

LOS PARAÍDOS FISCALES COMO HERRAMIENTA DE PLANIFICACIÓN TRIBUTARIA

CAPÍTULO I – NOCIONES BÁSICAS

I.1. Contexto: La incidencia de la Globalización

I.2. Sistema Tributario

I.2.1. Conflicto de intereses: Contribuyentes y Administración

I.2.2. Límites a la potestad tributaria del Estado

I.2.2.1. Principios del Derecho Tributario en la legislación peruana

- Reserva de ley
- Igualdad
- No confiscatoriedad
- Respeto de derechos fundamentales
- Irretroactividad en materia tributaria

1.2.2.2. Principio del Derecho Tributario en la legislación española

- Generalidad
- Principio de capacidad económica
- Principio de justicia
- Principio de no confiscatoriedad
- Principio de reserva de ley
- Principio de igualdad
- Principio de progresividad
- Principio de distribución territorial del poder tributario

I.2.3. Libertad de contratación de los contribuyentes

I.3. Conceptos clave

I.3.1. Diferencias en la categoría de conceptos

I.3.2. La elusión tributaria

I.3.3. El fraude a la ley

I.3.4. La economía de opción

I.3.5. La evasión tributaria

I.3.6. El planeamiento tributario

I.3.6.1. Definición de planeamiento tributario

I.3.6.2. Cuestiones adicionales al concepto de planeamiento tributario

I.3.6.3. La necesidad del planeamiento tributario

I.3.6.4. Tipos de planeamiento tributario

I.3.6.4.1. Planeamiento tributario previo a la realización de la inversión

I.3.6.4.1.1. Trasfondo del planeamiento tributario

- La norma aplicable
- El proceso administrativo
- Los hechos

I.3.6.4.2. Planeamiento tributario en el cumplimiento de las obligaciones tributarias

I.3.6.5. Función del planeamiento tributario

I.3.6.6. Objetivo del planeamiento tributario

I.3.6.7. Reglas básicas del planeamiento tributario

I.3.6.8. Efectos del planeamiento tributario

I.3.7. Nuestra posición

I.3.8. Norma antielusiva

CAPÍTULO II – PARAÍDOS FISCALES

II.1. Terminología

II.2. Evolución histórica

II.3. Definición de paraíso fiscal

II.3.1. Definiciones de Paraíso Fiscal según el Derecho Positivo

II.3.2. Opciones normativas en los paraísos fiscales

II.3.3. Definición de paraíso fiscal según la legislación española

II.3.3.1. El particular caso de las ETVES

II.3.3.1.1. Antecedentes y Origen

II.3.3.1.2. Características del régimen ETVE

II.3.3.1.3. Requisitos para la aplicación del régimen ETVE

II.3.3.1.4. Consideración de paraíso fiscal

II.3.4. Definición de paraíso fiscal según la legislación peruana

II.3.4.1. Listado de paraísos fiscales

II.3.4.2. Definición reglamentaria de paraísos fiscales

II.3.5. Nuestra definición

II.3.6. Ubicación de paraísos fiscales en el mundo

II.3.7. Cuadro comparativo de paraísos fiscales

II.4. Características de los paraísos fiscales

II.4.1. Factores básicos para considerar a los paraísos fiscales

a) Factores generales

b) Factores particulares

c) Factores específicos

II.4.2. Características en función a la alta rentabilidad ofrecida

II.4.3. Características en función a las ventajas fiscales

II.4.4. Características según la OCDE

- Paraísos fiscales

1. Baja o nula imposición

2. Ausencia de un efectivo intercambio de información

3. Ausencia de transparencia

4. Ausencia de una actividad sustancial

- Regímenes tributarios preferenciales

1. Baja o nula imposición

2. Ring-fencing

3. Ausencia de transparencia

4. Ausencia de intercambio efectivo de información

5. Definición artificial de la base tributaria

6. Fracaso al adherirse a los principios de Precios de Transferencia

7. Rentas de fuente extranjera eximidos de la tributación doméstica

8. Base tributaria negociable

9. Existencia de disposiciones sobre el secreto

10. Acceso a una amplia red de tratados

12. Regímenes promovidos como vehículos minimizadores de impuestos

II.4.5. Desarrollo de las principales características

II.5. Clasificación de los paraísos fiscales

II.5.1. Según las ventajas particularmente ofrecidas

II.5.2. Según la conveniencia para las personas físicas

II.5.3. Según la conveniencia para las personas jurídicas

II.5.4. Paraísos fiscales mixtos

II.6. Los paraísos fiscales y las jurisdicciones de baja tributación

CAPÍTULO III –UTILIZACIÓN DE PARAÍOS FISCALES Y MEDIDAS ANTI PARAÍOS FISCALES

III. 1. Mecanismos de utilización de los paraísos fiscales

III.1.1. Sociedades Base

III.1.1.1. Definición de sociedad base

III.1.1.2. Formas de utilización de las sociedades base

III.1.1.3. Ventajas de su utilización

III.1.1.4. Los mecanismos de disimulación secundarios

III.2.1. Sociedades instrumentales

III.2.1.1. Definición de sociedades instrumentales

III.2.1.2. Características

III.2.1.3. El Treaty Shopping

III. 3.1. Sociedades prestadoras de servicios

III.4.1. Domicilio fiscal o domicilio de conveniencia

III.4.1.1. Razón de su uso

III.4.1.2. Formas de utilización

III.4.1.3. Tipos de sociedades que utilizan esta figura

- Empresa de domicilio

- Compañías exentas

III.2. Medidas anti-paraíso fiscal

III.3. Conferencia de Ginebra

III.4. Posición de la OCDE

III.4.1. BEPS

III.5. Medidas anti-paraísos fiscales propuestas por la OCDE

III.5.1. Recomendaciones de la OCDE

III.6. Medidas anti –paraísos fiscales en la legislación peruana y española

III.6.1. Medidas anti-paraíso contenidas en normas de carácter general

III.6.1.1. Normas de carácter general peruana

III.6.1.2. Normas de carácter general española

III.6.2. Medidas anti-paraíso contenidas en normas de carácter específico

III.6.2.1. Transparencia Fiscal Internacional

III.6.2.1.1. Antecedentes

III.6.2.1.2. Definición

- Definición de control
 - (i) Control económico
 - (ii) Control legal
 - (iii) Control de facto
- Definición de control según la NIIF 10

III.6.2.1.3. Objetivo

III.6.2.1.4. Régimen de transparencia fiscal internacional en la legislación peruana

- Ámbito subjetivo del régimen
- Ámbito objetivo del régimen
- Aplicación del régimen

III.6.2.1.5. Régimen de transparencia fiscal internacional en la legislación española

III.6.2.1.6. La Transparencia Fiscal Internacional como medida anti-paraíso específica ante las sociedades base

III.6.2.1.7. Esquema del a Transparencia Fiscal Internacional como medida anti-paraíso fiscal

III.6.2.2. Subcapitalización

III.6.2.2.1. Subcapitalización en la legislación peruana

III.6.2.2.2. Subcapitalización en la legislación española

III.6.2.3. Enajenación indirecta de acciones

III.6.2.3.1. Enajenación indirecta de acciones en la legislación peruana

III.6.2.3.2. Enajenación indirecta de acciones en la legislación española

III.6.2.4. Precios de transferencia

III.6.2.4.1. Precios de transferencia en la legislación peruana

III.6.2.4.2. Precios de transferencia en la legislación española

III.6.2.5. No compensación de pérdidas

III.6.2.5.1. No compensación de pérdidas en la legislación peruana

III.6.2.5.2. No compensación de pérdidas en la legislación española

III.6.2.6. Prohibición de deducción de gastos

III.6.2.6.1. Prohibición de deducción de gastos en la legislación peruana

III.6.2.6.2. Prohibición de deducción de gastos en la legislación española

III.6.2.7. Cuarentena fiscal

CAPÍTULO IV – PARAÍSO FISCAL DE CENTROAMÉRICA Y EL CARIBE PARA OPERACIONES EN EL PERÚ, HACIA EL PERÚ Y DESDE EL PERÚ

IV.1. Mecanismos de los paraísos fiscales del Caribe y Centroamérica

IV.2. El Caribe y Centroamérica

IV.3. Operaciones de España hacia el Perú

PROYECTO PLAN DE TESIS

I. DATOS GENERALES

1.1. Título: “Los Paraísos Fiscales como herramienta de Planificación Tributaria en el Perú”

1.2. Área temática: Tributación

1.3. Autor: Jorge Luis Picon Gonzáles

II. MARCO GENERAL

2.1. Introducción

Los Paraísos Fiscales son territorios que se caracterizan por tener una baja o nula imposición a determinados vehículos jurídicos contemplados en sus respectivas legislaciones, para canalizar inversiones, tener una atractiva legislación comercial y financiera, así como otorgar confidencialidad a los inversionistas. Sin embargo, legislaciones como la peruana, regulan diversos aspectos de las inversiones realizadas a través de estos territorios o de las operaciones que las empresas locales realizan con residentes de dichos territorios; es decir, desarrollan normas defensivas “anti paraíso” para evitar perjudicar su recaudación tributaria ante el uso de dichos vehículos.

Dichas normas anti paraíso o medidas legislativas defensivas contra los paraísos fiscales parten por la difícil tarea de definir qué países o territorios son considerados paraísos fiscales para esta legislación, lo que en sí mismo es una labor compleja por cuestiones a veces de modificaciones de legislaciones de distintos puntos del mundo, así como muchas veces, de orden diplomático. Es importante indicar que la doctrina sobre la materia identifica casi 200 paraísos fiscales, y muchos de ellos de no lejana creación; sin embargo, la legislación peruana sólo identifica 43.

Una vez que la legislación pasa por la tarea de identificarlos, de forma poco precisa como hemos indicado, la segunda etapa consiste en la regulación de normas que previenen los principales usos de los paraísos fiscales:

- a. Domicilios de conveniencia. Ese uso no es regulado en la legislación peruana.
- b. Sociedades Instrumentales, es decir, aquéllas que se utilizadas en la comercialización internacional hacia o desde un país de alta imposición. Ante este uso se aplican las reglas de los Precios de Transferencia.
- c. Sociedades Base, es decir, aquéllas que son utilizadas para descolocar las rentas, mostrándolas como de un origen diferente al país de alta imposición. Ante esta figura, se ha regulado en el Perú dos grupos de medidas: la Transparencia Fiscal Internacional (vigente a partir de 2013) así como la extensión del concepto de renta de fuente peruana a la ganancia por la venta de acciones cuyo patrimonio esté constituido por acciones de empresas peruanas.
- d. Sociedades de servicios, que extraen rentabilidad de países de alta imposición mediante el cobro de servicios, muchas veces sobrevaluados o inexistentes. En estos casos, la legislación peruana ha establecido el desconocimiento de los gastos con residentes de paraísos fiscales, con algunas salvedades.

En aras de afirmar la posibilidad de utilizar a los paraísos fiscales como herramientas legítimas en una planificación fiscal internacional es preciso tener en cuenta los efectos y el alcance de las estas normas reguladas para prevenir los usos típicos de los paraísos fiscales. Es así que el presente trabajo tiene como objetivo explicar el papel de los paraísos fiscales dentro de los esquemas de una planificación internacional y demostrar que es posible incluir a esta figura (los paraísos fiscales) en una planificación fiscal internacional legítima. Para tales fines, hemos considerado tomar de manera ejemplificativa. la normativa vigente en los ordenamientos peruano y español.

2.2. Antecedentes

Los paraísos fiscales tienen sus antecedentes más próximos en la segunda mitad del siglo XX. Su notoriedad y crecimiento en el mundo obedecen, entre otros aspectos, a la globalización, el uso de la internet, al desarrollo industrial y económico que se producen después de la Segunda Guerra Mundial así como al proceso de independización de colonias que se encontraban bajo el dominio de potencias europeas. Un hecho más reciente que impulsó la creación de paraísos fiscales fue la desintegración de la Unión Soviética.

Estos territorios libres al constituirse como nuevos estados, vieron una alternativa de desarrollo a través de la atracción del capital extranjero mediante el diseño de estructuras jurídicas fiscalmente beneficiosas ofreciendo una variedad de opciones que han ido evolucionando y mejorando con el transcurso del tiempo.

Esto se explica por el hecho de que los territorios de baja o nula imposición, más conocidos como “paraísos fiscales”, no son figuras estáticas que se mantienen inmutables en el tiempo, sino que, por el contrario, su proceso de adecuación y desarrollo en el mercado obedece gran parte a su evolución de la economía y muchas veces de las legislaciones anti paraísos.

En ese contexto, los paraísos fiscales evolucionan para ofrecer a sus clientes mejores servicios no sólo a través de la tecnología, y servicios más directos en su propio territorio, sino también a través de la una “apariencia” legislativa que les permite muchas veces no mostrarse como tales antes países de alta imposición, y evitar para sus usuarios la aplicación de normas antiparaíso.

CAPITULO I

NOCIONES BÁSICAS

***Premisa:** En la medida que no hay o no haya una legislación expresa que prohíba a los paraísos fiscales o establezca medidas anti-paraísos fiscales, el uso de los mismos se encuentra permitido.*

En el caso de la legislación peruana, las medidas anti-paraísos no son eficientes y en términos prácticos, carecen de relevancia en el sistema peruano a tal punto de perder importancia el que se encuentren dentro de la Ley del Impuesto a la Renta.

Siendo las medidas mencionadas el único filtro para desincentivar el uso de paraísos fiscales, su utilización en el marco peruano no se encuentra limitada de forma eficiente, por lo que su utilización en la planificación fiscal internacional no sólo es posible, sino que es común.

I.1 Contexto:La incidencia de la Globalización

El siglo XXI se ha visto marcado por el surgimiento de la globalización, desarrollándose en el contexto de una sociedad de la tecnología y la información.

Una sociedad de la tecnología porque se basa en el desarrollo de invenciones que le han permitido al ser humano crear multidevices con fines diversos para las distintas ramas del conocimiento.

Por otro lado, una sociedad de la información como consecuencia de la instrumentalización de la tecnología que le ha permitido al hombre contar con diversos medios para mantener y obtener información de increíble relevancia en distintos campos incluyendo el rubro empresarial.

De modo que la tecnología ha sido el elemento dinamizador y que a su vez ha permitido el desarrollo de la globalización, agilizando el flujo de servicios y capitales resultando en una extensión del alcance de las operaciones comerciales.

En este contexto cada vez más globalizado, los territorios de baja o nula imposición se han convertido en una excelente alternativa para optimizar los flujos de las empresas, aprovechando los beneficios fiscales, financieros, económicos y de practicidad que ofrecen estas jurisdicciones.

Es así que a medida que el mundo se globaliza se hace más fácil para los contribuyentes el generar, mantener y administrar inversiones a través de instituciones financieras fuera de su país de residencia.¹

Ante ello, las Administraciones Tributarias se ven en la necesidad de actualizar los métodos de recaudación y fiscalización ante el nuevo flujo de rentas empresariales y los avanzados y nuevos mecanismos para ocultarlas. Sin embargo, durante este proceso, ante el diferimiento y escape de rentas, la Administraciones Tributarias han asumido una postura agresiva por la que mediante una visión por resultados de recaudación, condena a priori cualquier método de ahorro fiscal, lo que como todo extremo, nos lleva a una nueva posición cuestionable en diversas situaciones.

Bajo ese orden, se ha desarrollado una creciente regulación anti-paraíso y los países del primer mundo han iniciado una agresiva campaña de apertura del secreto de la información que estos países mantienen, por lo que las empresas, y los contribuyentes en general, como respuesta se encuentran en la necesidad de identificar las contingencias que podrían derivarse de la utilización de las zonas de baja o nula imposición.

¹ Traducción libre del siguiente texto:

“As the world becomes increasingly globalised it is becoming easier for all taxpayers to make, hold, and manage investment through financial institutions outside of their country of residence.”
OECD. “Standard for Automatic Exchange of Financial Information”. Setiembre 2014. Pág. 5.

El ahorro fiscal o incluso una reducción drástica de la carga tributaria, en tanto se cumplan con todas las disposiciones normativas aplicables, es perfectamente posible en el marco de una planificación fiscal. Por ello, en la presente tesis, se plantea el uso legítimo de los paraísos fiscales en una planificación fiscal internacional, situación que puede concretarse sin dificultad si se cumplen con los requisitos y condiciones establecidas para su constitución y operatividad.

I.2. Sistema Tributario

Un sistema tributario se rige en base a los principios del Derecho Tributario que se encuentran consagrados en la norma constitucional. Es por ello, que este apartado podrá ser encontrado dentro del conocido Derecho Constitucional Tributario, existiendo una disputa entre la determinación de la rama del derecho que contiene a la otra, es decir, si se trata de un Derecho Constitucional que regula aspectos tributarios o si se trata del Derecho Tributario cuyos principios se encuentran recogidos en la Constitución.

Más allá de los argumentos que cada postura proponga, lo cierto es que el Derecho Tributario se rige por los principios, los cuales pueden encontrarse en la Constitución. En esta ocasión se postergará la discusión sobre el Derecho Tributario Constitucional y se revisará directamente el contenido de él.

Al hablar del contenido del Derecho Tributario Constitucional, nos estamos refiriendo: (i) por un lado; a los principios (que desarrollaremos a continuación) que se recogen de manera expresa en la carta magna, estos principios son también conocidos como los límites a la potestad tributaria del Estado, potestad que le permite al Estado como acreedor exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias a los ciudadanos en calidad de contribuyentes, todos ellos obligados a su vez por el deber de contribuir y, (ii) por otro lado, los derechos constitucionales que amparan la actuación de los contribuyentes, sintetizados en una libertad de actuación como expresión de la autonomía de la voluntad.

Así, encontraremos en el texto constitucional que la Constitución Política peruana del año 1993, en su artículo 74^o señala de manera expresa los principios que rigen en el orden tributario. Por su parte, la Constitución Española realiza la misma labor en su artículo 31. Y en cuanto a los derechos que amparan la actuación de los contribuyentes, tanto la legislación peruana como española han previsto el derecho a la libre contratación reconocidos constitucionalmente en el caso de Perú, en el inciso 14) del artículo 2^o y en el artículo 62^o; y en el caso de España, en el artículo 38.

I.2.1. Conflicto de intereses: Contribuyentes y Administración

Existen puntos de divergencia entre la interpretación que ambas partes de la relación jurídica tributaria ostentan respecto a los límites de la actuación de cada uno:

- En un extremo se encuentra la potestad tributaria estatal, mediante la cual la Administración exige a los ciudadanos contribuyentes el pago de los tributos, amparada a su vez por el deber de contribución al que todos ellos se encuentran sujetos.
Ante tal actuación, los límites a dicha potestad tributaria que la constituyen como acreedor de los ingresos fiscales serían los establecidos en el texto constitucional, límites conocidos como los principios del Derecho Tributario.
- En el extremo opuesto se encuentran los ciudadanos contribuyentes, quienes como sujetos de libre determinación se encuentran en la capacidad de celebrar todo tipo de actos y negocios jurídicos siempre que cumplan con la carga fiscal que se generen, en cumplimiento del deber de contribuir de todos los ciudadanos.

I.2.2. Límites a la potestad tributaria del Estado

I.2.2.1. Principios del Derecho Tributario

Podremos encontrar que existe un área de convergencia entre los principios establecidos en el texto constitucional del ordenamiento peruano y español, lo cual no resulta extraño dado que la esencia de la figura de los principios constitucionales en materia tributaria no es una figura que varíe en su totalidad en el ámbito de cada ordenamiento interno, sino que guarda un mismo fundamento: el de limitar la potestad tributaria estatal, adecuando parte de su contenido de acuerdo a las características propias de cada ordenamiento y además como resultado de la soberanía estatal.

Así, el artículo 74º de la Constitución Política peruana de 1993 es el encargado de establecer los principios que regirán en el orden tributario. No obstante este artículo mencione de manera expresa los límites que serán aplicables a la potestad tributaria del Estado, no significa que se traten de los únicos principios como ya explicará más adelante sobre los principios de carácter implícito. Mientras tanto en el régimen español el mismo rol es asumido por el artículo 31.1 de la Constitución Española cuyos principios enunciados *“constituyen un conjunto unitario de criterios para el reparto de la carga tributaria; un bloque normativo más allá de la singularidad y características de cada uno de ellos, por cuanto se condicionan mutuamente en orden a la consecución de un sistema tributario justo”*².

A continuación presentamos un cuadro conteniendo los artículos mencionados:

² RODRÍGUEZ BEREIJO A. Citado por COLLADO YURRITA, Miguel Ángel; MORENO GONZÁLES, Saturnina. “Principios constitucionales del Derecho Tributario: principios materiales”. En: COLLADO YURRITA Miguel Ángel; LUCHENA MOZO, García María. Derecho Tributario Parte general. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona. 2007. Pág. 38.

Constitución Política del Perú de 1993	Constitución Española
<p>Artículo 74º.- Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuáles se regulan mediante decreto supremo.</p> <p>Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.</p> <p>Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero de año siguiente a su promulgación.</p> <p>No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo. (Énfasis agregado)</p>	<p>Artículo 31.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. 2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía. 3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley. (Énfasis agregado)

Así, encontramos en común la mención expresa de los siguientes principios:

Reserva de ley

Se trata del principio que ampara la seguridad del sistema, requiriéndose que todo requerimiento por parte de la Administración se encuentre previamente recogido en la ley.

Bajo el amparo de este principio, se limita la actuación de la Administración Tributaria en la relación que entabla con los contribuyentes. De este modo, la Administración no podrá argumentar el principio de *que “todo aquello que no esté prohibido, está permitido”*.

Por el contrario, para los contribuyentes sí se aplicaría esta regla, en el marco de la libertad de contratación y libertad contractual bajo el único límite del deber de contribuir, lo cual constituye el fundamento de esta tesis como se verá más adelante.

En el caso español podremos encontrar referencias a este principio en los artículos, 31.3 y 133.1 de la CE y en el caso peruano, el principio de reserva de ley y junto a los otros principios se encuentran recogidos en el artículo 72º.

Igualdad

Mediante el principio de igualdad, los contribuyentes con igual capacidad contributiva deben de ser pasibles de una carga fiscal equivalente. Se trataría entonces de un límite que prescribe que la carga tributaria debe ser aplicada de forma simétrica y equitativa entre los sujetos que se encuentran en una misma situación económica y en forma asimétrica o desigual a aquellos sujetos que se encuentran en situaciones económicas diferentes. El principio bajo mención supone que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la

utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.³

En el caso español este principio se encuentra estrechamente ligado con el principio de generalidad y el de capacidad económica. En términos simples podemos entender el objetivo de este principio bajo la siguiente frase: “Igual a los iguales, y desigual a los desiguales”.

La igualdad que se proclama en el artículo 31 CE está íntimamente enlazada al concepto de capacidad económica y al principio de progresividad, por lo que no puede ser reconducida, sin más, a los términos del artículo 14 de la CE⁽⁴⁾⁽⁵⁾. Además, se puede encontrar el principio de igualdad en la CE en distintas acepciones, como valor (artículo 1º), deber (artículo 9.2), derecho (artículo 14, 23, 32.1, 139), principio (artículo 31.1, 39.2, 138.2). Se encuentra igualmente plasmado en el artículo 3.1 en la Ley General Tributario.

No confiscatoriedad

La confiscatoriedad proviene de la acción de confiscar, conducta que implica una privación de la propiedad privada por parte del fisco como resultado de la aplicación de una acción o norma.

Este principio tiene una íntima conexión con el derecho fundamental a la propiedad pues en muchos casos, ya tratándose de tributos con una tasa irracional o de una excesiva presión tributaria, los tributos devienen en confiscatorios cuando limitan o restringen el derecho de propiedad pues para poder hacer frente a las obligaciones tributarias ante el Fisco el contribuyente se debe desprender de su propiedad.⁶

³ BRAVO CUCCI, Jorge. “Fundamentos de Derecho Tributario”. Palestra Editores. Perú. 2003. Pág. 114

⁴ COLLADO YURRITA, Miguel Ángel; MORENO GONZÁLES, Saturnina. “Principios constitucionales del Derecho Tributario: principios materiales”. En: COLLADO YURRITA Miguel Ángel; LUCHENA MOZO, García María. Derecho Tributario Parte general. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona. 2007. Pág. 38 Pág. 46

⁵ En ese sentido: STC 54/1993 (F1), STC 46/2000 (F4), STC 33/2006 (F3)

⁶ VELÁSQUEZ CALDERÓN, Juan M.; VARGAS CANCINO, Wilfredo. “Derecho Tributario Moderno – Introducción al Sistema Tributario Peruano”. Editora Grijley. Perú. 1997. Pág. 101.

En cuanto a la experiencia española, según COLLADO YURRITA este principio constituye una declaración novedosa en la historia constitucional española, que además no tiene parangón en otros ordenamientos de Derecho comparado⁷. Asimismo, señala que el Tribunal Constitucional español no ha fijado hasta hoy un límite máximo a la progresividad, por encima del cual la imposición adquiriera el “alcance confiscatorio” prohibido por la Constitución. Sí lo hizo en cambio, el Tribunal Constitucional alemán en una Sentencia de 22 de junio de 1995 en la que señaló que la carga tributaria del sistema fiscal en su conjunto, para no incurrir en una vulneración del principio de confiscatoriedad, no debía exceder el 50% de los ingresos del sujeto pasivo.⁸

Ahora bien, existen otros principios mencionados en el texto constitucional peruano y que no se mencionan literalmente en el texto español y viceversa, que si bien no coinciden literalmente, se vinculan, como se verá a continuación.

Respeto de los derechos fundamentales

En el campo del Derecho Tributario no se excluye el respeto de los derechos humanos constitucionalmente protegidos. La labor de la Administración siempre encontrará un límite en los derechos humanos de los contribuyentes.

De acuerdo a Jorge Bravo Cucci⁹, en rigor, el respeto a los derechos humanos no es un “principio” del Derecho Tributario, pero sí un límite al ejercicio de la potestad tributaria. Así el legislador en materia tributaria debe cuidar que la

⁷ COLLADO YURRITA, Miguel Ángel; MORENO GONZÁLES, Saturnina. “Principios constitucionales del Derecho Tributario: principios materiales”. En: COLLADO YURRITA Miguel Ángel; LUCHENA MOZO, García María. Derecho Tributario Parte general. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona. 2007. Pág. 51

⁸ COLLADO YURRITA, Miguel Ángel; MORENO GONZÁLES, Saturnina. “Principios constitucionales del Derecho Tributario: principios materiales”. En: COLLADO YURRITA Miguel Ángel; LUCHENA MOZO, García María. Derecho Tributario Parte general. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona. 2007. Pág. 53

El autor agrega que como ejemplo de la aplicación práctica de la prohibición constitucional de confiscatoriedad pueden citarse sentencias del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1999 (FF.JJ. 5º y 6º) y 15 julio de 2000 (FJ. 3º) que entendieron desproporcionado el aumento en el importe de las retenciones del IRPF el 15 al 20 por 100 sobre los rendimientos brutos de los profesionales.

⁹ BRAVO CUCCI, Jorge. “Fundamentos de Derecho Tributario”. Palestra Editores. Perú. 2003. Pág. 117-118.

norma tributaria no vulnere alguno de los derechos humanos constitucionalmente protegidos.

A diferencia del caso peruano, la constitución española no hace una mención expresa del respeto a los derechos fundamentales. Sin embargo, podemos entender que este precepto es igualmente aplicable como límite a la potestad tributaria por la propia naturaleza de estos derechos, aplicables en todos los ámbitos del Derecho.

Capacidad contributiva

Este principio es uno de los aspectos medulares del ámbito tributario. En el régimen peruano este principio es considerado como un principio implícito como requisito de exteriorización de riqueza a efectos de ser gravada. Como bien entiende el Tribunal Constitucional peruano, el principio de capacidad contributiva es un principio implícito en la Constitución Política del Perú que se deriva del principio de igualdad, y que es uno de los principios fundamentales para alcanzar la justicia tributaria¹⁰. Este principio que regula la potestad de establecer normas jurídicas tributarias (tributos), consiste en que sólo pueden ser objeto de imposición, circunstancias reveladoras de capacidad contributiva, la cual de acuerdo al Tribunal Constitucional es “(...) la aptitud de una persona para ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias, la que se sustenta en determinados hechos reveladores de riqueza¹¹¹²”.

Es resaltante que la CE, a diferencia de otras (como sucede en la constitución peruana) se refiere expresamente al principio de capacidad económica¹³ (otros

¹⁰ BRAVO CUCCI, Jorge. “Derecho Tributario. Reflexiones”. Jurista editores. Lima. 2013. Pág. 27.

¹¹ BRAVO CUCCI, Jorge. “Derecho Tributario. Reflexiones”. Jurista editores. Lima. 2013. Pág. 28.

¹² El Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado en este sentido en reiteradas sentencias. A modo de ejemplo podemos mencionar ala STC N° 0033-2004-AI/TC y 0004-2004-AI/TC.

¹³ Este aspecto es resaltado en la STC

ordenamientos que siguen esta tendencia son el italiano, brasileño, entre otros).

En cuanto al sentido de este principio, coincidimos con ALEJANDRO C. ALTAMIRANO¹⁴ quien siguiendo a RODRIGUEZ BEREJO, considera que podemos identificar dos significados diferentes de principio de capacidad económica. Por un lado, la capacidad económica es el fundamento que justifica el hecho mismo de contribuir y, por tanto, el cumplimiento del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que el artículo 31.1 de la constitución española. Por otra parte, la capacidad económica es la “medida, razón o proporción de cada contribución”. Por lo tanto, consideramos que existen dos perspectivas que permiten entender a este principio, como un aspecto valorativo, al ser el fundamento del deber de contribución, y como un aspecto cuantitativo.

Siguiendo el texto constitucional, luego de determinar el alcance del ámbito subjetivo de la aplicación de los tributos, se establece el fundamento del reparto del gasto público ya que al señalar que “de acuerdo con su” se refiere al modo de reparto del gasto público (de acuerdo con su capacidad económica) que a su vez determinará si la contribución es justa.

Ahora bien, pronunciándonos nuevamente sobre el sentido de este principio en el régimen español, existen posiciones opuestas sobre la capacidad que deban ostentar los contribuyentes. Por un lado, a nivel jurisprudencial se ha señalado que esta capacidad debe ser individual y efectiva o cierta¹⁵. Por otro lado, también se ha afirmado a nivel jurisprudencial que de acuerdo al principio de capacidad económica se refiere a que la riqueza puede ser real o potencial¹⁶.

¹⁴ ALEJANDRO C. ALTAMIRANO. “Derecho Tributario Parte general”. Marcial Pons. Buenos Aires. 2012. Pág. 38.

¹⁵En ese sentido: SSTC 27/198 (F4), SSTC 209/1988 (F9), SSTC 45/1989 (F7), SSTC 221/1992 (F5), SSTC 214/1994 (F5), SSTC 194/2000 (F8)

¹⁶ En ese sentido, STC 37/1987 (F4), STC 295/2006

Asimismo, la Ley General Tributaria, Ley 58/2003 del 17 de diciembre de 2003, en su artículo 3.1 señala que:

“Artículo 3. Principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario.

1. La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad.”

Existen otros principios previstos de manera expresa en la CE que no son mencionados en el texto constitucional peruano, tal es el caso de principio de generalidad, de justicia, de progresividad y de distribución territorial del poder tributario.

En el caso del principio de generalidad, este principio se refiere al alcance subjetivo de la aplicación de los tributos por lo que al referirse a todos considera que los tributos serán aplicables respecto a todos los sujetos que califiquen como contribuyentes, excluyendo la posibilidad del otorgamiento de privilegios en materia fiscal. La generalidad no se opone a casos de excepciones, supuesto sumamente normal por ejemplo en materia de política fiscal¹⁷, pues lo que prohíbe es la exclusión del alcance de la aplicación de los tributos a personas determinadas sin ninguna razón de ser¹⁸.

¹⁷ Dicha afirmación se desprende de lo resuelto en la STC N° 57/2000 del 14 de marzo: “[...] la exención o bonificación —privilegio de su titular— como quiebra del principio de generalidad que rige la materia tributaria, en cuanto que neutraliza la obligación tributaria derivada de la realización de un hecho generador de capacidad económica, solo será constitucionalmente válida cuando responda a fines de interés general que la justifiquen (por ejemplo, por motivos de política económica o social, para atender el mínimo de subsistencia, por razones de técnica tributaria, etc.), quedando en caso contrario, proscrita, pues no hay que olvidar que los principios de igualdad y generalidad se lesionan cuando se utiliza un criterio de reparto de las cargas públicas carentes de cualquier justificación razonable y, por tanto, incompatibles con un sistema tributario justo como el que nuestra Constitución consagra en el artículo 31”.

¹⁸ Bajo ese razonamiento, el fundamento 7 de la STC 97/2002 señala que: “cualquiera persona, físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, residente o no residentes, que por sus relaciones económicas con o desde nuestro territorio (principio de territorialidad) exteriorizan manifestaciones de capacidad económica, lo que les convierte también, en un principio, en titulares de la obligación de contribuir conforme al sistema tributario.”

Este principio se opone al otorgamiento de exenciones o bonificaciones tributarias que no tengan razón de ser y puedan considerarse discriminatorias (...) De ello se desprende la

Podemos apreciar que este principio, en términos del texto constitucional peruano, resultaría de la aplicación del principio de igualdad. Lo mismo sucedería con los principios de justicia y progresividad¹⁹, éste último ligado también al principio de capacidad económica.

Existen además en el ordenamiento peruano, la consideración de principios implícitos como el ya mencionado principio de capacidad contributiva y los principios de equidad por el que el ratio entre la riqueza de los contribuyentes y el tributo total exigido debe ser justa; de publicidad, que se vincula a la entrada en vigencia de las normas tributarias sujetas a la publicación de las mismas; de economía en recaudación, principio que implicaría la exigencia de que la recaudación en sí misma no resulte más onerosa que el propio tributo recaudado; y el principio de certeza y simplicidad, vinculado a una clara identificación de los aspectos de la hipótesis de incidencia contenida en la norma tributaria.

I.2.3. Libertad de contratación de los contribuyentes

La libertad es uno de los pilares que definen la determinación de los actos que celebran las personas. La libertad de contratación y la libertad contractual son la proyección de la libertad económica de las personas.

En la legislación peruana, el reconocimiento constitucional de la libertad de contratar como derecho fundamental se encuentra en los artículos 2º inciso 14 y 24 apartado a) y 62º:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

(...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

estrecha relación que también existe entre los principios de generalidad e igualdad en materia tributaria. Sentencias recogidas en COLLADO YURRITA, Miguel Ángel. Pág. 43

¹⁹ La progresividad, como principio que debe inspirar el sistema tributario justo, se recoge por vez primera en el artículo 31.1 de la CE, inspirado en la constitución italiana de 1947, y se reitera en el artículo 3.1 de la Ley General Tributaria.

- a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”

“Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”

Asimismo, la libertad contractual se encuentra reconocida en el Código Civil peruano de 1984 en su artículo 1354º:

“Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.”

Por lo tanto, en el plano de las transacciones entre sujetos tenemos al derecho a la libertad en sus dos vertientes esenciales que concretan la autonomía de la voluntad: (i) la libertad de contratación o de contratar y (ii) la libertad de contratación.

Como pudo apreciarse en el tenor del inciso 14 del artículo 2º de la constitución peruana, el límite para la libertad de contratar por parte de los sujetos es el orden público y las buenas costumbres. Considerando que nos encontramos en el campo del Derecho Tributario, el límite no se mantiene tan solo en el orden público y las buenas costumbres, conceptos cuya determinación puede provocar un grado considerable de dificultad, sino que se establece mediante el deber de contribuir.

I.3. Conceptos clave

I.3.1. Diferencias en la categoría de conceptos

La mayoría de los autores identifican la utilización de los paraísos fiscales con actividades de evasión y elusión fiscal, mientras que otros, en cambio, señalan que tales territorios se relacionan más con actividades legítimas de Planeamiento Tributario Internacional. De ahí la pugna entre personas y gobiernos favorables a su creación y frente a los que luchan por combatirlos e imponerles sanciones o mecanismos que traten de eliminar sus efectos.

Dependiendo del resultado alcanzado, vale decir, si el ahorro es lícito o ilícito (fraudulento o delictivo), estaremos frente a una economía de opción, un fraude a la ley tributaria, un negocio simulado o un delito tributario²⁰.

Por eso, en relación con la definición de la figura del Planeamiento Tributario, debemos precisar y distinguir una serie de conceptos importantes como son la evasión fiscal que es ilegal, de la elusión de impuestos, que no lo es y que incluye a su vez supuestos de usos fraudulentos y simulatorios del negocio jurídico, el Fraude a la Ley y el Planeamiento Tributario, que tienen en común el mismo efecto, es decir, lograr menos ingresos recaudados por el fisco.

I.3.2. La elusión tributaria

Al referirnos a la elusión, debemos entender a aquella figura jurídica que permite al contribuyente evitar, “eludir” el supuesto de hecho de la hipótesis de incidencia impidiendo que se concrete el hecho imponible y en consecuencia no nazca la obligación tributaria, todo ello con la finalidad de no pagar los tributos o abaratar los costos tributarios, procurando para ello *forzar* alguna figura jurídica establecida en las leyes.

²⁰ Ibídem. Pág. 205.

Sin embargo, debemos precisar que el concepto elusión tributaria es relativo y se caracteriza por aplicarse a un número indefinido de situaciones, que tendrían en común, ser usos fraudulentos y simulatorios del negocio jurídico para alcanzar un objetivo de no pago del tributo o ahorro fiscal²¹.

Además, resulta pertinente resaltar la calificación de “forzada” que ostenta la definición de elusión fiscal dado que dentro del alcance de este concepto se emplean negocios jurídicos atípicos o desprovistos de causa²², en los que a cada uno de ellos se atribuirán efectos jurídicos de acuerdo a su situación individual.

En esa línea de pensamiento, es importante comentar y advertir, que muchos autores utilizan, a nuestro modo de ver, de forma incorrecta, la expresión “elusión tributaria” para referirse a economías de opción, denominadas en la lengua inglesa como *taxsaving*²³. Como resultado, existe incluso una trilogía de conceptos que identifica a la evasión fiscal, elusión fiscal y a la economía de opción; es más, se incrementan cada vez más elementos transformando la trilogía en una cadena de conceptos erróneamente equiparados. Tal es el caso de los conceptos ya mencionados sumados a la Planificación Fiscal, Planificación Fiscal Agresiva, etc.

Se dice que la elusión tributaria empieza donde termina la economía de opción. Como bien lo destaca García Novoa²⁴, ambas figuras se caracterizan por ser una finalidad perseguida por las partes que se puede lograr a través de diversos medios y que tiene como fin la obtención de un ahorro fiscal mediante

²¹ GARCÍA NOVOA, César. “El Derecho Comunitario Europeo ante el fraude y la elusión fiscal: Aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”. En: Suplemento Especial “Tributación: Enfoque Internacional” de la Revista Análisis Tributario N.º 187. Pág. 7.

²² Heleno Taveira Torres sostiene *que la elusión tributaria es el empleo de negocios jurídicos atípicos o indirectos desprovistos de causa*.

²³ AZZARA, Thomas P. “Tax Havens of the World”. 7th Edition. 2nd printing. United States of America. 2000. Page 325.

²⁴ GARCÍA NOVOA, César. “La Cláusula Antielusiva en la nueva Ley General Tributaria”. Primera Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. 2004. Pág. 122.

una conducta consiste en evitar, desde la actuación negocial de los particulares, que se produzca el hecho imponible.

En ambas se busca la realización de un hecho no gravado, exonerado o sometido a una menor imposición, con la diferencia que en una economía de opción, hay una realización real, válida y lícita del hecho no gravado, exonerado o sometido a menor gravamen, mientras que en la elusión tributaria se busca alcanzar la realización de un hecho no gravado, exonerado o sometido a menor gravamen a través de negocios anómalos, a saber, negocios simulados o fraude de ley, fiduciarios o indirectos.

Al respecto, cabe señalar que eludir es perfectamente legal, pues se logra a través de la legislación tributaria vigente en cada país, pero se combate *“...mediante un análisis económico de los hechos, el auditor puede llegar a desentrañar la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas por los agentes económicos, desconociendo la celebración de aquellos actos, contratos, etc. cuya aplicación resulta forzada. En estos casos, el mayor impuesto determinado por la administración debe ser pagado²⁵”*.

Resulta importante señalar que la elusión fiscal es la pieza clave del Planeamiento Tributario, ya que representa el aprovechamiento de los recursos legales disponibles para conseguir la mínima carga fiscal o para diferir en el tiempo su impacto. Además, permite al contribuyente evitar que se realice el hecho imponible, con el fin de no pagar los tributos o abaratar los costos tributarios, procurando para ello forzar alguna figura jurídica establecida en las leyes.

La elusión fiscal es un fenómeno inseparable de las normas tributarias que, como los virus, presenta siempre aspectos nuevos. Las posibilidades de eludir las normas tributarias están desigualmente repartidas, por ello, combatir la elusión es una exigencia de justicia fiscal. Es también una medida de profilaxis

²⁵ RUIZ DE CASTILLA Y PONCE DE LEON, Francisco. “Consideraciones de Política Fiscal sobre no pago de Impuestos”. INFOTAX. Revista Virtual de Tributación. Año I, N.º 1 Octubre del 2000. Editada por la Asociación de Especialistas en Tributación – Universidad de Lima.

del ordenamiento jurídico, en especial del Derecho Privado, ya que, de admitirse a efectos fiscales la validez de cualesquiera construcciones, por artificiales y contrahechas que sean, se acabarían siendo habituales figuras deformes²⁶.

Por último, debemos resaltar que con el transcurso del tiempo se han desarrollado lo que puede llamarse grandes principios de elusión tributaria: *Acelerar deducciones, Posponer ingresos, Dividir ingresos, entre varios contribuyentes o ejercicios gravables convertir ingresos ordinarios en ganancias de capital, etc*²⁷.

I.3.3. El fraude a la Ley

El fraude a la ley del Derecho Tributario se distingue de los negocios anómalos del Derecho Civil (incluido el negocio en fraude a la ley), pues mientras en éstos se da un vicio en la causa, que puede consistir en inexistencia, disimulo o, incluso, ilicitud, en el fraude a la ley el negocio es querido por las partes y la causa existe y es legítima.²⁸

Esta separación de la naturaleza civil del fraude de ley y la naturaleza tributaria del fraude de ley constituye un sector importante de la doctrina española que cuestiona la categorización de estas figuras como género y especie. De este modo, Ramón Falcón y Tella²⁹ sostiene que en el fraude a la ley tributaria se elude la ley tributaria al no realizarse el hecho imponible, sino un “hecho equivalente”, pero no regulado en la ley tributaria defraudada por lo que para gravar el hecho equivalente se tendría que recurrir a la analogía.

²⁶ PALAO TABOADA, Carlos. “Normas Anti-elusión en el Derecho Interno Español y en el Derecho Comunitario Europeo”. Asociación Argentina de Estudios Fiscales. Marzo, 2004. Pág. 10. En: <http://www.aaef.org.ar/doctrina>

²⁷ FREDERIC G. CORNEEL. “Planeamiento Tributario: Enseñanza y Práctica”. Op. cit. Pág. 8.

²⁸ PONT CLEMENTE, Joan – Francesc. “La economía de opción”. MARCIAL PONS EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES S.A. Madrid. 2006. Pág. 35.

²⁹ FALCÓN Y TELLA, Ramón. “El fraude a la ley tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción”. En: Revista Técnica Tributaria. N.º 31. 1995. Pág. 55-56.

Entonces, esta figura se mantiene el factor común que es el de la intención del ahorro fiscal y la particularidad radica en el modus operandi que se da a nivel de actos artificiosos que se amparan en una norma jurídica para evitar la aplicación de otra norma tributaria.

Podemos apreciar que en la configuración del fraude a la ley existe una norma que es utilizada como soporte del acto artificioso, calificada como norma de cobertura y cuya naturaleza puede oscilar entre el campo civil, laboral o comercial; y una norma cuya aplicación se desactiva pese a que de la causa y finalidad económica del acto realizado se desprenda que dicha norma es la que debió aplicarse, razón por la cual nos encontraríamos ante una norma defraudada.

Según señala Palao Taboada³⁰, la norma de cobertura no es la norma tributaria a la que el contribuyente pretende acogerse, sino la norma civil o comercial en la que pretende basarse tal calificación. De otra parte resulta conveniente referirnos al fraude a la norma tributaria y no a la ley tributaria, pues en rigor, no es la “ley” (u otro dispositivo legal) la que se defrauda, sino la norma jurídica por ella insertada en el ordenamiento jurídico.

Una de las formas de eludir la aplicación de una norma tributaria es a través de la realización de negocios anómalos en fraude a la Ley Tributaria. Por lo tanto, el fraude a la ley tributaria es una forma de elusión fiscal³¹. Por ello, se mencionaba en las líneas correspondientes a la elusión fiscal que ésta contenía una gama de posibilidades mediante las cuales concretarse, entre ellas la figura del fraude a la ley.

³⁰ PALAO TABOADA, Carlos. “¿Existe el fraude a la ley tributaria?”. En: Revista de Estudios Financieros. N.º 23/1998. Pág. 12.

³¹ “En sentido amplio se dice que se defrauda a la ley cuando se elude su cumplimiento. En tal sentido, fraude a la ley es eludir aquél”. ALBALADEJO, Manuel. “Derecho Civil I. Introducción y Parte General”. Editorial Bosch. 1996. Pág. 185.

I.3.4. La economía de opción

Existe economía de opción cuando las relaciones privadas o empresariales se organizan de tal forma que no deba satisfacerse impuesto alguno, o sólo de reducida cuantía, sin que para ello – a diferencia del caso en que se evita la realización del hecho imponible – haya de renunciar a la conducta querida o a una administración económica razonable, y sin entrar para ello en conflicto con el tenor literal o el sentido de la ley.

El derecho a la Planificación Fiscal no es nada más que la consecuencia del ejercicio de la libertad económica por parte del ciudadano, libertad que como se mencionó se proyecta en la libertad de contratar y contractual por lo que los ciudadanos pueden celebrar distintos negocios jurídicos de acuerdo a sus intereses, sin que entre ellos la motivación fiscal deba considerarse relevante.

