios de un EP conforme a los CDIs peruanos el procedimiento sería: (i) que los CDIs hagan referencia de forma expresa a los Comentarios MC OCDE 2008 o posteriores como una herramienta que forma parte del contexto para la interpretación; (ii) modificar el artículo



7 de los CDIs peruanos para incluir la nueva versión del artículo 7 publicada en el MC OCDE 2010 o que las autoridades competentes de los CDIs culminen un procedimiento de acuerdo mutuo según el artículo 25 de los CDIs para despejar dudas interpretativas y señalar que la expresión “*empresa distinta y separada*” en los CDIs permite la aplicación del Enfoque Autorizado 2008; (iii) modificar la legislación interna del Estado peruano (ya sea mediante Ley o por Decreto Legislativo) a fin de concretar el sistema de gravamen de los EPs conforme al Enfoque Autorizado 2008 y la regla concreta del Capital Libre, pues la determinación del IR de un EP es una cuestión protegida por la reserva de ley tributaria.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, J. (2015). Fuentes del Derecho. En *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Vol. 2, pp. 1019–1066). Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México.  
[www.juridicas.unam.mx/http://biblio.juridicas.unam.mx/http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3796](http://www.juridicas.unam.mx/http://biblio.juridicas.unam.mx/http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3796)
- Altamirano, A. (2012). *Derecho Tributario: Teoría General*. Marcial Pons.
- Ataliba, G. (2011). *Hipótesis de Incidencia Tributaria*. ARA Editores.
- Bianca, M. (2007). *Derecho Civil: 3 El Contrato (Traducción de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés)* (Vol. 3). Universidad Externado de Colombia.
- Calderón Carrero, J. (2017). Beneficios empresariales (y de navegación). En N. Carmona Fernández (Ed.), *Todo Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*. Wolters Kluwer España.
- Calderón, J. M., & Martín, A. (2017). Los tratados internacionales. Los convenios de doble imposición en el ordenamiento español: naturaleza, efectos, interpretación e impacto del Proyecto OCDE/G20 BEPS a la luz del convenio multilateral frente a la erosión de bases imponible y la transferencia de beneficios. En N. Carmona Fernández (Ed.), *Todo convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la unión europea* (pp. 37–114). Wolters Kluwer España.

- Caliendo, P. (2005). *Establecimientos permanentes em Direito Tributario Internacional*. Revista dos Tribunais.
- Carmona Fernández, N. (2007). Guía del Impuesto sobre la Renta de No Residentes. *Wolters Kluwer España, Segunda Ed.*
- Carrasco, F. (2020). Las fuentes, típicos y atípicos, de la fiscalidad internacional. En S. Moreno & F. J. Nocete (Eds.), *Introducción a la fiscalidad internacional*. Atelier Libros Jurídicos.
- Carvalho, C. (2012). *Ficciones Jurídicas en el Derecho Tributario*. Pacífico Editores.
- de Belaunde, J. (2003a). Comentario al artículo 76 del Código Civil. En *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas: Vol. Tomo I* (pp. 383–385). Gaceta Jurídica.
- de Belaunde, J. (2003b). Comentario al artículo 78 del Código Civil. En *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas: Vol. Tomo I* (pp. 389–390). Gaceta Jurídica.
- Delgado Barreto, C., Delgado, M. A., & Candela, C. (2007). *Introducción al Derecho Internacional Privado, Tomo II: Conflicto de Leyes, Parte Especial: Vol. Tomo II*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (1990). *Sistema de Derecho Civil: Vol. Volumen I* (Séptima Edición). Editorial Tecnos.
- Durán, L. (2008). Diferencias en el tratamiento de la noción de establecimiento permanente en la legislación nacional y los CDI y su consecuencia en la tributación en el Perú por rentas empresariales de sujetos no domiciliados. En *CDIs convenios para evitar doble imposición tributaria* (pp. 409–468).
- Durán, L. (2014). Uso del Soft Law en el Derecho Tributario como manifestación del cambio de paradigma jurídico: primeras reflexiones para revisar la experiencia peruana. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, 57, 41–126.
- Durán, L. (2015). El principio de causalidad y la deducción de gastos. *Análisis Tributario*, 326, 16–23.
- Elias, E. (2015a). *Derecho Societario Peruano, La Ley General de Sociedades del Perú: Vol. Tomo I* (Segunda Ed). Gaceta Jurídica.

- Elias, E. (2015b). *Derecho Societario Peruano, La Ley General de Sociedades del Perú: Vol. Tomo II* (Segunda Ed). Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (2012). *Acto Jurídico Negocial* (Tercera Ed). Editorial Rodhas.
- Espinoza, J. (2014). *Derecho de las Personas, Personas Jurídicas y Organizaciones de Personas no inscritas*. Instituto Pacifico.
- García, F., & Riveros, J. (2020). Reflexiones sobre el Convenio Multilateral y su conexión con el Ordenamiento Jurídico Peruano: el caso del Establecimiento Permanente. *Themis - Revista de Derecho*, 76, 161–179. <https://doi.org/10.18800/themis.201902.009>
- García Novoa, C. (2008). Interpretación de los convenios de doble imposición internacional: los convenios de doble imposición. En J. P. Godoy (Ed.), *Estudios de derecho internacional tributario: los convenios de doble imposición* (pp. 1–66). Instituto Colombiano de Derecho Tributario.
- García Prats, F. (1996). *El establecimiento permanente. Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria*. Editorial Tecnos.
- García Santos, F. (2022). *El uso del enfoque autorizado para la atribución de los beneficios de establecimientos permanentes en los convenios de doble disposición*. Pólemos: Portal Jurídico Interdisciplinario. <https://polemos.pe/el-uso-del-enfoque-autorizado-para-la-atribucion-de-los-beneficios-de-establecimientos-permanentes-en-los-convenios-de-doble-disposicion/>
- García Schreck, M. (2010). Tributación de los Establecimiento Permanentes en el Perú. *Enfoque Internacional*, 7, 30–47.
- Garrigues, J. (1987a). *Curso de Derecho Mercantil - Tomo I* (Séptima Ed). Editorial Temis.
- Garrigues, J. (1987b). *Curso de Derecho Mercantil - Tomo II* (Séptima Ed). Editorial Temis.
- Gildemeister, A. (1995). *Derecho Tributario Internacional: Los Establecimientos Permanentes*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Giuliani, F. M. (2003). La interpretación de los convenios internacionales para evitar la doble imposición sobre las rentas. En V. Uckmar (Ed.), *Curso de Derecho Tributario Internacional:*

- Vol. Tomo I (pp. 123–139). Editorial Temis.
- Guastini, R. (2014). Interpretar y argumentar. En *Interpretar y argumentar (Trad. Silivina Álvarez)*. Centro de ESTudios POLÍTicos y Constitucionales. <https://doi.org/10.5211/9788492751594>
- Guastini, R. (2016). *Las Fuentes del Derecho: fundamentos teóricos*. Raguel Ediciones.
- Hamaekers, H. (2005). Precios de Transferencia. Historia, Evolución y Perspectivas. En F. Serrano Antón (Ed.), *Fiscalidad Internacional* (Segunda Ed, pp. 419–478). Centro de Estudios Financieros.
- Hentschel, S. (2020). *The Taxation of Permanent Establishments*. Springer Gabler.
- Kobetsky, M. (2011). *International Taxation of Permanent Establishments: principles and policy*. Cambridge University Press.
- Lavalle, de la P. y L. (2011). *El Contrato en General: Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo I* (Segunda Ed). Palestra Editores.
- Lohman Luca de Tena, J. (1986). *El negocio jurídico*. Studium.
- Lois Estévez, J. (1956). Sobre el concepto de “Naturaleza Jurídica”. *Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo IV*, 159–182. <https://ojs.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/issue/view/197/673>
- Lovisoló, A. (2003). El “Establecimiento Permanente”. En *Curso de derecho tributario internacional*. Editorial Temis.
- Maroto, A. (2015). *El régimen fiscal de los establecimientos permanentes de entidades financieras en España* [Universidad Complutense de Madrid]. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/30183/1/T36071.pdf>
- Monge Talavera, L. (2020). Existencia y capacidad de personas jurídicas de derecho privado. En *Código Civil comentado: comentan más de 200 especialistas en las diversas materias del derecho civil. Tomo X* (pp. 675–678). Gaceta Jurídica.
- Morales, R. (2011). *Patologías y Remedios del Contrato*. Jurista Editores.
- Narváez, J. I. (1990). *Teoría general de las sociedades* (Sexta edición). Editorial Temis.
- Novak, F. (2013). Los criterios para la interpretación de los tratados. *Themis Revista de Derecho*,

63, 71–88.

OCDE. (2001). *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*.

<https://doi.org/https://doi.org/10.1787/9789264184527-en>

OCDE. (2008). *Model Tax Convention on Income and on Capital*. OECD Publishing.

[https://doi.org/https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2008\\_mtc\\_cond-2008-en](https://doi.org/https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2008_mtc_cond-2008-en)

OCDE. (2010). *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes: 17 de julio de 2008*. Instituto de Estudios Fiscales.

OCDE. (2011). *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: versión abreviada 22 de julio de 2010*. Instituto de Estudios Fiscales.

OCDE. (2013). *Informe sobre la Atribución de Beneficios a los Establecimientos Permanentes: 22 de julio de 2010*. Instituto de Estudios Fiscales.

OCDE. (2015). *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)*. OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264239081-en>

OCDE. (2019). *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: Versión abreviada 21 de noviembre de 2017*. OECD Publishing/Instituto de Estudios Fiscales.  
[https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/modelo-de-convenio-tributario-sobre-la-renta-y-sobre-el-patrimonio-version-abreviada-2017\\_765324dd-es#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/modelo-de-convenio-tributario-sobre-la-renta-y-sobre-el-patrimonio-version-abreviada-2017_765324dd-es#page1)

ONU. (2003). *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries (Manual para la Negociación de Tratados Tributarios entre Países Desarrollados y en vías de Desarrollo)*. Departamento de Asuntos Sociales y Económicos.  
<https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-03/UNPAN008579.pdf>

ONU. (2017). *United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 2017 Update*. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

ONU. (2019). *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries 2019*. Departamento de Asuntos Sociales y Económicos.

- Palao, C. (2005). La subcapitalización. En F. Serrano (Ed.), *Fiscalidad Internacional* (Segunda edición, pp. 809–834). Centro de Estudios Financieros.
- Ramos Núñez, C. (2007). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento* (Cuarta Edi). Gaceta Jurídica.
- Revoredo Marsano, D. (1985). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Derecho Internacional Privado: Vol. Tomo VI*. Okura Editores.
- Rohatgi, R. (2008). *Principios Básico de Tributación Internacional* (J. M. Idrovo (ed.)). Legis Editores.
- Sainz de Bujanda, F. (1988). *Lecciones de Derecho Financiero* (Sexta Edic). Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Salmón, E. (2017). *Nociones Básicas de Derecho Internacional Público*.
- Serrano Antón, F. (2005a). Los aspectos fiscales internacionales de los establecimientos permanentes. En F. Serrano Antón (Ed.), *Fiscalidad Internacional* (Segunda Ed, pp. 149–188). Centro de Estudios Financieros.
- Serrano Antón, F. (2005b). Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación. En F. Serrano Antón (Ed.), *Fiscalidad Internacional* (Segunda ed). Centro de Estudios Financieros.
- Serrano, F. (2012). La Interpretación y Aplicación de los Convenios de Doble Imposición Internacional. Relatoría General de las XXVI Jornadas del ILADT. En F. Serrano & E. Simón (Eds.), *Fiscalidad y Tributación* (pp. 41–174). AEDF y Aranzadi.
- Skaar, A. A. (1991). *Permanent establishment: erosion of a tax principle*. Kluwer Law and Taxation Publishers.
- Skaar, A. A. (2020). *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle* (Segunda ed). Kluwer Law International.
- Taveira Torres, H. (2005). El derecho internacional tributario: tratados y disposiciones nacionales. En P. Pistone & H. Taveira Torres (Eds.), *Estudios de derecho tributario*