El derecho a la Planificación Fiscal lícita significa derecho a aprovechar las economías de opción que se deriven del ordenamiento tributario, incluso las implícitas, que son las que habrá que presumir cuando la ley no grave expresamente un supuesto que, hay que deducir, podría haber gravado. Aspecto que se verá amparado en el Principio de Reserva de Ley del Derecho Tributario y que como se apreció permite frenar la potestad tributaria estatal.

En un ordenamiento configurado por obligaciones tasadas de dar, como es el tributario, la regla debe ser la economía de opción, pues al contribuyente, a la hora de planificar su actividad económica, debe tener derecho a situarse en zonas donde la tributación no haya llegado³².

I.3.5. La evasión tributaria

En cuanto al término evasión, podemos mencionar que dicha situación se presenta cuando determinados agentes buscan reducir – a como de lugar –

³² FERREIRO LAPATZA, José Juan. "Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal". En: Tratado de Derecho Tributario. Dirigido por Paulo de Barros Carvalho. Primera Edición. Palestra Editores. Lima, Perú. 2003. Pág. 526.

costos tributarios, utilizando para ello medios ilícitos y vedados por las leyes, tales como “...el contrabando, fraude (engaño), actividades informales (fabricación clandestina, comercialización clandestina), etc. Es muy difícil medir la magnitud del impacto negativo en la recaudación fiscal, pero es altamente probable que se trata de un problema de cuantía mayor³³”.

La evasión fiscal consiste en sustraer la actividad al control fiscal y, por tanto, no pagar impuestos. Por lo tanto, se configura como una figura delictiva, ya que el contribuyente no cumple con sus obligaciones tributarias, convirtiendo su conducta en una infracción que debe ser sancionada³⁴.

Esta figura intenta reducir los costos tributarios, utilizando para ello medios ilícitos y vedados por las leyes, como el contrabando, fraude, etc., ya que es toda eliminación o disminución de un monto tributario producida dentro del ámbito de un país por parte de quienes están jurídicamente obligados a abonarlo y que logran tal resultado mediante conductas fraudulentas u omisivas violatorias de disposiciones legales³⁵.

La evasión tributaria presenta las siguientes características³⁶:

1. Hay evasión tributaria no sólo cuando, como consecuencia de la conducta evasiva, se logra evitar totalmente el pago de la prestación tributaria, sino también cuando hay una disminución en el monto debido.
2. La evasión tributaria debe estar referida a determinado país, cuyas leyes tributarias se transgreden. La investigación sólo encuentra utilidad cuando

³³ RUIZ DE CASTILLA Y PONCE DE LEON, Francisco. Op. cit.

³⁴ GINSBERG, Anthony S. “Tax Havens”. New York Institute of Finance. United Finance. United States of America. 1991. Page 7.

³⁵ Vid. En este sentido el artículo 31.1 de la Constitución Española que dice literalmente: “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”, como base del posterior desarrollo normativo sobre la materia (Ley 40/98 del IRPF y otras normas tributarias).

³⁶ VILLEGAS, Héctor B. “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario”. Octava Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2002. Pág. 539.

- se efectúa esta acotación, sin que ello signifique olvidar una serie de constantes generales de la evasión, aplicables a la mayoría de los países.
3. La evasión sólo puede producirse por parte de aquellos que están jurídicamente obligados a pagar un tributo al fisco. No hay evasión fiscal de quienes reciben el peso económico del tributo sin tener la obligación jurídica de pagarlo, ni de quienes, aun estando encuadrados en el hecho imponible de un tributo, no han sido designados sujetos pasivos por la ley, ni en general de aquellos que sólo están obligados a resarcir al sujeto que el fisco instituyó como obligado al pago.
 4. La evasión fiscal, tomada en sentido integral, es comprensiva de todas las conductas contrarias a derecho que tengan como resultado la eliminación o disminución de la carga tributaria, con prescindencia de que tales conductas sean fraudulentas o simplemente omisivas.
 5. Toda evasión fiscal es violatoria de disposiciones legales, es decir, antijurídica. La pugna de la conducta con la norma tributaria convierte a esa conducta en ilícita con prescindencia de que el derecho privado no le atribuya consecuencias jurídicas.

I.3.6. El planeamiento tributario

I.3.6.1. Definición de Planeamiento Tributario

Cuando se habla de Planeamiento Tributario, debemos entender por tal a aquella herramienta gerencial utilizada por profesionales ligados a la tributación, cuyo objetivo primordial es estudiar las vías pertinentes para el ahorro en el pago de impuestos. Se le conoce también con el término *taxplanner*, cuya función es la de “...asesorar a la gerencia en relación con posibles ahorros tributarios, consolidar posiciones tributarias y sugerir controles necesarios para evitar posibles sanciones y multas³⁷”.

Es así que el encargado de elaborar el esquema de la planificación debe ser un consultor que conozca profundamente la empresa que asesora, que sepa cómo

³⁷ EXECUTIVE CONSULTING. Revista Tributaria Virtual. TaxConsulting. Fascículo N.º 3. Lima, 8 de marzo de 2001. Página 1.

opera, los productos que vende, el mercado en el que actúan y de quién adquiere sus insumos, a fin de diseñar las estructuras que permitan reducir los costos impositivos asociados a sus operaciones y recomendar a las empresas las alternativas a elegirse.

Bajo el esquema del Planeamiento Tributario se utiliza mucho la evaluación de carácter económico del costo – beneficio, con la finalidad de tomar las mejores decisiones³⁸.

Este instrumento de gestión empresarial permite que la empresa pueda optar legalmente por un régimen tributario que le permita utilizar el medio legal que le obligue a pagar el menor tributo, obteniendo así un ahorro fiscal que pueda ser utilizado para otros costos o gastos propios de la empresa y por ende obtener una mayor rentabilidad³⁹.

La importancia que representan dentro del conjunto de la economía mundial se desprende de los datos que ofrece el Fondo Monetario Internacional (FMI):

- Las cifras de dinero que mueve el blanqueo representan entre el 2% y 5% del producto interior bruto (PIB).
- La mitad de los flujos de capital internacionales transitan por los Paraísos Fiscales, o residen en ellos.
- Entre 0,6 y 1,5 billones de dólares de dinero negro sale o circula por ellos cada año.
- Su actividad gestiona alrededor del 20% de la riqueza privada mundial.
- Los beneficios acumulados en 10 años, llegarían a los 5 billones de dólares, el equivalente al total mundial de las deudas públicas acumuladas.

³⁸ EXECUTIVE CONSULTING. Revista Tributaria Virtual. Tax Consulting. Op. cit. Pág. 1.

³⁹ BARBER, Hoyt L. "Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free". Op.cit. Page 48.

- La satisfacción universal de las necesidades sanitarias y alimentarias esenciales (alimento, agua potable y sanidad) costaría 13.000 millones de dólares al año, es decir, el 0,01% de las sumas que circulan por los Paraísos Fiscales.
- Los beneficios anuales del tráfico de drogas representa entre 300.000 y 500.000 millones de dólares, esto es, del 8% al 10% del comercio mundial.
- El producto de toda la delincuencia mundial supera, según ciertas estimaciones, el billón de dólares anuales, cerca del 20% del comercio mundial. Suponiendo que las cargas (producción, gestión, pérdidas por confiscación, etc.) representan un 50% de la facturación, quedan todavía 500.000 millones de beneficio, una suma de 40 veces mayor que la necesaria para erradicar los problemas de salud y nutrición que asolan alrededor de 1000 millones de personas en el mundo.

I.3.6.2. Cuestiones adicionales al concepto de Planeamiento Tributario

La excesiva carga tributaria a la que están sometidas las empresas comerciales, industriales y de servicios, así como también las constantes crisis económicas, seguidas de interminables periodos de recesión económica, aumentan cada vez más la necesidad de adoptar un programa de Planeamiento Tributario, de forma de obtener no sólo una reducción en los gastos tributarios habituales, sino también de obtener la devolución o compensación de impuestos cobrados indebidamente por el Estado.

La actual política económica impone exigencias fiscales muchas veces revestidas de inconstitucionalidad, de forma que un planeamiento tributario eficiente y legal, con respaldo jurídico y contable, solamente trae beneficios a las empresas.

El Planeamiento Tributario es un concepto de trabajo que une una revisión de los tributos debidos en los últimos años con una planificación de las

incidencias futuras, proporcionando mejoras en el flujo de caja de las empresas, con reducción efectiva de los costos de los productos y de las deudas tributarias.

Considerando que existe una presión cada vez mayor y rápida del Estado en la cobranza de deudas tributarias, crece la preocupación de los empresarios serios en evitar las consecuencias nefastas originadas en las deudas tributarias, tales como el embargo y ejecución de bienes de la empresa y de los directores. Dificultades en obtener plazos y facilidades para el pago, y hasta mismo amenaza de acciones penales por apropiación indebida o agente de retención omiso.

Cuando hablamos de Planeamiento Tributario debemos atender aquella herramienta utilizada por los profesionales ligados a la tributación, cuyo objetivo primordial es estudiar las vías pertinentes para el ahorro en el pago de impuestos, evitando posibles sanciones y multas. Puede decirse entonces que el Planeamiento Tributario es una forma creativa de pensamiento, cuya enseñanza resulta tan factible como el dictado de cursos de invención en una escuela de ingeniería⁴⁰.

I.3.6.3. La Necesidad del Planeamiento Tributario

La inestabilidad que caracteriza a la normativa tributaria de nuestro país, conspira contra los resultados operativos de las empresas. No obstante, el planeamiento tributario no sólo es posible en dicho contexto, sino que es necesario, formando parte de la formulación de los programas que la conducción empresarial necesita para alcanzar las metas establecidas por la dirección.

⁴⁰ FREDERIC G. CORNEEL. "Planeamiento Tributario: Enseñanza y Práctica". Artículo publicado en la Revista Tax LawReview, Vol. 22, 1967. Traducido por Marissa Palomino Bonilla para su publicación en la mencionada revista. En la traducción se han suprimido notas y referencias a aspectos muy específicos de la legislación tributaria de Estados Unidos de Norteamérica.

Dicha tarea necesita ser elaborada para el corto, mediano y largo plazo, y si bien a muchos empresarios les parecerá una mera especulación técnica aplicable a grandes empresas, verán que no sólo es de factible utilización, sino que resulta indispensable.

- ¿Es posible el Planeamiento Tributario?

Los tributos tienen un impacto muy importante sobre el resultado de los negocios presentes o futuros de las empresas, conteniendo en especial un componente adicional, cual es el efecto financiero a que lo anterior conduce, como consecuencia de la transferencia de recursos desde la empresa hacia el fisco.

Dependiendo del horizonte con que se efectúe el planeamiento (corto, mediano o largo plazo), y a qué tipo de situaciones lo apliquemos (actuales o potenciales), obtendremos distintos tipos de proyecciones, que permitirán conocer la posición fiscal y las obligaciones en una fecha cierta, orientando la actividad global de la empresa.

La estructuración de un plan de esta naturaleza permite también, analizar el impacto que pueden tener las modificaciones en las normas tributarias, de modo que resulte plenamente posible contemplar la incidencia de los cambios sin necesidad de reformular toda la estrategia, por supuesto en la medida que no cambien las premisas básicas de planificación de los negocios.

I.3.6.4. Tipos de planeamiento tributario

I.3.6.4.1. Planeamiento tributario previo a la realización de la inversión

La referida proyección fiscal también juega un papel importante en la evaluación de cualquier proyecto de inversión que se realice. Por ejemplo, si estamos considerando la probable incorporación de un bien de capital que la empresa requeriría para mejorar su nivel de competitividad en el mercado, no

puede permanecer ajeno en el análisis de factibilidad del proyecto, el efecto que determinados tributos han de tener en el resultado final del mismo.

A continuación, desarrollamos diversos datos y/o elementos importantes a considerar:

- a) **Tipo de sociedad elegido:** aun cuando a lo largo del tiempo, ha variado el tratamiento que la ley del Impuesto a las Ganancias ha dado a las denominadas sociedades de capital y de personas, puede resultar de vital importancia elegir el tipo de sociedades más conveniente.
- b) **La cantidad de socios administradores o directores:** el mayor o menor número de integrantes de los órganos de administración y/o fiscalización permitirá mayores o menores deducciones en el balance fiscal de la sociedad. Obviamente, este tema debe ser relacionado con la situación fiscal de cada una de las personas que integran dichos órganos de la sociedad.
- c) **Adopción de determinadas formas jurídicas:** cierto tipo de negocios pueden llevarse a cabo mediante la adopción de nuevas formas jurídicas que, en determinadas condiciones, reduzcan la carga tributaria.
- d) **La reorganización (transformación, fusión, escisión y/o adquisición) de sociedades,** así como las asociaciones estratégicas y/o la localización geográfica, pueden conducir – en ciertos casos – a considerables ahorros en materia fiscal.
- e) **La composición del capital: propio y/o ajeno.** La mayor o menor participación de integrantes de la sociedad, así como de capital ajeno, de origen comercial o financiero, pueden afectar, en forma significativa, la carga tributaria sobre los resultados y el patrimonio de la sociedad y sus integrantes, considerados en forma conjunta.

I.3.6.4.1.1. Trasfondo del Planeamiento Tributario

Ya que el Planeamiento Tributario consiste en seleccionar la mejor de las diversas formas disponibles para lograr el fin económico general deseado por el cliente, y el mejor de los métodos alternativos para manifestar la operación específica por la cual se decidió⁴¹, podemos concluir que el trasfondo de esta figura es lograr el menor pago de impuestos al fisco, sobre la base de utilización de diversas figuras económicas amparadas por la ley,

Por ello, el Planeamiento de estructura antes del pago de cualquier tributo, ante lo cual ha habido previamente una concatenación de tres elementos: (1) *una norma tributaria aplicada mediante* (2) *un proceso administrativo* a (3) *una serie de hechos*.

De ahí sigue que el Planeamiento Tributario implica tomar en cuenta los cambios en la norma tributaria, el proceso administrativo y las situaciones de hecho que podrían reducir o posponer el tributo, ya que cualquier cambio en alguno de estos elementos cambiaría sustancialmente la configuración del tributo y el monto que involucra.

(1) La norma aplicable. En el caso del Planeamiento Tributario se puede aconsejar la elección entre varias normas tributarias. Esto no solamente resulta cierto al escoger el Estado o el país en que habrá de crearse la sociedad, sino también en la elección del año en que se realizará una transacción cuando se sabe que en años posteriores la ley será distinta a la vigente.

Más aún, las normas tributarias tienden a ofrecer al contribuyente la posibilidad de determinar la norma aplicable, al brindarle lo que se conoce como “opciones”: Declaración conjunta o separada de marido y mujer, deducción porcentual o detallada de gastos, aplicación del impuesto pagado sobre renta de fuente extranjera como crédito o como deducción, imposición de las sociedades anónimas como tales o como sociedad de inversiones como

⁴¹ FREDERIC G. CORNEEL. “Planeamiento Tributario: Enseñanza y Práctica”. Op. cit. Pág. 7.

sociedad anónima o como “*Regulated Investment Company*”⁴², capitalización o deducción de gastos de investigación y desarrollo. En la mayoría de estos casos la situación de hecho permanece inalterada, pero las consecuencias tributarias son alteradas al variar la ley aplicable.

(2) El proceso administrativo. Con respecto al proceso administrativo, el planeamiento tributario probablemente se relacionará en gran medida con la apariencia de las transacciones, ya sea para evitar la fiscalización del Servicio de Impuestos Internos en su totalidad, o para causar una impresión favorable al Servicio o a la Corte si la operación fuera cuestionada. Tal Planeamiento claramente resulta de gran valor cuando la imposición depende del propósito del contribuyente como sucede con relación al impuesto a las utilidades acumuladas., adquisiciones de sociedades con pérdida, reorganizaciones, “Spin-offs”⁴³, “Thinincorporation”⁴⁴ y similares. Con seguridad, cualquier profesional puede citar casos de “Rulings”⁴⁵ que fueron emitidos, de declaraciones que no fueron fiscalizadas o de fiscalizaciones que no resultaron desastrosas, porque en un principio se meditó lo suficiente sobre el hecho de que se puede influenciar el proceso administrativo a través de un Planeamiento Tributario adecuado.

(3) Los hechos. Debe de conocerse la naturaleza de los hechos realizados como dato fundamental, la situación de hecho no es sólo el elemento individual más importante en la determinación del tributo, también es el que más dispuesto se encuentra al cambio. Muchos hechos a los que el Código concede importancia, económicamente resultan irrelevantes, de tal manera que las

⁴² “REGULATED INVESTMENT COMPANY”: Sociedad registrada ante la Comisión de Valores y Cambio bajo el Acta de Sociedad de Inversiones de 1940. Una sociedad de este tipo puede optar por la imposición sólo sobre su utilidad no distribuida.

⁴³ “SPIN-OFF”: Forma de reorganización consistente en la transferencia de parte de los activos de una sociedad anónima a otra sociedad recién creada a cambio de acciones de ésta (aporte). seguida de la distribución de dichas acciones a los accionistas de la transferente.

⁴⁴ “THIN-INCORPORATION”: Creación de una sociedad anónima con poco capital y elevado préstamo, a fin de deducir intereses de éste como gasto. La jurisprudencia americana ha desarrollado criterios en base a los cuales se juzga si el préstamo ha de ser reputado como capital, con el consiguiente rechazo del interés como gasto deducible.

⁴⁵ “RULING”: Pronunciamiento del Servicio de Impuestos Internos ante la consulta de un contribuyente.

consecuencias tributarias pueden ser variadas sin alterar los resultados económicos.

I.3.6.4.2. Planeamiento en el cumplimiento de obligaciones tributarias

Implica no un planeamiento estructural, sino más bien un planeamiento financiero, es decir la forma de obtener recursos para el pago de las obligaciones tributarias generadas.

Considera la realización de estudios de flujo de caja, facturación, cobro de acreencia, destino de recursos obtenidos

I.3.6.5. Función del planeamiento tributario

Es el Planeamiento Tributario propiamente dicho, implica, como lo hemos definido, el desarrollo de una estrategia de mediano y largo plazo que permita encarar adecuadamente las obligaciones tributarias, aprovechando las oportunidades permitidas por nuestro ordenamiento legal, es decir, que esta figura implica el desarrollo de una estructura empresarial, eficiente, que permite el menos pago de tributos, sin vulnerar la normalidad vigente y sin realizar fraude a la ley.

La finalidad del Planeamiento Tributario consiste en optar por la mejor forma legal de los regímenes tributarios vigentes para los intereses de la empresa y el mejor de los métodos alternativos para lograr ahorros financieros en aplicación del régimen adoptado, que al mismo tiempo asegure que la empresa se encuentra protegida e incurso del régimen fiscal correcto, evitándole correr riesgos innecesarios a cometer delitos e infracciones fiscales o hacer impráctica la transacción económica⁴⁶.

⁴⁶ FREDERIC G. CORNEEL. "Planeamiento Tributario: Enseñanza y Práctica". Op cit. Pág. 4.

En resumen, el objetivo del Planeamiento Tributario es lograr que la asesoría profesional en materia tributaria no esté dirigida a la evasión de los tributos que se debe pagar, sino a evitar los tributos que no necesitan ser pagados.

I.3.6.6. Objetivos del Planeamiento Tributario

A fin de determinar de forma precisa los objetivos buscados por el Planeamiento Tributario, debemos señalar que los más relevantes son los siguientes:

- Prevenir a la gerencia sobre cualquier suceso o evento fiscal que ocurra y tenga consecuencias importantes en el normal desarrollo empresarial.
- Seleccionar la mejor alternativa para optar por la aplicación del régimen tributario que permita lograr ahorros financieros y respiro fiscal.
- Evitar la aplicación y el pago de impuestos innecesarios y obtener una mejor capacidad de adaptación de la empresa a las nuevas legislaciones fiscales.
- Estar preparada para adoptar con éxito cualquier cambio de la legislación fiscal que tenga como consecuencia una afectación o perjuicio económico.
- Conocer el efecto de los impuestos en las probables decisiones gerenciales.
- Cuantificar ahorro y costos fiscales de operaciones económicas futuras.

I.3.6.7. Reglas Básicas del Planeamiento Tributario

Estas reglas consisten en aplicar una secuencia lógica en la formulación del Planeamiento Tributario con base en el conocimiento del sector económico que opera la empresa, su situación actual y sus proyecciones futuras, previo análisis de las variables tributarias y financieras que afectan o son sensibles al

desarrollo económico de la empresa y que necesariamente deberían ser las siguientes:

- Conocimiento de la empresa y de las disposiciones vigentes que influyen en el desarrollo de las actividades económicas de la misma.
- Conocimiento del entorno político y económico que permita anticipar, en lo posible, los cambios en la legislación fiscal.
- Determinación de políticas y fijación de objetivos que orienten al raciocinio de la empresa con relación a la reducción de los costos y contingencias fiscales, así como el establecimiento de niveles de imposición fiscal acordes a la realidad económica de la empresa.
- Determinación de acciones probables destinadas a alcanzar las políticas y objetivos empresariales, aprovechando las oportunidades y reduciendo las ineficiencias.
- Evaluación y selección de resultados en materia fiscal que coadyuven a que las políticas y objetivos antes mencionados puedan alcanzarle, teniendo en consideración que su implementación y ejecución es viable y no tendrá mayor costo en comparación con otros resultados.
- Evaluación continua de logros y objetivos en materia fiscal, para estar alerta y oportuna ante cualquier evidencia de cambio significativo en cualquiera de las variables de planificación fiscal.
- Presentación general de las cifras en valores absolutos y relativos de acuerdo a las necesidades de información de la empresa.

I.3.6.8. Efectos del Planeamiento Tributario

Los efectos del planeamiento fiscal formulado para un periodo comercial actual o periodo(s) futuro(s), y que son consecuencia de los resultados cuantitativos y cualitativos obtenidos de análisis e interpretación del planeamiento en sí,

conlleven a una mejor decisión gerencial en la empresa y a establecerlo como una herramienta de importancia significativa en los análisis financieros-administrativos de las entidades modernas.

Estos efectos nos permiten conocer aspectos tales como los siguientes:

- La contribución marginal del análisis costo - beneficio al logro de los objetivos y políticas de la organización empresarial.
- El resultado de la situación económica y financiera post-tributación y su capacidad financiera en el cumplimiento de las probables obligaciones fiscales futuras que tenga a realizar la empresa.
- El impacto de las decisiones gerenciales en las operaciones comerciales y en los clientes de la empresa.
- Los riesgos implícitos en la tributación como variación en las tasas de tributos, cambio de tramos en tributos progresivos, modificación de tasas y base imponibles, entre otros.
- Obtención de beneficios de la decisión gerencial, como evitar el pago de tributos con fundamento legal.
- La necesidad de variar costos y precios en la organización empresarial

I.3.7. Nuestra posición

Luego de revisar los conceptos clave aplicables en el contexto del uso de los paraísos fiscales en una planificación fiscal internacional, se desprende la idea general que dentro del sistema tributario existen criterios o directrices que rigen y limitan la actuación de los sujetos que convergen en él.

Estas directrices no son dispositivas y, en consecuencia, se consagran como principios que son reconocidos a nivel constitucional. Dentro de estos

principios, el referido a la Reserva de ley es un factor determinante para dilucidar el límite que existe entre la libertad económica del contribuyente y la potestad tributaria estatal.

Los contribuyentes se encuentran amparados en la libertad de contratar y de definir los términos contenidos en sus acuerdos contractuales, todos aquellos actos y negocios que celebren en tanto dichas operaciones se subsuman en la hipótesis de incidencia, se encontrarán gravados y sujetos al pago de la deuda tributaria al fisco.

Sin embargo, la libertad de los contribuyentes se extiende incluso sobre aquellas zonas en las que no se ha previsto ningún supuesto de hecho. La libertad que ostentan puede desembocar en conductas legítimas e ilegítimas como ocurre con la planificación fiscal que forma parte de las prácticas empresariales saludables o como puede suceder con los actos fraudulentos o con evasión a la ley tributaria.

Se ha revisado que dentro del marco legítimo, sujeto al cumplimiento de las consecuencias jurídicas de los actos que realice, el ahorro fiscal es perfectamente posible, y por lo tanto el uso de instrumentos que permitan obtener tal fin bajo medios legítimos no son reprochables.

Bajo esa premisa, el uso de paraísos fiscales en una planificación fiscal internacional no tiene por qué tomarse per se como una práctica elusiva, que como se analizó constituye una figura que puede implicar actos simulados o fraudulentos, si se cumplen con las condiciones y requisitos que la legislación doméstica que cada jurisdicción imponga y, claro está, que no exista una prohibición expresa del uso o califique como elusiva y por tanto reprochable la utilización de estos instrumentos.

Es por ello que coincidimos con Joan-Francesc Pont Clemente⁴⁷ cuando afirma que no deben confundirse en ningún momento las conductas que infringen la

⁴⁷PONT CLEMENTE, Joan – Francesc. “La economía de opción”. Óp. Cit. Pág. 33, 35 y 100.

ley con la economía de opción ya que es cierto que quien vulnera las leyes trata de evitar el tributo y que quien actúa dentro de los límites de la legalidad puede, también, evitarlo. Pero, el problema es que ambos tipos de conducta generan que el tributo no se pague lo que ha llevado a una terminología equívoca que ha provocado una cierta confusión, entre el impago ilegal del tributo y su impago plenamente legítimo.

Ante tal confusión, Pont Clemente afirma correctamente que en algunas ocasiones se ha opinado que la disminución de la factura fiscal, entendiéndose como la reducción de la carga fiscal, es siempre ilícita y de hecho lo sería si se concibiera como fórmula para evitar el pago de un impuesto debido. Pero, por el contrario, cuando la conducta del contribuyente se configura inteligentemente para evitar que nazca la obligación tributaria, siempre que se encuentre en el marco de la legalidad, nos hallaríamos plenamente en el ámbito de la economía de opción, y por tanto, nada de reprochable habría en ello.

Finalmente nos adherimos al cuestionamiento que Guillermo A. Lalane⁴⁸ plantea: por qué un contribuyente tiene que recurrir a una forma jurídica que le implique pagar mayores impuestos si la propia ley le permite –o, mejor dicho, no le prohíbe (...) abonar menos impuestos o inclusive, no pagar impuestos por ese acto o negocio realizado. ¿Puede considerarse ilícito? La respuesta deber ser clara y contundente: NO. Y ello es así porque, como señala García Novoa, si el negocio realizado por el contribuyente es lícito y con causa real, la persecución de un fin fiscal no solo debe ser admitida, sino que desde el punto de vista del derecho la misma resulte irrelevante.

I.3.8. Norma antielusión

Una de las técnicas incorporadas en los ordenamientos con la finalidad de combatir los mecanismos elusivos son las normas anti-elusivas. Como señala GARCÍA NOVOA, las cláusulas antielusorias son “*estructuras normativas cuyo presupuesto de hecho aparece formulado con mayor o menor grado de*

⁴⁸En “Economía de opción y fraude de ley en el Derecho Tributario”. IPDT. Pág. 114.
En: http://www.ipdt.org/editor/docs/03_Rev44_GAL.pdf

*amplitud, y al cual se ligan unas consecuencias jurídicas que, en suma, consistirán en la asignación a las Administraciones de unas potestades consistentes en desconocer el acto o negocio realizado con ánimo elusorio o a aplicar el régimen jurídico fiscal que se ha tratado de eludir.*⁴⁹

Estas estructuras normativas podrían tratarse de cláusulas generales o específicas. Tal como señala ZAVALETA ALVAREZ citando a COLLADO YURRITA al referirse al tema de la elusión fiscal como un concepto que no es absoluto pacífico y que a pesar de ello en *“el contexto de los mecanismos antielusión instaurados en los distintos ordenamientos tributarios se ha guiado por la generalización de cláusulas específicas y generales con las que se pretende atajar por parte del legislador las numerosas conductas elusivas que proliferan en los actos o negocios jurídicos celebrados por los ciudadanos.*⁵⁰

Como resultado, los ordenamientos cuentan actualmente con cláusulas generales antielusivas conocidas en el ámbito internacional como GAARs por sus iniciales en inglés al referirse a las General Anti Avoidance Rules, así como a las normas antielusivas específicas plasmadas, por ejemplo, en la normativa sobre el régimen de transparencia fiscal internacional (*CFC regime*), las normas anti subcapitalización (*thin cap rule*), las normas de precios de transferencia (*transfer pricing rules*) entre otras, que son aplicadas bajo la primacía del criterio de especialidad tomando en cuenta el contenido frente a una cláusula general incorporada dentro del mismo ordenamiento.

Pese a que este set de cláusulas constituyen una técnica adoptada por más de un ordenamiento, la introducción de esta normativa se da muchas veces bajo los criterios o fundamentos incorrectos. A manera de ejemplo podemos mencionar el caso peruano en el que la incorporación de una novísima cláusula

⁴⁹ (EN ZAVALETA) GARCÍA NOVOA, César. Naturaleza y función de la Norma VIII del Código Tributario peruano.

⁵⁰ ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan; ZAVALETA ALVAREZ, Michael. “Derecho Tributario peruano y español: Un análisis comparado de problemas comunes”. Fondo editorial USMP. Lima 2011. Pág. 142. COLLADO YURRITA, M. y PATON, G. La cláusula general antielusión en la Ley General Tributaria: problemas aplicativos. En: AAVV (COLLADO, M., MORENO, S. y SANZ DIAZ-PALACIOS, J.A.): La lucha contra el fraude fiscal: estrategias nacionales y comunitarias. Barcelona. Ed. Atelier. 2008. Pág. 76

antielusiva en el Título Preliminar del Código Tributario el año 2012, fue objeto de críticas al percibirse que se trataba de una copia de la cláusula vigente en el ordenamiento español, siendo más específicos, una copia del artículo 15 de la Ley General Tributaria española.

Asimismo, existen distintas posturas sobre la pertinencia o no de la utilización de cláusulas generales o específicas. Al respecto, Alberto Tarsitano⁵¹ afirma que:

“Las normas antielusivas particulares son eficaces y justas (siempre que se organicen como presunciones iuris tantum) pero limitadas. Deberíamos preguntarnos, entonces, si además es necesaria una cláusula general.

(...) SUNAT debería por su parte hacer un uso prudente de la cláusula, discerniendo entre economía de opción y elusión. Ese uso prudente beneficiará también a la propia administración, porque podrá capitalizar el efecto disuasivo o de prevención general. Ello redundará en mayor seguridad jurídica para todos.”

Norma antielusiva peruana

Los comentarios críticos dirigidos a este dispositivo se fundan en el origen de la norma y en su contenido.

Todo inicia con un cuestionado otorgamiento de facultades al Poder Ejecutivo mediante la Ley 29884 por el que ostentaría la facultad de modificar el Código Tributario peruano con el objetivo de combatir las prácticas elusivas bajo la condición de no generar incertidumbre en materia tributaria, restricción que al parecer fue obviada al disponerse la incorporación de la actual norma antielusiva. Como resultado de lo anterior, la Norma XVI fue introducida en el Título Preliminar del Código Tributario a través del Decreto Legislativo 1121

⁵¹ Alberto TARSITANO. Entrevista a Alberto Tarsitano sobre la figura de la Cláusula Antielusiva General en el Perú. Octubre 2014. En: <<http://www.ius360.com/publico/tributario/entrevista-alberto-tarsitano-sobre-la-figura-de-la-clausula-antielusiva-general-en-el-peru/>>

vigente a partir del 19 de julio de 2007, trayendo consigo “algunos aspectos que generan tensiones en el proceso interpretativo, a los efectos de intentar esclarecer el origen de los mismos”⁵². Definitivamente cambió el panorama que regía bajo la Norma VIII⁵³ vigente hasta antes de la vigencia de la modificación introducida por el Decreto Legislativo 1121.

En cuanto al tenor de esta norma, coincidimos con lo afirmado por Bravo Cucci al señalar que se trata de una norma de arquitectura compleja que recoge tres reglas diferenciadas que a su vez comprende dos realidades distintas⁵⁴. Así, encontraremos que esta norma inicia con el que fue el último párrafo de la Norma VIII, para proseguir con un texto que resulta ser una copia fiel de la norma española, precisamente del artículo 15º de la Ley General Tributaria sobre el conflicto de aplicación de la norma tributaria. Además, se critica que esta norma utilizaría conceptos indeterminados⁵⁵ como los de: acto o negocio artificioso o impropio, los efectos jurídicos económicos relevantes distintos al ahorro fiscal.

⁵² BRAVO CUCCI, Jorge. http://www.ipdt.org/uploads/docs/03_Rev53_JBC.pdf

⁵³ Norma vigente desde el 22 de setiembre de 1996

Cabe resaltar que la Norma VIII también fue objeto de críticas en su momento. Bravo Cucci comenta que esta norma tuvo a su vez su origen en medio de una gran controversia entre el Estado y los Administrados, pues el texto original de dicha norma aprobada por el Decreto Legislativo 816, era entendido como uno en el que se habían dotado de facultades excesivas afirmación argumentable, ya que existe otra posición que no se trataba de una facultad exorbitante ni de una interpretación económica) a la Administración Tributaria, lo que llevó a que, a través de la Ley 26663 se suprima la fase final del segundo párrafo de la Norma VIII, el que como se recordará decía lo siguiente: BRAVO CUCCI, Jorge. COMPLETAR CITA. CONFIRMAR http://www.ipdt.org/uploads/docs/03_Rev53_JBC.pdf

“Cuando éstos sometan estos actos, situaciones o relaciones a formas o estructura jurídica que no sean manifestaciones las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los deudores tributarios, se prescindirá, en la consideración del hecho imponible real de las formas o estructuras jurídicas adoptadas, y se considerará la situación económica real”.

Al respecto, GARCÍA NOVOA señaló en su momento que éste fue un criticable intento de introducir en el Perú, el método de la interpretación económica como lucha contra la elusión fiscal, al suponer una contravención al derecho de la libertad de contratación y los principios de reserva de ley y de seguridad jurídica. GARCÍA NOVOA, César. Naturaleza y función jurídica de la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario Peruano. En: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario N° 44. Abril 2006. Pág. 64.

⁵⁴ BRAVO CUCCI, Jorge. “Derecho Tributario Reflexiones”. Jurista editores. Lima. 2013. Pág. 124.

⁵⁵ PONT CLEMENTE.

Frente a la situación de tensión que rodeó a la Norma XVI, se optó finalmente a nivel parlamentario por la suspensión de esta norma, suspensión vigente al día de hoy, llegándose a hablar de una posible reglamentación de esta norma.

A continuación presentamos un cuadro que nos permitirá visualizar la comparación entre la norma VIII vigente hasta antes de la introducción de la Norma XVI, el texto de la norma suspendida y la norma española.

Norma VIII: INTERPRETACIÓN DE NORMAS TRIBUTARIAS	Norma XVI: CALIFICACIÓN, EUSIÓN DE NORMAS TRIBUTARIAS Y SIMULACIÓN	Artículo 15º de la Ley General Tributaria
<p>Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho.</p> <p>Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT – tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.</p> <p>En vía de interpretación no podrá crearse tributo, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley. (Énfasis agregado)</p>	<p>Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.</p> <p>En caso que se detecten supuestos de elusión de normas tributarias, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT se encuentra facultada para exigir la deuda tributaria o disminuir el importe de los saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias, créditos por tributos o eliminar la ventaja tributaria, sin perjuicio de la restitución de los montos que hubieran sido devueltos indebidamente.</p> <p><u>Cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se reduzca la base imponible o la deuda tributaria, o se obtengan saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias o créditos por tributos mediante actos respecto de los que se presenten en forma concurrente las siguientes circunstancias, sustentadas por la SUNAT:</u></p> <p>a) <u>Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.</u> b) <u>Que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o ventaja tributarios, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.</u></p> <p>La SUNAT, aplicará la norma que hubiera correspondido a los actos usuales o propios, ejecutando lo señalado en el segundo párrafo, según sea el caso.</p> <p>Para tal efecto, se entiende por créditos por tributos el saldo a favor del exportador, el reintegro tributario, recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, devolución definitiva del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, restitución de derechos arancelarios y cualquier otro concepto similar establecido en las normas tributarias que no constituyan pagos indebidos o en exceso.</p> <p>En caso de actos simulados calificados por la SUNAT según lo dispuesto en el primer párrafo de la presente norma, se aplicará la norma tributaria correspondiente, atendiendo a los actos efectivamente realizados.(Énfasis y subrayado agregado)</p>	<p>Artículo 15º.- Conflicto en la aplicación de la norma tributaria.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Se entenderá que habrá conflicto en la aplicación de la norma tributaria <u>cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:</u> <ol style="list-style-type: none"> a. <u>Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.</u> b. <u>Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal delos efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.</u> 2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta Ley. 3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones..(Subrayado agregado)

CAPÍTULO II

PARAÍOS FISCALES

II.1. Terminología

El término “paraíso fiscal” proviene de la traducción no literal del término en inglés *tax haven*, vigente en el derecho anglosajón y que significa refugio fiscal, aludiendo a la búsqueda de un puerto de desembarque por las embarcaciones navegantes en altamar.

Bajo esa misma línea, se establece un símil por el que se afirma que el hombre de negocios se compara al marino que busca un refugio, atraviesa el océano de las legislaciones fiscales y sus tempestades, que son los controles y las imposiciones sobre los signos externos de riqueza, para después descansar en los paraísos fiscales, que es el puerto. Todos los marinos saben que cada puerto tiene sus especialidades. Igual ocurre con los paraísos fiscales en todos los aspectos¹

Es a partir de la identificación de una correspondencia entre las zonas de baja o nula imposición que alivianan considerablemente la carga fiscal de las empresas y la noción de una suerte de paraíso por los beneficios que se otorgan en estas zonas, que se modifica el término *haven*(refugio) por *heaven*(paraíso), que significa paraíso, naciendo así el conocido término “paraíso fiscal”.

Así como existen pequeñas diferencias entre el término en inglés y en castellano, existen ligeras variaciones de la traducción del término en diferentes idiomas, reflejando ciertas diferencias en sus roles y funciones. Por ejemplo:

¹ CHAMBOST, Edouard. “Los Paraísos fiscales”. Ediciones Pirámide. Madrid, España. 1982. Pág. 17.

- los franceses los llaman *paradis fiscaux*, refiriéndose a paraísos o refugios financieros al considerar que los paraísos fiscales implican una amplia variedad de objetivos financieros adicionales a los objetivos tributarios;
- los españoles usan también el término *paraísos fiscales*, pero los consideran únicamente como asilos de impuestos;
- los italianos hablan de un *rifugio fiscale*;
- en Alemania se traduce como *Steuerhafens*, cuyo significado es el más cercano al término en inglés, y
- en Rusia se trata de *zonas tributarias especiales*, implicando la existencia de sistemas tributarios atenuados o incentivos tributarios para el capital.²

Cabe señalar que los paraísos fiscales también son llamados centros financieros “offshore”³ o extraterritoriales, porque sus servicios financieros están diseñados para empresas o particulares no residentes⁴. Así, las organizaciones internacionales dejan de lado los términos populares y optan por la denominación de “centros financieros extraterritoriales” o incluso “centros financieros internacionales”, dando a entender que los paraísos fiscales no son diferentes de otros centros financieros.

Por otro lado, en relación a la atribución de la terminología “religiosa” la alusión al concepto de paraíso fiscal denota una característica básica a

² PALAN Ronen, MURPHY Richard and CHAVAGNEUX Christian. “Tax Havens: How Globalization Really Works”. Cornell University Press. United States of America. 2013. Page 2.

³ Literalmente significa “en alta mar”, aunque es el nombre que reciben las actividades que una empresa o una persona natural realiza en los paraísos fiscales.

⁴ *El Offshore Financial Centres*. The role of the IMF, de 23 de junio de 2002, los define como “centros donde la mayor parte de las transacciones del sector financiero en ambos lados del balance de cuentas, se efectúa con individuos o compañías que no son residentes de los centros, donde las transacciones se inician en otro lugar y donde la mayoría de las instituciones implicadas están controladas por no residentes”.

simple vista y es que es el lugar en el que quienes se encuentran “habitándolo” gozan de los beneficios ahí existentes.

Basándonos simplemente en un significado coloquial del término paraíso, se entiende como tal al lugar el que se encuentra el jardín de las delicias en el que fueron colocados Adán y Eva.

Pues, coincidentemente, al hablar de un paraíso fiscal no se dista mucho de la concepción religiosa ya que al extrapolar esta idea al plano fiscal, nos encontramos ante un lugar en que quienes se trasladan él gozarán de los beneficios ahí existentes. Ya no se trata de Adán y Eva, sino de todos aquellos que han llegado a esta meca fiscal a sabiendas de las “delicias” que ahí yacen, es decir, la baja o nula imposición que les otorgan.

Es así que un paraíso fiscal es una suerte de santuario económico, una ciudad moderna de refugio para aquellos oprimidos por las leyes fiscales de su nación.⁵

En la actualidad el término “Paraíso Fiscal” se encuentra en desuso debido a las connotaciones negativas implícitas, por ello, mayormente se utiliza el término “Tax Haven” o “Offshore Financial Center”⁶ (OFC).

II.2. Evolución histórica

Antes que todo, los paraísos fiscales no son nuevos; ellos han estado presentes por miles de años, sirviendo a la civilización en el pasado y en el presente.⁷

⁵ CHARLES ADAMS. “Tax Haven Tales: Kooks, Crooks, and Con Men in the Offshore World”. Laissez Faire Books. United States of America. 2011. Page viii.

⁶ NEAL, Ferry L. “The Offshore Solution. Privacy, Asset Protection, Tax Shelters, Offshore Banking and Investing”. Library of Congress. United States of America. 2001. Page 88.

⁷ CHARLES ADAMS. “Tax Haven Tales: Kooks, Crooks, and Con Men in the Offshore World”. Op.cit. Page viii.

Ya en la antigua Grecia, las pequeñas islas vecinas de la ciudad de Atenas se convirtieron en refugios para evitar el pago del 2% que era cobrado por la ciudad sobre las importaciones y exportaciones.⁸

Por su parte, el Imperio Romano también desarrolló una estrategia fiscal basada en la no imposición. Su estrategia para vencer al Imperio de Rodas que no consintió ser su aliado durante la guerra con Macedonia, fue establecer un *tax haven* para combatirlo y vencerlo definitivamente. Así, los romanos establecieron un puerto libre de impuestos en los alrededores de la isla de Delos. En el primer año, los ingresos gravables de Rodas descendieron en un 85%. En poco tiempo Rodas desapareció de la historia como el gigante comercial que alguna vez fue.⁹

En la Edad Media, se constituyeron zonas que en la actualidad se identificarían como paraísos fiscales. Particularmente los comerciantes que se instalaron en la ciudad de Londres, estaban eximidos del impuesto.¹⁰

En cuanto al continente americano, se observa que una de las razones de la colonización por parte de los conquistadores españoles obedeció a la

⁸ Comités Locales – Rhône – Documentos. “Los Paraísos fiscales”. Traducido por Susana Merino.

En http://www.uruguay.attac.org/Documentos/sfinanciero/paraisos_attac.htm

⁹ CHARLES ADAMS. “Tax Haven Tales: Kooks, Crooks, and Con Men in the Offshore World”. Op.cit. Page ix-x.

Traducción libre del siguiente texto:

“The most amazing tax haven in the ancient world was established by the Romans in the second century B.C. on the island of Delos in the Aegean Sea. The commercial giant in that area was Rhodian Empire on the island of Rhodes, which at that time surpassed Athens and Sparta. It was a natural stopover for trade, so all commerce to the eastern Mediterranean from Greece, Rome, and elsewhere, passed through Rhodes – and paid a 2 per cent tax. For that tax, the Rhodian kept the sea lanes free from pirates. Also, Rhodes had entered into a treaty with the Romans in which the Rhodians would act as a buffer state between Rome and Macedonia, who were at war at that time. The Romans turned over some ports and lands to the Rhodians, assuming that Rhodes was on Rome’s side. The Rhodians shocked the Romans by taking a neutral position. Offering to act as a mediator in the war. This infuriated the Romans, who then without any help from Rhodes, went on to defeat the Macedonians. As punishment, rather than undertake military action against Rhodes, the Romans set up a tax-free port on the nearby island of Delos. In the first year tax revenue at Rhodes declined by 85 percent. In a short time Rhodes disappeared.”

¹⁰ Comités Locales – Rhône – Documentos. “Los Paraísos Fiscales”. Óp. Cit. En http://www.uruguay.attac.org/Documentos/sfinanciero/paraisos_attac.htm

búsqueda de una zona de confort en la que se pueda encontrar, entre otros aspectos, una reducida carga tributaria.

América fue un paraíso fiscal para los europeos, incluyendo a los holandeses y españoles así como a las colonias inglesas. Los historiadores afirman que los europeos emigraron más a América para evitar los tan odiados impuestos europeos que por cualquier otra razón.¹¹

Desde el siglo XX, las residencias “virtuales” fueron posibles a causa de las cortes británicas que permitieron a las empresas constituir en Inglaterra sin pagar ningún impuesto, sentando las bases de todo el fenómeno de los paraísos fiscales¹².

En la segunda mitad del siglo XX, en donde prevaleció el desarrollo económico e industrial y el proceso de descolonización llevado a cabo por las grandes potencias, proliferaron los países que han desarrollado sistemas fiscales para incentivar el establecimiento de empresas en sus territorios y atraer el capital extranjero, con el fin de promover su expansión o, en algunos casos, asegurar su subsistencia¹³.

En este proceso de proliferación de sistemas fiscales preferenciales intervinieron razones y motivaciones muy diferentes, en algunos países o territorios como Hong Kong, Liberia o Panamá partieron de un sistema fiscal

¹¹ CHARLES ADAMS. “Tax Haven Tales: Kooks, Crooks, and Con Men in the Offshore World”. Óp. Cit. Page ix.

“Early America was a tax haven for Europeans, including the Dutch and the Spanish, as well as the English colonies. Historians claim that more Europeans emigrated to America to avoid European’s hated taxes than for any other reason.”

¹² HAKAN NARCI. 2011/2012. “Tax Haven & the OECD Campaign Against Them”. Master Thesis of Science in Economic and Business Administration. Norwegian School of Economics/ Louvain School of Management. Pág. 6.