- constitucional e internacional: homenaje latinoamericano a Victor Uckmar* (pp. 871–915).  
Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Tundo, F. (2003). Las rentas de empresa en el Modelo de Convenio OCDE (art. 7). En V. Uckmar (Ed.), *Curso de Derecho Tributario Internacional* (p. 241 a 273). Editorial Temis.
- Uckmar, V., Corasanti, G., & De'capitani, P. (2010). *Manual de Derecho Tributario Internacional*.  
Editorial Temis.
- Uría, R. (1975). *Derecho Mercantil* (Decimocuar). Marcial Pons.
- Van Raad, K. (2002). Five Fundamental Rules in Applying Tax Treaties. En *Liber Amicorum, Luc Hinnekens* (pp. 587–597). Bruylant.
- Villagra, R. (2005). Los Convenios Bilaterales para Evitar la Doble Imposición Suscritos por los Países Miembros de la Comunidad Andina con Terceros Países. *Derecho & Sociedad*, 24, 116–136. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16939>
- Vogel, K. (1997). *Klaus Vogel on double taxation conventions* (E. Reimer & A. Rust (eds.); Tercera). Kluwer Law International.
- von Savigny, F. K. (1879). *Sistema del Derecho Romano Actual* (Traducción de M. Guenoux) (Tomo II). F. Gongora y Compañía Editores.
- Xavier, A. (2005). Normas de Limitación de Competencia. En *Derecho Tributario Internacional: conceptos fundamentales* (pp. 395–407). Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.
- Zornoza, J. (2013). La problemática expansión del “Soft Law”: un análisis desde el Derecho Tributario. *Análisis Tributario*, 306, 11–19.

## **ANEXO A – Cuadros y Diagramas**

<b>Título</b>	<b>Página</b>
<b>Cuadro 1:</b> Lista de CDIs celebrados por el Estado peruano.	p. 18
<b>Cuadro 2:</b> Características de las sucursales y las oficinas.	p. 43
<b>Cuadro 3:</b> Diferencia entre capital social, patrimonio y capital asignado.	p. 53
<b>Cuadro 4:</b> Objetivos de los CDIs para los Estados y los contribuyentes	p. 78
<b>Cuadro 5:</b> Diferencias entre artículo 5 del MC OCDE vs artículo 5 del MC ONU.	p. 85
<b>Cuadro 6:</b> Diferencias entre artículo 7 del MC OCDE 1963 vs artículo 7 del MC OCDE 2008.	p. 124
<b>Cuadro 7:</b> Diferencias principales entre el modelo de atribución de beneficios antes del 2008 y después del 2008	p. 130
<b>Cuadro 8:</b> Tres regímenes de atribución de beneficios a un EP	p. 138
<b>Cuadro 9:</b> Calidad de miembros de la OCDE de los Estados que celebraron un CDI con Perú.	p. 159
<b>Cuadro 10:</b> Diferencia del financiamiento con fondos propios y con préstamos.	p. 165
<b>Cuadro 11:</b> Lista de CDIs celebrados por el Estado peruano con la indicación temporal de si fueron antes o después del Enfoque Autorizado 2008	p. 174
<b>Cuadro 12:</b> Lista de países que celebraron CDI con Perú que forman parte de la CVDT	p. 200
<b>Cuadro 13:</b> Lista de CDIs celebrados por el Estado peruano con la fecha de celebración	p. 235
<b>Diagrama 1:</b> Directrices de atribución de beneficios a un EP según el MC OCDE	p. 123





## ANEXO B – CUADRO DE EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 7 DEL MC OCDE

<b>MC OCDE 1963</b>	<b>MC OCDE 1977</b>	<b>MC OCDE 1992</b>	<b>MC OCDE 2000</b>	<b>MC OCDE 2005</b>
<b>Article 7</b>	<b>Article 7</b>	<b>Article 7</b>	<b>Article 7</b>	<b>ARTICLE 7</b>
<b>BUSINESS PROFITS</b>	<b>BUSINESS PROFITS</b>	<b>BUSINESS PROFITS</b>	<b>BUSINESS PROFITS</b>	<b>BUSINESS PROFITS</b>
<p>1. The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through, a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to that permanent establishment.</p> <p>2. Where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions and</p>	<p>1. The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them, as is attributable to that permanent establishment.</p> <p>2. Subject to the provisions of paragraph 3, where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct separate enterprise engaged in the same or similar activities</p>	<p>1. The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to that permanent establishment.</p> <p>2. Subject to the provisions of paragraph 3, where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities</p>	<p>1. The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to that permanent establishment.</p> <p>2. Subject to the provisions of paragraph 3, where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar</p>	<p>1. The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to that permanent establishment.</p> <p>2. Subject to the provisions of paragraph 3, where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities</p>

MC OCDE 1963	MC OCDE 1977	MC OCDE 1992	MC OCDE 2000	MC OCDE 2005
<p>dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment.</p> <p>3. In the determination of the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the permanent establishment including executive and general administrative expenses so incurred, whether in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere.</p> <p>4. Insofar as it has been customary in a Contracting State to determine the profits to be attributed to a permanent establishment on the basis of an apportionment of the total profits of the enterprise to its various parts, nothing in paragraph 2 shall preclude that Contracting State from determining the profits to be taxed by such an apportionment as may be customary ; the method of apportionment adopted shall, however, be such that the result</p>	<p>under the same or similar conditions and dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment.</p> <p>3. In determining the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the permanent establishment, including executive and general administrative expenses so incurred, whether in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere.</p> <p>4. Insofar as it has been customary in a Contracting State to determine the profits to be attributed to a permanent establishment on the basis of an apportionment of the total profits of the enterprise to, its various parts, nothing in paragraph 2 shall preclude that Contracting State from determining the profits to be taxed by such an apportionment as may be customary; the method of apportionment adopted shall,</p>	<p>under the same or similar conditions and dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment.</p> <p>3. In determining the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the permanent establishment, including executive and general administrative expenses so incurred, whether in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere.</p> <p>4. Insofar as it has been customary in a Contracting State to determine the profits to be attributed to a permanent establishment on the basis of an apportionment of the total profits of the enterprise to its various parts, nothing in paragraph 2 shall preclude that Contracting State from determining the profits to be taxed by such an apportionment as may be customary; the method of apportionment adopted shall,</p>	<p>activities under the same or similar conditions and dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment.</p> <p>3. In determining the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the permanent establishment, including executive and general administrative expenses so incurred, whether in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere.</p> <p>4. Insofar as it has been customary in a Contracting State to determine the profits to be attributed to a permanent establishment on the basis of an apportionment of the total profits of the enterprise to its various parts, nothing in paragraph 2 shall preclude that Contracting State from determining the profits to be taxed by such an apportionment as may be customary; the method of apportionment adopted shall,</p>	<p>under the same or similar conditions and dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment.</p> <p>3. In determining the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the permanent separate enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions and dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment.</p> <p>4. Insofar as it has been customary in a Contracting State to determine the profits to be attributed to a permanent establishment on the basis of an apportionment of the total profits of the enterprise to its various parts, nothing in paragraph 2 shall preclude that Contracting State from determining the profits to be taxed by such an apportionment as may be customary; the method of apportionment adopted shall,</p>