“Since the 20 century, “virtual” residencies were possible because of the British courts where they allowed companies to in Britain without paying tax and laid the foundation of the entire tax haven phenomenon.”

¹³ PÉREZ GARCÍA, Jorge. “El peculiar tratamiento tributario de los movimientos de capitales en los paraísos fiscales según el vigente ordenamiento”. En Fundación Antonio Lancuentra XXV Aniversario . Estudios de Fiscalidad Empresarial.

basado en un principio territorial estricto, de tal manera que únicamente la renta interior generada en el propio Estado era sometida a tributación. Ello derivó fácilmente en la utilización de estos países para la realización de operaciones que generasen sólo rentas del exterior. Por ello, la conveniencia de ordenar y estructurar adecuadamente estas operaciones generó toda una compleja legislación sobre actividades offshore.

Posteriormente, otros territorios utilizarían esta práctica como fuente de recursos, como Gibraltar o las Islas del Canal (Jersey y Guernsey). Asimismo, otros enclaves, por razones de "*competencia fiscal*", optaron por crear zonas de baja tributación con el fin de atraer la inversión de los países colindantes o más próximos. Ejemplos de ello lo constituye la Isla de Man, como centro de operaciones offshore respecto del Reino Unido, por ejemplo. Asimismo, Holanda, Luxemburgo o Suiza han seguido políticas fiscales semejantes, creando áreas o actividades offshore, favorecidas en muchos casos por la posibilidad de utilizar convenios de doble imposición.

Finalmente, cabe resaltar que surgieron Estados, tradicionalmente pequeños, ex - colonias que por razones históricas o por seguir una política deliberada crearon áreas de exención tributaria, con el fin de atraer la inversión exterior o simplemente obtener recursos por domiciliación de compañías y la presentación de servicios complementarios (administración, asesoría, etc.), en virtud de ello, Islas Turks y Caicos han sido un ejemplo tradicional e histórico de este fenómeno. En la actualidad, son muchos los Estados (generalmente pequeñas islas exóticas) que han optado por esta fórmula como "instrumento" de política fiscal.¹⁴

¹⁴ PÉREZ GARCÍA, Jorge. "El peculiar tratamiento tributario de los movimientos de capitales en los paraísos fiscales según el vigente ordenamiento". En: Fundación Antonio Lancuentra XXV aniversario: Estudios de Fiscalidad Internacional. Escola Universitària d'Estudis Empresarials (UB). Barcelona. 2002. Pág. 271.

II.3. Definición de Paraíso Fiscal

Es importante señalar que no existe una definición única de Paraíso Fiscal, la mayor parte de los autores sólo se ponen de acuerdo en la concurrencia de una serie de características en los mencionados “Paraísos”, a las que luego aludiremos, pero no hay una definición concreta de Paraíso Fiscal.

Así, la tarea de determinar en qué casos nos encontramos ante paraísos o escondites fiscales es una de las más complejas por los diversos criterios que se pueden tomar para dicha tarea, así como el constante cambio de figuras y legislaciones que ofrecen ventajas tributarias en medio de una competencia fiscal predatoria entre países. *Incluso se ha llegado a considerar que no existe tal cosa como una definición estándar de un paraíso fiscal.*¹⁵

Es así que desde un punto de vista técnico resulta difícil determinar objetivamente cuando un régimen fiscal puede ser calificado de paraíso fiscal, ya que podemos entender a grandes rasgos por “paraíso fiscal” al territorio o Estado que se caracteriza por una escasa o nula tributación a que someten a determinada clase de transacciones, ventas a determinadas personas o entidades que allí encuentran su cobertura o amparo.¹⁶

Al respecto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha contribuido con la iniciativa de delimitar el contenido del concepto paraíso fiscal. Mediante un trabajo publicado sobre Fiscalidad Internacional titulado “La Evasión y el Fraude Fiscal internacional” define al Paraíso Fiscal como una jurisdicción que se configura activamente a sí misma con el fin primordial de evadir impuestos.

Posteriormente, en otro informe del año 1987 reconoció las dificultades involucradas en pretender dar una definición objetiva de lo que es un paraíso fiscal. Habiendo aceptado esta premisa, este informe estableció un criterio

¹⁵ SOMO Paper. The Global Problem of Tax Havens: The case of Netherlands. Pág. 2.

para identificar a un país o territorio como un paraíso fiscal bajo una fórmula de lo que se conocería luego como el “Test de Reputación” (*Reputation Test*) por el que se desempeñaría el papel de paraíso fiscal cuando el país o territorio se ofreciera o considerara como tal, teniendo en cuenta que solo se realizaban prácticas fiscales perjudiciales en relación a la competencia que éstas suponían respecto a otros sistemas fiscales estatales.

Asimismo, la OCDE señaló que debía de observarse a los paraísos fiscales como “territorios y países con el fin de atraer inversionistas extranjeros e inversionistas corporativos otorgando una nula o baja imposición acompañada con una reducción en el campo regulatorio y en las obligaciones administrativas”. Además estos territorios debían ofrecer un camino para minimizar y obtener confidencialidad financiera.

Posteriormente, en 1998 la OCDE publicó un reporte titulado “Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue”, reporte que se constituye como el soporte del trabajo que esta organización desarrollará desde entonces, dando lugar a un desarrollo progresivo sobre la competencia tributaria dañina, especificando en este primer reporte los factores clave¹⁷ (*key factors*) para identificar tanto a los paraísos fiscales así como a los regímenes preferenciales potencialmente dañinos que pese a encontrarse dentro de jurisdicciones que no se consideran paraísos fiscales ofrecen beneficios tributarios que pueden dar origen a efectos dañinos.

Estos factores clave se basan principalmente en los siguientes aspectos:

a) Ausencia de impuestos o impuestos meramente nominales para las rentas generadas por las actividades económicas¹⁸.

¹⁷En aplicación de estos factores, la OCDE publicó el Informe del año 2000 una lista con 35 países o territorios identificados como paraísos fiscales, algunos de ellos dependientes de Estados de la Unión Europea (Andorra, Gibraltar, Mónaco, Liechtenstein, Isla de Jersey, Isla de Man, Islas Marshall, Nauru, Liberia, Vanuatu, Islas Caimán, etc.), aunque la ONU tiene censados hasta un total de 74 territorios.

¹⁸ Este sería el caso de Gibraltar, territorio de la Unión Europea, en el que no existe el IVA, impuesto europeo.

b) Carencia de intercambio efectivo de información en base a una legislación y prácticas administrativas que permite a las empresas y particulares beneficiarse de normas basadas en el secreto bancario frente a la fiscalización de las autoridades, que impiden el intercambio de información de sus contribuyentes con otros países.

c) La falta de transparencia en la aplicación de las normas administrativas o legislativas¹⁹.

d) La no exigencia de actividad real a particulares o a empresas domiciliadas en esa jurisdicción fiscal, por el hecho de que sólo quieren atraer inversiones que acuden a esos lugares por razones simplemente tributarias.

e) Los Paraísos Fiscales generalmente reposan en la existencia de una infraestructura financiera global, tradicionalmente facilitan el flujo de capitales y fomenta la liquidez en el mercado financiero.

Sin embargo, ya en julio de 2001²⁰, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, órgano encargado de realizar el seguimiento de las jurisdicciones identificadas como paraísos fiscales, alcanzó un acuerdo por el cual estos lugares no serían identificados y sancionados por su régimen tributario propiamente dicho, sino por su grado de cooperación en la transparencia e intercambio de información con otros países. Esto supone en la práctica una corrección clara de la identificación de la definición de Paraíso Fiscal, que a partir de este informe está más ligada a su grado de cooperación informativa que a su régimen tributario.

En este informe, la OCDE señala que al asumir el compromiso de la transparencia, la jurisdicción deberá acordar que no tendrá ninguna cualidad

¹⁹ Criterio que se sigue en Liechtenstein por ejemplo, con el empleo de cuentas bancarias secretas.

²⁰ “Proyecto de la OCDE: Prácticas Fiscales Perjudiciales (Reporte del Progreso dado). “The OECD Project on harmful tax practices: The 2004 Progress report”. <http://www.oecd.org/publications>

no transparente en su Sistema Tributario, tales como reglas que parten del establecimiento de normas y prácticas dentro de la jurisdicción, normas sobre secreto bancario o la capacidad de una persona de negociar la tasa que quiere le sea aplicada.

Asimismo, la transparencia implicaría que en materia de información también se requiera que las cuentas financieras sean llevadas según estándares de contabilidad aceptados y que estas cuentas sean auditadas o archivadas, y sean accesibles a las Administraciones Tributarias que las requieran.

Según la OCDE, la jurisdicción que se comprometiera con este acuerdo deberá aceptar que las autoridades de su gobierno puedan tener acceso a cierta información relativa a cualquier tipo de entidad y de información bancaria que pueda ser relevante para aclarar asuntos tributarios, penales y civiles. Dicha información deberá estar a disposición para su intercambio de conformidad con los mecanismos legales para el intercambio de información de cada país²¹.

Por último, resulta importante señalar que no es conveniente identificar Paraíso Fiscal con zonas o países de baja tributación dado que podemos encontrarnos con los llamados "*Paraísos Fiscales Secundarios*" que pueden ser países de alta tributación como el caso de Estados Unidos o Suecia, que sin embargo constituyen auténticos paraísos fiscales para determinados tipos de operaciones o para una determinada forma de llevar a cabo las mencionadas operaciones.

II.3.1. Definiciones de Paraíso Fiscal según el Derecho Positivo

Para la definición legal de "paraíso fiscal" se han utilizado dos bloques de sistemas al respecto:

²¹ "Proyecto de la OCDE: Prácticas Fiscales Perjudiciales (Reporte del Progreso dado). "The OECD Project on harmful tax practices: The 2004 Progress report". Op. cit.

a. Sistemas que se basan en la tributación efectiva o nominal del país de origen, bien sea como el caso alemán que considera países de baja tributación a aquellos en los que el tipo aplicable sea inferior al 30%, bien por remisión al tipo interno como puede ser el caso inglés y francés.

Esta manera de calificar a los paraísos fiscales, se realiza a través de un sistema que relaciona la tributación efectiva o nominal del país de origen con la tributación efectiva del Paraíso Fiscal.

Asimismo, en el caso inglés se consideran paraísos fiscales aquellos donde la tributación sea inferior en un 50% a la que correspondería en Inglaterra por la misma operación. En el caso francés cuando la carga fiscal sea un tercio (1/3) menos del que le hubiera correspondido en Francia. Por ejemplo, de esta manera, de acuerdo a lo establecido en el artículo 86° incorporado en el Texto del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta Peruano, a través del artículo 11° del Decreto Supremo N.° 045-2001-EF, se determina que se considera como un país o territorio de baja o nula imposición a aquel donde la tasa efectiva del Impuesto a la Renta, cualquiera fuese la denominación que se dé a este tributo, sea cero por ciento (0%) o inferior en un cincuenta por ciento (50%) o más a la que correspondería en el Perú sobre rentas de la misma naturaleza.

Asimismo, se considera que además debe presentarse al menos una de las siguientes características:

- Que no esté dispuesto a brindar información de los sujetos beneficiados con gravamen nulo o bajo.
- Que en el país o territorio exista un régimen tributario particular para no residentes que contemple beneficios o ventajas tributarias que excluya explícita o implícitamente a los residentes.

- Que los sujetos beneficiados con una tributación baja o nula se encuentren impedidos, explícita o implícitamente, de operar en el mercado doméstico de dicho país o territorio.
- Que el país o territorio se publicite a sí mismo, o se perciba que se publicita a sí mismo, como un país o territorio a ser usado por no residentes para escapar del gravamen en su país de residencia.

Este doble sistema de calificación de los paraísos fiscales, adoptado por la legislación peruana, permite a la Administración Tributaria un mejor tratamiento del tema, evitando que se produzcan algunas figuras elusivas.

b. Sistemas que consideran a los paraísos fiscales los que figuran en “lista cerrada” que ellos mismos publican.

Por un lado algunos Estados buscan numerar en una lista a los territorios o Estados que deben ser considerados como paraísos fiscales, en algunos lugares se la llama la “lista negra” (*blacklist*), esta lista normalmente es cerrada, lo que en técnica legislativa se denomina “*numerus clausus*”. Las listas elaboradas de esta manera pueden tener limitaciones, ya que normalmente no están incluidos todos los que son, ni son todos los que existen.

A este segundo criterio corresponde el utilizado por el legislador español mediante la publicación de una lista donde figuran cuarenta y ocho (48) “paraísos fiscales” que se hacen acreedores a este título en virtud del Real Decreto N.º 1080/1991 de 5 de julio.

Sin embargo, existe también otro mecanismo para identificar a los paraísos fiscales y que responde también a la emisión de una lista denominada “lista blanca”. Esta lista es elaborada con la finalidad de incluir a las jurisdicciones que califican como cooperativas y así se identificará de manera indirecta a los paraísos fiscales al no encontrarse en la mencionada lista y cumplir con alguna disposición adicional que el ordenamiento de cada país

establezca. Podría citarse como ejemplo del uso de esta técnica a Argentina que publicó en el ejercicio 2013 una lista que incluye a las jurisdicciones cooperativas y que cobró vigencia a partir del 1 de enero de 2014.

Cabría citar por último, como un tercer grupo a una serie de países que hacen referencia a “paraísos fiscales” de una forma genérica sin especificar cuáles son ni qué características reúnen, lo cual crea una gran inseguridad jurídica para los inversionistas.

II.3.2. Opciones normativas en la definición de paraísos fiscales

De acuerdo a las normas utilizadas, la definición de “lugar de baja o nula imposición”, varía en la legislación comparada (otros países) recurriendo a dos técnicas principales²²:

- a. Un listado taxativo que, según el país, varía en cantidad (hay listados que exceden los 90 territorios).
- b. Una definición que suele hacer referencia a la tasa efectiva de imposición, la cual puede estar referida en dos formas:
 - b.1. Establecer un mínimo de tasa, debajo de la cual, el país será calificado como “lugar de baja o nula imposición”. Por ejemplo, hay países que señalan que aquellas jurisdicciones que tienen una tasa inferior a 25% ó 30% serán calificadas como de baja o nula imposición.
 - b.2. Establecer un mínimo en función a su propia imposición. Por ejemplo, señalar que son de baja o nula imposición aquellas jurisdicciones que tengan una imposición inferior a 2/3 de la imposición que el país que realiza la calificación (en este caso, el que rechaza el gasto).

²² PICÓN GONZALES, Jorge Luis. “Deducciones del Impuesto a la Renta Empresarial. ¿Quién se llevó mi gasto? La Ley, la SUNAT o lo perdí yo...”. Segunda Edición. Dogma Ediciones. Lima, Perú. 2007. Pág. 301.

II.3.3. Definición de Paraíso Fiscal según la Legislación Española

La legislación española define a los paraísos fiscales partiendo de las disposiciones previstas en el Real Decreto 1080/1991 del 5 de julio del mismo año. Es así que este decreto parte de una relación de cuarenta y ocho (48) países y territorios a los que cabe atribuir el carácter de paraísos fiscales.

De lo anterior, podemos apreciar que la legislación española, en su configuración de un sistema de protección frente a paraísos fiscales, optó, en una primera etapa, por el sistema más imperfecto basado en una “lista cerrada”. Ante ello, cabe precisar que el sistema del *blacklist*²³ podría mejorarse de considerarse las técnicas adoptadas por otros países como Alemania o los de tradición anglosajona que aplican un sistema inverso, por el que en vez de recoger una “lista cerrada” se limitan a enumerar los países respecto de los cuales no es necesario adoptar medida alguna anti-paraíso fiscal, a la vez que siguen un sistema de definición por comparación del porcentaje de la carga impositiva que correspondería pagar en el país de residencia²⁴.

Desde nuestra perspectiva, este último sistema parece ser más conveniente al permitirle al Estado eludir una enumeración de los paraísos fiscales eliminando la obligación de disponer de un alto grado de información sobre la fiscalidad internacional y su evolución²⁵, siendo más flexible y provechoso para los Estados que buscan atraer e incentivar inversiones.

Ahora bien, retornando al eje central sobre la identificación de paraísos fiscales, encontramos que el Real Decreto 1080/1991 ha sido objeto de un

²³El término *blacklist* es utilizado para describir la técnica mediante la cual se conglomeran en un listado las jurisdicciones que un determinado país considerará como paraísos fiscales. Un aspecto crítico sobre esta técnica es el carácter estático que el listado ostenta, además de limitar la capacidad de inclusión de jurisdicciones no previstas como paraísos.

²⁴PÉREZ GARCÍA Jorge. “El peculiar tratamiento tributario de los movimientos de capitales en los Paraísos Fiscales según el vigente ordenamiento”. OP. Cit. Pág. 274

²⁵ DE ARESPACOHAGA, Joaquín. “Planificación Fiscal Internacional: Convenios de doble imposición, Estructuras Fiscales y Tributación de no residentes”. Op. cit. Pág. 476.

desarrollo progresivo que ha enriquecido la regulación de los paraísos fiscales en el ordenamiento español.

Uno de los primeros aspectos sobre este desarrollo progresivo es el criterio incorporado por el Real Decreto 116/2003 que añade un segundo artículo al Real Decreto 1080/1991 de acuerdo a lo siguiente:

(...) Se añade un artículo 2 al Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, con la siguiente redacción:

“Artículo 2.

Los países y territorios a los que se refiere el artículo 1 que firmen con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información dejarán de tener la consideración de paraísos fiscales en el momento en que dichos convenios o acuerdos entren en vigor.”

Apreciamos que para la legislación española será relevante la disposición de un territorio para brindar información tributaria, ya que si un territorio X se encuentra en la “lista cerrada”, pero a su vez mantiene un convenio de información con España, no será considerado un “paraíso fiscal”, por lo que no se le aplicarán las normas establecidas respecto al tratamiento tributario aplicable a las inversiones en estos territorios. Ello denota que para la legislación española será muy importante que un territorio tenga la disposición o no de brindar información sobre las actividades económicas y financieras de los inversionistas españoles en estos territorios, antes que calificar si establecen una baja o nula tributación al tratamiento de los ingresos generados.

En cuanto al criterio que brinda mayor importancia a los acuerdos para el intercambio de la información fiscal, es posible indicar que éstos constituyen el primer instrumento de carácter impositivo mediante el cual dos o más Estados inician una negociación, con el fin de obtener los elementos

necesarios para conocer el comportamiento transaccional de los contribuyentes residentes de alguno de estos países y que celebran operaciones en el otro Estado contratante²⁶.

Por ello, resulta importante señalar que el objetivo central de la celebración de estos acuerdos, consiste en facilitar dicho intercambio de información entre los Estados contratantes, en relación con la determinación y recaudación de impuestos, para el efecto de prevenir dentro de sus respectivas jurisdicciones, la evasión y el fraude fiscal, desarrollando así, mejores fuentes de información en esta materia²⁷.

Otro aspecto con igual relevancia que el Real Decreto 116/2003 en el desarrollo sobre la regulación de paraísos fiscales puede encontrarse en la Ley 36/2006²⁸ de 29 de noviembre del mismo año por la que se dictaron importantes precisiones respecto a la definición de los paraísos fiscales para la legislación española.

Al respecto, la Disposición Adicional Primera de la referida Ley, señala la “definición de paraíso fiscal, de nula tributación y de efectivo intercambio de información tributaria”, estableciendo los siguientes conceptos:

1. Tendrán la consideración de paraíso fiscal los países o territorios que se determinen reglamentariamente.

Dejarán de tener la consideración de paraíso fiscal aquellos países o territorios que firmen con España un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria en el que expresamente se establezca que dejan de tener dicha consideración, desde el momento en que estos convenios o acuerdos se apliquen.

²⁶ BETTINGER BARRIOS, Herbert. “Paraísos Fiscales”. Primera Edición. Editorial ISEF. Enero, 1997. México, D.F. Pág. 17.

²⁷ *Ibidem*. Pág. 18.

²⁸ Disponible en la versión digital del Boletín Oficial del Estado: <http://www.boe.es/boe/dias/2006/11/30/pdfs/A42087-42118.pdf>

Los países o territorios que dejen de aplicar dichos convenios volverán a ser considerados paraísos fiscales.

2. Existe nula tributación cuando en el país o territorio de que se trate no se aplique un impuesto idéntico²⁹ o análogo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al Impuesto sobre Sociedades o al Impuesto sobre la Renta de No Residentes, según corresponda.

3. Existe efectivo intercambio de información tributaria con aquellos países o territorios a los que resulte de aplicación:

- a. Un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, siempre que en dicho convenio no se establezca expresamente que el nivel de intercambio de información tributaria es insuficiente a los efectos de esta disposición; o
- b. Un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria, siempre que en dicho acuerdo se establezca expresamente que el nivel de intercambio de información tributaria es suficiente de acuerdo a las disposiciones establecidas.

Asimismo, la Disposición Transitoria Segunda de la mencionada ley estableció que en tanto no se determinen reglamentariamente los países o territorios que tienen la consideración de paraísos fiscal, tendrán dicha consideración los países o territorios previstos en el artículo 1 del Real Decreto 1080/1991.

²⁹Según la Disposición Adicional Primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, tendrán consideración de **impuesto idéntico o análogo** los tributos que tengan como finalidad la imposición de la renta, siquiera parcialmente, con independencia de que el objeto del mismo constituya la propia renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de esta. En el caso del Impuesto sobre Renta de las Personas Físicas, también tendrán dicha consideración las cotizaciones a la Seguridad Social en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

Además, se considerará que se aplica un impuesto idéntico o análogo cuando en el país o territorio de que se trate tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición internacional que sea de aplicación, con las especialidades previstas en el mismo.

Sin embargo, la Ley 26/2014 del 28 de noviembre del ejercicio 2014, en su Disposición final segunda modifica la disposición anual primera de la Ley 36/2006 agregando precisiones sobre la actualización de los paraísos fiscales y el intercambio efectivo de información en los siguientes términos:

- La relación de países y territorios que tienen la consideración de paraísos fiscales se podrá actualizar atendiendo a los siguientes criterios:

- a) La existencia con dicho país o territorio de un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información en materia tributaria o el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010, que resulte de aplicación.
- b) Que no exista un efectivo intercambio de información tributaria en los términos previstos por el apartado 4 de esta disposición adicional.
- c) Los resultados de las evaluaciones inter pares realizadas por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales.

- Se considerará que existe un intercambio de información tributaria con aquellos países o territorios que no tengan la consideración de paraísos fiscales, a los que resulte de aplicación:

- a) Un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, siempre que en dicho convenio no se establezca expresamente que el nivel de intercambio de información tributaria es insuficiente a los efectos de esta disposición
- b) Un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria; o
- c) El Convenio de Asistencia Administrativa Mutua Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010.

Posteriormente, a razón de la vigencia de las consideraciones expuestas, la Dirección General de Tributos publicó un informe el 23 de diciembre de 2014

con el propósito de aclarar el estatus de aquellas jurisdicciones que hasta dicha fecha habían celebrado convenios de intercambio de información tributaria o convenios para evitar la doble imposición.

Es así que el Informe señala la “salida” del listado de quince (15) paraísos fiscales en aplicación del artículo 2 del Real Decreto 1080/1991, permitiendo así una suerte de actualización automática del listado. En consecuencia, actualmente, para la legislación española: Andorra, Antillas Neerlandesas, Aruba, Chipre, Emiratos Árabes Unidos, Hong Kong, Bahamas, Barbados, Jamaica, Malta, Trinidad y Tobago, Luxemburgo, Panamá, San Marino y Singapur ya no son calificados como paraísos fiscales.

Finalmente, en relación a los criterios de actualización mediante disposición expresa de la Hacienda previstos en la Disposición Final Segunda de la Ley 26/2014, dichos criterios se aplicarían únicamente a partir del 1 de enero del presente ejercicio 2015.

II.3.3.1. El particular caso del Régimen especial Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVEs)

El Régimen de Tenencia de Valores Extranjeros es un régimen especial existente en la legislación española con el propósito de promover la utilización de sociedades españolas como vehículos de inversión extranjera que operarán bajo la denominación de Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros o simplemente ETVEs.

La legislación española ha previsto una regulación de estas entidades como resultado de su interés en atraer inversiones extranjeras, configurando a la legislación española como un centro de atracción conveniente para el establecimiento de sociedades holding. Calificación que podría llegar a cuestionar la competencia fiscal española.

Actualmente, el régimen ETVE se encuentra previsto en el capítulo XIII del Texto Refundido de la Ley de Impuesto sobre Sociedades compuesto por los artículos 107 y 108, vigente a partir del 1 de enero de 2015 tras ser

modificado por la Ley 27/2014 del 27 de noviembre del año 2014 el cual derogó el Real Decreto Legislativo 4/2004 que aprobó a su vez el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y que contenía este régimen en los artículos 116 al 119 como parte del Capítulo XIV de la Ley de Impuesto sobre Sociedades.

II.3.3.1.1. Antecedentes y Origen

Para que este instrumento haya sido cristalizado en la normativa interna de la legislación española ha sido necesario un proceso de profunda transformación de la economía española, cuya tímida internacionalización se vio fuertemente reforzada con la liberalización del mercado y de los movimientos de capital, constituyendo el hito más importante la integración como miembro de pleno derecho en la Comunidad Económica Europea en el año 1986³⁰.

Además, España mantiene ventajas culturales e históricas que le permiten relacionarse fácilmente con los países latinoamericanos. Y se trata de particularmente de estas ventajas que permiten ofrecer a las sociedades españolas como intermediarias en la inversión extranjera, fortaleciendo la operatividad de estas estructuras la existencia de una amplia red de convenios tributarios con países latinoamericanos.

El origen de este régimen se remonta al año 1995, inspirándose en los instrumentos de atracción utilizados por otros países miembros de la Unión Europea (Holanda, Bélgica, Suiza, Dinamarca, Suecia, Irlanda, etc). Es así que el régimen ETVE se regula por primera vez en los artículos 129 al 132 de la Ley de Impuesto sobre Sociedades, Ley 43/1995 del 27 de diciembre de 1997 cuya vigencia data desde el 1 de enero de 1996.

II.3.3.1.2. Características del régimen ETVE

³⁰ NEBOT LOZANO, Francisco. Las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros. Instituto de Estudios Fiscales. Pág. 174

Es preciso recordar que una ETVE es en últimos términos una sociedad legalmente autónoma ya sea que se trate de una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad autónoma, que ante el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa tributaria española puede acogerse al régimen ETVE sin necesidad de obtener una autorización de la Administración Tributaria española, pero sí la obligación de comunicar la opción por este régimen a cargo de la sociedad interesada con anterioridad al ejercicio en el que se pretende aplicar el régimen. Así, la aplicación del régimen se caracterizará por la exención de impuestos de entrada y salida sobre las rentas por dividendos y ganancias de capital.

Podemos comentar que es interesante el símil que se establece con las ETVE como una suerte del ahorro del peaje fiscal. Tendríamos que entender a esta figura como aquella que permite el tránsito de capitales de inversión que provienen de un país extranjero, se estacionan en España para luego destinar estas inversiones a un tercer país.

Bajo este razonamiento, tendríamos una estructura que alberga una inversión extranjera en España y una inversión española en el extranjero bajo el siguiente esquema:

- (i) En un país extranjero: socios no residentes que tienen participaciones en la ETVE.
- (ii) En el territorio español: una sociedad que califica como residente en el territorio español cuyas participaciones son de titularidad de los socios no residentes.
- (iii) En otro país extranjero: una sociedad extranjera cuyas participaciones son de titularidad de la ETVE en España.

Este esquema generaría dos anotaciones simultáneas en el Registro: una inversión extranjera en España al producirse un aumento de capital no residente equivalente al valor de los activos financieros aportados, y una

inversión española en el exterior por la misma cuantía, al adquirir una empresa domiciliada en España la titularidad de unos activos situados en el exterior³¹.

De este modo, se producirían rentas en dos flujos:

- Las rentas producidas por la ETVE en razón de sus participaciones en sus subsidiarias extranjeras.
- Las rentas producidas por los socios no residentes en razón de sus participaciones en la ETVE.

Ambas rentas descritas no se encontrarían sujetas al impuesto sobre la Renta español, claro está, considerando el cumplimiento de determinados requisitos.

II.3.3.1.3. Requisitos para la aplicación del régimen ETVE

a) ETVE como La sociedad holding:

Las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros son sociedades establecidas en España cuyo “principal” objeto es la tenencia de participaciones de sociedades situadas el exterior. Las ETVE son sociedades instrumentales cuya existencia obedece estrategias e optimización fiscal dentro de un mismo grupo empresarial y en muchos casos sus inversiones carecen de efectos económicos directos³².

Las ETVE´s son entidades que pueden ajustarse al tipo societario de sociedad de responsabilidad limitada o de sociedad anónima, siendo aplicables las disposiciones de cada régimen societario según opere la ETVE. Societariamente, la ETVE será equivalente a las sociedades holding.

³¹ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD. Gobierno de España. Inversiones Exteriores Directas. Flujos Enero – Junio 2014. Boletín de Inversiones Exteriores. Pág. 7

³² MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD. Gobierno de España. Inversiones Exteriores Directas. Flujos Enero – Junio 2014. Boletín de Inversiones Exteriores. Pág. 7

Se califica como tenedora de valores extranjeros al permitir un régimen específico para otorgar a estas entidades la gestión y dirección de los valores propios de subsidiarias extranjeras.

La sociedad tendrá los mismos requisitos que cualquier sociedad española, salvo la exigencia establecida en el primer párrafo del artículo 107 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades que se trata de una mención expresa en los estatutos de la misma que precise que el objeto social consiste en *la gestión y administración de valores representativos de fondos propios de entidades no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales*.

Pese a que se exija que la gestión y administración de valores representativos de fondos propios de no entidades no residentes sea incluida expresamente en el estatuto como objeto de la actividad, nada impide que el objeto tenga un mayor alcance incluyendo otro tipo de actividades siempre que se mantenga el objeto obligatorio sobre los valores representativos. Además, el régimen ETVE no se verá afectado por la tenencia de participaciones en otras sociedades residentes en España³³.

b) Residencia de las entidades participadas

Las filiales extranjeras en las que las ETVEs tengan participaciones no podrán ser residentes en un paraíso fiscal, salvo que se trate de un país miembro de la Unión Europea y se acredite que la constitución y operatividad en dicha jurisdicción se da por motivos económicos válidos por lo que deben desarrollarse actividades económicas.

Asimismo, la entidad participada deberá estar sujeta a una imposición idéntica o análoga al impuesto español.

c) Los valores participativos de la sociedad:

³³ Según la Resolución de la Dirección General Tributaria 11-2-1999.

El segundo párrafo del artículo 107 señala que *los valores o participaciones representativas de la participación en el capital de la entidad de tenencia de valores extranjeros deberán ser nominativos.*

Al respecto, es importante precisar que pese a que las sociedades de responsabilidad limitada no cuentan con participaciones que sean calificadas como nominativas, la finalidad de este requisito es la identificación de los titulares de la participación. Bajo ese orden de ideas, se entendería que de existir participaciones sociales que pese a no ser nominativas, como lo exige expresamente la disposición nominativa, que sí permitan la identificación de sus titulares, si podrían incluirse en el ámbito de aplicación de los regímenes ETVE.

Precisamente bajo este razonamiento la Resolución de la Dirección General Tributaria 16-2-2001 señala que puede considerarse aplicable el régimen especial ETVE en el caso de las sociedades que han adoptado el régimen societario de sociedad de responsabilidad limitada cuyas participaciones no son nominativas pero que cuya titularidad puede probarse ya sea mediante documento público que acredite su adquisición o, en su defecto, a través de un certificado expedido por sus administradores.

Además, se exige un mínimo en el porcentaje de participación en el capital o en los fondos propios de la entidad. Al respecto, el artículo 21 de la Ley de Impuesto sobre las Sociedades precisa que a efectos de la exención sobre dividendos y rentas derivadas de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español, la participación directa o indirecta debe ser de un 5% o más; o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros³⁴.

³⁴ El monto dinerario fijado como el requisito de participación ha sido incrementado considerando que mediante anteriormente el segundo párrafo del artículo 117 de la Ley del Impuesto sobre las Sociedades establecía que:

*“A los efectos de aplicar la exención, el requisito de participación mínima a que se refiere e párrafo a) del apartado del artículo 21 se considerarán cumplido cuando el valor de adquisición de la participación sea superior a **6 millones de euros** (...)”* (El resaltado es nuestro)

d) Elementos materiales y personales

Las sociedades deben de contar con una presencia física en el territorio español. Para tal fin se requerirá que la sociedad se haya constituido en España, mantenga sus oficinas principales registradas en España, designe y mantenga a un administrador efectivo domiciliado en España.

Sucede que se busca que la holding no se únicamente una sociedad pasiva. Por ello que la última línea del primer párrafo del artículo 107 precise que la aplicación del régimen implica que exista una correspondiente organización de medios materiales y personales.

e) Excepción de aplicación del régimen

En ninguna circunstancia se aceptará la no imposición en el caso que la subsidiaria extranjera sea residente en un paraíso fiscal.

Asimismo, el tercer párrafo del artículo 107 establece que las entidades sometidas a los regímenes especiales de las agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y de uniones temporales de empresas, no podrán acogerse al régimen.

Tampoco podrán acogerse las entidades que tengan la consideración de entidad patrimonial en los términos establecidos en el apartado del artículo 5 de la Ley de Impuesto sobre las Sociedades

II.3.3.1.4. Consideración de paraíso fiscal

Existe el planteamiento que señala a las ETVEs como la razón por la cual considerar a España como un paraíso fiscal,.

Pese a que la regulación del régimen ETVE exige que la aplicación de este régimen implica contar con una organización de elementos materiales y

personales; en la práctica, esta organización se resumen a elementos mínimos que no evitan la configuración de una holding pasiva.

Lo cierto es que España ha tenido una evolución muy positiva en lo que a Inversión Extranjera Directa se refiere, con un crecimiento por encima de la mediana europea³⁵, y el régimen ETVE ha contribuido considerablemente en este resultado.

En nuestra opinión, un determinado país, territorio, región o incluso una actividad económica que se busca privilegiar frente al resto puede ser calificado como un paraíso fiscal. Aplicando este razonamiento al caso de las ETVEs, la actividad de gestión y administración de valores extranjeros es privilegiada en la legislación española con la finalidad de constituir sociedades españolas que capturen capitales extranjeros. Ello, sumado al hecho de que las holding españolas pueden llegar a no pagar ningún impuesto al no desarrollar ninguna otra actividad que exceda el objeto de una ETVE podría dar lugar al cuestionamiento de este régimen con fines específicos como un paraíso fiscal. Sin embargo, la resolución final sólo podrá evaluarse del análisis concreto de cada caso particular.

Sin perjuicio de la licitud de este régimen en la legislación española, las reglas de tributación internacional han sido objeto de una fuerte conmoción, protagonizada principalmente por el Proyecto BEPS de la OCDE y el G20. En ese contexto, el principal impacto de la implementación del Plan de Acción BEPS en el campo de las estructuras ETVEs podría ser la retención del impuesto aplicado sobre los dividendos distribuidos por las afiliadas de la ETVE en su estado de residencia (por ejemplo, en los países de Latinoamérica)³⁶.

³⁵ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD. Gobierno de España. Inversiones Exteriores Directas. Flujos Enero-Junio 2014. Boletín de Inversiones Exteriores. Pág. 7.

³⁶ VIÑUALES, Luis M.; DE LA CUEVA, Alvaro. Spain, a Platform for International Investments. Doing Business in Spain 2015. En: <http://www.doingbusinessinspain.org/dbs2015/?page_id=29>

II.3.4. Definición de paraíso fiscal según la legislación peruana

La legislación tributaria peruana reúne la regulación sobre las rentas personales y empresariales en un solo instrumento normativo que es la Ley de Impuesto a la Renta, dispositivo complementado a su vez por un Reglamento. En el Perú la definición de paraíso fiscal puede apreciarse en el Decreto Supremo N.º 045-2001-EF, que incorpora el Capítulo XVI al Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, denominado “*De los países o territorios de baja o nula imposición*”.

Como podemos observar, el ordenamiento peruano se refiere a los paraísos fiscales bajo el *nomen* de países o territorios de baja o nula imposición y es por ello que dentro de la Ley de Impuesto a la Renta o su Reglamento no se encuentre ninguna referencia al término paraíso fiscal.

Dentro del Capítulo XVI del Reglamento, encontraremos únicamente dos artículos: el artículo 86º que es la pieza clave para identificar a los paraísos fiscales y el artículo 87º que explica la definición de la tasa efectiva a propósito de uno de las técnicas adoptadas para la identificación de los paraísos.

En cuanto a la técnica de identificación de paraísos fiscales, la normatividad del Impuesto a la Renta en el Perú ha adoptado una solución mixta ya que utiliza indiscriminadamente ambas opciones normativas, de acuerdo a los términos descritos ya en el punto II.3.2 de esta tesis; es decir que:

- (i) Por un lado, establece una definición genérica basada en la tasa efectiva de imposición que a su vez se remite a la propia imposición doméstica y la verificación de ciertos requisitos, y
- (ii) Por otro lado, establece un listado no taxativo que enumera a los países o territorios que serán considerados, si previa revisión de la tasa efectiva, como paraísos fiscales.

- (iii) Adicionalmente, se cuenta también con una cláusula de liberación de la calificación como paraíso fiscal basada en un intercambio de información tributaria

De este modo, se contará con medios alternativos para calificar a los paraísos fiscales ya que ante un supuesto en que una jurisdicción que no llegue a subsumirse en los supuestos establecidos por la definición genérica, pero que se encuentre incluida en el listado, será calificada como paraíso fiscal; así como, si una jurisdicción no se encuentra incluida en el listado, pero se subsume a los criterios establecidos por la definición, será igualmente calificada como un paraíso fiscal. Dicho resultado se encontrará sujeto a que no exista un intercambio de información tributaria, que como se verá en líneas subsiguientes, dejará sin efecto la calificación de paraíso.

II.3.4.1. Listado de paraísos fiscales

El Anexo al que se refiere la parte inicial del artículo 86º del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta es el que contiene un listado de cuarenta y tres (43) países que son calificados como lugares de baja o nula imposición; en cuyo caso, aun cuando en algún momento por alguna modificación legislativa de alguno de dichos países dejen de cumplir con los requisitos en el Reglamento, en la medida que estén dentro del listado, serán calificados como “lugares de baja o nula imposición”.

Cabe señalar que el anexo fue incorporado mediante el Decreto Supremo N° 45-2001-EF, publicado el 20 de marzo de 2001 y no ha sido actualizado desde entonces, lo cual denota un aspecto desfasado de la legislación vigente al 2015, creando una inseguridad jurídica que alcanza a la Administración Tributaria a nivel operativo al impedirle calificar con certidumbre a una jurisdicción como un paraíso fiscal.

II.3.4.2. Definición Reglamentaria de paraísos fiscales

La técnica mixta descrita en la parte inicial de la definición de paraíso fiscal en la legislación peruana se recoge en el artículo 86° del Reglamento.

Mencionábamos que la definición genérica se basaba en la tasa efectiva de imposición y en la verificación de ciertos requisitos. A continuación podemos observar a detalle la definición genérica reglamentaria:

***Artículo 86° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.-
Definición de Paraíso Fiscal***

“Se consideran países o territorios de baja o nula imposición a los incluidos en el Anexo del Reglamento.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, también se considera país o territorio de baja o nula imposición a aquél donde la tasa efectiva³⁷ del Impuesto a la Renta, cualquiera fuese la denominación que se dé a este tributo, sea cero por ciento (0%) o inferior en un cincuenta por ciento (50%) o más a la que correspondería en el Perú sobre rentas de la misma naturaleza, de conformidad con el Régimen General del Impuesto, y que, adicionalmente, presente al menos una de las siguientes características:

- a) Que no esté dispuesto a brindar información de los sujetos beneficiados con gravamen nulo o bajo.*

- b) Que en el país o territorio exista un régimen tributario particular para no residentes que contemple beneficios o ventajas tributarias que excluya explícita o implícitamente a los residentes.*

³⁷ Según el artículo 87° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, deberá entenderse por “Tasa Efectiva” al ratio que resulte de dividir el monto total del impuesto calculado entre la renta imponible, multiplicado por cien (100) y sin considerar decimales.

c) Que los sujetos beneficiados con una tributación baja o nula se encuentren impedidos, explícita o implícitamente, de operar en el mercado doméstico de dicho país o territorio.

d) Que el país o territorio se publicite a sí mismo, o se perciba que se publicita a sí mismo, como un país o territorio a ser usado por no residentes para escapar del gravamen en su país de residencia.³⁸”

La labor de revisar la tasa efectiva y el cumplimiento de al menos una de las características establecidas en el artículo 86° implica un arduo análisis. Si consideramos como ejemplo a Chile, que de manera general aplica a las empresas residentes y bajo su jurisdicción, que no distribuyen dividendos a entidades del exterior, una tasa de retención por Impuesto a la Renta de Primera Categoría³⁹ del 17%; eventualmente, si es que se distribuyen dividendos al exterior, aplica un Impuesto Adicional del 35% contra el que permite utilizar como crédito el 17% pagado en la Primera Categoría.

Bajo este escenario, Chile impone un gravamen sobre la renta que puede llegar a ser superior al que se impone en el Perú, por lo que no se verificaría el supuesto de una tasa efectiva inferior a la nuestra o a los porcentajes señalados en la Ley del Impuesto a la Renta.

Ello no obstante tenerse un régimen fiscal especial que promueve el establecimiento de sociedades holding en Chile⁴⁰, el que tiene por principal característica considerarlas como no domiciliadas y gravarlas sólo por sus rentas de fuente chilena, con lo que podría no haber impuesto local⁴¹, por lo que parecería que configuraría con los supuestos de los literales b) y c)

³⁸ Definición de Paraíso Fiscal, según el Artículo 86° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, incorporado por el Decreto Supremo N.º 045-2001-EF.

³⁹ Impuesto a la Renta Empresarial.

⁴⁰ Aprobado por Ley N.º 19.840 del 23 de noviembre de 2002.

⁴¹ Esta situación habría sido advertida al momento de negociar el Convenio para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal suscrito entre el Perú y Chile, sin que se haga ninguna mención particular sobre la misma. Aunque el convenio en estricto no sería aplicable para las entidades holding.

señalados en el artículo 86° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

Asimismo, el caso de España es muy similar, ya que el Impuesto de Sociedades es el equivalente al Impuesto a la Renta peruano, que grava a las personas jurídicas con una tasa general del 35%, por lo que es claro que no configura el supuesto de una tasa efectiva inferior en un 50% o más a la que se aplica localmente.

Sin embargo, al igual que en el ejemplo de Chile, España cuenta con el régimen de incentivos ETVEs⁴², que puede implicar que no se graven las rentas obtenidas por sociedades bajo este régimen en la medida que provengan de dividendos recibidos de sus filiales, o de las ganancias de capital derivadas de la venta de tales inversiones en acciones, siempre que se cumplan ciertos requisitos y no se realicen actividades en España, pues respecto de ellas serán de aplicación las disposiciones del régimen general. En este caso, también podría parecer que se configura el supuesto del literal b) del artículo 86° del Reglamento del Impuesto a la Renta.

Un escenario parecido se puede apreciar en Uruguay, ya que el Impuesto a la Renta de Industria y Comercio (IRIC) que afecta a las personas jurídicas tiene una tasa del 30%, pero las empresas sólo se encuentran gravadas por sus rentas de fuente uruguaya, lo que eventualmente puede generar que si se obtienen ingresos exclusivamente de fuente extranjera el gravamen sea muy pequeño o casi nulo⁴³.

Adicionalmente, Uruguay tiene regímenes de incentivo como el de las Sociedades Anónimas Financieras (SAFI), sociedades del tipo “holding” con un gravamen anual del 0.3% sobre el capital y reservas al cierre de cada

⁴²El término ETVEs se refiere a las siglas utilizadas para identificar el régimen de Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros.

⁴³ Los ingresos netos podrían estar sujetos a una tasa de Impuesto a la Renta equivalente a 0.9% mediante la aplicación de la tasa regular de 30% por Impuesto a la Renta sobre un porcentaje de utilidad presunto de 3% de sus ingresos brutos.

ejercicio; así como Sociedades de Zonas Francas con beneficios muy similares.

Incluso Estados Unidos de América, la primera potencia mundial y el segundo país en inversión extranjera directa en el Perú, tiene tasas por Impuesto a la Renta que pueden llegar a ser más elevadas que la peruana (39%), pero también regímenes que pueden llevar a la exención casi total, como cuando se llevan a cabo negocios a través de una sociedad de personas (LLC) ubicada en el Estado de Delaware.

En efecto, en este escenario si la sociedad no realiza operaciones internas es fiscalmente transparente para propósitos del Impuesto a la Renta Federal y, a nivel Estatal⁴⁴, la incidencia del Impuesto a la Renta es muy reducida, cuando no mínima. Aquí también podría parecer que se configura el supuesto del literal b) relacionado con las características de países o territorios de baja o nula imposición, descritas en el artículo 86° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

Recordemos también que el Perú tiene regímenes promocionales especiales por actividades en alguna determinada ubicación geográfica, tales como los de la “Amazonía” y el “Sector Agrario” en los que al verificarse ciertos requisitos es posible acceder a tasas significativamente más reducidas del Impuesto a la Renta.

Siendo así, cabría preguntarse qué ocurriría si aplicamos nuestra propia legislación sobre “paraísos fiscales” a nuestra normativa sobre promoción de actividades

Ahora bien, el análisis destinado a determinar si se verifica o no la definición genérica de paraíso fiscal quedaría desestimado por la posibilidad de que la calificación de una jurisdicción como paraíso fiscal quede sin efecto, y en consecuencia, quede también sin efecto sus consecuencias, como por

⁴⁴ El Impuesto a la Renta Estatal es deducible del Impuesto a la Renta Federal.

ejemplo, la prohibición de la deducción de gastos. Dicha posibilidad se basaría en el intercambio de información

Y es que el 18 de diciembre de 2012 se publicó el Decreto Supremo N° 258-2012⁴⁵ cuyo artículo 30° incorporó un último párrafo a la disposición reglamentaria, el artículo 86°, que define al paraíso fiscal y cuyo tenor versa sobre lo siguiente:

“En caso que el Perú suscribiera con algún país o territorio de baja o nula imposición un Convenio para evitar la doble imposición que incluya una cláusula de intercambio de información, como de baja o nula imposición la calificación de dicho país o territorio como de baja o nula imposición dejará de tener efecto desde que entra en vigor dicho convenio.”

Se aprecia entonces, que el párrafo incorporado se basa en un criterio semejante al establecido en el artículo 2 del Real Decreto 1080/1991 con la ligera diferencia en el instrumento por el que se efectuaría el intercambio de información; en el caso peruano, se trataría únicamente mediante una cláusula insertada en un Convenio para evitar una doble imposición; y en el caso español, se podría optar entre un acuerdo de intercambio de información tributaria o un Convenio para evitar una doble imposición.

Al respecto, puede considerarse como un aspecto discutible que no se considere como criterio un “efectivo” intercambio de información y se considere un aspecto no sustancial como lo es la entrada en vigencia de un convenio suscrito. Si la finalidad de este último párrafo era propiciar el intercambio de información, lo idóneo hubiese sido precisar que la calificación de un país o territorio como de baja o nula imposición dejaría de tener efecto cuando entre en vigor el convenio suscrito y se verifique un intercambio de información efectivo durante un ejercicio.

⁴⁵ La vigencia de este Decreto se daría a partir del 1 de enero de 2013.

Parece ser que la intención del legislador al incorporar el último párrafo mencionado fue la de alinear la legislación peruana con los estándares de tributación internacional ya que a partir del Reporte de 1998 de la OCDE sobre competencia tributaria perniciosa – Harmful Tax Competition – se estableció el criterio de intercambio de información como el punto de partida para contrarrestar los efectos de la utilización de los paraísos fiscales.

Sin embargo, a diferencia de otros países que han hecho uso de esta disposición celebrando CDIs que incluyan cláusulas de intercambio de información en aras de no perjudicar las transacciones con entidades establecidas en paraísos fiscales, como sucedió en el caso de España; Perú ha celebrado en su totalidad ocho (8) Convenios para evitar la Doble Imposición siguiendo el Modelo de Convenio OCDE (MOCDE), salvo el caso del convenio vigente con la Comunidad Andina de Naciones, y ninguno de los Estados contratantes que suscribieron estos convenios son calificados como paraísos fiscales de acuerdo a las disposiciones previstas en el mencionado el artículo 86º del Reglamento por lo que no se ha hecho uso del a clausula liberatoria.

Actualmente, Perú cuenta con CDIs con los países de Chile, Canadá, Brasil, Estados Unidos Mexicanos, Portugal, Suiza, Corea y con la Comunidad Andina de Naciones – CAN - (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) cuya vigencia se da a partir del 1 de enero de 2004 en el caso de los convenios suscritos con Chile, Canadá y Brasil; el 1 de enero de 2005 en el caso del convenio con la CAN y el 1 de enero del presente ejercicio 2015 en el caso de los convenios suscritos con los Estados Unidos Mexicanos, Portugal, Suiza y Corea. Como podrá apreciarse en las fechas de entrada en vigencia de los convenios, los únicos convenios suscritos con posterioridad a la entrada en vigencia del último párrafo del artículo 86º del Reglamento son los vigentes desde el inicio del ejercicio 2015, encontrándonos en el tercer año de vigencia del último párrafo de la disposición reglamentaria que se mantiene en la espera de la suscripción de convenios que permitan actualizar los paraísos fiscales.

II.3.5. Nuestra Definición

Según nuestro criterio propio, un “paraíso fiscal” puede ser un país, un territorio, una determinada región o también una actividad económica que se busca privilegiar frente al resto, con la finalidad de captar fuertes inversiones, constituir sociedades, acoger personas físicas con grandes capitales, etc. con la finalidad de estructurar un pago menor de tributos de forma legal. Conforme se puede apreciar, el término “paraíso fiscal” admite múltiples posibilidades, por ello es recomendable utilizar el término “países o zonas de baja tributación”.

Recordemos que los paraísos fiscales pueden utilizarse de forma legítima a fin de planificar un esquema que permita al inversionista un menor pago de tributos de forma lícita, ya que de acuerdo a lo manifestado por Fernando Serrano “(...) la mayoría de los autores identifican la utilización de los paraísos fiscales con actividades de evasión y fraude fiscal. Otros, en cambio, pensamos que tales territorios se relacionan más con actividades legítimas de Planificación Fiscal Internacional⁴⁶”.

Sin embargo, no todas las legislaciones coinciden con el apoyo a las inversiones en paraísos fiscales como una forma legítima de ahorro, ya que muchas naciones prohíben las inversiones en estos territorios por considerarlos nocivos al proponer una competencia desleal entre los distintos territorios. Es justamente por este doble pensamiento con respecto al tema de los paraísos fiscales, lo que nos demuestra por qué existen personas y gobiernos a favor de su creación, mientras que otros pugnan por combatirlos o imponen sanciones o mecanismos que traten de eliminar sus efectos.

Ante ello, debemos ser capaces de entender que *“Los paraísos fiscales son como los medicamentos. Con un tratamiento bien diagnosticado, estas*

⁴⁶ SERRANO ANTÓN, Fernando. “Los Paraísos Fiscales y la Hacienda Pública Española”. Artículo publicado en la página web: http://www.asegurado.com/quorum_2_paraisos_fiscales_hacienda.html

recetas económicas proporcionan saludables ventajas tributarias. Pero un empleo incorrecto o cualquier tipo de abuso, termina por provocar gravísimos trastornos con la Justicia⁴⁷”.

II.3.6. Ubicación de los paraísos fiscales en el mundo

La dificultad técnica para determinar cuándo un territorio, país o enclave geográfico es considerado como paraíso fiscal, hace que no exista entre las distintas organizaciones un criterio uniforme para determinar su número exacto. Sumado al hecho que cada jurisdicción cuenta con la soberanía que le permite un amplio margen de libertad para identificar a quienes considerará como paraísos fiscales.

Al respecto, la OCDE publicó en el 2000 un reporte titulado “Towards Global Tax Cooperation: Progress in Identifying and Eliminating Tax Harmful Practices”, el primero de tres reportes calificados como “progresivos” ya que se enfocaban directamente a dar un seguimiento al desarrollo de los principales temas planteados en el reporte de 1998 sobre competencia tributaria dañina. El reporte del 2000 contenía una lista de 35 países o territorios identificados como paraísos fiscales (*Tax Haven List*), éstos eran aquellos que cumplían con los criterios de identificación de los paraísos fiscales planteados en el reporte de 1998. Esta lista sería posteriormente actualizada basándose en el criterio de cooperación mediante la suscripción de convenios de intercambio de información por lo que ahora se trata de una lista de paraísos fiscales no cooperativos (*List of Uncooperative Jurisdictions*)⁴⁸. Sin embargo, cabe resaltar que al respecto, la Organización de Naciones Unidas (ONU) tiene censados hasta un total de 74 territorios,

⁴⁷ IRAZUSTA, María y LOZANO, Antonio. “Hacienda pone nuevas trabas a los paraísos fiscales”. Artículo en SU DINERO, Semanario de Economía Familiar, Consumo y Empleo del Diario El Mundo de España. N.º 75 del 27.4.1997 y puede consultarse la página web: <http://www2.el-mundo.es/su-dinero/noticias/act-75-1.html>

⁴⁸ In particular, the Committee is now planning to develop a List of Uncooperative Jurisdictions that could be the subject of a co-ordinated approach to defensive measures, comprised of jurisdictions meeting the tax haven criteria that choose not to eliminate their harmful tax practices.

OECD. “Towards Global Tax Co-operation. Report to the 2000 ministerial council meeting and recommendations by the committee on fiscal affairs. Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices”. 2000. Page 6.

aunque según otros estudios más amplios se han llegado a censar más de un centenar de territorios con estas características.

Como mencionamos, la legislación española cuenta con el Real Decreto 1080/91, de 5 de julio de 1991, donde enumera hasta un total de cuarenta y ocho (48) lugares calificados como “paraísos fiscales” que se han visto reducidos en cantidad por la suscripción de CDIs y convenios de intercambio de información tributaria. De forma similar, en el Perú, se establece una lista de cuarenta y tres (43) territorios considerados paraísos fiscales para la legislación peruana, a través del Decreto Supremo N° 045-2001-EF, cantidad que no se ha visto afectada hasta la fecha.

A continuación presentamos dos cuadros comparativos en los que se indicancuáles son los paraísos fiscales en el mundo de acuerdo a la legislación peruana (Decreto Supremo N.º 045-2001-EF), en comparación con la legislación española (Real Decreto 1080/1991), además de señalarse la ubicación geográfica correspondiente. Así, en un primer cuadro presentamos las listas originales de ambos ordenamientos y los convenios que han influido en la modificación de la lista española; y en un segundo cuadro, presentamos un cuadro comparativo de los listados de paraísos fiscales, considerando la lista española actualizada.

Adicionalmente, presentamos los mapas de ubicación geográfica de los Paraísos Fiscales en cada continente

Cuadro Comparativo de Paraísos Fiscal



Países o territorios que han suscrito un CDI o un Convenio de Intercambio de Información Tributaria y se encuentran vigentes de acuerdo a su publicación en el Boletín Oficial del Estado por lo que se actualmente se excluyen de la lista.



Países o territorios que han suscrito un CDI o un Convenio de Intercambio de Información Tributaria y no se encuentran vigentes, pero cuentan con fecha de rúbrica y de entrar en vigencia y ser “descalificados” expresamente por la Hacienda pueden considerarse actualmente como potenciales candidatos a ser excluidos de la lista.

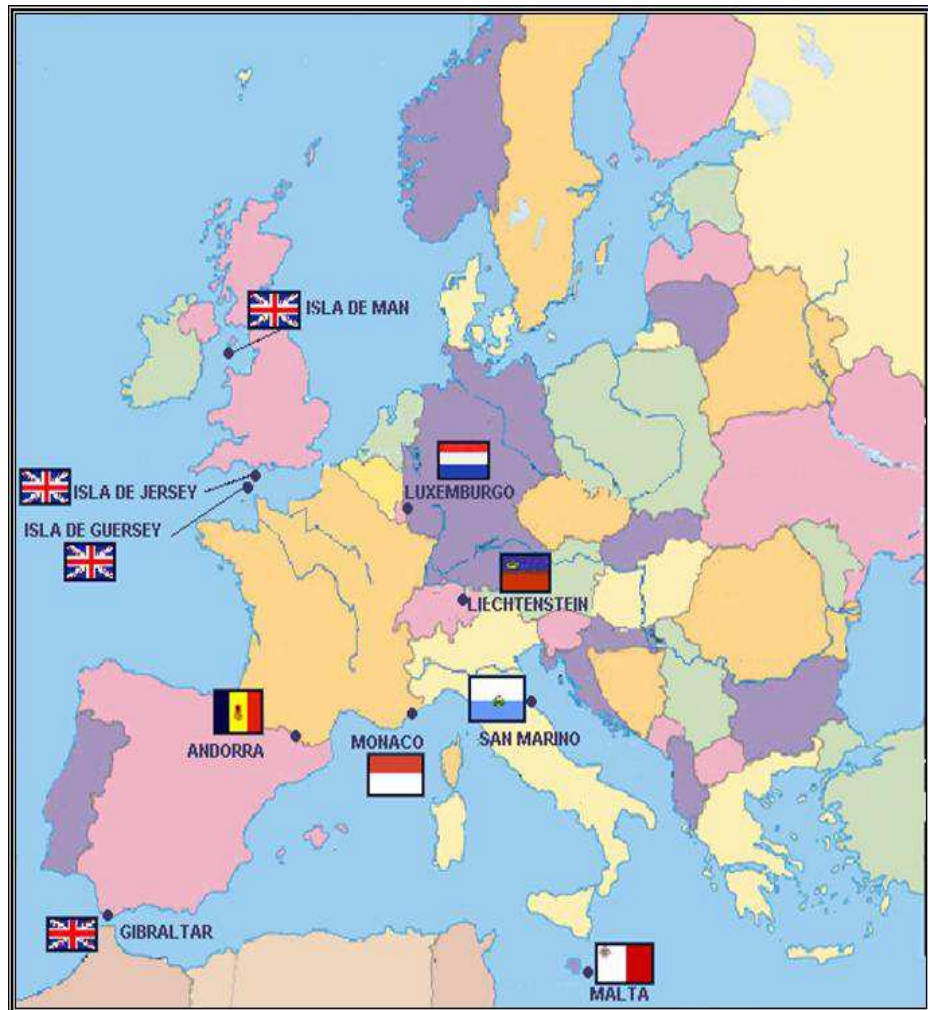
Nº	Ubicación Geográfica	Paraísos Fiscales DS N° 045-2001-EF	Paraísos Fiscales Real Decreto 1080/1991	CDIs	Convenios de Intercambio de información tributaria	Fecha de Publicación BOE	Fecha de rúbrica
1	Europa	Alderney	-----				
2	Europa	Andorra	Andorra		Andorra	23/11/2010	
3	América	Anguila	Anguila				
4	América	Antigua y Barbuda	Antigua y Barbuda				
5	América	Antillas Neerlandesas	Antillas Neerlandesas		Antillas Holandesas	24/11/2009	
6	América	Aruba	Aruba		Aruba	23/11/2009	
7	América	Bahamas	Bahamas		Bahamas	15/07/2011	
8	Asia	Bahrain	Bahrain				
9	América	Barbados	Barbados	Barbados		14/09/2011	
10	América	Belice	-----				
11	América	Bermuda	Bermuda		Bermuda		30/09/2009
12	Asia	-----	Brunei				
13	Europa	Chipre	Chipre	Chipre		26/05/2014	
14	América	Dominica	Dominica				
15	Asia	-----	Emiratos Arabes Unidos	Emirato Árabes Unidos		23/01/2007	
16	Oceanía	-----	Fiji				
17	Europa	Guernsey	Guernsey		Guernsey		21/05/2012
18	Europa	Gibraltar	Gibraltar				
19	América	Granada	Granada			14/04/2012	
20	Asia	Hong Kong	Hong Kong	Hong Kong			
21	Europa	Isla de Man	Isla de Man		Islas de Man		23/05/2012
22	América	Islas Caimán	Islas Caimán		Islas Caimán		23/12/2010
23	Oceanía	Islas Cook	Islas Cook		Islas Cook		08/06/2011
24	Oceanía	Islas Marshall	-----				
25	América	-----	Islas Malvinas				
26	Asia	-----	Islas Marianas				
27	Oceanía	-----	Islas Salomón				
28	América	Islas Turcas y Caicos	Islas Turcas y Caicos				
29	América	Islas Vírgenes Británicas	Islas Vírgenes Británicas				

30	América	Islas Vírgenes de Estados Unidos de América	Islas Vírgenes de Estados Unidos de América				
31	América	-----	Jamaica	Jamaica		12/05/2009	
32	Europa	Jersey	Jersey		Jersey		21/05/2012
33	Asia	Labuán	-----				
34	África	Liberia	Liberia				
35	Europa	Liechtenstein	Liechtenstein				
36	Europa	Luxemburgo	Luxemburgo*	Luxemburgo*		31/05/2010	
37	Asia	-----	Macao		Macao		27/06/2013
38	Europa	Madeira	-----				
39	Asia	Maldivas	-----				
40	Europa	Mónaco	Mónaco		Mónaco		06/03/2013
41	América	Montserrat	Montserrat				
42	África	-----	Mauricio				
43	Oceanía	Nauru	Nauru				
44	Oceanía	Niue	-----				
45	América	Panamá	Panamá	Panamá		04/07/2011	
46	Asia	-----	Reino Hachemita de Jordania				
47	Europa	-----	República de Malta	República de Malta		07/09/2006	
48	Asia	---	República Libanesa				
49	Asia	-----	República de Omán				
50	Europa	-----	República de San Marino		San Marino	06/06/2011	
51	Asia	-----	República de Singapur	República de Singapur		11/01/2012	
52	América	-----	República de Trinidad y Tobago	República de Trinidad y Tobago		08/12/2009	
53	América	Samoa Occidental	-----				
54	América	San Cristóbal y Nevis	-----				
55	América	San Vicente y las Granadinas	San Vicente y las Granadinas		San Vicente y las Granadinas		18/05/2011
56	América	Santa Lucía	Santa Lucía		Santa Lucía		23/05/2011
57	Oceanía	Seychelles	Seychelles				
58	Oceanía	Tonga	-----				
59	Oceanía	Vanuatu	Vanuatu				

Nº	Ubicación geográfica	D.S. Nº 045-2001-EF	RD 1080/1991
1	Europa	Alderney	-----
2	Europa	Andorra	-----
3	América	Anguila	Anguila
4	América	Antigua y Barbuda	Antigua y Barbuda
5	América	Antillas Neerlandesas	-----
6	América	Aruba	-----
7	América	Bahamas	-----
8	Asia	Bahrain	Bahrain
9	América	Barbados	-----
10	América	Belize	-----
11	América	Bermuda	Bermuda
12	Asia	-----	Brunei
13	Europa	Chipre	-----
14	América	Dominica	Dominica
15	Oceanía	-----	Fiji
16	Europa	Guernsey	Guernsey
17	Europa	Gibraltar	Gibraltar
18	América	Granada	Granada
19	Asia	Hong Kong	-----
20	Europa	Isla de Man	Isla de Man
21	América	Islas Caimán	(Islas Caimán)
22	Oceanía	Islas Cook	(Islas Cook)
23	Oceanía	Islas Marshall	-----
24	América	-----	Islas Malvinas
25	Asia	-----	Islas Marianas
26	Oceanía	-----	Islas Salomón
27	América	Islas Turcas y Caicos	Islas Turcas y Caicos
28	América	Islas Vírgenes Británicas	Islas Vírgenes Británicas
29	América	Islas Vírgenes de Estados Unidos de América	Islas Vírgenes de Estados Unidos de América
30	Europa	Jersey	(Jersey)
31	Asia	Labuán	-----
32	África	Liberia	Liberia
33	Europa	Liechtenstein	Liechtenstein
34	Europa	Luxemburgo	-----
35	Asia	-----	(Macao)
36	Europa	Madeira	-----
37	Asia	Maldivas	-----
38	Europa	Mónaco	(Mónaco)
39	América	Montserrat	Montserrat
40	África	---	Mauricio
41	Oceanía	Nauru	Nauru
42	Oceanía	Niue	-----
43	América	Panamá	-----
44	Asia	----	Reino Hachemita de Jordania
46	Asia	---	República Libanesa
47	Asia	----	República de Omán
48	Asia	----	---
49	América	----	-----
50	América	Samoa Occidental	-----
51	América	San Cristóbal y Nevis	-----
52	América	San Vicente y las Granadinas	(San Vicente y las Granadinas)
53	América	Santa Lucía	(Santa Lucía)
54	Oceanía	Seychelles	Seychelles
55	Oceanía	Tonga	-----
56	Oceanía	Vanuatu	Vanuatu

Mapa N.º 1

Paraísos Fiscales en Europa



Mapa N.º 2

Paraísos Fiscales en América



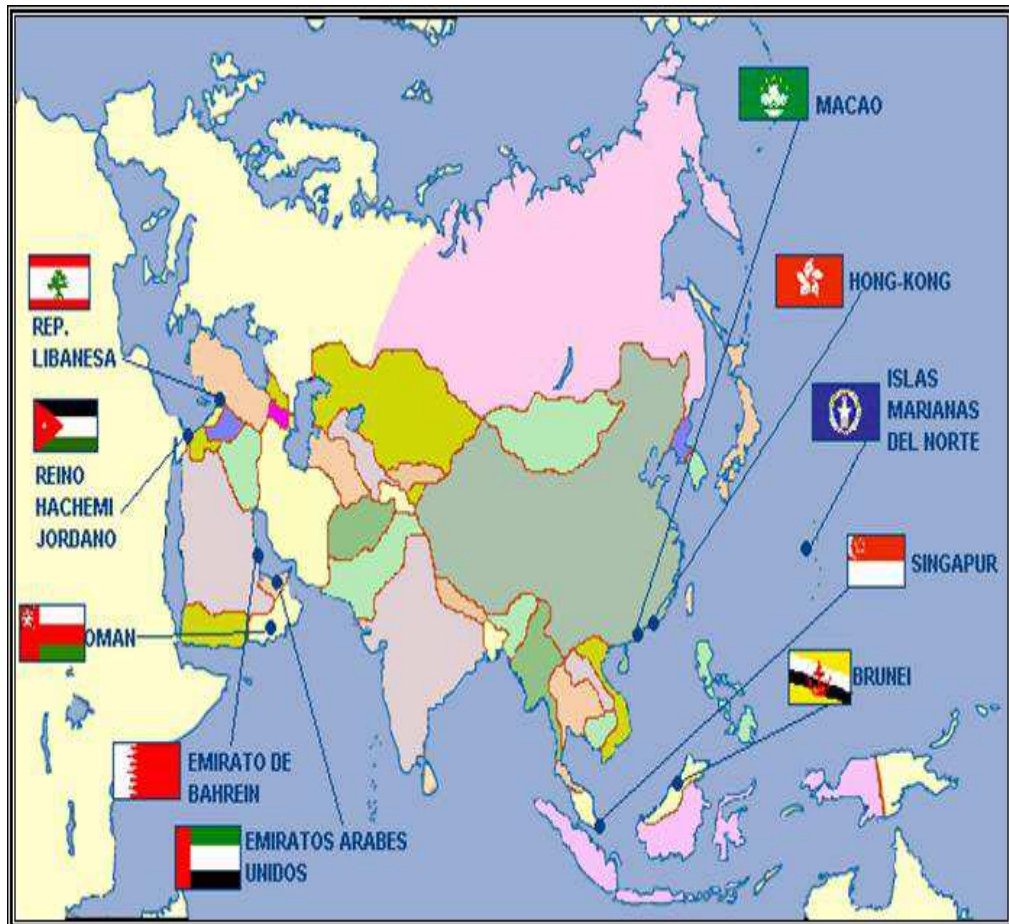
Mapa N.º 3

Paraísos Fiscales en América



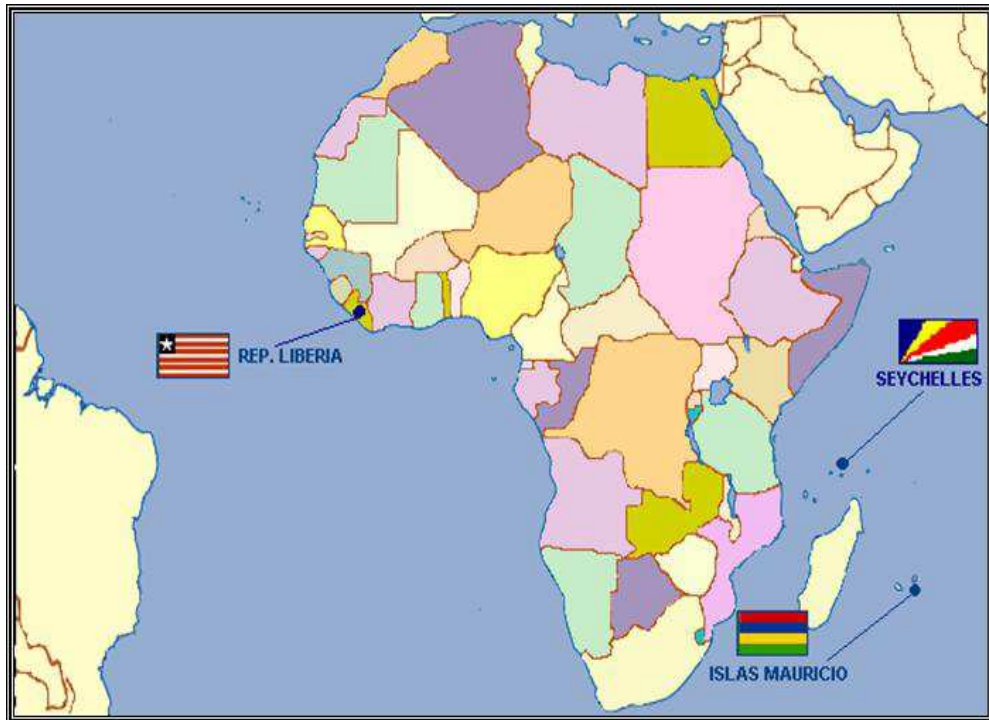
Mapa N.º 4

Paraísos Fiscales en Asia



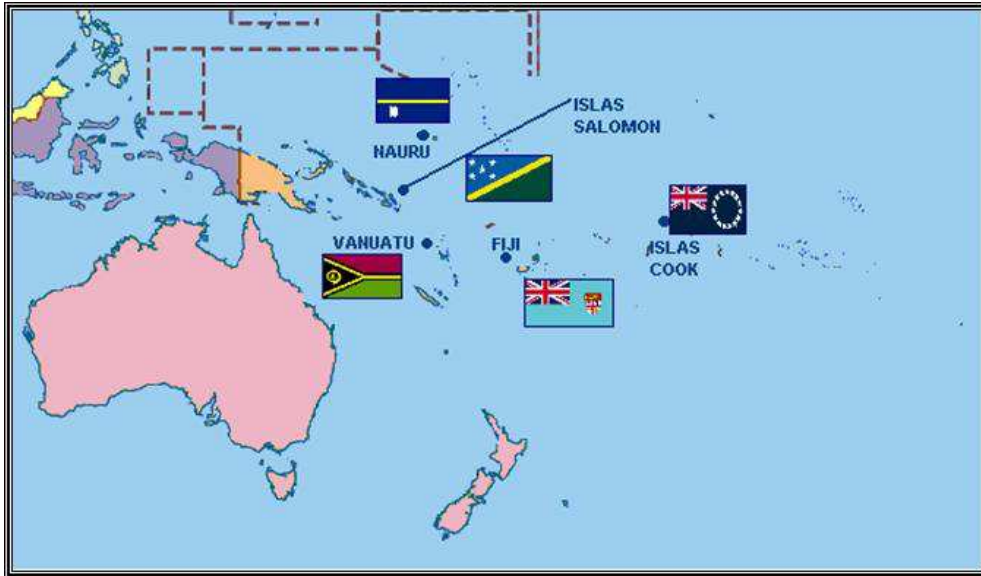
Mapa N.º 5

Paraísos Fiscales en África



Mapa N.º 6

Paraísos Fiscales en Oceanía



II.4. Características de los paraísos fiscales

Existen muchos criterios que se deben tener en cuenta para caracterizar un paraíso fiscal, es por ello que las características de determinados paraísos fiscales deberán analizarse desde la perspectiva del beneficio económico para un inversionista domiciliado en un determinado país, el cual analizará si un territorio califica o no como un paraíso fiscal, ya que se evaluarán los riesgos y costos que las inversiones en dichos territorios puedan generar, así como la seguridad del capital empresarial.

II.4.1. Factores básicos para considerar a los paraísos fiscales

De acuerdo a Edouard Chambost, existen tres factores básicos a tener en consideración para la elección de un paraíso fiscal, y a partir de ellos determinar sus características. Entre estos factores descritos por el autor encontramos a los siguientes:

- Factores generales
- Factores particulares
- Factores específicos

a) Factores generales

En lo que respecta a los factores generales, se alude a las características propias del Paraíso Fiscal que a modo de ejemplo puede mencionarse a las siguientes características:

1. Contar con un mínimo de existencia, como por ejemplo el poder ubicarse en el mapa.
2. Contar con un mínimo de aceptación y estabilidad política y económica.
3. Contar con vías de transporte y de comunicación de calidad y bien desarrolladas.
4. Uso de determinada moneda fuente (divisa).

5. Existencia de una estructura social, ya que la persona que busque habitar en un Paraíso Fiscal deberá encontrar los servicios profesionales básicos, toda vez que “(...) *el paraíso no es un montón de piedras en medio de un océano o una pequeña isla con reputación paradisíaca, es un lugar perfectamente dispuesto de una estructura social, económica y jurídica.*”

b) Factores particulares

En referencia a los factores particulares, éstos se encontrarán condicionados al caso concreto de acuerdo al paraíso fiscal en el que cada sujeto decida establecerse según los beneficios que pueda otorgarles el régimen preferencial en dicha jurisdicción.

c) Factores específicos

En cuanto a los factores específicos, éstos se refieren exclusivamente a aspectos de índole jurídica, incluyendo entre los más importantes a los siguientes:

- La elección por la especialidad del resultado: es decir, el caso de la elección de un Paraíso Fiscal especializado.
- La elección por el método de la separación de riesgos: esta elección resulta en la búsqueda del mejor Paraíso Fiscal para el patrimonio y el mejor para su propietario, evitando en todo caso que se trate del mismo, y esto, a fin de separar los riesgos jurídicos o bien de utilizar al máximo cada uno de los dos sistemas⁴⁹.

II.4.2. Características en función a la alta rentabilidad ofrecida.

Una vez que se determinan los factores principales para calificar un determinado Paraíso Fiscal, podemos señalar que estos territorios reciben

⁴⁹ CHAMBOST, EDOUARD. Op. cit Pág. 59.

un capital que busca la máxima rentabilidad al amparo de una serie de factores que les caracterizan, como los siguientes:

- Existencia real, con vías de transporte y de comunicación bien desarrolladas, con un régimen político estable, acaparados en muchas ocasiones por los propios Estados a los que están vinculados o de los que son vecinos.
- Gozan de estabilidad económica y usan una moneda fuerte para garantizar las transacciones que realizan.
- Disponen de una sólida estructura social, económica y jurídica, que requiere de los servicios indispensables de buenos profesionales especializados.
- Poseen un régimen tributario particular para no residentes que contemple beneficios o ventajas tributarias que excluya explícita o implícitamente a los residentes.
- Respetan el secreto bancario, financiero y comercial de los sujetos beneficiarios de su régimen tributario nulo o bajo, no pudiendo operar en el mercado doméstico de dicho país o territorio.
- Ausencia de una política de control de cambios.
- Falta o ineficacia de los tratados de cooperación judicial entre los Estados.

Entre los 35 paraísos fiscales identificados por la OCDE que cumplen todas estas características se encuentran los del área caribeña de influencia norteamericana y los del área europea: Gibraltar, Islas de Man, Jersey o Guernsey, dependientes del Reino Unido; Andorra, Mónaco y Liechtenstein.

II.4.3. Características en función a las ventajas fiscales

Por razón del tipo de ventajas fiscales, es decir, de una baja o nula imposición tributaria que estos paraísos fiscales pueden ofrecer se suelen distinguir los siguientes:

- a) Aquellos que aseguran la confidencialidad y cuasi exención de los patrimonios personales y familiares (Liechtenstein, Luxemburgo).

- b) Los que favorecen la canalización de inversiones a través de la creación de áreas offshore exentas de tributación, otorgando un tratamiento favorable a los flujos resultantes de aquéllas en forma de dividendos, intereses, gastos de administración como por ejemplo, Antillas Holandesas y Bermuda. Algunos de estos territorios han adquirido una especialización en rentas concretas. Por ejemplo, Holanda como jurisdicción para canalizar dividendos o plusvalías, o Suiza, país utilizando tradicionalmente para estructuras internacionales de financiación.

- d) Los paraísos fiscales que han promocionado el desarrollo de actividades concretas. Como la actividad bancaria y financiera en general, ejemplo de ello es Monserrat, Anguila, Turks y Caicos, Vanuatu o Islas Caimán, y las actividades de fabricación (como Irlanda) o las de explotación hotelera (como Antigua y Barbuda o Dominica).

II.4.4. Características según la OCDE

La OCDE, a través de su Comité de Asuntos Fiscales, por medio de sus informes para determinar los factores que identifican a los Paraísos Fiscales (*Tax havens*) y a los Regímenes Tributarios Dañinos (*Harmful preferential tax regimes*), establece las siguientes características, determinando que los “factores clave” (*key factors*) para identificar a estos territorios son los siguientes:

En el caso de los paraísos fiscales:

1. Baja o nula imposición

La baja o nula imposición sobre las rentas relevantes son el punto de inicio a partir del cual se clasifica a una jurisdicción como un paraíso fiscal.

2. Ausencia de un intercambio efectivo de información

Los paraísos fiscales usualmente tienen a su disposición prácticas legales y administrativas bajo las cuales los negocios y los individuos pueden beneficiarse de las normas sobre el secreto y otro tipo de protección frente a la autoridad tributaria, evitando un efectivo intercambio de información sobre los contribuyentes que se benefician de la baja tributación de la jurisdicción.

3. Ausencia de transparencia

Una ausencia de transparencia en la operatividad de disposiciones legislativas, legales o administrativas es otro factor que permite identificar a los paraísos fiscales.

4. Ausencia de actividad sustancial

La ausencia de un requerimiento de una actividad que sea sustancial es importante ya que ésta sugerirá si una jurisdicción pretende atraer inversión o sus transacciones se encuentran únicamente motivadas por propósitos tributarios.

En el caso de los regímenes tributarios dañinos:

1. Nula o baja imposición

2. Estanqueidad (*Ring-Fencing*)

Dado que el régimen basado en este criterio efectivamente protege al país patrocinador de los efectos dañinos de su propio régimen solo tendrá un impacto adverso en las bases tributarias extranjeras. Así, el país que oferta ese régimen puede soportar la poca o casi nula carga financiera de su propia legislación tributaria.

El hecho que aun país sienta la necesidad de proteger su propia economía del régimen a través del *Ring Fencing* da una fuerte indicación que ese régimen tiene el potencial de crear efectos dañinos que se dispersan por todos lados. El *Ring Fencing* puede tomar muchas formas incluyendo:

- Un régimen puede explícitamente o implícitamente excluir a los contribuyentes residentes de tomar ventaja de los beneficios.
- Las empresas que se beneficien del régimen pueden explícita o implícitamente ser prohibidas de operar en el mercado nacional.

3. Falta de transparencia

La falta de transparencia en la operación de un régimen hará muy difícil al país auspiciador de tomar medidas de defensa. La falta de transparencia es un concepto amplio que incluye entre otros la aplicación favorable de leyes y regulaciones, disposiciones tributarias negociables.

4. Falta de un intercambio de información efectivo

La habilidad o predisposición de un país en proveer información a otros países es un factor clave en decidir si el efecto de un régimen operado por ese país tiene el potencial de causar efectos dañinos.

El acceso limitado que ciertos países tienen a la información bancaria para fines fiscales está incrementándose inadecuadamente con el fin de

detectar y prevenir el abuso de regímenes fiscales perjudiciales por los contribuyentes.

5. Definición artificial de la base tributaria

Las leyes tributarias en muchos países tienen varias medidas con el fin de reducir la base imponible. Muchas de esas reglas poseen propósitos legítimos como balancear el impacto de la inflación o reducir la doble imposición de ciertos tipos de ingresos.

Pero, estas medidas exceden las medidas necesarias para conseguir políticas fiscales fijas como por ejemplo las reglas que permiten deducciones por gastos estimados los cuales no son verdaderamente incurridos o las reglas que permiten que los costos sean deducidos aun cuando el correspondiente ingreso no está sujeto a tributación.

Otra dificultad que modifica la base imponible es que éstas no son siempre transparentes. La falta de transparencia en la aplicación de las leyes dificultan la forma de verificar si todas las compañías que invierten en un país se enfrentan a la misma tasa del impuesto. Así el sistema tributario no es neutral entre contribuyentes.

6. Fracaso al adherirse a los principios sobre Precios de Transferencia

Los principios sobre precios de transferencia son consideraciones importantes para determinar la total carga tributaria de una empresa multinacional y la división de la base imponible entre países.

Las pautas de 1995 hechas por la OCDE establecían como los países deberían aplicar el “arm’s length principle” o principio de libre competencia.

Estas pautas reconocían que los precios de transferencia no son una ciencia exacta y que los países tendrán que tomar en cuenta los hechos y circunstancias de cada caso.

La visión de las autoridades tributarias en la forma apropiada de aplicar el principio de la libre concurrencia puede indirectamente afectar la posición competitiva de una empresa. Esta mala aplicación puede consistir, por ejemplo, en establecer un nivel de utilidad el cual no corresponda a las funciones actualmente desempeñadas por la empresa en cuestión.

El riesgo de distorsiones a la competencia está particularmente presente donde un individuo contribuyente puede negociar un precio de transferencia con las autoridades (cuando los principios de trato igualitario no encajan en el sistema legal). Estas prácticas harán que ciertos contribuyentes obtengan beneficios los cuales no son aplicables a otros contribuyentes.

7. Ingresos de fuente extranjera eximidos del Impuesto del país de residencia

Un país que exime toda fuente de ingreso extranjera del impuesto (sistema territorial) puede ser particularmente atractivo dado que la exención reduce el efectivo ingreso de la tasa del impuesto.

8. Base tributaria negociable

Las disposiciones tributarias fundadas en el régimen del país anfitrión pueden ser potencialmente dañinas si la tasa del impuesto es negociable o si la tasa depende si el inversionista es un residente o no.

La negociabilidad de la tasa del impuesto o de la base puede ser particularmente problemática bajo un régimen no transparente para determinar el ingreso sujeto a tributación.

9. La existencia de disposiciones sobre el secreto

La falta de acceso a la información, sea por causas de secreto bancario, instrumentos de deuda anónimos o acciones al portados, pueden constituir una de las características más dañinas de un régimen.

La eficacia de la protección contra los requerimientos de las autoridades tributarias es una de las atracciones más grandes de muchos regímenes considerados dañinos.

10. Acceso a una amplia red de tratados

La OCDE ha propuesto reiteradas veces a los países a ampliar la red de tratados y convenios ya que esto ayudaría a eliminar la doble imposición y animaría a la cooperación entre autoridades tributarias.

Una amplia red de tratados es menos vulnerable de ser abusada si los tratados involucran medidas de protección propia, como el establecimiento de definiciones claras especialmente diseñadas y de medidas anti-abuso, y mecanismos efectivos para intercambio de información.

11. Regímenes promovidos como vehículos minimizadores de impuestos

La existencia de material promocional puede proveer un indicador si un régimen es visto como un significado de atractivo para la evasión fiscal internacional.

12. El régimen promueve operaciones con fines fiscales

II.4.5. Desarrollo de las principales características

Entre las principales características que cumplen los países o territorios considerados como paraísos fiscales, podríamos destacar tres grupos que suelen aparecer como comunes a todos ellos, siendo los más relevantes, los siguientes:

a) Ausencia o favorable nivel de imposición

Es lógicamente el primer punto de vista que el inversor en paraísos fiscales va a tener en cuenta, podríamos distinguir a su vez:

- Países en donde no existe imposición alguna tanto para los residentes, como para los no residentes.

- Países en los que el bajo nivel de tributación está reservado a los no residentes, como en el caso de sociedades que no tengan ninguna actividad comercial o financiera en el territorio, de ahí la denominación de “Off Shore”.

- Países en los que la baja tributación se aplica tan sólo a determinadas operaciones, como por ejemplo a determinadas categorías de rentas, a ciertos tipos de operaciones o a cierto tipo de sociedades, por ejemplo los holding.

Al respecto, cabe resaltar que la mayor parte de los paraísos fiscales no han firmado acuerdos para evitar la doble imposición internacional ni otros convenios, porque una de las características esenciales es la inexistencia de información y la confidencialidad.

Así pues desde el momento que exista un convenio, no puede existir traba alguna en cuanto al suministro de información por parte de los dos países contratantes.

No obstante, podemos reconocer que incluso en determinados convenios, la obligatoriedad del suministro de información no es cumplida a cabalidad, pues los Estados no exigen esta condición por motivos de conveniencia.

Es por ello que a veces por la combinación de las ventajas ofrecidas por los convenios internacionales y las disposiciones favorables de la legislación interna de los distintos países o territorios, que llegan a ser singularmente atractivas para la realización de determinados tipos de operaciones, deviniendo de alguna manera, al amparo de los convenios internacionales en paraísos fiscales.

b) Existencia de una legislación financiera y comercial atrayente

Una condición muy importante es que la legislación vigente de estos territorios le asegure al inversor extranjero que el secreto bancario estará plenamente garantizado. En general, los paraísos fiscales protegen de manera extensiva la confidencialidad de las operaciones que se desarrollan en su territorio, como los negocios bancarios y financieros en particular sea en virtud de la ley, de la jurisprudencia o simplemente de la práctica administrativa.

Por otra parte, la presentación de las cuentas anuales de las sociedades no es a menudo obligatoria, pues la legislación sobre las sociedades en general presenta una gran libertad y flexibilidad de tal forma que se permite crear rápidamente y sin costosas formalidades sociedades simplemente domiciliadas, pero que en realidad no tienen allí su sede, y que no ejercen allí actividad comercial alguna.

A estas sociedades se les denomina “sociedad buzón” (*letter box company*) o bien sociedades ficticias (*sham corporation*) dado que este tipo de sociedades no tienen ni medios de gestión ni actividad económica alguna.

Estas sociedades permiten fijar los beneficios en un país refugio donde son utilizadas como sociedades base o pantalla a fin de dificultar el control fiscal

y aumentando el número de eslabones de la cadena de manera que impidan o que trasladen al futuro el gravamen de las rentas y beneficios .

La ausencia de un régimen de Control de Cambios es algo muy importante a tener en cuenta en los paraísos fiscales. En muchos países hay un doble sistema de control de cambios según se refiere a un residente o a un no residente, o que se trate en moneda nacional o de divisas extranjeras. En general, podemos afirmar que los residentes son sometidos al control de cambios y los no residentes sólo son sometidos cuando realicen operaciones con moneda nacional.

La ausencia de un régimen de control de cambios tiene por objeto el facilitar el uso de los paraísos fiscales por personas que quieren allí establecer entidades refugio para efectuar operaciones en el extranjero. Una sociedad constituida en paraísos fiscales como no residente y cuya actividad se sitúa normalmente en el exterior no suele tener regulación restrictiva del control de cambios.

Dentro de la legislación financiera y fiscal atrayente suele existir una cierta agresividad por el país de destino a la hora de capacitación de capitales y de organizar una verdadera promoción de las virtudes y ventajas económicas, financieras o fiscales.

c) Estabilidad política y económica

Un Paraíso Fiscal es un Estado o un territorio en el que la estructura política es sólida o no puede existir. Este es un punto muy importante de caracterización del Paraíso Fiscal, dado que si el futuro de los capitales transferidos es incierto y si el país está política, económica o socialmente inestable, las ventajas fiscales serán simplemente ilusorias , ya que ningún inversionista podrá tener la seguridad real de mantener sus riqueza en estos territorios.

También es importante, en otro orden de ideas que el país sea fácilmente accesible en cuanto al territorio, para lo cual deberá contar con un adecuado sistema de comunicaciones, dado que la comunicación y la información son fundamentales en el mundo actual. Así pues son fundamentales las comunicaciones aéreas o marítimas, los servicios postales, telefónicos, fax, etc., lo cual es fundamental en el campo de transacciones bancarias.

En el plano económico, y como anteriormente ya se ha mencionado, el país o territorio que se considera un Paraíso Fiscal tiene que tener una moneda fuerte en base a la estabilidad y además, debe contar con una organización financiera y bancaria acorde con las necesidades del mercado internacional.

Podemos señalar que resulta evidente la conveniencia de una red bancaria desarrollada y confiable que ofrezca los servicios de especialistas financieros y de profesionales altamente especializados para confirmar el entorno de un Paraíso Fiscal, dado que las estructuras de servicios son esenciales. Como ejemplo podemos destacar que el desarrollo experimentado desde 1970 por las islas de Jersey y Guernsey, se debe en gran parte al hecho de la implantación de los bancos americanos y europeos más importantes en estos territorios, con vistas a la Planificación Fiscal (tax planning).

Los paraísos fiscales tienden a dar al sector bancario un lugar importante y la mayor parte de ellos emprenden una política de incentivos de actividades bancarias off shore, que responden a la actividad bancaria del residente y del no residente. Generalmente la actividad del no residente no está sometida al cumplimiento de determinadas obligaciones, como la constitución de reservas, beneficio de un régimen fiscal más ligero, y no está sometida al control de cambios u otro tipo de controles, beneficiándose el secreto bancario y la alta confidencialidad de las operaciones económicas.

La prosperidad de los paraísos fiscales está fundada en gran parte en la presencia de bancos extranjeros cuyas actividades proporcionan ingresos a estos territorios. El Paraíso Fiscal beneficia en cierta medida a la

contratación de personal local y compra o alquiler de instalaciones locales. Las actividades financieras crean por otra parte una infraestructura que puede servir también a actividades lícitas así como a operaciones fraudulentas.

Sin embargo, todas estas características genéricas cuando acudimos al caso concreto, para saber si estamos o no ante paraísos fiscales no brindan una ayuda relevante, ya que de hecho los países más agresivos desde el punto de vista fiscal han intentado ampliar la definición de “Paraíso Fiscal” incluyendo centros que no entrarían en la típica definición, como pueden ser los típicos centros de colocación, de sociedades intermedias como Holanda o incluso en la actualidad Austria, o cualquier país de la Comunidad Europea respecto a las operaciones de intermediación.

II.5. Clasificación de los paraísos fiscales

En virtud a las características estudiadas sobre los paraísos fiscales, debemos analizar que existen distintas clasificaciones de éstos, atendiendo a sus beneficios, ventajas y promociones de determinadas y convenientes figuras jurídicas.

Otra clasificación tradicional de los paraísos fiscales ha sido la que distingue sus beneficios según sean para personas físicas o jurídicas. Al respecto, debemos señalar que existen paraísos fiscales que dan preferencia a la presencia de personas físicas o naturales, mientras que otros prefieren acoger a las personas jurídicas o empresas, elaborándose para ello toda una serie de dispositivos de índole legal que permite acoger la inversión o la llegada de capitales.

II.5.1. Según las ventajas particularmente ofrecidas

a) Los denominados “Zero Havens”, los cuales son países o territorios en los que no existe imposición de las rentas ni plusvalías de capital.

Por ejemplo: Bahamas, Bahrein, Bermudas, Islas Caimán, Vanuatu, Nauru, Saint-Vincent, Islas Turk y Caicos, Mónaco.

b) Países en los que el impuesto sobre las rentas o beneficios se establece tomando en consideración la base territorial. Es decir, se eximen las operaciones realizadas fuera del territorio.