MC OCDE 1963	MC OCDE 1977	MC OCDE 1992	MC OCDE 2000	MC OCDE 2005
<p>shall be in accordance with the principles bid clown in this Article.</p> <p>5. No profits shall be attributed to a permanent establishment by reason of the mere purchase by that permanent establishment of goods or merchandise for the enterprise.</p> <p>6. For the purposes of the preceding paragraphs, the profits to be attributed to the permanent establishment shall be determined by the same method year by year unless there is good and sufficient reason to the contrary.</p> <p>7. Where profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of this Convention, then the provisions of those Articles shall not .be affected by the provisions of this Article.</p>	<p>however, be such that the result shall be in accordance with the principles contained in this Article.</p> <p>5. No profits shall be attributed to a permanent establishment by reason of the mere purchase by that permanent establishment of goods or merchandise for the enterprise.</p> <p>6. For the purposes of the preceding paragraphs,' the profits to be attributed to the permanent establishment shall be determined by the same method year by year unless there is good and sufficient reason to the contrary.</p> <p>7. Where profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of this Convention, then the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article.</p>	<p>however, be such that the result shall be in accordance with the principles contained in this Article.</p> <p>5. No profits shall be attributed to a permanent establishment by reason of the mere purchase by that permanent establishment of goods or merchandise for the enterprise.</p> <p>6. Nor the purposes of the preceding paragraphs, the profits to be attributed to the permanent establishment shall be determined by the same method year by year unless there is good and sufficient reason to the contrary.</p> <p>7. Where profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of this Convention, then the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article.</p>	<p>however, be such that the result shall be in accordance with the principles contained in this Article.</p> <p>5. No profits shall be attributed to a permanent establishment by reason of the mere purchase by that permanent establishment of goods or merchandise 'for the enterprise.</p> <p>6. For the purposes of the preceding paragraphs, the profits to be attributed to the permanent establishment shall be determined by the same method year by year unless there is good and sufficient reason to the contrary.</p> <p>7. Where profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of this Convention, then the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article.</p>	<p>however, be such that. the result, shall be in accordance with the principles contained in this Article.</p> <p>5. No profits shall be attributed to a permanent establishment by reason of the mere purchase by that permanent establishment of goods or merchandise for the enterprise.</p> <p>6. For the purposes of the preceding paragraphs, the profits to be attributed to the permanent establishment shall be determined by the same method year by year unless there is good and sufficient reason to the contrary.</p> <p>7. Where profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of this Convention, then the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article.</p>

<b>MC OCDE 2008</b>	<b>MC OCDE 2010</b>	<b>MC OCDE 2014</b>	<b>MC OCDE 2017</b>
<p style="text-align: center;"><b>ARTICLE 7</b> <b>BUSINESS PROFITS</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to that permanent establishment.</li> <li>2. Subject to the provisions of paragraph 3, where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions and dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment.</li> <li>3. In determining the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the permanent establishment, including executive and general administrative expenses so incurred, whether in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere,</li> </ol>	<p style="text-align: center;"><b>ARTÍCULO 7</b> <b>BENEFICIOS EMPRESARIALES</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios imputables al establecimiento permanente de conformidad con las disposiciones del apartado 2 pueden someterse a imposición en ese otro Estado.</li> <li>2. A los efectos de este artículo, y del artículo [23 A] [23 B], los beneficios establecimiento permanente en cada Estado contratante a los que se refiere el apartado son aquellos que el mismo hubiera podido obtener, particularmente en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa.</li> <li>3. Cuando de conformidad con el apartado 2 un Estado contratante ajuste los beneficios imputables al establecimiento permanente de</li> </ol>	<p style="text-align: center;"><b>ARTICLE. 7</b> <b>BUSINESS PROFITS</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits that are attributable to the permanent establishment in accordance with the provisions of paragraph 2 may be taxed in that other State.</li> <li>2. For the purposes of this Article and Article [23 A] [23 B] the profits that are attributable in each Contracting State to the permanent establishment referred to in paragraph 1 are the profits it might be expected to make, in particular in its dealings with other parts of the enterprise, if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions, taking into account the functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise.</li> <li>3. Where, in accordance with paragraph 2, a Contracting State adjusts the profits that are attributable to a permanent</li> </ol>	<p style="text-align: center;"><b>Artículo 7</b> <b>BENEFICIOS DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante serán gravables exclusivamente en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios atribuibles al establecimiento permanente de conformidad con las disposiciones del apartado 2 pueden someterse a imposición en ese otro Estado.</li> <li>2. A los efectos de este artículo, y del artículo [23 A] [23 B], los beneficios atribuibles al establecimiento permanente en cada Estado contratante a los que se refiere el apartado 1 son aquellos que el mismo hubiera podido obtener; en particular en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta e independiente que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa.</li> <li>3. Cuando de conformidad con el apartado 2 un Estado contratante ajuste los beneficios atribuibles al establecimiento permanente de</li> </ol>