Este sería el caso de Costa Rica, Hong Kong, Liberia, Malasia, Filipinas, Panamá o Gran Bretaña para las sociedades no residentes, como lo estudiaremos en su momento.

c) Los países o territorios con tipos impositivos muy bajos o reducidos. Se entiende en estos casos, para operaciones off shore o correspondientes a operaciones realizadas fuera del territorio por no residentes.

Algunos ejemplos serían: Liechtenstein, Suiza, Islas Vírgenes Británicas o Islas del Canal (Jersey Guernsey), Irlanda y las Antillas holandesas.

d) Países o territorios con ventajas específicas a las Sociedades Holdings o a las sociedades off shore.

Ejemplo de ello sería el caso de Luxemburgo, Holanda o Singapur.

e) Países o territorios que ofrecen exenciones fiscales a las industrias creadas para desarrollar la exportación. Como por ejemplo, Irlanda.

f) Países o territorios que ofrecen ventajas específicas y diversas. Por ejemplo, Antigua, Anguila, Barbados, Granada y Jamaica.

Puede observarse que en esta clasificación se toman en cuenta no sólo los clásicos paraísos fiscales sino también otros de “tributación atenuada” lo que nos lleva a la discusión de fijar los límites reales de un Paraíso Fiscal, lo cual presenta gran dificultad para determinarse.

Sobre los llamados “paraísos fiscales Secundarios” debe tenerse en cuenta que en esta clasificación se pueden agrupar a una gran cantidad de países a los que podrían llamarse de fiscalidad normal, ya que pueden convertirse para determinados operadores y para determinadas operaciones en paraísos fiscales, como por ejemplo, Francia, Estados Unidos, Bélgica, Canadá, que si bien en principio son países de rigurosa y alta fiscalidad pueden en algún momento ser atractivos para los operadores concedores de las finanzas y de la fiscalidad internacional.

II.5.2. Convenientes para Personas físicas

Aunque esta clasificación a veces no sea de gran relevancia, puesto que frecuentemente los paraísos fiscales lo son tanto para personas físicas o jurídicas, tenemos que destacar que los paraísos fiscales de personas físicas son escogidos por éstas para fijar su residencia ya sea real o no, continua o discontinua con el fin de obtener mediante el domicilio fiscal, los beneficios inherentes a su situación personal.

Ante esa situación, a un Paraíso Fiscal de ese tipo se le van a exigir por parte del interesado unas características de habitualidad que no se requieren de aquellos paraísos fiscales en los que no se precisa su estancia o que incluso no deberá visitar jamás para obtener los beneficios buscados.

Por ello, a las características antes mencionadas que tienen genéricamente los paraísos fiscales tenemos que añadir, el factor climático, la situación geográfica, las facilidades de comunicación, el costo del transporte, la infraestructura de habitualidad, etc. todas estas características hacen que no sea muy abundante el número de paraísos fiscales para personas físicas.

El ciudadano que trata de encontrar un Paraíso Fiscal para residir en él, espera encontrar un país en el que la imposición sea nula o poco elevada en el impuesto sobre las rentas, sobre las ganancias de capital, y sucesiones o bien buscan un sistema fiscal que aunque grave las rentas sobre las ganancias de capital obtenidas en el territorio de aplicación del impuesto,

exoneran los obtenidos en el extranjero; éste sería el caso de países que exoneran determinada categoría de contribuyentes, como por ejemplo, las pensiones en Costa Rica, en Chipre o Panamá, la exoneración a escritores y artistas en Irlanda, etc. También puede ocurrir que existan países con beneficios para determinadas categorías de rentas o de ganancias de capital, o se beneficien de tipos de gravamen bajos o incluso no se someten en absoluto a imposición. Por último, es importante resaltar que los paraísos fiscales que tienen establecidos convenios con países de elevada imposición, y que mediante estos tratados se va a permitir al contribuyente beneficiarse de reducciones más o menos importantes sobre los impuestos en los países donde han sido producidas o distribuidas determinadas rentas.

Existen pocos paraísos fiscales donde puedan fijar su residencia las personas físicas, podríamos citar a título de ejemplo a: Andorra, Mónaco, Campione, las Bahamas o incluso Gibraltar, dada la proximidad de lugares que si bien no tiene una fiscalidad tan favorable por su proximidad pueden permitir el conjugar una Paraíso Fiscal para la administración de bienes y un lugar con clima adecuado y con condiciones que permitan un alto nivel de calidad de vida donde fijar la residencia, aunque no sea de derecho sino de hecho, nos referiremos a Gibraltar y España.

II.5.3. Convenientes para Personas Jurídicas

Estos territorios son mucho más numerosos que en el caso de las personas físicas. Tanto para las sociedades que existan en el país de origen como para las personas físicas suele ser sencillo establecer contactos, adquirir o formar instituciones jurídicas en los paraísos fiscales sin necesidad de desplazarse personalmente a ellos. Incluso está previsto en determinadas legislaciones la posibilidad de designar un administrador titular que va a representar a los interesados con plenos poderes.

Por otra parte, existe en estos territorios una auténtica red de profesionales, asesores, sociedades fiduciarias y banqueros locales, conectados con grupos u organizaciones internacionales que aseguran el buen

funcionamiento de las estructuras creadas y operaciones tramitadas por su medición.

Además, existen determinados países que intentan ayudar su propia economía atrayendo a numerosas sociedades empresariales, pero no a las personas físicas ligadas a ella, con el fin de que el posible beneficio de la intermediación quede en los propios agentes locales. Otros países, como por ejemplo Holanda, han aceptado tradicionalmente la creación de sociedades holding siempre y cuando se creara la estructura básica en el país, lo que a la larga ha originado el establecimiento de órganos de decisión y de empresas locales, que han ayudado a que estén domiciliados en los Países Bajos grupos importantes de multinacionales.

Podemos citar a título de ejemplo a Panamá, Hong Kong, Las Islas del Canal, Liechtenstein y las Islas Vírgenes Británicas, Jersey, Nauru.

II.5.4. Paraísos fiscales “Mixtos”

Como podemos observar, muchos de los territorios denominados paraísos fiscales cumplen tanto características que benefician a las personas físicas como a las personas jurídicas, por ello, es que se les denomina paraísos fiscales “Mixtos”, puesto que pueden acoger tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas, brindándoles los mayores beneficios y alta rentabilidad en base a una mínima o nula imposición tributaria acompañada de una altísima confidencialidad financiera, sobre la base de una estabilidad política y económica garantizada. Tal es el caso, por ejemplo, de los siguientes territorios:

Bahamas: Archipiélago que Agrupa a cerca de 700 islas en el Océano Atlántico, entre el sudeste de la Florida y Haití.

Islas Caimán: Situadas aproximadamente a 600 Km. Al sur de Miami y a 300 Km. al noroeste de Jamaica.

II.6. Los paraísos fiscales y las Jurisdicciones de baja Tributación

Aunque la línea fronteriza entre ambos es difícil de delimitar en muchos casos, se distinguen fundamentalmente en la consistencia de sus sistemas jurídico – fiscales y en la tributación efectiva final a la que un contribuyente es sometido en uno y otro caso:

Estas jurisdicciones de baja tributación presentan características propias, las cuales mencionamos a continuación:

Suele tratarse de países económicamente desarrollados y de larga tradición jurídica, dotados de un sistema legal perfeccionado y gestionados por una Administración muy eficaz.

Su condición de país de baja tributación viene normalmente motivada por la conveniencia de atraer el capital extranjero, generalmente de los países de su misma área geográfica, utilizando una política de dumping fiscal.

El tratamiento fiscal favorable suele reducirse a actividades u operaciones concretas que sirven de reclamo.

En muchas ocasiones están amparadas en el Derecho Internacional Tributario a través de acuerdos multinacionales o bilaterales, por lo que la protección frente a estas políticas fiscales suele resultar más difícil que las que desarrollan los paraísos fiscales tradicionales.

Al respecto, cabe señalar que todas estas características ponen de relieve dos importantes consideraciones:

1. En los últimos años han proliferado las estructuras financieras que utilizan las jurisdicciones de baja tributación, al estar dotadas de mayor seguridad jurídica, eficiencia fiscal y consistencia que las que los países industrializados de legislaciones anti-paraíso fiscal ha acelerado este proceso.

2. Los Estados más desarrollados encuentran dificultades para combatir estas prácticas, optando en muchos casos por compartirlas utilizando fórmulas semejantes con el fin de eliminar o, al menos, enervar sus efectos. Igualmente son también mayores las dificultades que encuentran en su detección, al estar amparadas en la apariencia y en la confianza.

CAPÍTULO III

UTILIZACIÓN DE LOS PARAÍDOS FISCALES Y MEDIDAS ANTI PARAÍDOS FISCALES

III. 1. Mecanismos de utilización de los paraísos fiscales

Los objetivos de los mecanismos de utilización de los paraísos fiscales pueden resumirse en los siguientes puntos:

- (i) El uso por los propios residentes del país, de las operaciones internacionales, a fin de minimizar los impuestos y el coste fiscal.
 - a) Los esquemas circulares de inversión.
 - b) Acumulación de rentas, generalmente de capital, con el fin de posponer e gravamen por la legislación fiscal.
 - c) La recalificación de rentas.

- (ii) La utilización de esquemas internacionales basados en la cobertura que brindan los paraísos fiscales para erosionar la base imponible de entidades de titularidad extranjera.

- (iii) La posibilidad de eludir por parte de un no residente las retenciones (withholdingtax) o el impuesto paralelo que debe pagar el no residente por los rendimientos obtenidos en un país.

Como ya se concluyó previamente en el capítulo preliminar, el Planeamiento Tributario, o también denominado como Planificación Fiscal, es una actividad perfectamente lícita en la medida que consista en aprovechar las estructuras fiscales más económicas, mediante alternativas que permitan reducir la carga tributaria de cualquier inversión, ya que en la Planificación Fiscal se aprovechan los caminos legales a fin de optimizar los costes fiscales jugando un papel fundamental la competencia fiscal que determinadas Administraciones

tributarias ejercen en aras de capturar un mayor número posible de inversiones¹.

De este modo, la utilización de los paraísos fiscales siempre que se incluyan en la configuración de estructuras simples o complejas para un planeamiento tributario legal obteniendo el ahorro fiscal, es lícita incluso cuando los motivos de la constitución de dichas estructuras sean empresariales o meramente instrumentales, lográndose el objetivo primordial del ahorro fiscal por parte de la empresa sin caer en el ámbito de la elusión fiscal, y mucho menos en la evasión fiscal, supuesto distintos a las operaciones embarcadas dentro del ámbito del planeamiento tributario.

Además, resulta importante destacar que para entender el uso de los paraísos fiscales, se debe partir del principio básico que establece que si existen paraísos fiscales y no hay normas anti-elusivas en la legislación vigente, el mercado obliga a usarlos por motivos de ahorro fiscal, sino la empresa se perjudica, ya que pierde competitividad. Pero, incluso en el caso que existiese una legislación anti paraísos fiscales, en la medida en que se tenga en cuenta las consecuencias de la aplicación estas normas, es perfectamente lícito el planeamiento tributario que involucre a los paraísos fiscales.

Con el propósito de evitar elusiones o evasiones de carácter tributario y para proteger la recaudación por los ingresos que se generen en paraísos fiscales, y en virtud de que no se cuenta con acuerdos para el intercambio de información o convenios para evitar la doble tributación, ya que los países que se consideran dentro de los supuestos de estos paraísos fiscales se mantienen al margen de los instrumentos de carácter internacional, las autoridades fiscales deben buscar mecanismos alternos que permitan el control de las operaciones que se lleven a cabo en dichos países, a través de normas de carácter interno²

¹ BARNADAS, Francesc. "Tributación de no residentes y Fiscalidad Internacional". Ediciones Gestión 2000. Segunda Edición. Barcelona, España. 1997. Pág., 288.

² BETTINGER BARROS, Herbert. "Paraísos Fiscales". Primera edición. Enero, 1997. México D.F. Pág. 23.

De allí que deberán ser los propios Estados afectados – por la pérdida de recaudación que les suponga – quienes deban adoptar las medidas pertinentes para evitar el abuso de dichas estructuras, a menudo ficticias, y proteger o incentivar aquéllas que tengan como objeto el desarrollo de una verdadera actividad empresarial³.

Los motivos que alientan la utilización de las estructuras de los paraísos fiscales, de manera general, se pueden tener en cuenta a los siguientes:

1. Protección patrimonial
2. Diversificación de Inversiones
3. Ahorros Tributarios

Respecto al tercer motivo identificado, el ahorro tributario, podemos referirnos a cuatro modos de utilización de los Paraísos Fiscales a fin de lograr las mayores ventajas que pueden ofrecer estos territorios:

- i. Sociedades base (Base companies)
- ii. Sociedades instrumentales (Conduictcompanies)
- iii. Sociedades de prestaciones de servicios
- iv. Sociedades de domicilio

III.1.1. Sociedades Base

Otro de los mecanismos de uso de los paraísos fiscales que permite poner a buen recaudo los bienes o rentas de las autoridades fiscales de un país de elevada imposición es la utilización de sociedades base.

III.1.1.1. Definición de las sociedades base

Estas sociedades son llamadas también “sociedades pantalla”, se trata de sociedades establecidas en Paraísos Fiscales o países que ofrecen

³ GILDEMEISTER BARRIOS, RUIZ-HUIDOBRO, Alfredo. “Planificación Fiscal Internacional”. En: Revista Análisis Tributario. Lima, Perú. Julio.2003. Pág. 64.

determinadas ventajas fiscales para eludir el impuesto sobre la renta del país en que reside el receptor. Este último país reconoce la personalidad jurídica de la sociedad base y permite que el beneficio escape, al menos momentáneamente, de su soberanía fiscal⁴.

Cabe señalar que las sociedades base buscan el diferimiento del pago de los impuestos debidos en el Estado de residencia del contribuyente. Por ello, la sociedad base domiciliada en un paraíso fiscal recibe las rentas correspondientes al contribuyente, con lo que hasta que no se distribuyan como dividendos al contribuyente no se devenga el impuesto en el país de su residencia.

Como el beneficio obtenido por la sociedad base debe tributar en el Estado de residencia del receptor cuando se reparta dicho beneficio, técnicamente mediante las sociedades base solo se obtiene el diferimiento del pago del impuesto. Sin embargo, este diferimiento cobra relevancia al verificarse en un periodo prolongado por el que en términos prácticos se asimilaría a una operación elusiva del impuesto.

Al margen de los aspectos fiscales, la principal función de una sociedad base es la de preservar la agilidad de financiación de operaciones internacionales evitando las limitaciones y procedimientos onerosos impuestos por la legislación del país de residencia (por ejemplo, control de cambios o sistema de autorización)⁵.

Esquema de Sociedades Base

⁴ VILLEGAS, Héctor B. "Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario". Octava Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2002. Pág. 647.

⁵ MARTINEZ SELVA, José M. "Los Paraísos Perdidos. Banca Offshore: Fiscalidad y Servicios Bancarios en el Exterior". Op. cit. Pág. 91.

NORMA ANTI-PARAISOS FISCALES

Sociedades Base



III.1.1.2. Formas de utilización de las sociedades base

Ahora bien, para optimizar al máximo este dispositivo se suele acudir a diversos mecanismos que eviten la tributación de los beneficios en Estado de residencia original de los contribuyentes; por ejemplo, reinvertir los beneficios de un país distinto de la residencia del inversor, transformar el beneficio en un préstamo al inversor, en rendimientos del trabajo o en ganancias del capital o, finalmente algún sistema para exonerar los dividendos.

Una estrategia particularmente extendida consiste en establecer una sociedad base en un paraíso fiscal bien adaptado a sus fines. Desde un punto de vista fiscal la principal función de una sociedad pantalla es de recibir rentas que sin su existencia serían percibidas directamente por el contribuyente y de poner estas rentas bajo la imposición de los países donde reside.

Inicialmente, las rentas están protegidas de la imposición en el país de residencia del contribuyente porque la sociedad pantalla está constituida como una entidad dotada de personalidad jurídica propia y reconocida como tal en el país de su domicilio fiscal. Siendo transferida a la sociedad base, la renta

escapa a la imposición mundial a la que el contribuyente está normalmente sujeto en su país de residencia.

Aunque la renta pueda ser gravada normalmente bajo la forma de retención en la fuente, en el país de origen; si este último aplica un sistema de imposición territorial, esta imposición, por un cierto número de razones, como puede ser la aplicación de una convención fiscal puede ser nula o muy favorable, por lo que puede ser obtenida una importante economía de impuesto

III.1.1.3. Ventajas de la utilización de las sociedades base

La ventaja fiscal fundamental es que por mucho tiempo los rendimientos puestos al bajo la imposición del paraíso fiscal no son distribuidos, concretándose así el diferimiento del pago del impuesto. Desde la perspectiva del contribuyente, es común considerar que tan sólo se trata de un diferimiento del impuesto. Sin embargo, las autoridades fiscales pueden considerar que esta ventaja no está justificada puesto que se utiliza a la sociedad base para desviar rentas del país de residencia del contribuyente o para bloquear en el extranjero rentas que habrían sido recibidas directamente por el contribuyente. Además el contribuyente puede evitar que la sociedad pantalla redistribuya las rentas prolongando así a medio o largo plazo el impuesto diferido.

Las rentas transferidas a una sociedad base y sobre la que el contribuyente tiene derechos puede escapar a la imposición gracias a un mecanismo de protección al que algunos llaman de “segundo grado”. Este resultado se consigue modificando la calificación del rendimiento para beneficiarse de las exenciones previstas en los convenios fiscales y por disposiciones internas del país de residencia del contribuyente, o utilizando diversas técnicas.

III.1.1.4. Los mecanismos de disimulación de segundo grado

Entre los mecanismos de disimulación de segundo grado o secundarios que permiten evitar la imposición de rentas distribuidas por la sociedad base al beneficiario bajo la forma de dividendos. Estas podrían ser:

- Reinversiones en el extranjero de cantidades de dinero que están en un paraíso fiscal de tal manera que no pasen por el país donde tiene su residencia el interesado.
- Utilización de estas cantidades de dinero para préstamos al accionariado.
- Disolución de la sociedad o cesión de la participación y realización de la plusvalía imponible a un tipo de gravamen reducido o bien que sea una operación exonerada.
- Distribución bajo la forma de dividendos beneficiándose del régimen de sociedades matrices y filiales.

Por último, debemos mencionar que las rentas percibidas por la sociedad base, pueden tener su origen en el país donde están domiciliadas, en terceros países, o en el propio país de residencia del accionista -beneficiario. En los dos primeros casos existirá desde el punto de vista del país de residencia del accionista – beneficiario, diferimiento del impuesto por obligación personal correspondiente a rentas de fuente extranjera.

En el último supuesto (rentas de fuente del país de residencia del accionista – beneficiario) puede existir y normalmente existirá elusión del impuesto a rentas de fuente nacional; en este caso para articular la elusión será necesario, o bien la utilización de un Convenio de Doble Imposición⁶(donde se prevea la

⁶ La esencia de los Convenios para evitar la Doble Imposición, como sistemas de eliminación de la doble imposición internacional radica en el pacto de mutua cesión de soberanía fiscal que los Estados contratantes realizan con dicho objeto. ES precisamente en la estabilidad y posibilidades que abre esta transacción en la que reside una de las diferencias cualitativas entre las medidas unilaterales y las concertadas de resolución de este fenómeno. Ello obedece a que, aunque estas últimas operen sobre el mismo consenso internacional en la materia y sobre los mismos principios técnicos, el pacto internacional permite tanto modular el reparto del poder tributario entre los Estados implicados de la forma más adecuada a cada caso concreto, como introducir soluciones técnicas o mecanismos de resolución de este problema más depurados o acabados y que únicamente pueden articularse a través de estos sistemas de coordinación de soberanías fiscales. Así, por lo que se refiere al reparto internacional del poder tributario que los Convenios para evitar la Doble Tributación Internacional establecen, cabe señalar que éstos, en tanto en cuanto pivotan que el principio de reciprocidad y mutua cesión, permiten modular los principios universalmente aceptados de prioridad del gravamen del

exención de las rentas en cuestión en el país de la fuente, por ejemplo intereses, incrementos de patrimonio, etc.), o bien la utilización de alguna particularidad o “laguna” de la legislación de no residentes del país de no residentes del país de residencia (por ejemplo, el no gravamen de inmuebles detentados por sociedades no residentes, el no gravamen de intereses satisfechos a no residentes, etc.).

En los supuestos en que únicamente exista diferimiento del impuesto del país de residencia este diferimiento puede transformarse en elusión si en el momento de redistribución de las rentas (dividendos) éstas se “recharacterizan” de forma que se evite su tributación en el país de residencia (por ejemplo, mediante la forma de un préstamo al accionista – beneficiario).

III.1.2. Sociedades Instrumentales

Cuando se habla, en Derecho Tributario Internacional de sociedades instrumentales, generalmente se está haciendo referencia al fenómeno del abuso o uso indebido de los Convenios para evitar la doble imposición.

III.1.2.1. Definición de las sociedades instrumentales

Son llamadas también “*sociedades conductoras o de enlace*”, reciben esta denominación porque suelen servir de intermediarias entre la sociedad residente en un país que tiene significativa tributación y las sociedades base domiciliadas en paraísos fiscales⁷.

Las sociedades instrumentales constituyen una forma básica de abuso de los Tratados para evitar la Doble Imposición. Por esta estrategia, una compañía residente en el país A recibe intereses, dividendos o regalías procedentes del

Estado de la fuente y derecho residual del Estado de residencia, de manera que dicha concepción lineal se flexibiliza atendiendo a diferentes criterios y factores como la mayor o menor conexión económica con cada Estado, el grado de desarrollo, necesidades o intereses prioritarios de éstos, estableciendo, a partes implicadas. En: CALDERÓN CARRERO, José Manuel. “La Doble Imposición Internacional en los Convenios de Doble Imposición y en la Unión Europea”. Editorial Aranzadi.1997. Pág. 58.

⁷VILLEGAS, Héctor B. “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario”. Octava Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2002. Pág. 647.

país B, sin retención o bajo una imposición reducida por aplicación del convenio entre ambos países. La compañía referida está dominada por una persona o entidad residente en el país C, que no tiene convenio con B pero sí con A. La renta obtenida por la compañía está exenta, y, adicionalmente, a causa del convenio entre A y C los dividendos que la misma distribuya no sufren retención. Se trata de una estrategia triangular que tiene por propósito evitar o reducir las retenciones respecto de las rentas distribuidas por la entidad residente en B.

Su creación se justifica porque la mayoría de los denominados paraísos fiscales no cuentan con convenios y, en caso de que existan, las legislaciones internas de los países suelen tener medidas normativas que excluyen de determinadas normas o beneficios a las personas físicas o jurídicas domiciliadas en esos paraísos fiscales. La sociedad de enlace se domicilia en un país que tiene convenio de doble imposición, pero que carece de armas legales para evitar estas operaciones.

Las operaciones más comunes utilizadas por este tipo de sociedades son la intermediación en el uso de intangibles, la intermediación financiera o la realización de operaciones a través de sociedades holding⁸. (OK)

Son sociedades de intermediación, su utilización permite al contribuyente residente en un Estado, hacer desviar por vía de un paraíso fiscal, el flujo de renta que proceda de un tercer país a fin de beneficiarse de un régimen fiscal más favorable en los países donde los rendimientos tienen su origen. La ventaja fiscal se busca en los países del origen de las rentas y no en el de la residencia del interesado.

Estas sociedades instrumentales se crean con la finalidad de eludir impuestos en el país fuente de las rentas. Actuando como sociedades intermediarias, se constituyen en un país que tenga suscrito convenio con el país de origen de las rentas, para remitir las mismas al beneficiario o accionista residente de un país con el que el Estado fuente no tenga convenio.

⁸ Debemos entender por Holdings a las compañías cuyo capital son acciones de otras compañías.

Para que la operación sea rentable se precisa que el país, donde se localice la sociedad, no grave las rentas percibidas; lo que se consigue domiciliándola no solamente en un paraíso fiscal, sino también en un país que exonere, bien por ley nacional, bien por convenio, determinadas rentas de fuente extranjera (por ejemplo, dividendos procedentes de participaciones importantes, “*privilegio de afiliación*”).

Como hemos dicho, no es necesario que la sociedad instrumental, al contrario que la sociedad base, esté ubicada en un paraíso fiscal, o en un país que exonere rentas determinadas de fuente extranjera, la sociedad instrumental puede estar domiciliada en un país de fuerte imposición que no otorgue ningún beneficio especial a las rentas de fuente extranjera, siempre que se haga una utilización indirecta de la sociedad instrumental (*sleeping stonemethod*).

III.1.2.2. Características de las sociedades instrumentales

Tal es el caso de una sociedad domiciliada en un paraíso fiscal, que quiere colocar fondos en forma de préstamo en un país con el que no tiene suscrito convenio de doble imposición; para evitar la imposición de intereses en dicho país, crea una filial (sociedad instrumental) en un tercer país a la que presta los fondos, para que a su vez preste dichos fondos al prestatario efectivo, las características que ha de reunir el país el país donde se establece la filial instrumental por:

1. Tener Convenio suscrito con el país de residencia del prestatario efectivo en el que se prevé la exención de intereses en la fuente (los intereses satisfechos por el prestatario a la filial instrumental).
2. No gravar los intereses no satisfechos a los no residentes (los intereses pagados por la filial a su matriz); en estos casos aun cuando el país de domicilio de la filial instrumental grave los intereses percibidos por la misma en el impuesto sobre sociedades a un tipo normal, en la práctica, la base imponible por tal concepto desaparecerá o tenderá a cero por la deducción como gasto de los intereses que ha de pagar su matriz (prestamista efectivo).

Por la estrategia de las sociedades instrumentales, una compañía residente en el país A recibe intereses, dividendos o regalías procedentes del país B, sin retención o bajo una imposición reducida por aplicación del convenio entre ambos países. La compañía referida está dominada por una persona o entidad residente en el país C, que no tiene convenio con B pero sí con A.

III.1.2.3. El Treaty Shopping

La creación de sociedades instrumentales tiene por objeto beneficiarse de un régimen fiscal ventajoso o de una Convención Fiscal favorable. Es por ello que se habla entonces de la figura conocida como el “*Treaty Shopping*”⁹, es decir, es una estrategia en la que los eslabones de la cadena son implantados en los Estados que ofrecen las máximas ventajas por la vía de las convenciones, en estos casos no se trata de Paraísos Fiscales en general, salvo de sociedades instrumentales o de la ruta antillana entre los Países Bajos y las Antillas Holandesas, por ejemplo, resultantes de la convención fiscal entre estos dos países.

La expresión Treaty Shopping tiene su origen en Estados Unidos. Está relacionado con el término forum shopping que es usado en el procedimiento civil de ese país. Se produce cuando el imputado busca llevar su caso a una

⁹ El *treaty shopping* es la creación de figuras jurídicas fictas con la finalidad de que las normas de un Convenio para evitar la Doble Imposición sean utilizadas por quien no le corresponde; es decir, es el uso de un Convenio para evitar la Doble Imposición por personas que el tratado no ha designado como beneficiarios. El término *treaty shopping* significa “compra de un tratado”, o mejor dicho, la compra de los beneficios que otorga el mismo. Ello implica la constitución de una, a veces simple (basta constituir una sola) y a veces compleja, red de sociedades, que puedan vincularse jurídicamente (criterio de residencia) con un Estado miembro de un Convenio para evitar la Doble Imposición Internacional y de esta forma verse inmersas en el campo de aplicación de este tratado. ALESSI, Verónica. “Treaty Shopping – Abuso a los Convenios Internacionales”. Boletín de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales. Buenos Aires, Argentina. Febrero, 2003. Pág. 1.

Asimismo, conviene citar la definición de esta figura que realiza Tulio Rosembuj: “El *treaty shopping* indica el uso de un convenio de doble imposición por parte de una persona jurídica, física, o sujeto de derecho que, con propiedad, carece de legitimidad para hacerlo. El uso impropio de un tratado consiste en la situación que se produce cuando un residente de un tercer Estado que no es parte contratante establece una persona jurídica o entidad dentro de uno de los Estados contratantes del Tratado, en orden a obtener ventajas de sus previsiones”. ROSEMBUJ, Tulio. “Fiscalidad Internacional”. Primera Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. 1998. Pág. 111.

jurisdicción donde espera obtener un resultado más favorable¹⁰. Cabe resaltar que el Treaty Shopping o “Abuso de Tratados”, consiste en el ingreso abusivo que un intruso realiza dentro de un convenio de doble imposición, al que es extraño¹¹.

De la misma manera, en el ámbito tributario, un contribuyente “compra” los beneficios de un tratado que normalmente le corresponderían. Para tal fin, generalmente el contribuyente interpone una sociedad en un país que tiene una ventaja por la firma de un convenio¹².

Por ejemplo, dos países resuelven solucionar sus problemas de doble imposición. Mediante ese instrumento ambos realizan concesiones recíprocas y otorgan una serie de beneficios para los residentes de los Estados signatarios.

Tal circunstancia es aprovechada por una persona física o jurídica residente en un tercer Estado que nada tiene que ver con el tratado.

Si este residente del tercer Estado obtiene rentas en uno de los países firmantes del convenio de doble imposición, que las somete a gravamen aplicando el principio de la fuente, puede utilizar el convenio entre dicho país con otro que aplique el principio de la residencia, cuando el primero (aplicador del principio de la fuente) no grava, o lo hace a un tipo reducido, la renta obtenido por los residentes del segundo país.

En esta figura, el intruso constituye una sociedad en ese segundo país, ante la cual, si la transferencia de renta entre ese segundo país y aquel al que pertenece el intruso lleva consigo un mínimo costo fiscal, se habrá trasladado intruso la pesada renta desde el país que grava la fuente a un tercer país extraño al tratado por una entidad ficticiamente instalada en el segundo país, lo

¹⁰ ALESSI, Verónica. “TreatyShopping – Abuso a los Convenios Internacionales”. En: Boletín de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales. Buenos Aires, Argentina. Febrero de 2006. [Http:// www.aef.org.ar/doctrina](http://www.aef.org.ar/doctrina)

¹¹ LLOSA SALDAÑA, Carlos A. “Uso abusivo de los Convenios para evitar la Doble Imposición”. En: Revista Análisis Tributario. Edición Especial de Tributación Internacional. Julio, 2003. Pág. 67. En <http://www.aele.com/sites/default/files/archivos/anatrib/03.07_AT_1.pdf>

¹² LLOSA SALDAÑA, Carlos A. “Uso abusivo de los Convenios para evitar la Doble Imposición”. En: Revista Análisis Tributario. Edición Especial de Tributación Internacional. Julio, 2003. Pág. 67. En <http://www.aele.com/sites/default/files/archivos/anatrib/03.07_AT_1.pdf>

cual importa una utilización abusiva del convenio firmado entre dos Estados a los que la entidad intrusa es ajena¹³.

Resulta claro que estamos frente a una práctica elusiva que va en contra de los propósitos de los convenios, ya que las concesiones establecidas en un convenio de doble imposición están dirigidas a beneficiar recíprocamente a los residentes de ambos Estados contratantes, no previéndose su extensión a residentes de terceros países.

III.1.2.4. Consecuencias del Treaty Shopping

La OCDE, en su informe de 1987, reconocía tres efectos perniciosos que se derivarían de la utilización incorrecta de un convenio, o del abuso de éstos¹⁴:

- 1) Al extenderse los beneficios de un convenio a residentes de un tercer Estado, el principio de reciprocidad se rompe y se altera el equilibrio de sacrificios en que incurren los Estados negociadores del tratado.
- 2) La renta que fluye internacionalmente de un país a otro puede verse libre de impuestos. Esta situación es contraria a la propia naturaleza de los convenios que garantizan la concesión de los beneficios del tratado a la renta procedente de un país, sobre la base de que, salvo en especiales circunstancias, va a ser gravada en el otro Estado.
- 3) El Estado de residencia del inversor último se verá desincentivado a firmar un convenio con el Estado fuente de las rentas, al poder disfrutar indirectamente sus residentes de los beneficios del tratado otorgado por dicho Estado fuente, sin necesidad de conceder beneficios recíprocos.

¹³ VILLEGAS, Héctor B. "Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario". Octava Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2002. Pág. 646.

¹⁴ "La evasión y el fraude fiscal internacional. Cuatro Estudios". En: Cuestiones de Fiscalidad Internacional. Num. 1, OCDE. Paris, Francia. 1987.

III.1.3. Sociedades de Servicios

III.1.3.1. Definición de sociedades de servicios

Estas sociedades normalmente están constituidas en los paraísos fiscales a fin de reducir los gastos de funcionamiento, escapar a ciertos controles y por supuesto, para lograr minimizar la carga fiscal. Pueden tener por objeto diversas prestaciones de servicios, amplios estudios técnicos, estrategias de marketing y publicidad, informática o de asistencia técnica.

El fraude o la evasión fiscal se efectúan básicamente por facturación de prestaciones enteramente ficticias o por una remuneración exagerada a los servicios prestados. Pueden tratarse de sociedades de gestión de patentes, de sociedades auxiliares de servicio, de sociedades cautivas, sociedades bancarias, de seguros, sociedades de mera facturación, de transporte internacional con pabellones de conveniencia, o bien sociedades de artistas o deportistas.

III.1.3.2. Sociedades cautivas de seguros

Como ejemplo de las sociedades de servicios encontramos a las “sociedades cautivas de seguros¹⁵” o también denominadas como aseguradoras cautivas y conocidas en inglés como *captive insurance companies*.

Estas sociedades se configuran cuando a una sociedad le resulta muy costoso satisfacer las primas de los contratos de seguridad y está situada en un país de alta tributación que no admite como gasto deducible las cantidades destinadas al autoseguro, por lo que puede constituir una sociedad en otro país que asegure a la primera.

En caso de que éste país sea un paraíso fiscal, los beneficios estarán exentos de tributación. Si existe limitación para evitar este mecanismo cuando la sociedad de seguros esté situada en un paraíso fiscal, bastaría constituir una

¹⁵VILLEGAS, Héctor B. “Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario”.Op. cit. Pág. 647.

sociedad de seguros en un país de alta tributación que, a su vez, obtiene un contrato de reaseguro con otra sociedad situada en un paraíso fiscal.

Así, en términos simples una aseguradora cautiva es una empresa de seguros que asegura al grupo empresarial al que pertenece y que también la controla.

Las principales ventajas de esta sociedad serían: la reducción de las primas de seguro, la cobertura de riesgos que no serían asegurables por terceros, control del esquema de seguros de la empresa que a su vez implicaría la estabilidad de las primas de seguro, etc.

Esquema de Sociedades Prestadoras de Servicios



III.1.4. Domicilio fiscal o domicilio de conveniencia

Las personas físicas o jurídicas con importante capacidad económica fijan su domicilio en paraísos fiscales o en países en los que de alguna manera se obtenga una apreciable rebaja de las obligaciones tributarias, aunque sigan

manteniendo la mayoría de sus lazos personales y actividades económicas en el país de origen. Por ello que las sociedades constituidas en estas jurisdicciones reciban la denominación de *sociedades de domicilio o residencia*.

Es así, que el primer uso de los paraísos fiscales que identificamos corresponde a una “emigración”, que en esencia tiene un carácter permanente, significando una fuga de sujetos obligados tributariamente y junto con ellos una base imponible que ostentaba una potencial recaudación.

III.1.4.1. Razón de su uso

Esta emigración en términos del domicilio fiscal responde al aprovechamiento de las ventajas ofrecidas por la definición legal de residencia fiscal en el país de residencia, optándose por el traslado total de la residencia al extranjero.

En ese sentido, la emigración total puede ser considerada como la liquidación total de todos los vínculos con el territorio de una determinada jurisdicción fiscal, pues no se emigra de un país a otro si este último no ofrece un entorno mejor o al menos tan bueno como el país que se deja¹⁶. No obstante, cabe precisar que la razón fundamental, más no única, del uso de los domicilios fiscales en paraísos fiscales es la no tributación en un territorio donde la imposición fiscal es elevada, cambiando así los vínculos con un territorio que permita el mayor ahorro tributario.

Ahora bien, la emigración al domicilio offshore puede darse no solo totalmente, sino bajo la modalidad del traslado no permanente, por un periodo extenso, de la residencia fiscal manteniéndose, como es de esperarse, vínculos significantes con el país de origen.

¹⁶ MARTÍNEZ SELVA, José M. “Los Paraísos Perdidos. Banca Offshore: Fiscalidad y Servicios Bancarios en el Exterior”. Primera Edición. Editorial Dostavat Internacional. Madrid, España. 1998. Pág. 80.

III.1.4.2. Función de las sociedades de domicilio

La principal función de estas sociedades es la de asumir la titularidad de la propiedad legal de las posesiones de un individuo o de una empresa.¹⁷

III.1.4.3. Formas de utilización

Un modo de utilización de los domicilios de los paraísos fiscales es el cambio artificial del domicilio fiscal que pueden efectuar tanto las personas naturales como jurídicas.

Por ejemplo, en el caso de las personas naturales, éstas pueden pretender haber transferido su residencia por un largo periodo de tiempo en un paraíso fiscal, incluso cuando ellos en la práctica hayan conservados lazos estrechos con su país de origen.

En el caso de las personas jurídicas existen dificultades particulares en la medida que la noción de residencia para estos sujetos resulta de difícil configuración de definición. Así, tenemos que si la residencia fiscal se basa en criterios de sede de dirección efectiva o administración central, cada uno de los criterios es de difícil comprobación como sucede con otros criterios.

Continuando con la revisión de los domicilios fiscales, es pertinente tomar en cuenta lo expuesto por José M. Martínez Selva¹⁸:

“Otra forma habitual de utilización es, por tanto, poner a nombre de una sociedad offshore propiedades tales como cuentas bancarias, inversiones, casas buques, automóviles, etc. Como norma general y considerando la seguridad, protección y transmisión de bienes, en igualdad de condiciones y

¹⁷ MARTINEZ SELVA, José M. “Los Paraísos Perdidos. Banca Offshore: Fiscalidad y Servicios Bancarios en el Exterior”

¹⁸ MARTÍNEZ SELVA, José M. “Los Paraísos Perdidos. Banca Offshore: Fiscalidad y Servicios Bancarios en el Exterior”. Primera edición. Editorial Dostavat Internacional. Madrid, España. 1998.

siempre que sea posible, es preferible que las propiedades estén a nombre de una sociedad y no a nombre de una persona.”

Tal y como lo señala Martínez Selva, el principio que habría detrás de ello sería el que un individuo no puede pagar impuestos de aquello que no posee ya que el propietario legal es una sociedad basada en otro país. De este modo, se obtendrían además una mayor protección y privacidad sobre las posesiones dado que sería mucho más difícil saber quién es el propietario o beneficiario final de la empresa que se encuentra registrada en el extranjero.

Asimismo, afirma que las sociedades domiciliarias se encuentran en territorios en el que se pagan muy pocos impuestos con la condición de que éstas no intervengan en el mercado interno de dicha jurisdicción por lo que no podrían realizar actividades comerciales dentro del territorio del paraíso fiscal.

El principio legal que se aplicaría en estos territorios con mayor frecuencia sería el derivado del derecho anglosajón por el que una compañía reside no donde tiene su domicilio social, sino en el lugar donde es gestionada o controlada, lo que significaría que se trataría del país en el que los directores residen y en el que se efectúan las reuniones de la dirección y la toma de decisiones. Así, pese a que toda compañía debe tener una oficina registrada y acreditada como domicilio social, éste no es necesariamente el lugar desde el cual la compañía opera.

La situación de hecho es que, frecuentemente, el control de la sociedad se realice a través de personas interpuestas o testaferros, bien por deseo propio, bien porque las leyes del territorio así lo exigen. Como resultado, los directores legales que figuren en los registros pueden no ser los accionistas o auténticos propietarios. Por el contrario, estos personajes suelen ser agentes residentes en la jurisdicción offshore, a quienes se paga por representar a la compañía ante las autoridades del lugar y por preparar las cuentas anuales, en caso de sea necesaria su presentación. Es más, es probable que los directores y administradores no conocen el auténtico dueño de la compañía, especialmente cuando las acciones son al portador.

A ello debemos agregar que aunque en muchas jurisdicciones se exige saber quiénes son los auténticos accionistas, propietarios o beneficiarios finales de las empresas, es siempre posible encontrar medios legales o testaferros para dificultar el conocer quiénes son los propietarios

Por lo tanto, el domicilio social sería el lugar establecido para las comunicaciones legales y no de referencia como criterio de vinculación que determine el territorio donde deba tributar la compañía.

III.1.4.4. Tipos de sociedades que utilizan esta figura

Asimismo, el autor citado considera dos tipos de sociedades que utilizan el Domicilio fiscal el de la Conveniencia:

- (i) Empresas de domicilio
- (ii) Compañías exentas

Ambas sociedades se asemejarían en el hecho de encontrarse constituidas y fijar su domicilio en un paraíso fiscal. Sin embargo, la principal diferencia radicaría en que la compañía exenta sí tendría una sede a efectos fiscales, es decir, si cumpliría con el criterio de residencia en el territorio de baja o nula imposición.

La empresa de domicilio se constituye fija un domicilio social en un paraíso fiscal, pero no se encontraría sujeta a los impuestos de esta jurisdicción debido a que mantiene las actividades comerciales, la gestión y control de la compañía fuera del territorio del paraíso fiscal. Así, la empresa de domicilio tributaría en el país en el que es residente y esta jurisdicción sería la que concentre la dirección y gestión de la empresa, no existiendo impedimento para que ésta sea otro paraíso fiscal.

Mientras tanto, las compañías exentas se constituyen, fijan un domicilio y son residentes en un paraíso fiscal al residir en el mismo los directores o

representantes legales, es decir, existe un registro y un control de la compañía dentro del paraíso fiscal. Sin embargo, el detalle radicaría básicamente en la propiedad de la compañía en manos de no residentes sumado al hecho que la compañía no realiza actividades comerciales dentro del territorio el paraíso fiscal, lo que implicaría la no aplicación de impuestos sobre ingresos y el pago único de un impuesto nominal anual. Claro está, cada jurisdicción en atención a la soberanía que ostenta, presentará distintas variantes en el régimen de compañías exentas tales como el caso mencionado de los representantes legales y la oficina en el territorio del paraíso fiscal o en otros casos, la presentación de cuentas anuales, exención total o parcial de impuestos, etc.

Este tipo de uso de paraísos fiscales es propio de la Islas del Canal, Isla de Man y Gibraltar.

Existen países en los que no hay impuesto de ningún tipo: ingresos, herencia, donaciones o ganancias de capital y, por tanto, todas las compañías son exentas, abonando únicamente una tasa anual, sea cual sea el volumen de las actividades que realicen¹⁹

¹⁹ MARTINEZ SELVA, José M. "Los Paraísos Perdidos. Banca Offshore: Fiscalidad y Servicios Bancarios en el Exterior". Op. cit. Pág. 77.

III.2. Medidas anti paraísos fiscales

Las medidas anti paraísos fiscales son reglas, estrategias y normas que permiten a los Estados afectados por el uso de los paraísos fiscales, en cierta medida, no admitir o no reconocer las inversiones realizadas en estos territorio por parte de sus residentes. De este modo, diversas organizaciones a nivel mundial proponen estas medidas con el propósito de evitar la competencia desleal entre Estados, el encubrimiento de ciertas operaciones ilegales vinculadas al ámbito financiero y económico.

En consecuencia, existen una amplia serie de medidas anti-paraíso que proponen reducir la utilización de los paraísos fiscales ya sea en una fase ex ante, desincentivando la inversión en estas jurisdicciones mediante estas medidas; en una fase ex post, mediante la aplicación de estas medidas cuando las operaciones en los paraísos ya se han concretado.

Estas medidas surgen como resultado de la preocupación de los Estados ante la disminución de la recaudación tributaria sumada al oscuro revestimiento que ostentan al vincularse al lavado de activos y por ende, a organizaciones criminales. Sin embargo, pese a que se busca combatir los aspectos delictuales vinculados, pero no necesariamente inherentes a ellos, dicho objetivo se ve frustrado ante la existencia de la soberanía de los Estados y el secreto bancario que la mayoría que ellos resguardan.

De este modo, la soberanía de los Estados se constituye como el perfecto argumento para evitar el acceso a la información resguardada en las jurisdicciones de los Paraísos Fiscales, siendo ésta la pieza clave para rastrear el flujo de riqueza. Entonces, nos encontraríamos ante derechos fundamentales de las personas y Estados democráticos, y no hay bases legales en el Derecho Internacional para intervenir cuando se invocan los principios de soberanía y de secreto bancario.

La construcción de esta normativa es una tarea muy difícil que se está llevando a cabo desde hace más de cincuenta años con base en dos textos fundamentales, la Carta de los Derechos Humanos y la Carta de las Naciones

Unidas, a los que se han ido añadiendo convenios, resoluciones, cartas de principios y otros instrumentos jurídicos relativos a sectores diversos como medio ambiente, terrorismo, etc.

Al respecto, existen posiciones que proponen que se debe fomentar la creación de organismos especializados, firmar y ratificar convenios internacionales sobre la represión de la corrupción en los mercados internacionales, la cooperación policial y judicial permanente, realizar estudios, crear comisiones de investigación, bajo la tutela de importantes organismos internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico.

Asimismo, diversos países señalan que el mejor conocimiento de las prácticas empleadas en los Paraísos Fiscales facilitará la posibilidad de establecer controles a los movimientos especulativos del capital y las investigaciones judiciales transnacionales, logrando así la erradicación de las prácticas fiscales perjudiciales a nivel internacional, siguiendo la tendencia que proclama el intercambio de información como el criterio de identificación de Paraísos Fiscales.

III.3. Conferencia de Ginebra

Siguiendo esta tendencia, otros sujetos de la comunidad internacional como las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) se han pronunciado sobre el “problema” de los paraísos fiscales, abordando el tema generalmente desde una perspectiva agresiva. Un claro ejemplo lo constituye el caso de la Conferencia de Ginebra llevada a cabo por el Comité por la Anulación de la Deuda del Tercer Mundo (CADTM) durante el 22 al 25 de junio de 2000, estableciendo como parte de sus recomendaciones sobre paraísos fiscales:

“Las tasaciones están ligadas a los paraísos fiscales, lugares privilegiados de reciclaje de los capitales de la criminalidad financiera. Su desmantelamiento es indispensable. Los paraísos fiscales son un río de diamantes en el cuello del planeta. Los constituyen tres interlocutores, las multinacionales (fraude fiscal, gigantescas comisiones sobre los mercados mundiales, petróleo, armas,

transportes, etc.), las organizaciones para el blanqueo del dinero del crimen y los Estados (para el financiamiento de partidos y hombres políticos). Los verdaderos responsables son realmente los gobiernos y los Estados. Estos no tienen ninguna voluntad de dismantelar los paraísos fiscales, aun cuando la población al interior esté en contra. Los más importantes paraísos fiscales no están off-shore, sino en Londres, Ginebra, Zúrich, etc.

*Nuestro objetivo es enviar los paraísos al infierno por medio de acciones focalizadas de información y de presión. Esas acciones podrían tomar la forma de marchas hacia uno de los paraísos fiscales o hacia una multinacional o varios de esos objetivos al mismo tiempo. Se pueden también proponer estudios sobre el impacto de los paraísos fiscales en los pequeños países y que las alternativas económicas sean financiadas por los países del G7 cuando se eliminen los paraísos fiscales”.*²⁰

III.4.Posición de la OCDE

Bajo la misma línea de pensamiento expresada en la Conferencia de Ginebra, la OCDE se adscribe a una posición anti – paraíso fiscal señalando que los gobiernos tienen la obligación de proteger los intereses de contribuyentes honestos ante quienes usan los Paraísos Fiscales para evadir la obligación de pagar los impuestos en sus países de residencia. Por ello que los pronunciamientos que esta organización emita tienen el carácter de medidas anti – paraíso fiscal, razón por la que se ha tenido por necesario tratar en este capítulo la posición de la OCDE sobre los paraísos fiscales.

Sin embargo, los medios utilizados por la OCDE no son únicamente agresivos como lo fueron en su momento el *blacklist* publicado que 2000 que enumeró a las jurisdicciones que cumplían con los criterios de identificación de los paraísos fiscales, o el *blacklist* que enumeró a los paraísos fiscales según su

²⁰ RESOLUCIÓN FINAL DE LA CONFERENCIA DE GINEBRA 2000. Resolución N.º 25/6/2000. “Construyamos un camino hacia el otro mundo: globalicemos las resistencias”. Disponible en: http://cadtm.org/IMG/pdf/Los_Manifiestos_de_lo_posible_-_septembre_2005.pdf

cooperación al compromiso de cumplir con colaborar con la lucha contra la competencia tributaria dañina calificó a las jurisdicciones incluidas en la lista como Paraísos Fiscales No Cooperativos (UncooperativeTaxHavens), agregando que éstas constituían una amenaza no sólo para los paraísos fiscales de países desarrollados y países en pleno desarrollo, sino también a la integridad del Sistema Financiero Internacional.

La OCDE también ha utilizado medios inocuos para promover su lucha contra los paraísos fiscales, como podría ser el ejemplo más relevante, el del éxito que ha logrado al conseguir que más de 30 centros financieros offshore se hayan comprometido públicamente a los principios de transparencia y de intercambio efectivo de información, siendo consideradas como jurisdicciones cooperativas por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE.

En ese contexto en el que se fijó una de las medidas más polémicas, tendentes a objetivar la cooperación mediante la firma de acuerdos de intercambio de información. La OCDE estableció el denominado *umbral de los doce acuerdos* de intercambio de información tributaria para que un país se considere cooperativo. Con la firma de estos doce acuerdos, que han de ser necesariamente con países cooperativos, es posible salir de la lista negra y gris y entrar en la lista blanca. Por tanto, con la firma de estos doce acuerdos se abandonaba, formalmente, el calificativo de jurisdicción no cooperativa.

Paraísos fiscales clásicos como las Islas Caimán cumplieron con este requisito el 14 de agosto de 2009, instante en el que se pasaron a la lista blanca de la OCDE y dejaron de ser países *no cooperantes*. Al tiempo se vivió una auténtica *fiebre* de firma de este tipo de acuerdos, concertándose más de seiscientos²¹.

²¹ GARCÍA NOVOA, César. El Derecho Tributario Actual. Innovaciones y desafíos. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Bogotá. 2015. Pág. 196

III.4.1. Medida anti-paraísos fiscales propuestas por la OCDE

Entre las medidas para lograr la desaparición de estos territorios se han promovido las siguientes medidas encaminadas a regular y controlar el capital financiero, entre otras:

- Las autoridades públicas deben luchar por conseguir el levantamiento del secreto bancario. Esto supone realizar una reglamentación de las profesiones que están protegidas por este secreto, establecer sanciones contra establecimientos que rehúsan cooperar, promover la obligación de conservar las pistas de los ordenantes y las transacciones sobre productos derivados.
- Impulsar la creación de Instrumentos jurídicos internacionales para exigir a estos territorios que revelen la identidad de los titulares de las cuentas bancarias, su bloqueo y faciliten información sobre los titulares de las sociedades pantalla, etc.
- Los Estados deben definir una serie de obligaciones: reconocerse un derecho de injerencia respecto a los Estados que albergan paraísos fiscales; intensificar la cooperación en determinados campos como el judicial y policial; centralizar las informaciones que tengan sobre delitos financieros; publicar los datos que tengan sobre estos territorios, sus prácticas, productos, etc.; no reconocer a las sociedades pantalla que tienen residenciadas para entorpecer sus actividades; respetar las reglas anti - blanqueo de dinero; etc.
- Analizar la incidencia que tienen los Paraísos Fiscales sobre las políticas fiscales de los Estados al incentivar la evasión y el fraude fiscal que algunos Gobiernos europeos pretenden paliar con amnistías fiscales periódicas destinadas a recuperar el capital huido. Es preciso que los gobiernos tomen conciencia de esta situación y adopten medidas concretas tendientes a mejorar la cooperación fiscal internacional:

- a. La imposición fiscal a las corporaciones transnacionales sobre base unitaria, posibilitando a las autoridades fiscales la corrección de la fraudulenta desviación de ganancias hacia las jurisdicciones de baja tributación.
- b. La aplicación universal del principio de residencia para la fiscalidad empresarial.
- c. Una cooperación más estrecha entre los Estados para suprimir el fraude fiscal y la competencia fiscal entre ellos.
- d. Una armonización de los tipos impositivos y de las bases imponibles sobre el capital.
- e. Establecimiento de autoridades fiscales de carácter regional y global que representen los intereses de los ciudadanos.
- f. Incentivar las inversiones extranjeras fomentando la instalación de empresas extranjeras en un territorio y reduciendo la fiscalidad mediante la firma de tratados bilaterales de doble imposición en los que se concede una reducción fiscal a las sucursales de las empresas del otro país que se han establecido en su territorio. La firma de estos convenios bilaterales no se llevará a cabo con países que sean paraísos fiscales.
- g. Gravar fiscalmente los beneficios obtenidos dentro del país por las sociedades mercantiles no – residentes. De esta forma, las autoridades fiscales exigen que todos los beneficios obtenidos dentro de un país por una sociedad mercantil offshore sean sometidos al pago de los impuestos antes de ser transferidos al extranjero. Esto supone que dichos beneficios estarán gravados al 35% como si se tratase de una sociedad residente establecida regularmente en el país.

h. Al igual que para algunos supuestos concretos se reivindica el derecho de injerencia para resolver ciertos conflictos sociales, la comunidad internacional debe luchar por erradicar la prohibición en nombre de principios sagrados como el de la soberanía nacional, de cualquier influencia sobre los países que mercadean esta soberanía y venden su legislación al mejor postor, en un intento de hacer prevalecer las reglas mínimas de actuación de un Estado de Derecho.

i. Crear unidades que investiguen las posibles formas de actuación de las bandas organizadas para así poder anticiparse en su actuación. Las innovaciones tecnológicas se están utilizando de forma efectiva para realizar actos delictivos, fraude, corrupción, etc.

En virtud de estas medidas, la OCDE señala que en estos territorios, además de una legislación restrictiva que impide el levantamiento del secreto bancario y que pone los límites a la información que pueden obtenerse de los registros públicos, la propia administración fiscal rechaza cualquier tipo de asistencia mutua y de intercambio de información con otras administraciones fiscales, estén o no amparadas en convenios para evitar la doble imposición internacional.

- No es razonable admitir que, con independencia de las consideraciones tributarias de algunos Estados sobre la confidencialidad, secreto, etc. existan territorios en Europa que sirvan sistemáticamente de base segura para la realización de operaciones de corrupción en los países del entorno²².
- La cooperación internacional a todos los niveles, político, social, económico, policial, etc. es esencial para perseguir aquellas conductas que atentan contra el orden social, a las que la Ley ha hecho un reproche penal. Así, entre las medidas de carácter político-económico-social que se deben

²² Se habla en este sentido de paraísos fiscales especializados, según los servicios requeridos por los clientes. Así, se mencionan Andorra o Mónaco como lugares idóneos para el depósito de fortunas personales; Gibraltar, para las sociedades pantalla; Liechtenstein, para las fundaciones; Luxemburgo, por su secreto bancario y Suiza, como el servicio bancario más completo del mundo.

adoptar, destaca la firme decisión internacional de proceder al desmantelamiento y eliminación de los paraísos fiscales.

- La complejidad actual del funcionamiento de las transacciones financieras y el entramado de los centros financieros extraterritoriales no puede seguir siendo una excusa para demorar la erradicación de los paraísos fiscales²³.
- Lograr que todas las medidas que se adopten se apliquen tanto desde los distintos Ministerios de Hacienda de los Estados implicados como, sobre todo, desde las entidades competentes y de los distintos organismos internacionales.

III.4.2.Recomendaciones de la OCDE

A fin de analizar las principales recomendaciones del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE en la lucha contra el fraude fiscal, vinculado a los paraísos fiscales, citamos las siguientes:

III.4.2.1. Primera Recomendación

El punto de partida de la labor de la OCDE en el tema que tratamos, lo constituye la recomendación del consejo sobre “*La evasión y el fraude fiscal*” del 21 de setiembre de 1977. Dicha recomendación se centra en tres aspectos:

- **Aspecto Normativo**; así se recomienda a los gobiernos de los Estados miembros reforzar las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, así como los poderes de investigación que les permita detectar y prevenir “las conductas fraudulentas o de evasión” tanto en el plano interno como en el internacional, así como el intercambio de informaciones de las experiencias de las medidas adoptadas.

²³ Las autoridades competentes deberían, cuando tengan un verdadero interés, establecer algún tipo de barreras frente a estos territorios, profundizar en el análisis de funcionamiento técnico de las transacciones financieras, ver cómo se puede adaptar y aprovechar el desarrollo tecnológico actual para introducir controles y registros, combatiendo no sólo el fraude y la evasión de impuestos sino también el ocultamiento de fondos, utilizando para ello la identificación real de los clientes dueños de los fondos depositados, la aplicación de nuevas técnicas de auditoria, exigir información contrastada a las entidades financieras en las que se originan las transferencias bancarias, etc.

- **Mayor Cooperación Internacional;** en concreto, facilitar, mejorar y potenciar los intercambios e información entre las administraciones fiscales internacionales, en particular utilizando de forma intensa los convenios y demás instrumentos jurídicos internacionales en vigor así como la elaboración de “nuevos acuerdos de carácter bilateral o multilateral”.
- **Voluntad certera de los Estados Miembros de la OCDE.** Dicha cooperación se traduce igualmente en el deseo de que los Estados miembros “confronten regularmente sus experiencias en lo concerniente a las prácticas seguidas en materia de evasión y fraude, las técnicas utilizadas para detectar y prevenir el fraude y los medios de mejorar el cumplimiento de las obligaciones tributarias”.

III.4.2.2.Segunda Recomendación: Sobre la elaboración y utilización de instrumentos jurídicos internacionales.

Por su especial importancia, merece especial interés resaltar en primer lugar, aquellas medidas dirigidas a la elaboración de nuevos instrumentos jurídicos que posibilitan una mayor cooperación internacional en la lucha contra el fraude fiscal. Entre las que ellas se encuentran:

- a) Convenios Internacionales sobre doble imposición²⁴
- b) Convenios Internacionales sobre cooperación fiscal

Al margen de las cláusulas típicas sobre intercambio de información previstas en los convenios de doble imposición internacional, hay que resaltar los demás

²⁴ Los Convenios para evitar la Doble Imposición como estructura jurídica supranacional compleja, cumplen en realidad más de una finalidad. Si observamos más de cerca la naturaleza misma de estos Convenios, podemos observar que éstos cumplen tres objetivos esenciales:

1. Control sobre el ingreso universal: Contar con los elementos suficientes que permitan a la Administración tener un control sobre todas las rentas de fuente mundial de los sujetos.
2. Equilibrio en las tasas de retención: Que los Estados lleguen a un acuerdo en señalar un porcentaje determinado de retención ante situaciones iguales.
3. Equidad tributaria: Busca evitar la doble tributación a través de reglas de neutralidad fiscal, que se materializa en mayor medida en el método del crédito (aplicar todo o parte de lo pagado en el exterior) y en una menor medida en el Método de exención (la facultad de gravar recae exclusivamente en un Estado).

intentos llevados a cabo por la OCDE en la configuración de instrumentos jurídicos de carácter multilateral que potencian la necesaria cooperación internacional. Al respecto, citamos las siguientes recomendaciones:

- 1) El Convenio sobre asistencia administrativa en el ámbito de cooperación en la recaudación deudas tributarias.
- 2) Elaboración y puesta en práctica de un “formulario normalizado sobre intercambio de información”.
- 3) Dentro del apartado de recomendaciones y propuestas sobre la cooperación internacional, cabe por último resaltar el convenio multilateral elaborado por la OCDE conjuntamente con el Consejo de Europa sobre la asistencia administrativa Mutua en Materia Fiscal.

Dicho Convenio cuya ratificación se propuso por el Consejo recientemente, tiene el propósito de servir de nuevo instrumento para una mayor cooperación entre Estados y su finalidad es incrementar y homogeneizar la lucha contra el fraude y la evasión internacional.

No obstante, debido a muy diversas razones (entre las que cabría mencionar el amplio eco desfavorable que ha sufrido en los medios de comunicación de la mayoría de países) el número de signatarios es muy reducido, ya que han ratificado el convenio solamente cuatro países: Estados Unidos de América, Finlandia, Noruega y Suecia.

III.4.2.3. Tercera Recomendación: sobre los precios de transferencia.

Un amplio sector del comercio internacional está constituido por la transferencia de bienes, técnicas y servicios, entre entidades pertenecientes a un mismo grupo multinacional y situadas en países diferentes. La determinación de los precios aplicables a estas operaciones con el fin de cuantificar los beneficios imponibles de cada entidad, ha constituido una de las principales preocupaciones del grupo de trabajo sobre la Fiscalidad de las Empresas Multinacionales constituido en 1973. Este grupo de trabajo preparó el conocido informe sobre la problemática fiscal del tratamiento de los precios

de transferencia, publicado en 1979, “Precios de Transferencia y Empresas Multinacionales”.

El problema que plantean los precios de transferencia se deriva del hecho de que el precio satisfecho por cada una de las múltiples operaciones llevadas a cabo entre miembros de un grupo multinacional, no resulta del libre juego de las fuerzas de mercado, como sería el caso entre empresas independientes sino que pueden estar fijados con arreglo a otros criterios.

En tales situaciones el precio establecido no coincidirá con el del normal del mercado, aun en el supuesto de que la política del grupo deje un grado considerable de autonomía a cada una de las empresas que lo constituyen. Las diferencias pueden tener su origen en causas muy diversas, tales como la estrategia comercial del grupo o su política financiera; frecuentemente son razones puramente fiscales, originándose auténticas prácticas fraudulentas.

Desde hace tiempo los países de la OCDE han admitido el principio consagrado en los convenios de doble imposición, y reiterando en el informe de 1979, consistente en que para la determinación de la cuantía del gravamen, los precios a establecer para las transferencias entre empresas del grupo deben ser tan próximos como posibles a los precios de mercado, es decir, que hubieran sido negociados entre empresas independientes.

III.4.3. Proyecto BEPS

III.4.3.1. Un breve resumen sobre BEPS:

BEPS son las siglas que corresponden al término Base Erosion and ProfitShifting. Se trata de un concepto que nació a raíz de la discusión sobre los casos de doble no imposición resultante de los esquemas de planificación fiscal internacional de las empresas multinacionales. Son casos como los de Amazon, Starbucks, Google, etc. los que han conmocionado el ámbito internacional, despertando el interés de las Administraciones Tributarias, la prensa y los ciudadanos y en general.

El caso que marcó el inicio de la lucha contra la doble no imposición es el de la empresa Apple, que durante los periodos 2009 al 2012 no pagó ningún impuesto sobre la renta o equivalente sobre el monto de 44 billones de dólares²⁵. Tras este escándalo, se empezó a profundizar en las discusiones sobre una posible obligación moral en el marco del cumplimiento de las obligaciones tributarias.

a) El Reporte BEPS

De este modo, el G20 inició una campaña para combatir estos casos, enfatizando que este tema debía ser abordado por la OCDE. Así, en el mes de febrero del año 2012 se publicó el reporte titulado “Combatiendo la Erosión de la Base y el Traslado de Beneficios”, traducción del título original en inglés “Addressing Base Erosion and ProfitShifting” (en adelante “el reporte BEPS”) como respuesta a la iniciativa promovida por el G20. En este documento se plantea el fenómeno de la “erosión de la base y el traslado de beneficios” y otro concepto clave en el proyecto en general: la planificación fiscal agresiva.

El principal propósito del reporte BEPS era desarrollar de un plan progresivo que permita combatir este fenómeno. Es por ello que poco después de la publicación del reporte BEPS, en julio del mismo año, se publicó un documento titulado “Plan de Acción sobre la Erosión de la Base y el Traslado de Beneficios”, cuyo título original en inglés es “Action Plan on Base Erosion and ProfitShifting” (en adelante “el Plan de Acción”) que no es otra cosa que una agenda a desarrollarse en un periodo de 2 años partiendo desde el 2014 hasta diciembre del 2015. Esta agenda contiene 15 puntos o acciones específicas destinadas, en su mayoría, a combatir una operación que era identificada por la OCDE en el Reporte y el Plan de Acción con posibles efectos erosivos (el uso del término erosivo se utiliza en un sentido genérico, pues tanto el reporte BEPS como el Plan de Acción no definen qué se debe entender por erosión de la base).

²⁵ Para un mayor detalle sobre este caso, revisar: TING, Antony. “iTax – Apple’s International Tax Structure and the Double Non – Taxation Issue”. Thomson Reuters. 2014. En <<http://ssrn.com/abstract=2411297>>

b) El Plan de Acción BEPS

El detalle más resaltante de este Plan de Acción radica en los objetivos planteados que se enfocan en medidas antielusivas específicas incorporadas en distintos ordenamientos y que ante el contexto de la integración económica, se “devalúan”, razón por la que sería necesario revisar y no descartar el replanteamiento de estas medidas.

Cabe resaltar que no todas las 15 acciones identifican un mecanismo erosivo, existen medidas planteadas que buscan un cambio en las reglas aplicables en la tributación internacional.

Como habíamos mencionado en el capítulo preliminar en el acápite referido a la norma antielusiva, las medidas anti paraíso fiscal, surgen de medidas antielusivas (así hablamos de las medidas genéricas y específicas), por lo que al existir un planteamiento de revisión de los estándares internacionales vigentes que incluyen a las medidas antielusivas específicas vigentes, como sucede en el objetivo planteado en el Plan de Acción, es inevitable que nos pronunciemos sobre este tema.

Las acciones planteadas en el Plan de Acción son las siguientes:

- Acción 1: Desafíos en la imposición en la economía digital
- Acción 2: Acuerdos e Instituciones híbridas
- Acción 3: Fortalecimiento del régimen de transparencia fiscal internacional
- Acción 4: Limitación a la deducción excesiva de gastos por intereses y equivalentes
- Acción 5: Prácticas tributarias dañinas
- Acción 6: Abuso de Convenios
- Acción 7: La elusión artificial del estatus de establecimiento permanente
- Acción 8: Precios de transferencia en materia de intangibles
- Acción 9: Precios de transferencia en materia de operaciones sobre capital y riesgo

- Acción 10: Precios de transferencia en otras operaciones de alto riesgo
- Acción 11: Recolección y revisión de data BEPS
- Acción 12: Comunicación de los esquemas de planificación fiscal agresiva
- Acción 13: Precios de transferencia: Country by country reporting
- Acción 14: Mecanismos de resolución de disputas
- Acción 15: Creación de un instrumento multilateral

Al revisar las acciones del Plan de Acción, podemos apreciar que no todas las acciones se refieren a medidas antielusivas específicas, sino también sobre propuestas en el marco del fenómeno de la erosión de la base y el traslado de beneficios, o de la revisión de operaciones en las que se evidencia, desde la perspectiva de la OCDE, posibles oportunidades BEPS (entendidas como operaciones en la que existe un mayor grado de probabilidad de que se concrete una erosión de la base imponible o el traslado de beneficios).

**Acción 1: Combatir los desafíos fiscales de la economía digital
(*Address the tax challenges of the digital economy*)**

Así, tenemos que la Acción 1 se enfoca en un “estudio de problemas” de los desafíos que se originan en la imposición sobre las rentas por operaciones en el marco de una “economía digital”. No se plantea una medida específica, sino alternativas como el planteamiento de un establecimiento permanente basa en una presencia digital significativa.

Entonces, no se trata, en estos casos, de combatir un abuso, sino de definir nuevas reglas de tributación internacional. Resulta exagerado escribir: “BEPS es una preocupación en el contexto de la economía digital” (“BEPS is a concern in the context of the digital economy”)²⁶. Parecería más exacto decir: “Es necesario desarrollar reglas tributarias en el contexto de la economía digital” (“Tax rules must be developed in the context of the digital economy”)²⁷.

²⁶ Plan de Acción. Pág. 14

²⁷ N. Gaoua. “Taxation of the Digital Economy: French reflections. Eur. Tax. 2014. Pág. 14; W. Hellersein. Jurisdiction to Tax in the Digital Economy: Permanent and Other Establishment. Bull. 2014. Pág. 346 Citados por MALHERBE, JACQUES; P. TELLO, Carol y GRAU RUIZ, María.

Acción 2: Neutralizar los efectos de los acuerdos híbridos (*Neutralise the effects of Hybrid Mismatch arrangements*)

Esta acción se enfoca en los acuerdos que generan un tratamiento fiscal distinto en distintas jurisdicciones sobre una misma operación. Distintos países emplean independientemente, y aparentemente bajo fórmulas incompatibles, normas tributarias a circunstancias similares²⁸.

Acción 3: Fortalecer la normativa del régimen de transparencia fiscal internacional (*Strengthen CFC rules*)

La Acción 3 se direcciona específicamente sobre el régimen de transparencia fiscal internacional por el que plantea un fortalecimiento de este régimen

Acción 4: Limitar la erosión de la base mediante la deducción de intereses y otros pagos financieros (*Limit base erosion via interest deductions and other financial payments*)

La Acción 4 aborda la limitación de la deducción de gastos por intereses entre vinculadas, combatida principalmente en base a una regla de subcapitalización, que coincidentemente es analizada por la OCDE.

“La revolución fiscal de 2014. FATCA, BEPS, OVDP”. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Bogotá. 2015. Pág. 162.

²⁸ Traducción libre extraída del siguiente texto:

“The most direct embodiment of BEPS planning – perhaps beyond its transfer pricing elements – is the set of situations described in this Action item. The outcome and the problematic aspects of this type of tax planning directly correspond to the key insight of BEPS: different countries independently employ different – apparently incompatible, yet independently logical – tax rules to similar circumstances, and consequently open the door to arbitrage. Such arbitrage is widely considered abusive. From a technical perspective, such arbitrage leads to what is widely called now “double non – taxation,” i.e., taxation of circumstances or transactions at a level that is lower than they would have faced in a purely domestic setting.”

Yariv Brauner. “What the BEPS?”. University of Florida Levin College of Law. 2014. Pág. 25.

El borrador del trabajo sobre la Acción 4 fue publicado con el fin de obtener una retroalimentación sobre los aspectos resaltados en este trabajo preliminar. Bajo dichos términos, los comentarios recibidos sobre el tema fueron también recopilados en dos partes y publicados para el conocimiento de la comunidad económica internacional. De la lectura de los comentarios se aprecia que existen posiciones vacilantes sobre las reglas propuestas para la determinación de los límites de la deducción de intereses por medio de la financiación.

Acción 5: Combatir las prácticas tributarias dañinas con mayor efectividad, tomando en cuenta los criterios de transparencia y sustancia (*Counterharmfultaxpractices more effectively, takingintoaccounttransparency and substance*)

La tributación internacional se encuentra en un punto clave por el que se replantean los principios que rigen la tributación internacional actualmente. El impacto que ha merecido la participación de los países alrededor del mundo ha sido causado por BEPS que plantea acciones en respuesta a la erosión de la base y traslado de beneficios.

Nos encontramos en el segundo año programado por la OCDE (2014 – 2015) para finalizar el trabajo sobre las distintas áreas de presión que ha identificado y hasta la fecha ya contamos con un reporte sobre la Acción 5 destinada a las Prácticas Tributarias Dañinas o también denominadas prácticas tributarias nocivas (*HarmfulTaxPractices*).

Este reporte resulta de relevancia para los paraísos fiscales debido a que éstos se encuentran inmersos en los supuestos de las prácticas tributarias dañinas identificados como TaxHavens. En ese sentido, la acción BEPS propone que deben combatirse las prácticas tributarias dañinas mediante el intercambio en *taxrulings* actividades sustanciales en los regímenes tributarios preferenciales.

En la sesión sobre la coherencia y acciones horizontales BEPS de la OCDE señalan que con la Acción 5 se pretende *contrarrestar las prácticas fiscales nocivas más eficientemente, tomando en cuenta transparencia y sustancia y de*

este modo, renovar el trabajo sobre prácticas fiscales nocivas con la prioridad de mejorar la **transparencia**, incluyendo el intercambio espontáneo obligatorio en las resoluciones relacionadas con los regímenes preferenciales y que requieren **actividad sustancial** para cualquier régimen preferencial. Se aplicará un enfoque holístico para evaluar los regímenes fiscales preferenciales en el contexto BEPS. Se **comprometerá** con Estados **no-miembros de la OCDE** basándose en el marco actual y se considerarán revisiones o adiciones al marco actual.

Este nuevo paradigma basado en la transparencia y sustancia deviene del fracaso del paradigma perseguido por la política anti fiscal propuesta por la OCDE a partir del Reporte de 1998: *Harmful Tax Competition* por el que se clasifican a las prácticas tributarias dañinas o nocivas en los conocidos paraísos fiscales y los regímenes preferenciales; asimismo, se identifican a los factores clave que permitirán identificar a los paraísos fiscales con mayor facilidad.

Fue a partir de este trabajo de la OCDE que se propuso que la fenomenología de los paraísos fiscales se abordara desde el criterio del intercambio de información. Sin embargo, este criterio de intercambio de información tiene dos fases: el intercambio de información a solicitud y el intercambio de información automático.

Pese a que se ha trabajado en este paradigma por el que se han firmado convenios multilaterales de intercambio automático de información tributaria entre alrededor de 51 países.

Acción 6

Asimismo, la Acción 6 se enfoca en el abuso de las disposiciones de los convenios tributarios, práctica conocida como “Treaty shopping”.

Acción 7:

Por su parte, el Acción 7 parte de la preocupación de la utilización de los supuestos de excepción de la configuración de un establecimiento permanente.

Las Acciones 8, 9, 10 y 13 en materia de precios de transferencia

En cuanto a los precios de transferencia, el Plan de Acción propone más de una acción referida al tema. Por un lado divide en las acciones 8, 9 y 10 las operaciones sujetas a la aplicación de las normas de precios de transferencia y en la acción 13 discute el extremo referido a la documentación exigida bajo su normativa.

Acción 11: Mecanismos de recolección de data BEPS (*Establish methodologies to collect and analyse data on BEPS data and the actions to address it*)

Esta acción pretende impulsar que los Estados reúnan los datos relevantes que le permitan visualizar el impacto de BEPS en sus jurisdicciones. Al respecto, nos adherimos a la opinión que considera que es bastante curioso pretender poner el carro delante de los bueyes y emprender acciones antes de haber reunido los datos relativos a su eventual necesidad. Sin embargo, tal es el camino propuesto²⁹.

Acción 12: Revelación de los esquemas de planificación fiscal agresiva (*Require taxpayers to disclose their Aggressive tax planning arrangements*)

La OCDE aboga por la técnica americana de obligar a los contribuyentes a revelar en su declaración de impuestos los esquemas fiscales agresivos que han desarrollado³⁰.

²⁹MALHERBE, JACQUES; P. TELLO, Carol y GRAU RUIZ, María. "La revolución fiscal de 2014. FATCA, BEPS, OVDP". Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Bogotá. 2015. Pág. 179.

³⁰OCDE. "Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure. Febrero 2011. Citado en MALHERBE, JACQUES; P. TELLO, Carol y GRAU RUIZ, María. "La revolución fiscal de 2014. FATCA, BEPS, OVDP". Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Bogotá. 2015. Pág. 179.

Acción 14: Mayor efectividad de los mecanismos de resolución de disputas (*Make dispute resolutions mechanisms more effective*)

La OCDE reconoce que el procedimiento amistoso de resolución de conflictos debe ser mejorado y que debe introducirse una disposición que haga el arbitraje internacional obligatorio³¹.

Los redactores del Plan de Acción BEPS se dan cuenta de que varios puntos de acción contemplados, pueden llegar a ser una fuente importante de controversias entre los contribuyentes y las Administraciones tributarias y que éstas disputas pueden llegar a tener un alcance multilateral. Por ello, hacen un llamado al mejoramiento del procedimiento amistoso (“mutual agreement procedure” - MAP). También incentivan al arbitraje como medio de resolución de conflictos derivados de la aplicación de convenios. En cualquier caso, la acción 14 comporta el hacer más efectivos los mecanismos de resolución de conflictos³².

Acción 15: Instrumento multilateral (*Develop a multilateral instrument*)

Para evitar prolongadas negociaciones bilaterales, la OCDE propone la redacción y adopción de un instrumento multilateral en la acción 15 del Plan BEPS³³.

III.5. Medidas anti-paraíso fiscal en la legislación española y peruana

III.5.1. Medidas anti-paraíso contenidas en normas de carácter genérico

³¹MALHERBE, JACQUES; P. TELLO, Carol y GRAU RUIZ, María. “La revolución fiscal de 2014. FATCA, BEPS, OVDP”. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Bogotá. 2015. Pág. 182.

³²MALHERBE, JACQUES; P. TELLO, Carol y GRAU RUIZ, María. “La revolución fiscal de 2014. FATCA, BEPS, OVDP”. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Bogotá. 2015. Pág. 183.

³³MALHERBE, JACQUES; P. TELLO, Carol y GRAU RUIZ, María. “La revolución fiscal de 2014. FATCA, BEPS, OVDP”. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Bogotá. 2015. Pág. 189.

III.5.1.1. Normas de carácter general en la legislación peruana

“Norma VIII: Interpretación de Normas Tributarias

Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho.

Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT- tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley”.

Norma XVI: Calificación, elusión de normas tributarias y simulación

Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

En caso que se detecten supuestos de elusión de normas tributarias, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria – SUNAT se encuentra facultada para exigir la deuda tributaria o disminuir el importe de los saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias, créditos por tributos o eliminar la ventaja, sin perjuicio de la restitución de los montos que hubieran sido devueltos indebidamente.

Cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se reduzca la base imponible o la deuda tributaria, o se obtengan saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias o créditos por tributos mediante actos respecto de los cuales se presenten en forma concurrente las siguientes circunstancias, sustentadas por la SUNAT.

- a) Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.*
- b) Que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o ventajas tributarias, que sean iguales o*

similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.

La SUNAT, aplicará a la norma que hubiera correspondido a los actos usuales o propios, ejecutando lo señalado en el segundo párrafo, según sea el caso. Para tal efecto, se entiende por créditos por tributos el saldo a favor del exportador, el reintegro tributario, recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas e Impuesto a la Promoción Municipal, devolución definitiva del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, restitución de derechos arancelarios y cualquier otro concepto similar establecido en las normas tributarias que no constituyan pagos indebidos o en exceso.

En caso de actos simulados calificados por la SUNAT según lo dispuesto en el primer párrafo de la presente norma, se aplicará la norma tributaria correspondiente, atendiendo a los actos efectivamente realizados.

Tanto la Norma VIII³⁴ como la Norma XVI³⁵ forman parte del Título preliminar del Código Tributario peruano y cuya relevancia radica en la previsión de una cláusula antielusiva cuyo ejercicio se reserva únicamente a la Administración Tributaria, SUNAT. Mediante esta cláusula, SUNAT ostenta la facultad de calificación de las situaciones y relaciones del contribuyente la para combatir la elusión tributaria.

³⁴ Según la Exposición de Motivos de la Norma VIII, esta norma establece la primacía de la realidad frente a las formas y estructuras jurídicas que el contribuyente manipule para no estar dentro del campo de aplicación del tributo. Mediante esta norma se estaría aplicando la teoría del develamiento para los grupos económicos, que implica el desconocimiento de las formas jurídicas cuando estas se utilicen fraudulentamente.

³⁵ Actualmente, la norma XVI se encuentra suspendida por disposición del Artículo 8º de la Ley Nº 30230, publicada el 12 de julio de 2014 por el que se suspende la facultad de la Administración Tributaria-SUNAT – para aplicar la Norma XVI. Sin embargo, se exceptúa de tal suspensión a las disposiciones previstas en el primer y último párrafo de la Norma XVI respecto a los actos, hechos y situaciones producidas con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1121. Además, se estableció que para los actos, hechos y situaciones producidos a partir de la entrada en vigencia del mencionado Decreto, se suspende también la aplicación de la Norma XVI con excepción de las disposiciones de su primer y último párrafo hasta que el Poder Ejecutivo establezca los parámetros de fondo que determinen el ámbito de aplicación de la Norma mediante decreto supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Sin embargo, esta facultad de calificación otorgada a SUNAT no implica que esta tenga la potestad de determinar qué camino debe utilizar cada contribuyente, de ser así, se verificaría continuamente el hecho generador de la obligación tributaria. Esta facultad permite a la Administración Tributaria calificar los actos del contribuyente y determinar a partir de estos mismos actos si se verifican los supuestos de incidencia generadores de la obligación tributaria.

Observamos entonces que esta norma contiene lo que se conoce como un mecanismo o “cláusula antielusión”, que permite a la Administración Tributaria combatir la denominada “elusión tributaria”. Sin perjuicio de ello, debemos mencionar que detrás del mecanismo antes referido, se advierte la figura de la calificación del hecho imponible, que en nuestro entendimiento importa una reacción ante el fraude a la ley tributaria, y que, dicho de antemano, comporta un supuesto de hecho distinto al de los casos de negocios simulados , negocios indirectos, negocios fiduciarios y al de los casos de economía de opción, casos estos últimos de ahorros tributarios legítimos.

Esta norma establece la primacía de la realidad frente a las formas y estructuras jurídicas que el contribuyente manipule para no estar dentro del campo de aplicación de tributo, y asumiendo que los fiscalizadores de la SUNAT tienen la facultad de buscar la verdadera naturaleza jurídica del negocio realizado por el contribuyente, tratando de buscar la coincidencia entre la voluntad de las partes y la causa típica del contrato realizado.

La norma VIII obliga a la SUNAT a auscultar la operación en función de su sustrato económico como indicador de su efectiva realización y verdadera identidad jurídica, a los fines de su cotejo con el supuesto de hecho de la norma y la determinación de la realización de éste. Si hay concordancia entre el resultado económico alcanzado con la celebración del negocio jurídico formalizado y el que le corresponde según la función que el ordenamiento jurídico le señala, deberá considerarse realizado en el supuesto de hecho y asignarse a la operación la consecuencia jurídica que la norma tributaria contempla.

Al respecto resulta importante resaltar que en virtud a lo regulado por esta norma, la SUNAT no puede decirle al contribuyente que debió utilizar otros caminos para obtener el resultado deseado, ni mucho menos gravarlo como si hubiera realizado el hecho gravado, aun cuando no lo haya hecho efectivamente, pues debemos recordar que nadie está obligado a recorrer el camino más gravoso para llegar a su destino.

Sin embargo, cabe tener en cuenta que la SUNAT sí puede calificar los actos del contribuyente y determinar si el hecho recalificado se encuentra se encuentra comprendido dentro de la hipótesis de incidencia tributaria, cuyo contenido deberá ser determinado en función a los procesos de interpretación de las normas ordinarias.

Es preciso señalar que para llegar a dicho resultado debe **PROBARSE** que ha existido una **MANIPULACIÓN** de formas jurídicas por el contribuyente, debiendo mantenerse la forma mostrada o declarada en tanto no se logre demostrar dicha manipulación.

Por último, con esta norma debe quedar claro que no nos encontramos ante un método de interpretación de la norma tributaria, sino ante un mecanismo de verificación de la verdadera consistencia jurídica del hecho imponible. No obstante ello, es preciso mencionar que el segundo párrafo de la Norma VIII sólo resulta aplicable a los casos de negocios anómalos en fraude a la norma tributaria.

III.5.1.2. Norma de carácter general en la legislación española

La legislación española evita la elusión y el fraude fiscal en las operaciones económicas mediante una regulación específica de estas figuras en el artículo 15º de la Ley General Tributaria según el siguiente tenor:

Artículo 15. *Conflicto en la aplicación de la norma tributaria*

1. *Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias.*
 - a) *Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.*
 - b) *Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distinto del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.*
2. *Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 158 de esta ley.*
3. *En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones.*

III.5.2. Medidas anti-paraíso contenidas en normas de carácter específico

III.5.2.1. Transparencia Fiscal Internacional

Retomando lo afirmado en el capítulo anterior, reiteramos que la globalización ha incidido en la tributación internacional con un mayor impacto en lo referido a la movilidad de rentas a causa de la eliminación de las barreras comerciales y la incidencia de las nuevas tecnologías de información y comunicación.

Se ha llegado a una situación en la que las rentas pueden ser fácilmente trasladadas a jurisdicciones muy alejadas al país de residencia del propietario final de las mismas, y en ese camino se ha perfeccionado la estrategia con el propósito de fijar estas rentas en jurisdicciones de baja o nula imposición como lo son los paraísos fiscales.

Es así que, en general, podemos afirmar que existe un consenso en que la gestión de la Administración Tributaria tiene entre sus principales objetivos la aplicación eficaz de las normas tributarias, incentivando el cumplimiento voluntario y desalentado la evasión y el fraude fiscal. De más está decir no es ajeno a ese propósito el que el costo económico y social para su logro debe ser compatible con una ecuación costo beneficio, por lo menos equilibrada pues la aplicación de instrumentos de recaudación que no tomen en cuenta una economía en recaudación resultaría tan perjudicial como la misma erosión de la base tributaria.

Al amparo de este consenso, se ha considerado que una jurisdicción desde la que se ejerce el control de una sociedad establecida en un paraíso fiscal, puede determinar darle a dicha sociedad efectos de transparencia fiscal, a fin que los beneficios que obtenga dicha empresa sean gravadas por la jurisdicción de residencia de quien ejerce el control de la sociedad offshore.

En ese contexto, debemos entender que el régimen de Transparencia Fiscal Internacional o como es conocido en el ámbito internacional, el *Controlled Foreign Company Regime*, forman parte del instrumental legal de dos importantes problemas de Política Fiscal. Uno de ellos se relaciona con la neutralidad del sistema impositivo y el otro con la necesidad de evitar la evasión y la elusión tributaria internacional³⁶. Es así que el régimen de transparencia fiscal internacional tiene origen en 1962, en Estado Unidos

³⁶ KERN, Juan Ricardo. "Paraísos fiscales y Transparencia Fiscal Internacional". Revista Análisis Tributario. Noviembre 2003. Lima, Perú. Pág. 27.

cuando se introduce la subparte F del Código de Rentas Internas (sección 961)³⁷.

Cabe precisar que las normas sobre transparencia fiscal internacional no impiden que las empresas multinacionales organicen estructuras exteriores, sea a través de centros de coordinación, de instrumentales prestadoras de servicios, centros financieros o sociedades holding, incluso cuando su motivación sea predominantemente fiscal, siempre que tales estructuras no estén concebidas para drenar bases imponibles de entidades de entidades residentes en un territorio, si bien no están pensadas para hacer frente a la subcapitalización de la entidad dominante, excepto en el supuesto en que la financiación provenga directamente de la entidad instrumental no residente³⁸.

III.5.2.1.1. Antecedentes

Las Empresas Extranjeras Controladas tienen sus antecedentes en las disposiciones emitidas en 1937 por los Estados Unidos de América sobre "*Foreign personal holding companies*". Por lo general implicó la imposición de las rentas obtenidas por la sociedad no residente en cabeza de la sociedad residente (capitalista), independientemente que dichas rentas hayan sido distribuidas efectivamente bajo la forma de dividendos a favor de ésta última.

Seguidamente en 1962 se dictó una reforma a estas figuras, incorporándose la subparte F del Código de Rentas Internas (sección 951), ampliándose el ámbito de aplicación de dicha normativa, estableciéndose que los sujetos residentes que superen cierto porcentaje de participación sobre el capital de la sociedad no residente, serán sujetos a imposición en los Estados Unidos de América sobre la base de la respectiva cuota de participación sobre las rentas

³⁷ El Comité de Finanza del Senado de Estados Unidos reconoce el origen de este régimen en la Explicación General de su reforma de 1987. En BITKER, Boris y Lawrence LOKKEN. *Fundamentals of International Taxation*. Citado por VILLAGRA CAYAMANA, Renée en *Análisis crítico del Régimen de Transparencia Fiscal Internacional vigente en el Perú a partir del 2013*. THEMIS – Revista de Derecho 64. Pág. 2

³⁸ DE ARESPOCHAGA, Joaquín. "Planificación Fiscal Internacional. Convenios de doble imposición. Estructuras Fiscales. Tributación de no residentes. Op. cit. Pág. 101.

pasivas obtenidas por dicha sociedad. Así es como esta reforma da pie a la consolidación del concepto de Empresa Extranjera Controlada.

Esta orientación establecida por los EEUU ha sido recogida, entre otros, por los siguientes países de la OCDE: Alemania y Canadá (1972), Japón (1978), Francia (1980), Gran Bretaña (1984), Nueva Zelanda (1988), Australia y Suecia (1990), Noruega (1992), España, Portugal, Finlandia, Dinamarca e Indonesia (1995), Corea del Sur (1996), Hungría, México y Sudáfrica (1997), Italia (2000).

Asimismo en dichas legislaciones por lo general se permite que si una entidad extranjera controlada efectúa actividades comerciales de manera legítima en el exterior, el impuesto a la renta local sobre la renta ha de ser distribuida a los accionistas controladores pueda ser diferido hasta que éste sea efectivamente distribuida³⁹.

III.5.2.1.2. Definición

En el Régimen de Transparencia Fiscal Internacional o el *Controlled Foreign Corporation Regime*, traducido como régimen de la empresa controlada extranjera o entidad controlada no domiciliada dentro otras denominaciones adoptadas por la legislación comparada; se debe tomar en cuenta la definición entendida por ARESACOCHAGA al considerar la normativa sobre estos vehículos ubicados en el extranjero como una fórmula generalizada en los últimos años en los países industrializados, arbitrada para evitar que mediante la colocación de capitales a través de sociedades instrumentales en jurisdicciones de baja tributación o en paraísos fiscales, se eluda o difiera el gravamen de las rentas generadas a través de aquellos.⁴⁰

³⁹ARNOLD, Brian y MACINTYRE, Michael. "Internacional Tax Primer, KlumerLaw Internacional". Den Haag, TheNetherlands. 1995. Pág. 80-82.

⁴⁰ ARESACOCHAGA, Joaquín. Planificación Fiscal Internacional.

En ese sentido, al momento de realizarse una Planificación Fiscal Internacional es vital tener en cuenta qué se entiende por este régimen, interrogante que se respondería del siguiente modo:

Por el régimen de transparencia fiscal internacional se entiende que una jurisdicción puede solicitar como propia las rentas concentradas en la jurisdicción de baja tributación, tributación preferencial o, de ser el caso, en el paraíso fiscal, ello en virtud de que la jurisdicción que reclama la potestad de gravar las rentas que se atribuirá es la jurisdicción de residencia del propietario que ejerce el control de una sociedad que se ubica en la jurisdicción de baja tributación en la que se concentra la renta generada en el exterior. Para estos efectos, todo el régimen dependería de las condiciones por las que se considere que un domiciliado es propietario de las sociedades offshore y cuándo es que estas sociedades offshore son compañías controladas no domiciliadas.

Así pues, la legislación en materia de Empresas Extranjeras Controladas es el régimen tributario que tiene por objeto someter a imposición – en el país de constitución de las entidades o de residencia de las personas cuando concurren circunstancias establecidas a tal efecto – ciertas rentas obtenidas en el extranjero a través de sociedades instrumentales controladas, con el objeto de igualar la tributación de las rentas percibidas directamente respecto de las rentas acumuladas en tales sociedades instrumentales, evitando que la no distribución de resultados pueda dar lugar a un diferimiento de tributación⁴¹.

Es así que esta normativa es “un recurso de técnica tributaria mediante la cual se establece una previsión en la norma que da lugar a que haya una imputación de determinadas clases de rentas en la base imponible de los sujeto pasivos afectados – cuando se cumplan ciertos requisitos – con el objeto de evitar que mediante la interposición de capitales o realización de actividades

⁴¹ CLAVIJO HERNÁNDEZ, Francisco. “Curso de Derecho Tributario. Parte especial. Sistema tributario: los tributos en particular”. Editorial Marcial Pons. 14va edición. Madrid, España. 1998.. Pág. 419.

en sociedades no residentes, se eludan los principios de capacidad contributiva⁴².

Asimismo, para entender la razón de ser de este régimen debemos recordar que la mayoría de jurisdicciones aplica el criterio de la renta de fuente mundial sobre las rentas generadas por los domiciliados para la aplicación del impuesto sobre las rentas, otorgando un crédito constituido por los impuestos pagados por las rentas de fuente extranjera evitando así una doble imposición por el país de residencia del beneficiario efectivo de la renta y el país de la fuente de la renta.