MC OCDE 2008	MC OCDE 2010	MC OCDE 2014	MC OCDE 2017
<p>4. Insofar as it has been customary in a Contracting State to determine the profits to be attributed to a permanent establishment on the basis of an apportionment of the total profits of the enterprise to its various parts, nothing in paragraph 2 shall preclude that Contracting State from determining the profits to be taxed by such an apportionment as may be customary; the method of apportionment adopted shall, however, be such that the result shall be in accordance with the principles contained in this Article.</p> <p>5. No profits shall be attributed to a permanent establishment by reason of the mere purchase by that permanent establishment of goods or merchandise for the enterprise.</p> <p>6. For the purposes of the preceding paragraphs, the profits to be attributed to the permanent establishment shall be determined by the same method year by year unless there is good and sufficient reason to the contrary.</p> <p>7. Where profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of this Convention, then the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article.</p>	<p>una empresa de uno de los Estados contratantes y, en consecuencia, grave los beneficios de la empresa que ya sido gravados por el otro Estado, ese otro Estado, en la medida en que sea necesario para eliminar la doble imposición sobre dichos beneficios, practicará el ajuste correspondiente en la cuantía del impuesto aplicado sobre los mismos. En caso necesario, las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán para la determinación de dicho ajuste.</p> <p>4. Cuando los beneficios comprendan elementos de renta regulados separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de dichos artículos no quedarán afectadas por las del presente artículo.</p>	<p>establishment of an enterprise of one of the Contracting States and taxes accordingly profits of the enterprise that have been charged to tax in the other State, the other State shall, to the extent necessary to eliminate double taxation on these profits, make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged on those profits. In determining such adjustment, the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other.</p> <p>4. Where profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of this Convention, then the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article.</p>	<p>una empresa de uno de los Estados contratantes y, por consiguiente, grave beneficios de la empresa que ya ha gravado el otro Estado, ese otro Estado, en la medida en que sea necesario para eliminar la doble imposición sobre dichos beneficios, practicará el ajuste que proceda en la cuantía del impuesto aplicado sobre los mismos. En caso necesario, las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán para determinar dicho ajuste.</p> <p>4. Cuando los beneficios comprendan elementos de renta regulados separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de dichos artículos no quedarán afectadas por las del presente artículo.</p>

## ANEXO C – CUADRO DE EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 7 DEL MC ONU

MC ONU 1980	MC ONU 2001	MC ONU 2011	MC ONU 2017
<b>Article 7</b> <b>BUSINESS PROFITS</b>	<b>Artículo 7</b> <b>BENEFICIOS DE LAS EMPRESAS</b>	<b>Artículo 7</b> <b>BENEFICIOS DE LAS EMPRESAS</b>	<b>Article 7</b> <b>BUSINESS PROFITS</b>
<p>1. The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to (a) that permanent establishment; (b) sales in that other State of goods or merchandise of the same or similar kind as those sold through that permanent establishment; or (c) other business activities carried on in that other State of the same or similar kind as those effected through that permanent establishment.</p> <p>2. Subject to the provisions of paragraph 3, where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities under</p>	<p>1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente podrán someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa efectúe operaciones en el otro Estado por medio de un establecimiento permanente situado en él. En tal caso, dichos beneficios podrán ser gravados en el otro Estado, pero solamente en la parte atribuible a: a) ese establecimiento permanente; o b) las ventas en ese otro Estado de bienes o mercancías de tipo idéntico o similar al de las ventas por medio de ese establecimiento permanente, o c) otras actividades comerciales de naturaleza idéntica o similar a la de las efectuadas por medio del citado establecimiento permanente.</p> <p>2. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 3, cuando una empresa de un Estado contratante realice negocios en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado contratante se atribuirán al establecimiento los beneficios que éste obtendría si fuese una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares</p>	<p>1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente podrán someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa efectúe operaciones en el otro Estado por medio de un establecimiento permanente situado en él. En tal caso, dichos beneficios podrán ser gravados en el otro Estado, pero solamente en la parte atribuible a: a) ese establecimiento permanente; b) las ventas en ese otro Estado de bienes o mercancías de tipo idéntico o similar al de las ventas por medio de ese establecimiento permanente; c) otras actividades comerciales de naturaleza idéntica o similar a la de las efectuadas por medio del citado establecimiento permanente.</p> <p>2. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 3, cuando una empresa de un Estado contratante realice negocios en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado contratante se atribuirán al establecimiento los beneficios que este obtendría si fuese una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o</p>	<p>1. The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to (a) that permanent establishment; (b) sales in that other State of goods or merchandise of the same or similar kind as those sold through that permanent establishment; or (c) other business activities carried on in that other State of the same or similar kind as those effected through that permanent establishment.</p> <p>2. Subject to the provisions of paragraph 3, where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities under</p>

MC ONU 1980	MC ONU 2001	MC ONU 2011	MC ONU 2017
<p>the same or similar conditions and dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment.</p> <p>3. In the determination of the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the business of the permanent establishment including executive and general administrative expenses so incurred, whether in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere. However, no such deduction shall be allowed in respect of amounts, if any, paid (otherwise than towards reimbursement of actual expenses) by the permanent establishment to the head office of the enterprise or any of its other offices, by way of royalties, fees or other similar payments in return for the use of patents or other rights, or by way of commission, for specific services performed or for management, or, except in the case of a banking enterprise, by way of interest on moneys lent to the permanent establishment. Likewise, no account shall be taken, in the determination of the profits of a permanent establishment, for amounts charged (otherwise than towards reimbursement of actual expenses), by the permanent establishment to the head office of the enterprise or any of its other offices, by way of royalties, fees or other similar payments in</p>	<p>condiciones, y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.</p> <p>3. Para determinar el beneficio del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines de las transacciones del establecimiento permanente, comprendidos los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentre el establecimiento permanente como en otra parte. Sin embargo, no serán deducibles los pagos que efectúe, en su caso, el establecimiento permanente (que no sean los hechos por concepto de reembolso de gastos efectivos) a la oficina central de la empresa o a alguna de sus otras sucursales, a título de regalías, honorarios o pagos análogos a cambio del derecho de utilizar patentes u otros derechos, o a título de comisión, por servicios concretos prestados o por gestiones hechas o, salvo en el caso de una empresa bancaria, a título de intereses sobre dinero prestado al establecimiento permanente. Tampoco se tendrán en cuenta, para determinar las utilidades de un establecimiento permanente, las cantidades que cobre ese establecimiento permanente (por conceptos que no sean reembolso de gastos efectivos) a la oficina central de la empresa o alguna de sus otras sucursales, a título de regalías,</p>	<p>similares condiciones, y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.</p> <p>3. Para determinar el beneficio del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines de las transacciones del establecimiento permanente, comprendidos los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentre el establecimiento permanente como en otra parte. Sin embargo, no serán deducibles los pagos que efectúe, en su caso, el establecimiento permanente (que no sean los hechos por concepto de reembolso de gastos efectivos) a la oficina central de la empresa o a alguna de sus otras sucursales, a título de regalías, honorarios o pagos análogos a cambio del derecho de utilizar patentes u otros derechos, o a título de comisión, por servicios concretos prestados o por gestiones hechas o, salvo en el caso de una empresa bancaria, a título de intereses sobre dinero prestado al establecimiento permanente. Tampoco se tendrán en cuenta, para determinar las utilidades de un establecimiento permanente, las cantidades que cobre ese establecimiento permanente (por conceptos que no sean reembolso de gastos efectivos) a la oficina central de la empresa o a alguna de sus otras sucursales, a título de regalías, honorarios o</p>	<p>the same or similar conditions and dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment.</p> <p>3. In the determination of the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the business of the permanent establishment including executive and general administrative expenses so incurred, whether in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere. However, no such deduction shall be allowed in respect of amounts, if any, paid (otherwise than towards reimbursement of actual expenses) by the permanent establishment to the head office of the enterprise or any of its other offices, by way of royalties, fees or other similar payments in return for the use of patents or other rights, or by way of commission, for specific services performed or for management, or, except in the case of a banking enterprise, by way of interest on moneys lent to the permanent establishment. Likewise, no account shall be taken, in the determination of the profits of a permanent establishment, for amounts charged (otherwise than towards reimbursement of actual expenses), by the permanent establishment to the head office of the enterprise or any of its other offices, by way of royalties, fees or other similar payments in</p>



MC ONU 1980	MC ONU 2001	MC ONU 2011	MC ONU 2017
<p>return for the use of patents or other rights, or by way of commission for specific services performed or for management, or, except in the case of a banking enterprise by way of interest on moneys lent to the head office of the enterprise or any of its other offices.</p> <p>4. In so far as it has been customary in a Contracting State, to determine the profits to be attributed to a permanent establishment on the basis of an apportionment of the total profits of the enterprise to its various parts, nothing in paragraph 2 shall preclude that Contracting State from determining the profits to be taxed by such an apportionment as may be customary; the method of apportionment adopted shall, however, be such that the result shall be in accordance with the principles contained in this article.</p> <p>5. For the purposes of the preceding paragraphs, the profits to be attributed to the permanent establishment shall be determined by the same method year by year unless there is good and sufficient reason to the contrary.</p> <p>6. Where profits include items of income which are dealt with separately in other articles of this Convention, then the provisions of those articles shall not be affected by the provisions of this article.</p>	<p>honorarios o pagos análogos a cambio del derecho de utilizar patentes u otros derechos, o a título de comisión por servicios concretos prestados o por gestiones hechas o, salvo en el caso de una empresa bancaria, a título de intereses sobre el dinero prestado a la oficina central de la empresa o a alguna de sus otras sucursales.</p> <p>4. Mientras sea usual en un Estado contratante determinar los beneficios imputables a los establecimientos permanentes sobre la base de un reparto de los beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes, lo establecido en el párrafo 2 no impedirá que ese Estado contratante determine de esta manera los beneficios imponibles; sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal que el resultado obtenido esté de acuerdo con los principios enunciados en el presente artículo,</p> <p>5. A los efectos de los párrafos anteriores, los beneficios imputables al establecimiento permanente se calcularán cada año por el mismo método, a no ser que existan motivos válidos suficientes para proceder en otra forma.</p> <p>6. Cuando los beneficios comprendan rentas reguladas separadamente en otros artículos de la presente Convención, las disposiciones de esos artículos no quedarán afectadas por las del presente artículo.</p>	<p>pagos análogos a cambio del derecho de utilizar patentes u otros derechos, o a título de comisión por servicios concretos prestados o por gestiones hechas o, salvo en el caso de una empresa bancaria, a título de intereses sobre el dinero prestado a la oficina central de la empresa o a alguna de sus otras sucursales.</p> <p>4. Mientras sea usual en un Estado contratante determinar los beneficios imputables a los establecimientos permanentes sobre la base de un reparto de los beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes, lo establecido en el párrafo 2 no impedirá que ese Estado contratante determine de esta manera los beneficios imponibles; sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal que el resultado obtenido esté de acuerdo con los principios enunciados en el presente artículo.</p> <p>5. A los efectos de los párrafos anteriores, los beneficios imputables al establecimiento permanente se calcularán cada año por el mismo método a no ser que existan motivos válidos suficientes para proceder en otra forma.</p> <p>6. Cuando los beneficios comprendan rentas reguladas separadamente en otros artículos de la presente Convención, las disposiciones de esos artículos no quedarán afectadas por las del presente artículo.</p>	<p>return for the use of patents or other rights, or by way of commission for specific services performed or for management, or, except in the case of a banking enterprise, by way of interest on moneys lent to the head office of the enterprise or any of its other offices.</p> <p>4. In so far as it has been customary in a Contracting State to determine the profits to be attributed to a permanent establishment on the basis of an apportionment of the total profits of the enterprise to its various parts, nothing in paragraph 2 shall preclude that Contracting State from determining the profits to be taxed by such an apportionment as may be customary; the method of apportionment adopted shall, however, be such that the result shall be in accordance with the principles contained in this Article.</p> <p>5. For the purposes of the preceding paragraphs, the profits to be attributed to the permanent establishment shall be determined by the same method year by year unless there is good and sufficient reason to the contrary.</p> <p>6. Where profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of this Convention, then the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article.</p>