Sin embargo, pese a que se suelen gravar las rentas de fuente mundial de los sujetos domiciliados de una jurisdicción, la recaudación del impuesto no siempre es inmediata ya que algunas jurisdicciones permiten que los impuestos aplicables por las rentas generadas sean diferidos mediante la constitución de sociedades offshore hasta que las rentas generadas sean distribuidas al país de residencia. Así, esa ventaja de poder diferir las rentas es mayor cuando el impuesto extranjero que se aplica sobre las rentas de fuente extranjera es bajo o nulo.

En tal sentido, el problema de diferimiento de rentas es crítico cuando se establecen entidades extranjeras controladas en paraísos fiscales. También lo es cuando las rentas son “pasivas” (por ejemplo: dividendos, intereses, regalías, etc.), ya que éstas pueden ser fácilmente desviadas – o retenidas por entidades residentes en estas jurisdicciones de baja o nula imposición.

En tal virtud, de manera sucinta puede afirmarse que las normas en materia de Empresas Extranjeras Controladas se sustancian en la imputación de las rentas obtenidas por sujetos controlados (por ejemplo, residentes en paraísos fiscales) en cabeza de los accionistas controladores (por ejemplo, residentes en el Perú), sin importar que dichas rentas sean efectivamente distribuidas por los sujetos controlados a sus controladores.

⁴² CRUZ PADIAL, Ignacio. *Transparencia Fiscal Internacional*”. Tirant Lo Blanch. Valencia, España. 200. Pág. 53.

Ahora bien, enfocándonos en la Planificación Fiscal, mencionábamos que todo el régimen dependería de las condiciones por las que se considere que un domiciliado es propietario de las sociedades offshore y cuándo es que estas sociedades offshore son compañías controladas no domiciliadas. La titularidad de la propiedad de la sociedad offshore podrá medirse en términos de control y la calidad de compañía controlada no domiciliada se completaría con la existencia independiente de la misma en una jurisdicción tributaria privilegiada que incluye a los paraísos fiscales.

Podemos entender que el criterio de control es uno de los elementos de vital relevancia a tomarse en cuenta en el régimen de transparencia fiscal internacional:

- **Definición de control**

A nivel de la legislación comparada se admite un control directo e indirecto en aras de atribuir igualmente la renta que se pretende diferir mediante la intervención de uno o más entidades intermediarias dentro de una cadena que finaliza con el último eslabón correspondiente a la entidad controlada extranjera que percibe las rentas en la jurisdicción tributaria privilegiada.

La mayoría de las normativas sobre transparencia fiscal internacional sólo resulta aplicación a entidades extranjeras que son controladas por ciertos accionistas locales. El control por lo general implica la propiedad sobre el más del 50% de las acciones emitidas con derecho a voto. Algunos países extienden el concepto de control para incluir el supuesto de propiedad sobre acciones cuyo valor supere el 50% de las acciones emitidas⁴³.

Es preciso agregar que el criterio de la titularidad de un porcentaje mayor igual al 50% del control no es el único que es posible, por ejemplo, que el control se concentre en accionistas con porcentajes de control menores al 50%. Al

⁴³ LAZO SAPONARA, Gustavo. La Transparencia Fiscal Internacional: Empresas extranjeras controladas.

respecto, podemos referirnos a la definición de control propuesta por la OCDE en el marco del Proyecto BEPS en materia de las reglas CFC que son tratadas en la Acción 3 del Plan de Acción BEPS.

La Acción 3 dedicada al fortalecimiento de la normativa del régimen de transparencia fiscal internacional (*CFC rules*), específicamente, el *deliverable* a cargo del grupo de trabajo asignado a esta acción, aún no se encuentra listo en su versión final y el documento con el que se cuenta actualmente es el *Public Discussion Draft*, publicado en abril del presente año (2015), habiéndose establecido como fecha límite para la publicación del reporte final sobre la Acción 3 el mes de setiembre de este año.

Del material con el que se cuenta en referencia a las reglas del régimen de transparencia fiscal internacional, se rescata el capítulo 4 dedicado a la definición de control, cuyos aspectos principales se sintetizan en los siguientes:

- **Definición de control en la OCDE**

El borrador presentado por la OCDE plantea que la definición de control requiere de dos determinaciones basadas en el tipo y nivel de control⁴⁴.

En lo referido al tipo de control, se afirma que se deben de superar los test del control legal y económico, que se sumará adicionalmente al test de control de facto. Para tales fines, el test de cada tipo de control se desarrollaría bajo los

⁴⁴ *The definition of control requires two different determinations: i) of the type of control that is required and (ii) of the level of that control. The recommendation for control is that CFC rules should at least apply both a legal and economical control test so that satisfaction of either test results in control. Countries may also include de facto tests where they achieve the same effect. Secondly, a CFC should be treated as controlled where residents hold, at a minimum, more than 50% control, although countries that want to achieve broader policy goals or prevent circumvention of CFC rules may set their control threshold at a lower level. This level of control could be established through the aggregated interest of related parties or unrelated resident parties or from aggregating the interests of any taxpayers that are found to be acting in concert. Additionally, CFC rules should apply where there is either direct or indirect control.*

siguientes parámetros: un control económico⁴⁵ y un control legal⁴⁶. Además, la OCDE considera que se puede aplicar el régimen de transparencia fiscal internacional a quienes tengan el control “de facto”⁴⁷, por lo que no resulta

⁴⁵“Focuses on rights to the profits, capital and assets of a company in certain circumstances such as dissolution or liquidation. Such a test recognises that a resident can control an entity through an entitlement to the underlying value of the company even where they do not hold the majority of the shares. This entitlement may result from rights to the proceeds in the event of a disposal of the entity’s share capital or the entity’s assets on a winding up. It may also include rights to a distribution of profits other than on a disposal or winding up. Economic control is also a relatively mechanical test that focuses on facts that can be objectively assessed. It does add some complexity but in reality those with a majority stake in a company are likely to be aware of that fact and may have other reporting obligations in respect of that controlled relationship. However, economic control rules may be circumvented, most obviously by means of group reorganisations involving the insertion of a new group holding company. In such situations, both legal and economic control may change even though there is little or no change in the underlying business or the level of decision-making and business control exercised by the previous parent.”

OECD.Public Discussion Draft.BEPS Action3: Strengthening CFC rules.Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/discussion-draft-beps-action-3-strengthening-CFC-rules.pdf>

⁴⁶“Generally looks at a resident’s holding of share capital to determine the Percentage of voting rights held in a subsidiary. Legal control is a relatively mechanical test that is easy for both tax administration and taxpayers to apply and reflects the fact that a sufficient degree of voting rights should enable residents to elect the board of directors or an equivalent body responsible of affairs of the foreign entity and thus ensure that a CFC acts in accordance with their instructions. However, corporate law often provides a large degree of flexibility in designing the share structure of a corporation, thus enabling the use of artificial share terms and structures to circumvent the control requirement. A focus on legal control is therefore likely to be too narrow, and most countries also use a concept of economic control.

Although tests that consider the entitlement to acquire shares, and therefore voting rights, through certain contingent rights such as options may help mitigate some of the weaknesses of legal control.”

OECD.Public Discussion Draft.BEPS Action3: Strengthening CFC rules.Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/discussion-draft-beps-action-3-strengthening-CFC-rules.pdf>

⁴⁷“can look at similar factors to those considered by many countries when considering where a company is resident for tax purposes. For instance, countries can look at who takes the top-level decisions regarding the affairs of the foreign company or who has the ability to direct or influence its day-to-day activities. Another approach could focus on any particular contractual ties with the CFC that permit taxpayers to exert a dominant influence over it. However, a de facto control test would require a significant analysis of the facts and circumstances and some subjective assessment of these. This will lead to added costs, complexity and uncertainty for taxpayers. In addition, based on countries’ experience in operating residence rules, the type of criteria mentioned above may also be relatively easy to avoid and therefore difficult for a tax administration to prove. If a de facto control test could be designed to arrive at accurate results without these significant administrative and compliance burdens, it could also be included in a recommendation, but it would have to capture at least as many situations as captured by tests that look at legal or economic control.

Control based on consolidation can look at whether a non-resident company is consolidated in the accounts of a resident company based on accounting principles (e.g. International Financial Reporting Standards, or IFRS). This is not fundamentally different from the approaches mentioned above. In fact, like the legal and de facto control tests, accounting principles also refer to criteria such as voting rights or other rights to exercise a dominant influence over

factible aplicar esta normativa a accionistas desligados de la distribución de las rentas obtenidas por la sociedad extranjera.

- **Definición de control según la NIIF 10**

Si nos remitimos a las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIFs), encontraremos el principio de control en la NIIF 10: Estados Financieros Consolidados por el que se tiene que:

“(…)

5. *Un inversor, independientemente de la naturaleza de su implicación en una entidad (la participada), determinará si es una controladora mediante la evaluación de control sobre la participada.*
6. *Un inversor controla una participada cuando está expuesto, o tiene derecho, a rendimientos variables procedentes de su implicación en la participada y tiene la capacidad de influir en esos rendimientos a través su poder sobre ésta.*
7. *Por ello, un inversor controla una participada si y solo si éste reúne todos los elementos siguientes:*
 - a) *poder sobre la participada (véanse los párrafos 10 a 14)*
 - b) *exposición, o derecho, a rendimientos variables procedentes de su implicación en la participada (véase los párrafos 15 y 16)*
 - c) *capacidad de utilizar su poder sobre la participada para influir en el importe de los rendimientos del inversor (véanse los párrafos 17 y 18)*

III.5.2.1.3. Objetivos:

another entity, but they use these criteria to establish whether or not an entity should be consolidated. For example, under IFRS 10 a taxpayer should consolidate any entity if, for instance, it has rights that give the power to direct the activities that most significantly affect the subsidiary's returns. The power may be based on voting rights in relevant areas of the subsidiary's business activity or generally on a controlling influence over the subsidiary which effectively tests legal and de facto control.”

OECD.Public Discussion Draft. BEPS Action3: Strengthening CFC rules. Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/discussion-draft-beps-action-3-strengthening-CFC-rules.pdf>

El objetivo principal del régimen de Transparencia Fiscal Internacional es el de combatir el diferimiento prolongado del impuesto por intermedio de entidades extranjeras en zonas de baja tributación, entre ellas, los paraísos fiscales.

Otro de los objetivos se encuentra íntimamente relacionado con la política fiscal que decide adoptar un Estado con respecto al gravamen de sus residentes sobre rentas de fuente extranjera⁴⁸. Bajo la base de tal afirmación, se pretende resguardar la correcta aplicación del criterio de imposición denominado “de la renta mundial”.

Cuando se adopta dicho criterio de imposición, la neutralidad fiscal en la exportación de capitales pasa a tener un papel prioritario. La neutralidad se logra cuando se trata toda la renta –interna y externa – de la misma manera.

De esa forma, se pretende evitar que el impuesto forme parte - exclusiva o por lo menos principal – de las decisiones de la inversión. Es decir, se desea que la localización de las inversiones responda a criterios de eficiencia económica y no solamente que esté motivado por razones impositivas⁴⁹

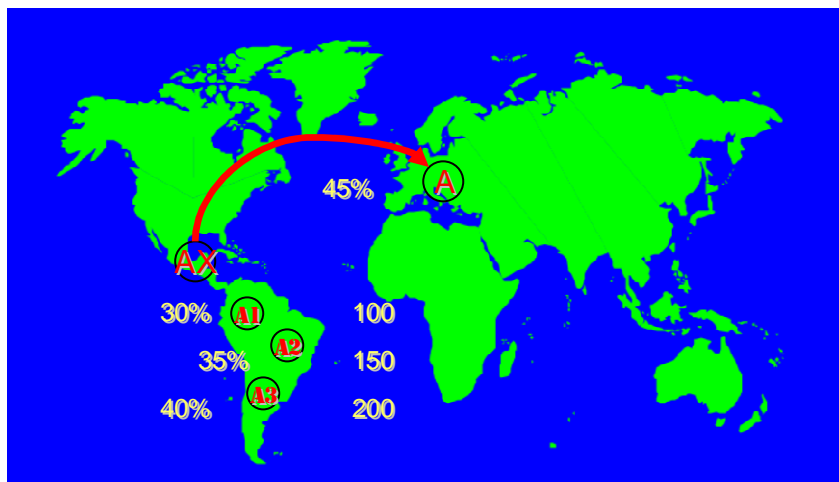
Siguiendo esta misma línea, señalamos que los objetivos de la normativa sobre empresas extranjeras controladas son los siguientes: neutralizar los efectos de la deslocalización de capitales no invertidos directamente en actividades productivas (rentas pasivas), evitar el diferimiento de los impuestos o la disminución de la base a través de la imputación de gastos generados por empresas vinculadas no residentes en un paraíso fiscal, aprovechar las ventajas que dan los distintos regímenes fiscales, luchar con la evasión fiscal producto de estructuras articuladas en los paraísos fiscales, entre otras.

Esquema de Transparencia Fiscal Internacional

⁴⁸ FRANZE, Roberto. “El régimen de imputación de las rentas de sujetos controlados”. En: “Curso de Derecho Tributario Empresarial”. Tomo II. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. 2003. Pág. 206-207.

⁴⁹ RICARDO KERN, Juan. “Paraísos Fiscales y Transparencia Fiscal Internacional”. Revista Análisis Tributario. NOVIEMBRE 2003. Lima, Perú. Pág. 27.

TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL



AX es controlada por A, de tal manera que lo dividendos recibidos por AX se gravan como si fueran de A

III.5.2.1.4. Régimen de Transparencia Fiscal Internacional en la legislación peruana

A partir del ejercicio 2001, se introduce en la legislación del Impuesto a la Renta las llamadas “normas anti paraíso”, relacionadas con determinadas jurisdicciones en el mundo conocidas como “paraísos fiscales”, en función a un grupo de características que permiten la elusión de impuestos en países de imposición fuerte como sucede con el régimen peruano.

Si bien el régimen de Transparencia Fiscal internacional se incorporó por primera vez en la legislación comparada en 1962, no es hasta el año 2012 que este régimen es incluido formalmente en la legislación peruana mediante el artículo 4º del Decreto Legislativo N° 1120, publicado el 18 de julio del ejercicio 2012 por el que se incorpora el Capítulo XIV a la Ley del Impuesto a la Renta cuyo articulado se compone de los artículos 111º al 116º-B

Es así que, para la legislación peruana, la vigencia efectiva del régimen de transparencia se da a partir del 1 de enero del ejercicio 2013 con el propósito de evitar el diferimiento de impuestos por los domiciliados mediante la

relocación de ganancias a través de entidades extranjeras que sirven como vehículos de recepción de renta de fuente extranjera, disminuyendo así la base tributaria en el estado de residencia del propietario de la entidad.

- **Ámbito subjetivo del régimen**

El ámbito subjetivo de la Transparencia Fiscal Internacional se enfoca en los sujetos a los que se aplica el régimen. Para este propósito, el artículo 111º de la Ley del Impuesto a la Renta que apertura el capitulado referido al régimen de transparencia estableciendo que ostentarán la calidad de sujetos de este régimen los que califiquen como domiciliados que tributen también por sus rentas de fuente extranjera.

Tomando en cuenta que de la legislación tributaria peruana se basa en un sistema de tributación de la renta mundial para los sujetos domiciliados, parecería redundante la condición que se establece en la parte inicial del artículo 111º de la LIR. Sin embargo, dicha precisión resulta fundada pues existen casos en los que los contribuyentes domiciliados pueden tributar únicamente por rentas de fuente doméstica pese a que la regla establece que los domiciliados se encuentran sujetos al Impuesto a la Renta por sus rentas de fuente mundial. Tal sería el caso de las sucursales y otros tipos de establecimientos permanentes que a efectos tributarios califican como contribuyentes domiciliados y que en teoría deberían tributar, por el estatus atribuido, por la totalidad de rentas que generen, pero que a causa de la precisión de la propia ley se ha dispuesto que se encuentren sujetas al Impuesto a la Renta por las rentas de fuentes nacional que generen.

Ahora, continuando con el ámbito subjetivo del régimen de transparencia, dichos sujetos domiciliados que tributen por sus rentas de fuente extranjera deben ser propietarios de las entidades extranjeras que se usan como vehículos de diferimiento. En el tenor del articulado que conforma la regulación del régimen de transparencia en la legislación peruana, encontraremos a estas entidades estas entidades bajo la denominación de “Entidades Controladas No Domiciliadas” (ECND).

Bajo este alcance subjetivo se pretende fijar la tributación en el estado de residencia del beneficiario real de las rentas que si bien se generan fueran del país y son atribuibles directamente a entidades extranjeras, serán repatriadas al estado eventualmente, pero que durante ese lapso prolongado de no existir el régimen de Transparencia Fiscal Internacional no podrían gravarse significando una pérdida de un potencial ingreso fiscal para el Estado. Ante tal situación en perjuicio de la recaudación tributaria es que se ha establecido considerar a estas ECND como transparentes a efectos de atribuir las rentas a las domiciliadas.

- **Ámbito objetivo del régimen**

El alcance objetivo del régimen de transparencia fiscal internacional recaerá sobre las rentas específicas que se encontrarán sujetas a este régimen y por ende, serán atribuidas a los beneficiarios finales de las mismas.

Es así que las rentas atribuibles en cabeza de los domiciliados propietarios de las ECND serán únicamente pasivas. Para tal efecto, la calidad de pasivas será definida por la propia ley mediante una lista taxativa que incluye a rentas como los dividendos y otras formas de distribución de utilidades, los intereses y demás cargas financieras, las regalías o las ganancias de capital provenientes de los derechos regalías, inmuebles no destinados a la actividad empresarial o valores mobiliarios.

Asimismo, bajo el mismo criterio de la lista taxativa, se establecen las rentas que a pesar de calificar como pasivas, a efectos del régimen de Transparencia Fiscal Internacional bajo ningún motivo se considerarán como tales.

- **Aplicación del régimen**

El principal problema del régimen de Transparencia Fiscal Internacional es como obligar a declarar qué entidades offshore son de propiedad del domiciliado.

En conclusión, a propósito de la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional en aplicación del ámbito subjetivo y objetivo del régimen, podemos afirmar que para efectos prácticos, puede realizarse el siguiente ejercicio paso a paso:

- (i) Si un sujeto domiciliado que tribute por sus rentas de fuente mundial mantiene el control de entidades offshore que se mantengan generando rentas, debe tomarse en cuenta si el régimen de transparencia fiscal será aplicable a efectos de prever una potencial contingencia por una observación de la Administración Tributaria por el incremento del monto correspondiente a la base tributaria de dicho domiciliado.

Para obtener la certeza de la aplicación del Régimen de Transparencia Fiscal Internacional, se revisarán los siguientes pasos:

- (ii) Determinar si la entidad offshore es una Entidad Controlada No Domiciliada. Para este caso, es preciso tomar en cuenta los siguientes puntos:

ii.1. La entidad extranjera debe tener una personería jurídica distinta a quienes la conforman.

Dicha independencia se verificaría si la entidad se encuentra en la capacidad de generar rentas que deban ser reconocidas por ella y que los sujetos que la integren se encuentren obligados al pago del impuesto si las rentas generadas se ponen a su disposición.

ii.2. La entidad extranjera debe haber sido constituida o establecida en una jurisdicción tributaria privilegiada.

El carácter privilegiado se referirá a la utilización de paraísos fiscales como centros de constitución o establecimiento de estas entidades offshore, que como fue explicado en el acápite referido a la definición de paraísos fiscales en

la legislación peruana, puede tratarse de un país que se encuentra en el listado previsto en el Anexo del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta o en su defecto, se trate de una jurisdicción que se subsuma en la definición reglamentaria.

Asimismo, se considera como jurisdicciones tributarias privilegiadas a las jurisdicciones en las que el impuesto a la renta aplicable a las rentas pasivas equivale a un 75% o menos del impuesto que hubiese sido aplicado en el Perú.

Recordemos que la identificación de los paraísos fiscales se basa en el listado establecido en el anexo del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta; y en una definición en base a la tasa efectiva equivalente al 50% del Impuesto a la Renta que hubiese correspondido en el ordenamiento peruano.

Apreciamos que se extiende el rango comparativo del porcentaje del Impuesto a la Renta peruano en 25% por lo que jurisdicciones que no serían consideradas como paraísos fiscales sí podrían considerarse como jurisdicciones tributariamente privilegiadas a efectos de la aplicación del régimen de Transparencia Fiscal Internacional. Claro está que para efectos del régimen, el carácter privilegiado se observará únicamente en relación a las rentas pasivas, mientras que en el caso de los paraísos fiscales el porcentaje de tasa efectiva referencial será aplicable para las rentas de distinta naturaleza.

ii.3. La entidad extranjera debe ser propiedad del sujeto domiciliado que se encuentra en el país.

La propiedad sobre las entidades extranjeras se determinará según la participación, directa o indirecta, mayor al 50% del capital o más del 50% o en los resultados de la entidad extranjera, o finalmente, más del 50% en los derechos de voto que el sujeto domiciliado mantenga por sí mismo o de manera conjunta con sus vinculadas domiciliadas al cierre del ejercicio gravable.

Si sobre la base de lo expuesto se concluye que la entidad offshore que el sujeto domiciliado mantiene es una ECND, se procederá a verificar un último requisito.

- (iii) Determinar si las rentas son pasivas y de ser así, si se encuentran previstas como rentas pasivas sujetas al Régimen de Transparencia Fiscal Internacional.

Quedan varios vacíos por regular a efectos de realizar la comparación establecida por la Ley del Impuesto a la Renta, pues no se señala cómo se debe determinar la renta pasiva sujeta a comparación. Cabe también preguntarse si podrán considerarse los gastos en los que se haya incurrido para obtener dicha renta (publicidad, mantenimiento, gastos administrativos, entre otros), cuando la norma señala que los contribuyentes deben considerar como “*si hubiesen generado dichas rentas pasivas de manera directa*”, ¿Está negando la posibilidad de considerar como parte de la renta pasiva, los gastos en los que se haya incurrido con ocasión de mantener al vehículo en el exterior? Resulta relevante entender el alcance de esta comparación pues podría obtenerse un resultado que no necesariamente se condice con la realidad.⁵⁰

El carácter de medida anti-paraíso fiscal en el Régimen de Transparencia Fiscal internacional se centraría en el segundo requisito de configuración de una Entidad Controlada No Domiciliada pues al prever la utilización de un paraíso fiscal como un centro de constitución de entidades offshore que generen rentas de fuente extranjera busca calificar a estas entidades extranjeras como transparentes y finalmente frustrar el diferimiento de rentas.

En esta dinámica planteada a través del Régimen de transparencia fiscal internacional se puede observar que se desincentivaría la utilización de paraísos fiscales para la constitución de entidades meramente receptoras de

⁵⁰ ADRIAZOLA, Alexa. “Régimen de Transparencia Fiscal” en “Controversias tributarias y contables en el ámbito empresarial. Caballero Bustamante, Thomson Reuters. Lima. Pág. 15.

rentas pasivas al atribuir igualmente estas rentas a los propietarios finales en su país de residencia.

Descartada la posibilidad de la creación de entidades en paraísos fiscales con el único propósito de diferir la percepción de rentas producidas por hechos generadores distintos al *corebusiness*. *Contrario sensu* se encontraría totalmente permitida la constitución en paraísos fiscales de entidades que sí desarrollen actividades empresariales.

Por otro lado, un aspecto crítico sobre este régimen es el hecho que, dentro de una planificación fiscal, es perfectamente posible evitar configurar el hecho imponible mediante el manejo de la definición de la ECND, o CFC como es conocido en sus siglas en inglés, con la plena conciencia de los requisitos que determinan cuando un domiciliado tiene un ECND, lo cual sucede en los artículos 112º de la Ley del Impuesto a la Renta y el artículo 62º numerales 1,2 y 3 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, se posee la herramienta perfecta para constituir entidades que no califiquen como controladas.

III.5.2.1.5. Régimen de Transparencia Fiscal Internacional en la legislación española

En un contexto definido por la existencia de economías globalizadas regidas por la liberalización de los mercados de capitales, el objetivo básico del régimen TFI es contrarrestar o anular las ventajas de utilizar, por las personas físicas y entidades residentes en España, entidades interpuestas (estructuras internacionales instrumentales) en territorios de baja o nula tributación con el fin exclusivo de evitar o diferir el pago de los impuestos personales sobre la renta de los españoles.

En esencia, la TFI implica que se incluyan en la base imponible de los sujetos pasivos (personas físicas o jurídicas) residentes en España determinadas rentas denominadas pasivas (no derivadas del desarrollo estricto de las actividades empresariales) obtenidas por ciertas entidades no residente de las

que sean partícipes, directa o indirectamente, los sujetos pasivos residentes en España, aunque o hay habido distribución de resultados.⁵¹

Actualmente, la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, Ley 27/ 2014, incorporó modificaciones al régimen TFI cuya vigencia data desde el 1 de enero de 2015. Estas modificaciones pueden considerarse como una medida preventiva a los resultados a presentarse en el mes de setiembre de este año (2015) sobre la acción 3 del Plan de Acción BEPS.

La legislación vigente del régimen TFI establece un régimen basado en el criterio de la sustancia económica que ostente la entidad extranjera. Así, el primer artículo del Capítulo X de la Ley del Impuesto sobre las Sociedades establece lo siguiente:

“Artículo 100. Imputación de rentas positivas obtenidas por entidades no residentes.

1. Los contribuyentes imputarán en su base imponible las rentas positivas a que se refieren los apartados 2 o 3 de este artículo cuando se cumplan las circunstancias siguientes:

a) Que por sí solas o conjuntamente con personas o entidades vinculadas en el sentido del artículo 18 de esta Ley tengan una participación igual o superior al 50 por ciento en el capital, los fondos propios, los resultados o los derechos de voto de la entidad no residente en territorio español, en la fecha del cierre del ejercicio social de esta última.

El importe de la renta positiva a imputar se determinará en proporción a la participación en los resultados y, en su defecto, en proporción a la participación en el capital, los fondos propios o los derechos de voto.

⁵¹ RODRÍGUEZ ONDARZA, José Antonio; RUBIO GUERRERO, Juan José. “La Transparencia Fiscal Internacional: protocolos para su aplicación”. Crónica tributaria Nº 96. 2000. Pág. 123-147. Parte introductoria de

b) Que el importe satisfecho por la entidad no residente en territorio español, imputable a alguna de las clases de rentas previstas en el apartado 2 o 3 de este artículo por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto, sea inferior al 75 por ciento del que hubiera correspondido de acuerdo con las normas de aquel.

2. Los contribuyentes imputarán la renta total obtenida por la entidad no residente en territorio español, cuando esta no disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales para su realización, incluso si las operaciones tienen carácter recurrente. No obstante, en el caso de dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de participaciones, se atenderá, en todo caso, a lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo.

Se entenderá por renta total el importe de la base imponible que resulte de aplicar los criterios y principios establecidos en esta Ley y en las restantes disposiciones relativas a este Impuesto para la determinación de aquella.

Este apartado no resultará de aplicación cuando el contribuyente acredite que las referidas operaciones se realizan con los medios materiales y personales existentes en una entidad no residente en territorio español perteneciente al mismo grupo, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, o bien que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos.

La aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo de este apartado prevalecerá sobre lo previsto en el apartado siguiente.

3. En el supuesto de no aplicarse lo establecido en el apartado anterior, se imputará únicamente la renta positiva que provenga de cada una de las siguientes fuentes:

a) *Titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de derechos reales que recaigan sobre estos, salvo que estén afectos a una actividad económica, o cedidos en uso a entidades no residentes, pertenecientes al mismo grupo de sociedades de la titular en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, e igualmente estuvieren afectos a una actividad económica.*

b) *Participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad y cesión a terceros de capitales propios, en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 25 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. No se entenderá incluida en esta letra la renta positiva que proceda de los siguientes activos financieros:*

1.º Los tenidos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias originadas por el ejercicio de actividades económicas.

2.º Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas.

3.º Los tenidos como consecuencia del ejercicio de actividades de intermediación en mercados oficiales de valores.

4.º Los tenidos por entidades de crédito y aseguradoras como consecuencia del ejercicio de sus actividades, sin perjuicio de lo establecido en la letra g).

La renta positiva derivada de la cesión a terceros de capitales propios se entenderá que proceden de la realización de actividades crediticias y financieras a que se refiere la letra g), cuando el cedente y el cesionario pertenezcan a un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del

Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, y los ingresos del cesionario procedan, al menos en el 85 por ciento, del ejercicio de actividades económicas.

c) Operaciones de capitalización y seguro, que tengan como beneficiaria a la propia entidad.

d) Propiedad industrial e intelectual, asistencia técnica, bienes muebles, derechos de imagen y arrendamiento o subarrendamiento de negocios o minas, en los términos establecidos en el apartado 4 del artículo 25 de la Ley 35/2006.

e) Transmisión de los bienes y derechos referidos en las letras a), b), c) y d) anteriores que genere rentas.

f) Instrumentos financieros derivados, excepto los designados para cubrir un riesgo específicamente identificado derivado de la realización de actividades económicas.

g) Actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios realizadas, directa o indirectamente, con personas o entidades residentes en territorio español y vinculadas en el sentido del artículo 18 de esta Ley, en cuanto determinen gastos fiscalmente deducibles en dichas entidades residentes.

No se incluirá la renta positiva prevista en esta letra cuando más del 50 por ciento de los ingresos derivados de las actividades crediticias, financieras, aseguradoras o de prestación de servicios realizadas por la entidad no residente procedan de operaciones efectuadas con personas o entidades no vinculadas en el sentido del artículo 18 de esta Ley.

4. No se imputarán las rentas previstas en las letras b) y e) anteriores, en el supuesto de valores derivados de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades que otorguen, al menos, el 5 por ciento del

capital de una entidad y se posean durante un plazo mínimo de un año, con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no cumpla los requisitos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de esta Ley.

En el supuesto de entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, los requisitos relativos al porcentaje de participación así como la existencia de una dirección y gestión de la participación se determinará teniendo en cuenta a todas las que formen parte del mismo.

5. No se imputarán las rentas previstas en el apartado 3 de este artículo cuando la suma de sus importes sea inferior al 15 por ciento de la renta total obtenida por la entidad no residente, excepto las rentas a que se refiere la letra g) de dicho apartado, que se imputarán en su totalidad.

6. No se imputarán las rentas a que hace referencia el apartado 3 de este artículo, cuando se correspondan con gastos fiscalmente no deducibles de entidades residentes en territorio español.

7. Estarán obligadas a la imputación prevista en este artículo las entidades residentes en territorio español comprendidas en la letra a) del apartado 1 que participen directamente en la entidad no residente o bien indirectamente a través de otra u otras entidades no residentes. En este último caso el importe de la renta positiva será el correspondiente a la participación indirecta.

8. La imputación se realizará en el período impositivo que comprenda el día en que la entidad no residente en territorio español haya concluido su ejercicio social que, a estos efectos, no podrá entenderse de duración superior a 12 meses.

9. El importe de las rentas positivas a imputar se calculará de acuerdo con los principios y criterios establecidos en esta Ley y en las restantes disposiciones relativas a este Impuesto para la determinación de la base imponible.

A estos efectos se utilizará el tipo de cambio vigente al cierre del ejercicio social de la entidad no residente en territorio español.

En ningún caso se imputará una cantidad superior a la renta total de la entidad no residente.

10. No se integrarán en la base imponible los dividendos o participaciones en beneficios en la parte que corresponda a la renta positiva que haya sido incluida en la base imponible. El mismo tratamiento se aplicará a los dividendos a cuenta.

En caso de distribución de reservas se atenderá a la designación contenida en el acuerdo social, entendiéndose aplicadas las últimas cantidades abonadas a dichas reservas.

Una misma renta positiva solamente podrá ser objeto de imputación por una sola vez, cualquiera que sea la forma y la entidad en que se manifieste.

11. Serán deducibles de la cuota íntegra los siguientes conceptos:

a) Los impuestos o gravámenes de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto, efectivamente satisfechos, en la parte que corresponda a la renta positiva imputada en la base imponible.

Se considerarán como impuestos efectivamente satisfechos, los pagados tanto por la entidad no residente como por sus participadas, siempre que sobre éstas tenga aquélla el porcentaje de participación establecido en el artículo 32.3 de esta Ley.

b) El impuesto o gravamen efectivamente satisfecho en el extranjero por razón de la distribución de los dividendos o participaciones en beneficios, sea conforme a un convenio para evitar la doble imposición o de acuerdo con la legislación interna del país o territorio de que se trate, en la parte que corresponda a la renta positiva imputada con anterioridad en la base imponible.

Cuando la participación sobre la entidad no residente sea indirecta a través de otra u otras entidades no residentes, se deducirá el impuesto o gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto efectivamente satisfecho por aquélla o aquéllas en la parte que corresponda a la renta positiva imputada con anterioridad en la base imponible.

Estas deducciones se practicarán aun cuando los impuestos correspondan a períodos impositivos distintos a aquel en el que se realizó la imputación.

En ningún caso se deducirán los impuestos satisfechos en países o territorios calificados como paraísos fiscales.

La suma de las deducciones de las letras a) y b) de este apartado no podrá exceder de la cuota íntegra que en España corresponda pagar por la renta positiva incluida en la base imponible.

12. Para calcular la renta derivada de la transmisión de la participación, directa o indirecta, el valor de adquisición se incrementará en el importe de los beneficios sociales que, sin efectiva distribución, se correspondan con rentas que hubiesen sido imputadas a los socios como rentas de sus acciones o participaciones en el período de tiempo comprendido entre su adquisición y transmisión.

En el caso de entidades que tengan la consideración de entidad patrimonial en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de esta Ley, el valor de transmisión a computar será como mínimo, el valor del patrimonio neto que corresponda a los valores transmitidos resultante

del último balance cerrado, una vez sustituido el valor contable de los activos por el valor que tendrían a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio o por el valor de mercado si éste fuere inferior.

13. Los contribuyentes a quienes sea de aplicación lo previsto en el presente artículo deberán presentar conjuntamente con la declaración por este Impuesto los siguientes datos relativos a la entidad no residente en territorio español:

- a) Nombre o razón social y lugar del domicilio social.*
- b) Relación de administradores y lugar de su domicilio fiscal.*
- c) El balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria.*
- d) Importe de la renta positiva que deba ser objeto de imputación en la base imponible.*
- e) Justificación de los impuestos satisfechos respecto de la renta positiva que deba ser objeto de imputación en la base imponible.*

14. Cuando la entidad participada resida en un país o territorio calificado como paraíso fiscal o en un país o territorio de nula tributación, se presumirá que:

- a) Se cumple la circunstancia prevista en la letra b) del apartado 1.*
- b) Las rentas de la entidad participada reúnen las características del apartado 3 de este artículo.*
- c) La renta obtenida por la entidad participada es el 15 por ciento del valor de adquisición de la participación.*

Las presunciones contenidas en los párrafos anteriores admitirán prueba en contrario.

15. A los efectos del presente artículo se entenderá que el grupo de sociedades a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio incluye las entidades multigrupo y asociadas en los términos de la legislación mercantil.

16. Lo previsto en este artículo no será de aplicación cuando la entidad no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la

Unión Europea, siempre que el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas o se trate de una institución de inversión colectiva regulada en la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, distintas de las previstas en el artículo 54 de esta Ley, constituida y domiciliada en algún Estado miembro de la Unión Europea.”

Dentro de la legislación tributaria española podemos encontrar una regulación del régimen de Transparencia Fiscal Internacional en los siguientes dispositivos normativos de la Ley de Impuesto sobre Sociedades:

“Artículo 4. Hecho imponible.

2. (...)

En el régimen especial de agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y de uniones temporales de empresas, se entenderá por obtención de renta la imputación al contribuyente de las bases imponibles, gastos o demás partidas, de las entidades sometidas a dicho régimen.

En el régimen de transparencia fiscal internacional se entenderá por obtención de renta la imputación en la base imponible de las rentas positivas obtenidas por la entidad no residente.”

III.5.2.1.6. La Transparencia Fiscal Internacional como medida anti-paraíso específica ante las sociedades base

En los primeros acápites de este capítulo establecimos los usos de los paraísos fiscales. Entre los mecanismos de uso descritos mencionamos a las sociedades base como sociedades pantalla por las que se obtiene un aplazamiento del tributo al condicionar el pago del mismo en la fecha en la que las rentas generadas offshore sean repartidas al sujeto domiciliado en el Estado de residencia.

Bajo esta premisa, las sociedades base buscaban el diferimiento del pago del impuesto en el Estado de residencia de quien es el contribuyente al situar a la sociedad base con domicilio en el paraíso fiscal para que así esta entidad reciba las rentas que le corresponden finalmente al contribuyente domiciliado, rentas que mientras no sean distribuidas como dividendos al contribuyente, no se devengará ningún impuesto en el país de residencia.

Tal como señalamos en la parte final del acápite referido al régimen de Transparencia Fiscal Internacional en la legislación peruana, así como en el acápite referido al mismo régimen aplicable de acuerdo a la legislación española, mediante este régimen se busca atribuir las rentas en el país de residencia que pretendían quedar inafectas mediante la constitución de entidades controladas en los paraísos fiscales. En ambos casos habíamos concluido que estas entidades eran receptoras de rentas que sin su existencia serían reconocidas directamente por el contribuyente.

Son estas entidades offshore las sociedades base que se constituyen como uno de los mecanismos de utilización de los paraísos fiscales. Frente a esta patología, el régimen de transparencia fiscal internacional pretende combatir los efectos perjudiciales en la recaudación en el país de residencia, no reconociendo la existencia de las sociedades establecidas en las jurisdicciones de los paraísos fiscales y atribuyendo las rentas.

III.5.2.1.7. Esquema de la Transparencia Fiscal Internacional como medida anti-paraíso fiscal



III.5.2.1.8. El régimen de Transparencia Fiscal Internacional y BEPS

La acción específica contenida en el Plan de Acción referida a este régimen es la Acción 3 cuyo objetivo es el fortalecimiento del régimen CFC.

El objetivo de esta Acción es delimitado, a grandes rasgos, en el reporte BEPS y el Plan de Acción. Sin embargo, el reporte de la Acción 3 aún no ha sido culminado. Actualmente, es de acceso público el borrador que nos aproxima al planteamiento de la OCDE. Partiendo de la revisión de este borrador se advierte que la recomendación de la OCDE no varía los principios que rigen la aplicación de este régimen, salvo por el caso de la propuesta de un aproximamiento al Estado de la Fuente, lo cual resulta incompatible con el diseño de este régimen, al enfocarse en la recaudación desde la perspectiva del estado de residencia.

III.5.2.2. Subcapitalización

El régimen de subcapitalización consiste, en términos prácticos, en el establecimiento de un límite a la financiación excesiva por parte de empresas vinculadas basado en un *fixed ratio* entre el patrimonio de la empresa prestamista y el monto de la deuda asumida por la financiada obligada a pagar intereses.

III.5.2.2.1. Subcapitalización en la legislación peruana

No fue hasta el año 2001 que las reglas de subcapitalización fueron incorporadas en la legislación tributaria peruana. A través de la modificación del artículo 37º inciso a), norma que regula los gastos deducibles a efectos de la determinación de la renta neta se establece que:

Artículo 37º

a)
(...)

*Serán deducibles los intereses provenientes de endeudamientos de contribuyentes **con partes vinculadas** cuando dicho endeudamiento no exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine mediante decreto supremo sobre el patrimonio del contribuyente; los intereses que se obtengan por el exceso de endeudamiento que resulte de la aplicación del coeficiente no serán deducibles.*

Es así que mediante el numeral 6 del inciso a) del artículo 26º del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, se señala que el coeficiente referido en el artículo de la ley es de 3. Lo que se traduciría en que en el supuesto que una vinculada, sea domiciliada o no domiciliada, realice un préstamo a favor de su vinculada domiciliada en Perú, dicho préstamo no podrá exceder tres (3) veces el patrimonio del domiciliado deudor al cierre del ejercicio anterior.

Ahora bien, el establecimiento del límite traería como consecuencia el reconocimiento del gasto por intereses solo si se cumple el límite mencionado, e incluso cuando el préstamo excediese el ratio establecido, se reconocerán los gastos por los intereses del préstamo hasta el monto en el que se cumple el ratio límite, no reconociéndose el gasto por el monto excedente. Se aprecia entonces que el mero hecho de exceder el límite no perjudicaría la totalidad de los intereses pagados, siendo válidamente reconocidos para la determinación de la renta, incidiendo directamente sobre la base imponible.

Como se puede observar en el segmento resaltado en el texto del último párrafo del artículo 37º, el supuesto de hecho que prevé la regla de subcapitalización es el caso de las operaciones de financiamiento entre vinculadas, sin precisar alguna diferenciación en el tratamiento de operaciones de financiamiento entre vinculadas a nivel *onshore* *offshore* es que *la norma nacional centra sus efectos en la no deducibilidad del gasto por financiamiento ajeno, cuando esta supere el ratio predeterminado, sin que este exceso sea considerado como dividendo para el prestador, como sí sucede, por ejemplo, con la legislación española. La norma nacional encuentra su lógica en que el excedente no deducible pasará automáticamente a incrementar la base imponible del impuesto del ente prestatario*⁵².

- **Características de las normas para evitar la subcapitalización**

Pese a que en la actualidad la legislación peruana no ha incorporado expresamente el régimen de subcapitalización respecto a las operaciones de financiamiento desde o a través de los paraísos fiscales, es posible aplicar las reglas de subcapitalización cuando las empresas vinculadas sean sociedades residentes en jurisdicciones que califican como paraísos fiscales.

Existen también aspectos relacionados a la regulación de la subcapitalización en Perú que son objeto de crítica en los siguientes términos:

⁵² LIBRO TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL

- La norma peruana no diferencia entre las operaciones vinculadas onshore y offshore. A diferencia de la legislación española en la que *solamente se computa el endeudamiento con sujetos vinculados no residentes. Ello es coherente porque es en el endeudamiento con no residentes donde se produce con mayor intensidad el peligro de que la Hacienda española sufra una pérdida recaudatoria*⁵³. En efecto, como señala el profesor PALAO, en la esfera interna este hecho es normalmente intrascendente “*pues los intereses deducidos por la sociedad prestataria serán renta sujeta en la prestamista; pero habrá una pérdida neta de recaudación para el Estado de residencia cuando la prestamista sea una entidad no residente. He aquí la justificación de las medidas destinadas a combatir este fenómeno*”⁵⁴
- La norma se enfoca en la no deducibilidad del monto excedente del límite fijado. La cláusula aludida respecto del método objetivo es que la norma nacional centra sus efectos en la no deducibilidad del gasto por financiamiento ajeno, cuando esta supere el ratio predeterminado, sin que este exceso sea considerado como dividendo para el prestador, como sí sucede, por ejemplo, con la legislación española. La norma nacional encuentra su lógica en que el excedente no deducible pasará automáticamente a incrementar la base imponible del impuesto del ente prestatario.”
- La norma establece una presunción iure et iure. Una constatación crítica es que esta cláusula funciona como una presunción absoluta (iure et iure) que no consiente acreditación en contrario como sí lo establecen otras legislaciones comparadas.

⁵³ VEGA BORREGO, Félix Alberto. La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario. Universidad Autónoma de Madrid. Crónica tributaria Nº 104 (2002) Pág. 89-125.

⁵⁴ . PALAO TABOADA, C., “Límites a la aplicación de la norma española contra la subcapitalización: Estado de la cuestión”, Revista de Técnica Tributaria, núm. 46, 1999, p. 47. Citado por VEGA BORREGO, Félix Alberto. La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario. Universidad Autónoma de Madrid. Crónica tributaria Nº 104 (2002) Pág. 89-125.

Cabe mencionar que en el lapso de tiempo en el que estalló en Perú la noticia de HervéFalciani y las cuentas financieras en la HSBC, se generó una reacción por parte de la Administración Tributaria despertando un interés por los préstamos internacionales mediante fiscalizaciones internacionales enfocadas a las tasas de interés pactadas ya sea entre vinculadas o que se realicen en paraísos fiscales.

III.5.2.2.2. Subcapitalización en la legislación española⁵⁵

⁵⁵ “El Tribunal Supremo abre la puerta a que las filiales de grupos multinacionales puedan optar por una financiación más elevada que aquella resultante de multiplicar por tres el capital fiscal siempre y cuando la entidad vinculada que concede directamente o indirectamente el préstamo sea residente de un estado que haya firmado un convenio de doble (AL 2012)

Sentencia previa: Sentencia del Tribunal Supremo del 1 de octubre del 2009. Caso entre una matriz holandesa y una filial española en la que por aplicación de la regla de no discriminación para evitar la doble se impedía aplicar la regla de subcapitalización pues implicaría discriminar a una entidad española cuyo capital era controlado por una entidad holandesa y que de haber sido controlada por una sociedad española no hubiese aplicado la regla.

Sentencia en discusión: Se trata de una matriz suiza y una filial española que por la cláusula de no discriminación del CDI entre ambos estados contratantes se constituye como un regla especial a la regla general. No puede haber un trato discriminatorio a la entidad suiza, pues de haber sido española, la regla de subcapitalización no se aplicaría.

Por lo tanto la regla de subcapitalización española sería aplicable a operaciones con entidades extranjeras que no sean residentes de un país miembro de la Unión Europea (por aplicación de la sentencia del Tribunal de Justicia Europea del caso Lankhorst –Horshot) y que no tengan un CDI con España y de tenerlo, éste no cuente con una cláusula de no discriminación.

Se trata de un segundo “cerco” a la aplicación de la regla de subcapitalización lego del primer cerco establecido en el marco del Unión Europea.

AL 2011: AMBITO DE APLICACIÓN SUBCAP EN EL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia del Tribunal Supremo (STC) del 17 de marzo de 2011 ha delimitado el ámbito de aplicación de la norma de subcapitalización:

- (i) No aplicación de la regla de subcapitalización cuando existen un convenio con cláusula de no discriminación
- (ii) Delimitación del supuesto de endeudamiento indirecto: ¿es un concepto jurídico indeterminado? (qué significa eso?)