## ANEXO D – Artículo 7 de los CDIs peruanos

CDI con Brasil	CDI con Canadá	CDI con Chile	CDI con Corea
<p><b>Artículo 7</b> <b>Beneficios Empresariales</b></p> <p>1. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza o ha realizado su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que puedan atribuirse a ese establecimiento permanente.</p> <p>2. Sujeto a lo previsto en el párrafo 3, cuando una empresa de un Estado Contratante realice su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado Contratante se atribuirán a dicho establecimiento los beneficios que éste hubiera podido obtener de ser una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.</p> <p>3. Para la determinación de los beneficios del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos necesarios realizados para los fines del establecimiento permanente, comprendidos los gastos de dirección y</p>	<p><b>Artículo 7</b> <b>Beneficios Empresariales</b></p> <p>1. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza o ha realizado su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que puedan atribuirse a ese establecimiento permanente.</p> <p>2. Sujeto a lo previsto en el párrafo 3, cuando una empresa de un Estado Contratante realice su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado Contratante se atribuirán a dicho establecimiento los beneficios que éste hubiera podido obtener de ser una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente y con todas las demás personas.</p> <p>3. Para la determinación de los beneficios del establecimiento permanente se permitirá la deducción</p>	<p><b>Artículo 7</b> <b>BENEFICIOS EMPRESARIALES</b></p> <p>1. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza o ha realizado su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que puedan atribuirse a ese establecimiento permanente.</p> <p>2. Sujeto a lo previsto en el párrafo 3, cuando una empresa de un Estado Contratante realice su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado Contratante se atribuirán a dicho establecimiento los beneficios que éste hubiera podido obtener de ser una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente y con todas las demás personas.</p> <p>3. Para la determinación de los beneficios del establecimiento</p>	<p><b>Artículo 7</b> <b>BENEFICIOS EMPRESARIALES</b></p> <p>1. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad empresarial en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que puedan atribuirse a ese establecimiento permanente.</p> <p>2. Sujeto a lo previsto en el párrafo 3, cuando una empresa de un Estado Contratante realice su actividad empresarial en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado Contratante se atribuirán a dicho establecimiento los beneficios que éste hubiera podido obtener de ser una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.</p>

CDI con Brasil	CDI con Canadá	CDI con Chile	CDI con Corea
<p>generales de administración para los mismos fines.</p> <p>4. No se atribuirá ningún beneficio a un establecimiento permanente por el mero hecho de que éste compre bienes o mercancías para la empresa.</p> <p>5. Cuando los beneficios comprendan rentas reguladas separadamente en otros Artículos de este Convenio, las disposiciones de aquellos no quedarán afectadas por las del presente Artículo.</p>	<p>de los gastos realizados para los fines del establecimiento permanente, comprendidos los gastos de dirección y generales de administración, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentre el establecimiento permanente como en otra parte.</p> <p>4. No se atribuirá ningún beneficio a un establecimiento permanente por el mero hecho de que éste compre bienes o mercancías para la empresa.</p> <p>5. A efectos de los párrafos anteriores, los beneficios imputables al establecimiento permanente se calcularán cada año por el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma.</p> <p>6. Cuando los beneficios comprendan rentas reguladas separadamente en otros Artículos de este Convenio, las disposiciones de aquéllos no quedarán afectadas por las del presente Artículo.</p>	<p>permanente se permitirá la deducción de los gastos necesarios realizados para los fines del establecimiento permanente, comprendidos los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentre el establecimiento permanente como en otra parte.</p> <p>Mientras sea usual en un Estado Contratante determinar los beneficios imputables a un establecimiento permanente sobre la base de un reparto de los beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes, lo establecido en el párrafo 2 no impedirá que ese Estado Contratante determine de esta manera los beneficios imponibles; sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal que el resultado obtenido sea conforme a los principios contenidos en este artículo.</p> <p>5. No se atribuirá ningún beneficio a un establecimiento permanente por el mero hecho de que éste compre bienes o mercancías para la empresa.</p> <p>6. A efectos de los párrafos anteriores, los beneficios imputables al establecimiento permanente se calcularán cada año por el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma.</p> <p>7. Cuando los beneficios comprendan rentas reguladas separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de aquéllos no quedarán afectadas por las del presente artículo.</p>	<p>3. Para la determinación de los beneficios del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines del establecimiento permanente, comprendidos los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentre el establecimiento permanente como en otra parte.</p> <p>4. No se atribuirá ningún beneficio a un establecimiento permanente por el mero hecho de que éste compre bienes o mercancías para la empresa.</p> <p>5. A efectos de los párrafos anteriores, los beneficios imputables al establecimiento permanente se calcularán cada año por el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma.</p> <p>6. Cuando los beneficios comprendan rentas reguladas separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de aquéllos no quedarán afectadas por las del presente artículo.</p>

CDI con México	CDI con Portugal	CDI con Suiza	CDI con Japón
<p><b>Artículo 7</b> <b>BENEFICIOS EMPRESARIALES</b></p> <p>1. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad empresarial en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza o ha realizado su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que puedan atribuirse a ese establecimiento permanente.</p> <p>2. Sujeto a lo previsto en el párrafo 3, cuando una empresa de un Estado Contratante realice su actividad empresarial en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado Contratante se atribuirán a dicho establecimiento los beneficios que éste hubiera podido obtener de ser una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.</p> <p>Para la determinación de los beneficios del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos necesarios realizados para los fines del establecimiento permanente, comprendidos los gastos de dirección y generales de administración para los</p>	<p><b>ARTÍCULO 7</b> <b>BENEFICIOS EMPRESARIALES</b></p> <p>1. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro estado, pero sólo en la medida en que sean imputables a ese establecimiento permanente.</p> <p>2. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 3, cuando una empresa de un Estado Contratante realice su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado Contratante se atribuirán a dicho establecimiento permanente los beneficios que el mismo hubiera podido obtener si fuera una empresa distinta y separada que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.</p> <p>3. Para la determinación de los beneficios del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines del establecimiento permanente, incluyéndose los gastos de dirección y</p>	<p><b>Artículo 7</b> <b>Beneficios empresariales</b></p> <p>1. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad empresarial en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que puedan atribuirse a ese establecimiento permanente.</p> <p>2. Sujeto a lo previsto en el párrafo 3, cuando una empresa de un Estado Contratante realice su actividad empresarial en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado Contratante se atribuirán a dicho establecimiento los beneficios que éste hubiera podido obtener de ser una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.</p> <p>3. Para la determinación de los beneficios del establecimiento permanente se permitirá la deducción</p>	<p><b>ARTÍCULO 7</b> <b>BENEFICIOS EMPRESARIALES</b></p> <p>1. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solo pueden someterse a imposición en ese Estado Contratante, a menos que la empresa realice su actividad empresarial en el otro Estado Contratante a través de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad empresarial de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en ese otro Estado Contratante, pero solo en la medida en que sean atribuibles a ese establecimiento permanente.</p> <p>2. Sujeto a lo dispuesto en el párrafo 3, cuando una empresa de un Estado Contratante realice su actividad empresarial en el otro Estado Contratante a través de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado Contratante se atribuirán a dicho establecimiento permanente los beneficios que este hubiera podido obtener de ser una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades en las mismas o similares condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente.</p> <p>3. Para la determinación de los beneficios de un establecimiento permanente, se permitirá la deducción de los gastos incurridos para los fines del establecimiento permanente, incluidos los gastos de dirección y</p>

CDI con México	CDI con Portugal	CDI con Suiza	CDI con Japón
<p>mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentre el establecimiento permanente, como en otra parte.</p> <p>4. No se atribuirá ningún beneficio a un establecimiento permanente por el mero hecho de que éste compre bienes o mercancías para la empresa.</p> <p>5. A efectos de los párrafos anteriores, los beneficios imputables al establecimiento permanente se calcularán cada año por el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma.</p> <p>6. Cuando los beneficios comprendan rentas reguladas separadamente en otros Artículos de este Convenio, las disposiciones de aquéllos no quedarán afectadas por las del presente Artículo.</p>	<p>generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentra el establecimiento permanente como en otra parte.</p> <p>4. No se atribuirá ningún beneficio a un establecimiento permanente por la simple compra de bienes o mercancías para la empresa.</p> <p>5. A los efectos de los párrafos anteriores, los beneficios imputables al establecimiento permanente se calcularán cada año utilizando el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma.</p> <p>6. Cuando los beneficios comprendan elementos de renta reguladas separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de dichos artículos no quedarán afectadas por las del presente Artículo.</p>	<p>de los gastos realizados para los fines del establecimiento permanente, comprendidos los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentre el establecimiento permanente como en otra parte.</p> <p>4. Mientras sea usual en un Estado contratante determinar los beneficios imputables a un establecimiento permanente sobre la base de un reparto de las utilidades totales de la empresa entre sus diversas partes, lo establecido en el párrafo 2 no impedirá que ese Estado Contratante determine de esta manera las utilidades imponibles; sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal que el resultado obtenido sea conforme a los principios contenidos en este artículo.</p> <p>5. No se atribuirá ningún beneficio a un establecimiento permanente por el mero hecho de que éste compre bienes o mercancías para la empresa.</p> <p>6. A efectos de los párrafos anteriores, los beneficios imputables al establecimiento permanente se calcularán cada año por el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma.</p> <p>7. Cuando los beneficios comprendan rentas reguladas separadamente en otros artículos de este Convenio, las disposiciones de aquéllos no quedarán afectadas por las del presente artículo.</p>	<p>generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado Contratante en que se encuentre el establecimiento permanente como en otra parte.</p> <p>4. No se atribuirá ningún beneficio a un establecimiento permanente por el mero hecho de que ese establecimiento permanente compre bienes o mercancías para la empresa.</p> <p>5. A efectos de los párrafos anteriores del presente Artículo, los beneficios atribuibles al establecimiento permanente se determinarán cada año por el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma.</p> <p>6. Cuando los beneficios comprendan elementos de la renta regulados separadamente en otros Artículos de este Convenio, las disposiciones de dichos Artículos no quedarán afectadas por las disposiciones de este Artículo.</p>

## ANEXO E – Artículo 7 del Modelo Peruano de CDI y comentario

### COMPARACIÓN ANOTADA MODELO OCDE – MODELO PERUANO

Los textos sombreados son propuestas de eliminación o sustitución respecto al Modelo OCDE. Los textos en negritas y cursivas son propuestas de agregados al Modelo OCDE y los textos que figuran en cuadros son las explicaciones respecto a las modificaciones realizadas al Modelo OCDE

#### Artículo 7

##### BENEFICIOS EMPRESARIALES

1. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza o ha realizado su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que sean imputables  **puedan atribuirse** a ese establecimiento permanente.
2. Sujeto a lo previsto en el párrafo 3, cuando una empresa de un Estado Contratante realice su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado Contratante se atribuirán a dicho establecimiento los beneficios que éste hubiera podido obtener de ser una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente  **y con todas las demás personas.**
3. Para la determinación de los beneficios del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos  **necesarios** realizados para los fines del establecimiento permanente, comprendidos los gastos de dirección y generales de administración para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentre el establecimiento permanente como en otra parte.
4. Mientras sea usual en un Estado Contratante determinar los beneficios imputables a un establecimiento permanente sobre la base de un reparto de los beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes, lo establecido en el párrafo 2 no impedirá que ese Estado Contratante determine de esta manera los beneficios imponibles; sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal que el resultado obtenido sea conforme a los principios contenidos en este Artículo.
5. No se atribuirá ningún beneficio a un establecimiento permanente por el mero hecho de que éste compre bienes o mercancías para la empresa.
6. A efectos de los párrafos anteriores, los beneficios imputables al establecimiento permanente se calcularán cada año por el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder de otra forma.
7. Cuando los beneficios comprendan rentas reguladas separadamente en otros Artículos de este Convenio, las disposiciones de aquéllos no quedarán afectadas por las del presente Artículo.

Establece la forma en que se grava a un establecimiento permanente. En términos generales, los principios que se establecen en el Modelo OCDE se encuentran conformes con las leyes peruanas, por lo que en el Modelo propuesto se mantiene la redacción.
---