Ideas extraídas de http://www.elderecho.com/contable/subcapitalizacion-Tribunal-Supremo_11_289555002.html

La DGT determinó que cuando "(...) la entidad vinculada no residente no ofrecería garantías formales y concretas, con fuerza ejecutiva, sino tan sólo la confianza generada por el volumen y la solvencia demostrados hasta ese momento, la posible insolvencia del deudor residente no queda jurídicamente cubierta por aquella, por lo que no cabría hablar de endeudamiento indirecto con él".

la DGT considera que únicamente cabe hablar de endeudamiento indirecto cuando la entidad no residente vinculada garantiza formalmente, a través del otorgamiento de un aval, una fianza

- **Origen de la normativa anti subcapitalización en España**

Se origina con la incorporación de la regla mediante la Disposición Adicional Quinta de la Ley 18/1991 del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas del 6 de junio de 1991. Mediante esta disposición se añadió apartado 9 al artículo 16 de la Ley 61/ 1978 Ley del Impuesto sobre Sociedades del 27 de diciembre.

<p>Artículo dieciséis. Valoración y gastos – Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades</p>	<p>Quinta. Modificación de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades</p>
<p>Uno. Los ingresos y gastos se computarán por sus valores contables, siempre que la contabilidad refleje en todo momento la verdadera situación patrimonial de la Sociedad.</p> <p>Dos. En ningún caso las valoraciones de las partidas deducibles podrán considerarse a efectos fiscales por un importe superior al precio efectivo de adquisición o, en su caso, a su valor regularizado.</p> <p>Tres. No obstante lo dispuesto en los números anteriores, cuando se trate de operaciones entre Sociedades vinculadas,</p>	<p>Los artículos de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre del Impuesto sobre Sociedades, que a continuación se relacionan, quedarán modificados como sigue:</p> <p>(...)</p> <p>Cinco. Artículo 16. El artículo 16 quedará redactado como sigue:</p>

o cualquier otra forma de garantía, el pago de la deuda contraída por la entidad española, de modo que se trasladen a la primera los riesgos de la financiación concedida a la segunda. TEAC[2] consideró, respecto del procedimiento resuelto por la STS que ahora se comenta, que las comfortletters son "(...) un conjunto de declaraciones orientadas no sólo a transmitir confianza sino también a asegurar el cumplimiento de la operación; (...)" con las que se permite a la entidad española tener acceso a una financiación que difícilmente se hubiera podido concertar en el mercado. Esto es, considera que, dado que es la comfortletter la que permite a la entidad española el acceso a la financiación, se trata este un supuesto de financiación indirecta a pesar de que, formal y contractualmente, la entidad financiera no pueda acudir a la entidad vinculada no residente que la otorgó en caso de que la entidad española incumpla su obligación de repago. TEAC[2] consideró, respecto del procedimiento resuelto por la STS que ahora se comenta, que las comfortletters son "(...) un conjunto de declaraciones orientadas no sólo a transmitir confianza sino también a asegurar el cumplimiento de la operación; (...)" con las que se permite a la entidad española tener acceso a una financiación que difícilmente se hubiera podido concertar en el mercado. Esto es, considera que, dado que es la comfortletter la que permite a la entidad española el acceso a la financiación, se trata este un supuesto de financiación indirecta a pesar de que, formal y contractualmente, la entidad financiera no pueda acudir a la entidad vinculada no residente que la otorgó en caso de que la entidad española incumpla su obligación de repago.

su valoración a efectos de este Impuesto se realizará de conformidad con los precios que serán acordados en condiciones normales de mercado entre sociedades independientes.

Cuatro. Lo dispuesto en el número anterior se aplicará en todo caso:

- a) A las Sociedades vinculadas directa o indirectamente con otras, no residentes en España.
- b) A las operaciones entre dos Sociedades y sus socios, consejeros o personas que formen parte de sus respectivas unidades familiares posean al menos el veinticinco por ciento de sus capitales, o cuando dichas personas ejerzan en ambas Sociedades funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión.

Cinco. A lo efectos de lo dispuesto en los apartados anteriores se entenderá que existe vinculación entre dos Sociedades cuando participen directa o indirectamente, al menos en el veinticinco por ciento, en el capital social de otra o cuando, sin mediar esta circunstancia, una Sociedad ejerza en otras funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión.

Seis. Las operaciones realizadas por las cooperativas con sus socios, derivadas del cumplimiento de sus fines sociales, se computarán por su valor de mercado.

Siete. No obstante lo dispuesto en el número anterior, cuando se trate de cooperativas de consumo y, en general, para aquellas cuya finalidad consista en la realización de suministros o prestaciones a sus socios, se computará como precio de las correspondientes operaciones aquel por el que efectivamente se hubieran realizado.

Ocho. Los rendimientos que hubiesen sido objeto de retención por este Impuesto

se computarán en su cuantía íntegra, adicionando al rendimiento líquido percibido el importe efectivo de la retención que se hubiese practicado.	
--	--

"cuando el endeudamiento directo o indirecto de una sociedad con otra persona o entidad no residente y relacionada con ella (...), exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine reglamentariamente a la cifra del capital fiscal, los intereses satisfechos que correspondan al exceso tendrán la consideración fiscal de dividendos".

Al respecto PALAO TABOADA señala que *la financiación se hace por vía de préstamo y se retribuye a través de intereses*. Los fondos propios provienen fundamentalmente de las aportaciones de capital realizadas por los partícipes de la sociedad. La retribución de los fondos se articula principalmente a través del pago de dividendos⁵⁶.

El distinto tratamiento tributario que reciben dividendos e intereses constituye un elemento importante a la hora de decidir cómo se financia una sociedad, precisamente por la deducibilidad del interés.⁵⁷

En un sentido amplio, se estima que una sociedad se encuentra subcapitalizada o en una situación de infracapitalización cuando su estructura financiera revela una evidente desproporción entre la cifra resultante de

⁵⁶ Cfr. PALAO TABOADA, C. La subcapitalización y los convenios de doble imposición. Revista de Contabilidad y Tributación. Ed, Estudios Financieros.núm. 137/138. 1995. Pág. 79.

⁵⁷Cfr. PISTONE, A. La tassazione degli utili e la thin capitalization: profili internazionali e comparati.CEDAM. Padova. 1994. Pág. 299. Citado por:VEGA BORREGO, Félix Alberto. La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario. Universidad Autónoma de Madrid. Crónica tributaria Nº 104 (2002) Pág. 89-125.

computar los recursos propios y la cifra que resulte las distintas partidas que integran los recursos ajenos.⁵⁸

El término subcapitalización, desde la óptica tributaria, debe entenderse en términos más restrictivos. No cualquier desproporción manifiesta entre recursos ajenos y propios es objeto de la norma tributaria sobre subcapitalización, sino solamente cuando el endeudamiento desproporcionado con sujetos con los que la entidad financiada se encuentra vinculada excede de su capacidad de crédito⁵⁹.

El mecanismo elusorio sería el financiamiento excesivo para disminuir la base tributaria española mediante la deducción de intereses “incrementados”, en comparación a lo hubiese sucedido a valor de mercado, en comparación a un aporte de capital a la sociedad española cuyas retribuciones al aportante no serían deducibles en España.

La normativa prevista para la subcapitalización no resulta aplicable a operaciones onshore, es decir, a financiamientos entre compañías residentes en España, ni en el caso de los financiamientos procedentes de empresas residentes en los países miembro de la Unión Europea a compañías residentes en España.

Esto último en aplicación de la sentencia Lankhorst- Hohorst (2002, 372) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

⁵⁸ Cfr. GUASCH MARTORELL, R. La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de sociedades. Revista de Derecho Mercantil. Nº 234. 1999. PÁG. 1495 y ESTEVE PARDO, M.L. Presupuestos (...), cit. Pág. 5. La doctrina mercantil Citado por: VEGA BORREGO, Félix Alberto. La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario. Universidad Autónoma de Madrid. Crónica tributaria Nº 104 (2002) Pág. 89-125.

⁵⁹ VEGA BORREGO, Félix Alberto. La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario. Universidad Autónoma de Madrid. Crónica tributaria Nº 104 (2002) Pág. 89-125.

- **Resumen del caso Lankhorsy - Hohorst⁶⁰**

Debe resaltarse que esta es la primera ocasión en la que el Tribunal ha tenido la oportunidad de manifestarse, de forma directa, sobre la adecuación al ordenamiento comunitario de una norma anti-elusión de carácter interno, con repercusión internacional.

No obstante, de la Sentencia Lankhorst se desprende que las Administraciones tributarias de los distintos Estados miembros, cuando pretendan aplicar una norma de estas características, se verán obligadas a probar que, además de cumplirse los requisitos establecidos por el legislador interno para su aplicación, se ha incurrido en una utilización abusiva del Derecho. De hecho, el Tribunal recuerda que, en el supuesto enjuiciado, « (...) no se ha demostrado la existencia de ningún abuso (...), ya que el préstamo se realizó efectivamente para reducir, en favor de la demandante en el litigio principal, la carga del importe de los intereses derivados de su crédito bancario (FJ 38)».

De acuerdo con esto, resulta obligado preguntarse si tiene sentido la existencia de cláusulas específicas a nivel comunitario, puesto que su aplicabilidad, tras la aparición de la sentencia estudiada, se hará depender, en última instancia, de la presencia de un fraude o un abuso de las formas jurídicas. Esta situación, en nuestra opinión, resulta ciertamente paradójica, puesto que supone hacer entrar en juego, a la hora de determinar la aplicabilidad de las referidas cláusulas específicas, la cláusula general que el legislador pretende sustituir a través de la aprobación aquellas normas.

(...) tras la sentencia Lankhorst existen argumentos de peso para entender que, junto a la subcapitalización, determinadas normas tradicionales, como son la transparencia fiscal internacional e, incluso, la normativa de operaciones

⁶⁰ALMUDI CID, José Manuel; SERRANO ANTÓN, Fernando. “La problemática en el ámbito comunitario de las cláusulas anti-abuso específicas de carácter internacional aprobadas por los Estados miembros: El caso *Lankhorst-Hohorst GmbH* (STJCE 12.12.02)”. En <http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/comentarios/2002_12Dic_AlmudiSerrano.pdf>

vinculadas aplicada por algunos Estados, pueden resultar contrarias al ordenamiento comunitario.

Tanto en la normativa de subcapitalización, como la de transparencia fiscal internacional o la de operaciones vinculadas, pueden afectar a conductas perfectamente justificadas por razones empresariales. Como es sabido, la razón común que conduce a los Estados a implantar estas medidas no es otra que evitar la erosión de las bases imponibles de los contribuyentes que residen en su territorio.

Sin embargo, desde la perspectiva comunitaria, como ha señalado el Tribunal de Luxemburgo en la Sentencia que nos ocupa, « (...) dicha situación no implica, en sí, un riesgo de evasión fiscal, ya que la sociedad en cuestión estará sujeta, de todos modos, a la legislación fiscal del Estado de establecimiento (FJ 37)». Esto es, la existencia de una menor tributación no puede justificar la aplicación de las referidas normas anti-elusión específicas, que, no debe olvidarse, han sido creadas por el legislador, precisamente, para reaccionar frente a dicha situación.

En definitiva, el Tribunal, a través de la sentencia Lankhorst, ha puesto de manifiesto, una vez más, la imposibilidad de que se establezcan restricciones a las libertades fundamentales por motivos fiscales.

Debe repararse en que el régimen español, a diferencia del alemán, resulta de aplicación cuando exista vinculación entre la entidad española y la entidad que concede el crédito, no siendo necesario, por tanto, que ésta posea una participación significativa en la entidad española. Esto implicaría que, a estos efectos, ya no cabría aplicar la libertad de establecimiento a la que hace referencia el artículo 43 del Tratado CE.

No obstante, incluso en estos supuestos, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, serían invocables por los contribuyentes, bien el principio de libre prestación de servicios o bien de libre circulación de capitales. Asimismo, como hemos tenido ocasión de señalar en

el apartado anterior, estos argumentos resultarán extensibles a una serie de normas anti-abuso específicas, de carácter internacional, previstas por nuestro ordenamiento, entre las que se encuentra la transparencia fiscal internacional.

- **Aplicación del régimen**

Los dos factores a tomarse en cuenta para la determinación de la aplicación de la regla de subcapitalización son el capital y el endeudamiento:

Antes de examinar si se supera el coeficiente tres hay que determinar qué partidas integran los fondos propios y qué partidas constituyen endeudamiento. Como señal SANZ GADEA, entre las partidas que inequívocamente forman parte de los fondos propios y aquellas otras que forman, también inequívocamente, parte del endeudamiento, existe un conjunto amplio de figuras que se agrupan bajo la denominación de financiación híbrida, que se caracterizan *porque el prestamista participa del riesgo empresarial del prestatario*⁶¹. Su encuadramiento en el endeudamiento o en los fondos propios no es siempre claro, ni siquiera para el propio legislador⁶².

III.5.2.2.3. Las normas anti subcapitalización y BEPS

Finalmente, esta medida específica anti-paraíso es una medida nacional que ostenta una caracterización similar a la Acción 4 del Plan de Acción BEPS, estrategia de promoción internacional muy controvertida.

La acción propuesta por la OCDE es la referida a la limitación de deducción de los intereses y otros pagos financieros por préstamos intra-grupo. Bajo esta medida se planteó un borrador para discusión pública (*publicdiscussiondraft*) que se sometió a los comentarios de los interesados alrededor de las

⁶¹ SANZ GADEA, E., Impuesto sobre Sociedades (Comentarios y casos prácticos), tomo I, CEF, Madrid, 1991, p. 382 y también en “La subcapitalización”, cit., p. 8.

⁶² VEGA BORREGO, Félix Alberto. La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario. Universidad Autónoma de Madrid. Crónica tributaria Nº 104 (2002) Pág. 89-125.

economías del mundo con la finalidad de que el Grupo de Trabajo (*TaskForceGroup*) pueda elaborar el entregable (*deliverable*) final.

III.5.2.3. Enajenación indirecta de acciones

III.5.2.3.1. Enajenación indirecta de acciones en la legislación peruana

Otra de las medidas específicas incluidas en la legislación peruana anti-paraíso se refiere a la enajenación indirecta de acciones por la que se ha establecido una presunción *iuris tantum* en el caso de la enajenación indirecta cuando el enajenante es un residente de un paraíso fiscal.

En el caso de la enajenación indirecta de acciones, se tiene:

- (i) un enajenante no domiciliado
- (ii) una sociedad domiciliada que a la vista de la legislación peruana es la empresa cuyas acciones son enajenadas indirectamente

El *modus operandi* de la enajenación se da en una cadena que va de dos a más intervinientes; en un primer plano se encuentra el enajenante no domiciliado cuyas acciones enajena directamente, en un segundo plano se encuentra la empresa domiciliada que se ve afectada por la enajenación ya que parte de su accionariado es de propiedad, de manera directa o indirecta, del no domiciliado enajenante; de modo que el adquirente de las acciones sería el nuevo propietario de las acciones de la empresa peruana.

Bajo este línea de hechos, se entiende que al enajenarse de manera “indirecta” las acciones de una empresa domiciliada, el enajenante percibe una rente de fuente peruana por la que debe de ser gravada con el Impuesto a la Renta.

Así, para considerar que se efectúa una enajenación indirecta de acciones se establecen dos requisitos: (i) el valor de mercado de las acciones de la empresa peruana debe equivaler al menos al 50% del valor de mercado del no domiciliado, en cualquiera de los doce meses anteriores a la enajenación; y, (ii)

las acciones enajenadas deben representar al menos el 10% del capital del no domiciliado.

Sin embargo, la medida anti-paraíso fiscal entra a tallar con el establecimiento de una presunción por la que cuando el enajenante sea un residente en un paraíso fiscal, ya no se requerirá la concurrencia de los dos requisitos establecidos y se tomará por realizada la enajenación indirecta de acciones.

En defensa del contribuyente, éste podrá negar la incidencia del hecho imponible mediante la acreditación fehaciente de que la enajenación no cumple con los requisitos de los porcentajes del valor de mercado de las acciones y su equivalente en el capital del no domiciliado.

III.5.2.4. Precios de Transferencia.

Otra medida específica a tomarse en cuenta es la exigencia a las que se somete a las operaciones que se realicen con paraísos fiscales, condicionándolas a la aplicación de las reglas de los Precios de Transferencia que en la mayoría de casos de la legislación comparada son compatibles con los lineamientos que establece la OCDE y en tal sentido, su aplicación recoge como principio rector a la libre competencia.

III.5.2.4.1. Definición

Pero, para entender la razón de ser de la normativa de los precios de transferencia y la importancia de su normativa como medida antiparaíso, entendamos qué son los precios de transferencia.

Para tal fin, es necesario recordar que el papel más importante en las distorsiones fiscales corresponde a los precios de transferencia, que han sido tratados y caracterizados por numerosos autores con diversos enfoques.

Los precios de transferencia son los precios que fijan empresas o grupos vinculados por transacciones entre ellos y que son distintos de los precios de competencia fijados por las empresas independientes actuando en condiciones similares⁶³. Así, estas transacciones pueden versar sobre bienes materiales o inmateriales, así como sobre servicios todas ellas con un rasgo latente que la diferencie de las transacciones que se hubieran pactado entre partes independientes ante la potencialidad de la manipulación de las transacciones valiéndose de su vinculación económica para trasladar sus utilidades a países o territorios de baja o nula imposición.

Otra característica importante se basa, en la mayoría de las regulaciones del derecho positivo nacional, en el carácter internacional de las transacciones, incluyendo a las operaciones entre matriz-filial y filial-filial.

Las transacciones entre vinculadas se refieren generalmente a existencias en distinto estado de elaboración, royalties para uso de filiales, asistencia técnica, cesión de créditos u otros activos, prestaciones de variados servicios, compraventa y arrendamiento, tecnología, suministro de mercancías, marcas o préstamos efectuados por otra empresa del mismo grupo. La pertenencia de los contratantes a un solo poder de decisión significa la utilización de precios diferentes de los del mercado y que son usados (manipulados) con el fin de que los beneficios obtenidos por el grupo multinacional afloren en los lugares con fiscalidad más favorable y no en los de fiscalidad más elevada⁶⁴.

Es a raíz de esta manipulación que muchos países se han visto en la urgente necesidad de implementar medidas contra la elusión tributaria, ¿cómo? regulando los precios de transferencia entre empresas que guardan entre sí una vinculación económica con el objeto de evitar que la recaudación tributaria que les corresponde legítimamente sea erosionada por causas ajenas al mercado⁶⁵.

⁶³VILLEGAS, Héctor B. "Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario". Op. cit. Pág. 629.

⁶⁴ VILLEGAS, Héctor B. "Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario". Op. cit. Pág. 629.

⁶⁵GARCIA SCHRECK, Marcial. "Precios de Transferencia en el Perú: ¿Estamos verdaderamente preparados?". Revista Ius et Veritas. N° 22. Lima, Perú. Pág. 255.

Es por ello que la normas de precios de transferencia es la forma encontrada para, una vez verificado que la transacción entre las partes vinculadas ha sido efectuada mediante la fijación de un precio diferente al del mercado, sustituir el precio pactado por las partes por otro independiente de ese vínculo, impidiendo con eso la “distribución disfrazada de ganancias”, con lo que se posibilita llegar al monto real de la renta lograda sujeta a la tributación en concordancia con el principio de libre concurrencia⁶⁶.

Por esta razón, muchos países se han visto en la urgente necesidad de implementar medidas contra la elusión tributaria, regulando los precios de transferencia entre empresas que guardan entre sí una vinculación económica, con el objeto de evitar que la recaudación tributaria que les corresponde legítimamente sea erosionada por causas ajenas al mercado⁶⁷.

III.5.2.4.2. Objetivos

Existen distintos tipos de objetivos al momento de utilizar las normas de precios de transferencia como una medida anti paraíso fiscal.

Las operaciones se hacen a precios distintos de los del mercado entre sociedades vinculadas situadas en diferentes países. Así, una sociedad ubicada en un país de baja tributación vende productos a precios muy superiores a los del mercado a una filial situada en un país de alta tributación para que disminuya el beneficio de tal filial (que sería gravada a un tipo muy alto) y pase a ser beneficio de la matriz, gravada a un precio más bajo.

Los medios preferidos para lograr resultados fiscalmente beneficiosos para el grupo, pueden consistir, entre otros, en transferir las bases imponibles de los impuestos directos a Estados con menor fiscalidad, compensar bases

⁶⁶ DE BARROS CARVALHO, Paulo. “Precios de Transferencia en el Derecho Tributario Brasileño”. Revista Análisis Tributario. Edición especial de Tributación Internacional. Lima, Perú. Agosto, 2003. Pág. 20.

⁶⁷ GARCIA SCHRECK, Marcial. “Precios de Transferencia en el Perú: ¿Estamos verdaderamente preparados?”. Revista Ius et Veritas. N° 22. Lima, Perú. Pág. 255.

imponibles negativas (pérdidas) con positivas, reducir la base imponible de los impuestos indirectos o diferir el pago de los impuestos directos⁶⁸.

III.5.2.4.3. Acciones estatales para regular los Precios de Transferencia

Como acción defensiva de muchos Estados perjudicados por los precios de transferencia, ha surgido el principio arm'slength adaptado como "principio del competidos independiente".

Tuvo su origen en los Estados Unidos de América en 1935; en una reglamentación de impuestos internos establecía: "La norma que ha de aplicarse en cada caso es la de un contribuyente no controlado que trate en condiciones normales de mercado con otro contribuyente no controlado".

Este principio fue acogido desde 1963 por el modelo de convenciones para evitar la doble imposición emitido por la OCDE. En 1979, el Comité Fiscal de este organismo produjo un informe en que sugería que se invitara a las administraciones fiscales cuando ajustasen los precios de transferencia entre empresas ahocicadas, a tener en cuenta las consideraciones y métodos expuestos en el informe, con miras a llegar a precios de libre competencia para las mercancías, la tecnología, las marcas y los servicios que se intercambian entre ellas o para los préstamos contraídos entre ellas. Dicho informe no poseía carácter de obligatoriedad, sino que establecía pautas a seguir a la hora de establecer los precios de transferencia, para intentar lograr cierto grado de uniformidad.

En 1995, el consejo de la OCDE aprobó un documento en el que los cinco capítulos de las pautas sustituyen, en la parte correspondiente, el informe de 1979 como marco de referencia sobre las actuaciones de comprobación de las autoridades fiscales en materia de precios de transferencia. En las pautas, el punto central sigue siendo el examen cuidadoso de las transacciones y de los precios de las transacciones equiparables.

⁶⁸ VILLEGAS, Héctor B. "Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario". Op. cit. Pág. 630.

El informe sigue adoptando el principio del competidor independiente (*arm'slength*) y establece métodos a aplicar a la transferencia de mercancías con el objeto de acercar las valoraciones al principio de plena competencia.

III.5.2.4.4. El principio de libre concurrencia

Las regulaciones de precios de transferencia, casi de manera universal, se sustentan sobre la base de un principio fundamental conocido en inglés como el "*arm'slength principle*". No se cuenta con una definición de este principio como resultado de una traducción oficial, pero se maneja el razonamiento que implica: Los precios de las transacciones entre vinculadas deben asimilarse a los precios asignados a transacciones comparables entre no vinculados.

Sin embargo, cabe resaltar que en la legislación peruana, la traducción de este principio se ha conferido a través del Decreto Supremo N° 045-2001-EF, el cual al introducir modificaciones al Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, lo ha consagrado como el "Principio de Libre Concurrencia"⁶⁹.

De lo que se trata entonces, es de comparar los resultados de la transacción controlada o entre empresas vinculadas, con aquellos que se obtendrían entre empresas independientes en transacciones comparables, para arribar a lo que se conoce como el valor de la libre concurrencia o "*arm'slength value*".

Para que esa comparación sea realmente útil, todos los factores que pudieran influenciar los precios acordados y por consiguiente, las utilidades obtenidas deben ser considerados. Estos factores comprenden, entre otros, las funciones desempeñadas por las empresas cotejadas, los riesgos que asumen, los términos contractuales, las circunstancias económicas, las estrategias de

⁶⁹ El Principio de Libre Concurrencia (*arm'slength principle*) ha sido definido, de la siguiente manera, por el primer párrafo del artículo 9 del Convenio Modelo de la OCDE, que constituye la base para evitar la doble tributación internacional entre países miembros y un número cada vez mayor de países no miembros. "(cuando) las condiciones son hechas o impuestas entre (...) dos empresas (asociadas) en sus relaciones comerciales o financieras y difieran de aquéllas que hubieran sido producto de las relaciones entre empresas independientes, entonces, cualquier ganancia que se hubiera producido bajo condiciones normales, pero que debido a esas condiciones no se realizaron, deben de ser incluidas en las ganancias de la empresa y gravadas como es debido".

negocios, así como las características de los bienes transferidos o servicios prestados, en cada caso.

Si el valor asignado en la transacción controlada difiere sustancialmente de aquel acordado en las transacciones controladas comparadas, sea por sobrevaluación o subvaluación, se debe proceder a ajustar el precio fijado entre las empresas vinculadas, de manera tal, que el mismo refleje el valor de la libre competencia; es decir, aquel que presumiblemente hubiere prevalecido tratándose de transacciones comparables entre empresas no vinculadas.

Tal como ha sido concebido, el principio de la libre competencia constituye un parámetro internacional que los países miembros de la OCDE, así como un número creciente de otros países del mundo, han adoptado para la evaluación de los precios de transferencia de bienes, servicios, y demás prestaciones entre empresas relacionadas, como un medio para asegurar que se asigne a cada país o territorio la materia imponible que le corresponde, evitando al mismo tiempo que se produzcan entre ellos problemas de doble tributación internacional⁷⁰.

En muchos casos la aplicación del principio de la libre competencia conduce a la obtención de un único resultado confiable. Sin embargo, generalmente, se acepta que puedan haber ocasiones en que su aplicación produce un rango de resultados, todos los cuales pueden llegar a ser igualmente confiables. La inconsistencia de los resultados obtenidos, no obstante, puede en algunos supuestos evidenciar que la información requiere ser ajustada para eliminar los efectos de las diferencias existentes entre las mismas⁷¹.

En caso de duda, se debe analizar con mayor profundidad la información disponible o eventualmente recurrir a información de ejercicios anteriores o posteriores a aquel en se llevó a cabo la transacción materia de evaluación.

⁷⁰ Los miembros originales de la OCDE desde 1961 son: Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, España, Suecia, Suiza, Turquía, el Reino Unido y los Estados Unidos. Posteriormente los siguientes países se convirtieron en miembros por adhesión: Japón (1964), Finlandia (1969), Australia (1971), Nueva Zelanda (1973), México (1994), La República Checa (1995), Hungría (1996), Polonia (1996), Corea (1996), la República Eslovaca (2000).

⁷¹ GARCIA SCHRECK, Marcial. "Precios de Transferencia en el Perú: ¿Estamos verdaderamente preparados?". Revista *Ius et Veritas*. N° 22. Lima, Perú. Pág. 256.

III.5.2.4.5. Principales Métodos que existen para determinar el valor de Libre Concurrencia

Los lineamientos para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias de la OCDE reconocen tres métodos tradicionales para la aplicación del principio de la libre concurrencia⁷². Estos métodos son los siguientes: (i) El Método de Precios Comparables No Controlados (CUP); (ii) El Método del Precio de Reventa; y (iii) El Método de Costo Incrementado. Adicionalmente, se contemplan dos métodos no tradicionales, que se conocen como los métodos de utilidad transaccional o métodos basados en utilidades; a saber: (i) El Método de Participación de Utilidades y (ii) El Método de Márgenes Transaccionales de Utilidad de Operación (TNMM).

En la práctica, parece haber quedado demostrado que, en la mayoría de los casos, es posible emplear los métodos tradicionales y que los mismos arrojan resultados suficientemente confiables⁷³.

No obstante, cabe señalar que las legislaciones internas de algunos países miembros de la OCDE, como la de los Estados Unidos, no establecen una jerarquía de métodos. Por el contrario, señalan que debe aplicarse aquel que refleje mejor la realidad económica de las operaciones comparadas o que produzca los mejores resultados.

a) Métodos Tradicionales

a.1.) Método de Precios comparables No controlados (CUP)

⁷² Las prácticas acordadas por los países miembros de la OCDE para determinar precios de transferencia han sido recogidas en una nueva edición del trabajo denominado Lineamientos para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias. Estos lineamientos fueron aprobados en julio de 1995 y constituyen una revisión de los lineamientos preparados por la OCDE en 1979, donde se elaboró el concepto del principio de la libre concurrencia, tal como ha sido consagrado en el Artículo 9 del Convenio Modelo de la OCDE.

⁷³ Es importante puntualizar que los lineamientos de la OCDE no son de observancias obligatoria, ni siquiera entre los países miembros de dicha organización. En tal sentido, prevalece la legislación interna de cada uno de ellos. Los lineamientos únicamente pretenden servir de guía como un marco que contribuye al desarrollo y la cooperación entre los países que integran la OCDE y entre aquellos que han seguido su ejemplo.

Bajo este método se compara el valor asignado a los bienes o servicios transferidos e intangibles cedidos en una transacción controlada o entre empresas vinculadas, con aquél que normalmente se obtiene en transacciones comprobables no controladas o entre terceros independientes, en condiciones iguales o similares. Cuando es posible ubicar transacciones no controladas comparables, el método de CUP constituye el medio más directo y confiable de aplicar el principio de la libre competencia⁷⁴. Por esa razón, en esos supuestos, los lineamientos de la OCDE recomiendan que debe ser preferido a cualquier otro método de valoración.

Al considerar si una transacción controlada y una no controlada son comparables, todos los elementos materias de dicha comparación deben ser cuidadosamente examinados. Cualquier diferencia entre los bienes transferidos en una y otra transacción pueden afectar sustancialmente el precio aún cuando la naturaleza de las actividades empresariales desarrolladas sean suficientemente parecidas como para generar los mismos márgenes de utilidad. En este análisis, se deben tomar en consideración, entre otros, los siguientes factores de comparación: funciones desarrolladas, riesgos asumidos y términos contractuales. Cuando existan diferencias entre las transacciones que se quiere comparar, que puedan tener un impacto material en los resultados, se deben efectuar los ajustes necesarios para eliminar los efectos de esas diferencias.

De acuerdo a la Ley del Impuesto a la Renta, en el inciso e) del Artículo 32º-A, este método se describe de la siguiente manera:

Inciso e) del Artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta

1) El método del precio comparable no controlado

⁷⁴ Es importante recordar que el margen de utilidad bruta resulta de dividir la utilidad bruta entre el ingreso neto total que se obtiene de la venta de bienes o prestación de servicios: Margen de Utilidad Bruta = Utilidad Bruta/Ingreso neto.

Consiste en determinar el valor de mercado de bienes y servicios entre partes vinculadas considerando el precio o el monto de las contraprestaciones que se hubieran pactado con o entre partes independientes en operaciones comparables.

(...)

En el caso de la Ley del Impuesto sobre las Sociedades, este método se describe en el inciso 4 del artículo 18º:

“Artículo 18. Operaciones vinculadas

(...)

4. Para la determinación del valor de mercado se aplicará cualquiera de los siguientes métodos:

a) Método del precio libre comparable, por el que se compara el precio del bien o servicio en una operación entre personas o entidades vinculadas con el precio de un bien o servicio idéntico o de características similares en una operación entre personas o entidades independientes en circunstancias equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.”

a.2.) Método del precio de Reventa

Este método, generalmente, es empleado tratándose de bienes tangibles que han sido adquiridos para ser revendidos en el mismo estado o sin agregarles ningún valor adicional sustancial.

Para determinar si el margen de utilidad bruta (en adelante, el margen) del revendedor de una transacción controlada es equivalente al que se obtendría en una operación realizada en condiciones de libre competencia, se debe comparar ese margen con aquel que el mismo revendedor normalmente obtiene en transacciones comparables con terceros no vinculados, o en su

defecto, con el margen que se obtiene en transacciones comparables entre terceros independientes.

En la práctica de lo que se trata es de restar de los ingresos netos del revendedor, el margen que se hubiera conseguido en una relación comparable entre empresas no relacionadas.

Mediante este procedimiento se determina el costo del bien o servicio que hubiera pagado un revendedor no relacionado en una transacción comparable.

De acuerdo a la Ley del Impuesto a la Renta, en el inciso e) del artículo 32^o-A se describe este método según lo siguiente:

“Inciso e) del Artículo 32^o-A de la Ley del Impuesto a la Renta

(...)

2) El método del precio de reventa

Consiste en determinar el valor de mercado de adquisición de bienes y servicios en que incurre un comprador respecto de su parte vinculada, los que luego son objeto de reventa a una parte independiente, multiplicando el precio de reventa establecido por el comprador por el resultado que proviene de disminuir, de la unidad, el margen de utilidad bruta que habitualmente obtiene el citado comprador en transacciones comparables con partes independientes o en el margen que habitualmente se obtiene en transacciones comparables entre terceros independientes.

El margen de utilidad bruta del comprador se calculará dividiendo la utilidad bruta entre las ventas netas.”

En el caso de Ley del Impuesto sobre las Sociedades, en el apartado c) del inciso 4 del artículo 18 se describe este método:

“Artículo 18. Operaciones vinculadas

c) Método del precio de reventa, por el que se sustrae del precio de venta de un bien o servicio el margen que aplica el propio vendedor en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.”

a.3.) Método de Costo Incrementado

Esta metodología es empleada típicamente en circunstancias en que productos en proceso o semiterminados son transferidos entre empresas del mismo grupo o conjunto económico o cuando se trata de la prestación de servicios entre empresas vinculadas. El método de costo incrementado evalúa si el precio acordado entre empresas vinculadas se ajusta a valores de libre competencia por referencia a la relación existente entre la utilidad bruta y los costos incurridos en la transferencia de bienes o prestación de servicios.

Bajo este método el valor de la libre competencia es fijado sobre la base de adicionar el costo de producción del bien o de prestación del servicio controlado, el margen que normalmente se obtiene en transacciones entre empresas no vinculadas. En este caso, el margen debe ser entendido como el coeficiente resultante de dividir la utilidad bruta registrada, entre el costo del bien transferido o servicio prestado en operaciones comparables no controladas.

De preferencia, el margen que debe ser considerado para efectos de la comparación, es aquel que la propia empresa que transfiere el bien o presta el servicio habitualmente reporta en transacciones comparables con terceros no vinculados. No obstante, también es aceptable usar el margen que normalmente se obtiene en transacciones comparables entre terceros independientes⁷⁵.

En el caso de la Ley del Impuesto a la Renta, encontramos lo siguiente;

⁷⁵ PICÓN GONZÁLES, Jorge. Manual de Precios de Transferencia. IFA 2008. En <http://www.ifaperu.org/uploads/articles/295_01_manual_pt.pdf>

Inciso e) del Artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta

3) El método del costo incrementado

Consiste en determinar el valor de mercado de bienes y servicios que un proveedor transfiere a su parte vinculada, multiplicando el costo incurrido por tal proveedor, por el resultado que proviene de sumar a la unidad el margen de costo adicionado que habitualmente obtiene ese proveedor en transacciones comparables con partes independientes o en el margen que habitualmente se obtiene en transacciones comparables entre terceros independientes.

El margen de costo adicionado se calculará dividiendo la utilidad bruta entre el costo de ventas.

En el caso de la Ley del Impuesto sobre las Sociedades, también se describe este método en el inciso 4 del artículo 18:

“Artículo 18. Operaciones vinculadas

c) Método del coste incrementado, por el que se añade al valor de adquisición o coste de producción o servicio el margen habitual en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.”

b) Métodos de Utilidad Transaccional o Métodos Basados en Utilidades

Los lineamientos de la OCDE establecen que estos métodos son de aplicación supletoria o de último recurso, ante la imposibilidad de utilizar alguno de los métodos tradicionales anteriormente descritos, debido a la complejidad del negocio bajo examen, a la falta de información fehaciente sobre transacciones

comparables o por cualquier otra causa. En tal sentido, de acuerdo a las recomendaciones de la OCDE, estos métodos únicamente debieran ser empleados cuando ninguno de los tres métodos tradicionales es capaz de producir resultados confiables o cuando sencillamente ninguno de ellos puede ser aplicado.

b.1.) Método de Partición de Utilidades

En términos generales, este método consiste en distribuir el resultado (utilidad/pérdida) consolidado de una o más transacciones entre empresas relacionadas, en la proporción en que hubiera sido asignado dicho resultado entre empresas independientes.

Bajo este esquema, el resultado global o consolidado, entendido como la suma de los resultados individuales obtenidos por cada una de las empresas relacionadas involucradas, es distribuido entre cada una de ellas teniendo en cuenta su contribución a la obtención de ese resultado. Para tales efectos, se deben tener en consideración elementos, tales como, los activos implicados, riesgos asumidos y funciones desempeñadas por cada una de las empresas relacionadas involucradas.

Al respecto, la Ley del Impuesto a la Renta considera lo siguiente:

Inciso e) del Artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta

4) El método de la partición de utilidades

Consiste en determinar el valor de mercado de bienes y servicios a través de la distribución de la utilidad global, que proviene de la suma de utilidades parciales obtenidas en cada una de las transacciones entre partes vinculadas, en la proporción que hubiera sido distribuida con o entre partes independientes, teniendo en cuenta, entre otros, las ventas, gastos, costos, riesgos asumidos, activos implicados y las funciones desempeñadas por las partes vinculadas.

En el caso de la Ley del Impuesto sobre las Sociedades, se describe este método del siguiente modo:

“Artículo 18. Operaciones vinculadas

d) Método de la distribución de resultado, por el que se asigna a cada persona o entidad vinculada que realice de forma conjunta una o varias operaciones la parte del resultado común derivado de dicha operación u operaciones, en función de un criterio que refleje adecuadamente las condiciones que habían suscrito personas o entidades independientes en circunstancias similares.”

b.2.) Método de Márgenes Transaccionales de Utilidad de Operación (TNMM)

Este método examina el margen de utilidad que hubiese obtenido la propia empresa en transacciones comparables con terceros independientes o el que hubieren obtenido terceros independientes en operaciones comparables, con base en factores de rentabilidad que tienen en cuenta variables, tales como, ventas, costos, gastos, activos o flujos de efectivo. En la práctica, este método opera de manera similar a los métodos de costos incrementado y de precio de reventa.

La Ley del Impuesto a la Renta describe este método de la siguiente manera:

Inciso e) del Artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta

6) El método del margen neto transaccional

Consiste en determinar la utilidad que hubieran obtenido partes independientes en operaciones comparables, teniendo en cuenta factores de rentabilidad basados en variables, tales como activos, ventas, gastos, costos, flujos de efectivo, entre otros.

Mediante Decreto Supremo se regularán los criterios que resulten relevantes para establecer el método de valoración más apropiado.

Por su parte, la Ley del Impuesto sobre Sociedades describe este método en el último apartado del inciso 4 del artículo 18:

“Artículo 18. Operaciones vinculadas

e) Método del margen neto operacional, por el que se atribuye a las operaciones realizadas con una persona o entidad vinculada el resultado neto, calculado sobre costes, ventas o la magnitud que resulte más adecuada en función de las características de las operaciones idénticas o similares realizadas entre partes independientes, efectuando, cuando sea preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de las operaciones.”

III.5.2.4.6. Régimen de precios de transferencia en la legislación peruana

En el plano peruano, la manipulación de las transacciones entre vinculadas también puede operar trasladando utilidades de empresas rentables a otras, del mismo grupo o conjunto económico, que reporten pérdidas tributarias.

En el Perú se han adoptado reglas de precios de transferencia que son compatibles con los lineamientos que establece la OCDE. En tal sentido, la libre competencia ha sido recogida como principio rector para la determinación de los precios en operaciones con empresas vinculadas.

Ahora bien, un rasgo fundamental de la normativa peruana sobre precios de transferencia se trata de la aplicación de esta normativa, además de las transacciones entre vinculadas, a las transacciones que se realicen desde, hacia o a través de paraísos fiscales. Bajo esta línea, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT aplicará por igual a todas estas transacciones los distintos métodos de valoración regulados que incluyen, entre otros; el método de precios comparables no controlados; el método de precio de reventa; el método de costo incrementado; y los métodos basados en utilidades. Par ello conviene citar el Artículo 32º, numeral 4, de la Ley del Impuesto a la Renta peruano:

Artículo 32º.- (...) Para los efectos de la presente Ley se considera valor de mercado:

4. Para las transacciones entre partes vinculadas⁷⁶ o que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición, 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 32º-A.

- Valor de mercado según la Ley del Impuesto a la Renta

En primer lugar, debemos señalar que el valor de mercado para efectos tributarios, regulado por las normas del Impuesto a la Renta peruano, no necesariamente significa aquel que se obtiene en la plaza, producto de la oferta y la demanda. En efecto, en la mayoría de los casos las normas tributarias buscan una conducta coherente del contribuyente, exigiendo de él, por ejemplo, que cobre un mismo precio cuando se presente condiciones similares, aun cuando dicho precio no necesariamente sea siquiera parecido a aquel que se cobra en el mercado en el cual compete.

Así, las normas del Impuesto a la Renta establecen dos grupos de normas, según los sujetos con los cuales el contribuyente se relaciona⁷⁷:

⁷⁶ La Ley del Impuesto a la Renta, en el **Artículo 32º-A** desarrolla el concepto de “**partes vinculadas**”: Se considera que dos o más personas, empresas o entidades son partes vinculadas cuando una de ellas participa de manera directa o indirecta en la administración, control o capital de la otra; o cuando la misma persona o grupo de personas participan directa o indirectamente en la dirección, control o capital de varias personas, empresas o entidades. También operará la vinculación cuando la transacción sea realizada utilizando personas interpuestas cuyo propósito sea encubrir una transacción entre partes vinculadas.

⁷⁷PICÓN GONZALES, Jorge Luis. “Deducciones del Impuesto a la Renta Empresarial. ¿Quién se llevó mi gasto? La Ley, la SUNAT o lo perdí yo...”. Ob. Cit. Pág. 52.

- El primer grupo, reúne los métodos para determinar el valor de mercado, cuando el contribuyente se relaciona con sujetos no vinculados ni residentes en un lugar de baja o nula imposición.
- El segundo grupo, reúne los métodos que se utilizan cuando el contribuyente se relaciona con sujetos vinculados o residentes en lugares de baja o nula imposición, los llamados “precios de transferencia”.

Al respecto, conviene citar el Artículo 32° y 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta, que desarrolla el tratamiento del valor de mercado, en el caso de transacciones entre partes vinculadas o con paraísos fiscales.

“Artículo 32°.- (...) Para los efectos de la presente Ley se considera valor de mercado:

(...)

Para las transacciones entre partes vinculadas o que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición, los precios y monto de 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:

a) Ámbito de aplicación

Las normas de precios de transferencia serán de aplicación a las transacciones realizadas por los contribuyentes del impuesto con sus partes vinculadas o a las que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición. Sin embargo, sólo procederá ajustar el valor convenido por las partes al valor que resulte de aplicar las normas de precios de transferencia en los supuestos previstos en el literal c) de este artículo.”

- **Operaciones con sujetos vinculados o residentes en lugares de baja o nula imposición**

Partiendo de la premisa de que los valores que establecen las empresas vinculadas pueden fijarse con la finalidad de reducir su imposición en el país que más los grava, las normas de la Ley del Impuesto a la Renta han incorporado la posibilidad de ajustar dicho valor a aquel que dos sujetos no vinculados establecerían entre sí.

- **Empresas vinculadas**

El inciso b) del artículo 32º-A de la Ley del Impuesto a la Renta señala que se considerarán partes vinculadas cuando dos o más personas, empresas o entidades son partes vinculadas cuando una de ellas participa de manera directa o indirecta en la administración, control o capital de la otra; o cuando la misma persona o grupo de personas participan directa o indirectamente en la dirección, control o capital de varias personas, empresas o entidades.

Asimismo, se considerarán partes vinculadas cuando una transacción sea realizada utilizando personas interpuestas cuyo propósito sea encubrir una transacción entre partes vinculadas.

A efectos de determinar los criterios de vinculación, el artículo 24º del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, dispone los supuestos en los que las empresas se consideran vinculadas, basando los mismos en función a tres criterios:

a) Propiedad común

- *Una persona natural o jurídica posea más del treinta por ciento (30%) del capital de otra empresa, directamente o por intermedio de un tercero.*

- *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.*
- *En cualesquiera de los casos anteriores, cuando la indicada proporción del capital pertenezca a cónyuges entre sí o a personas vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.*
- *El capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca, en más del treinta por ciento (30%), a socios comunes a éstas.*
- *Dos o más empresas consoliden estados financieros.*
- *Exista un contrato de colaboración empresarial con contabilidad independiente o uno de asociación en participación, en cuyo caso el contrato se considerará vinculado con cada una de las partes contratantes que tenga una participación superior al 30%..*
- *Cuando 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.*

b) Dirección común

- *Las empresas cuenten con una 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.*
- *Una persona natural o jurídica ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de una o mas personas jurídicas o entidades.*

c) Relación contractual

- *Una empresa en el ejercicio gravable anterior, el ochenta por ciento (80%) o más de sus ventas las realice a otra o a sus vinculadas, siempre que tales operaciones, a su vez, representen por lo menos el treinta por ciento (30%)*

de las compras o adquisiciones de la otra parte en el mismo período. Tratándose de empresas que tengan actividades por períodos mayores a tres ejercicios gravables, tales porcentajes se calcularán teniendo en cuenta el porcentaje promedio de ventas o compras, según sea el caso, realizadas en los tres ejercicios gravables inmediatos anteriores.

Cabe indicar que, tal como se ha descrito la vinculación en el inciso b) del Artículo 32°-A, consideramos que el supuesto de relación contractual no sería considerado para la aplicación de los precios de transferencia.

- **Supuestos para la aplicación de precios de transferencia**

Para que pueda existir un perjuicio en la determinación de un precio entre empresas vinculadas, debe ser necesario que una de ellas esté en capacidad de someter las rentas a una imposición distinta (usualmente menor), lo que se puede originar en diferentes situaciones, como que esté en otro país, tenga pérdidas o goce de beneficios tributarios, entre otros.

Por su parte, el artículo 32°-A de la Ley el Impuesto a la Renta establece el ámbito de aplicación de las normas de precios de transferencia sobre las operaciones entre partes vinculadas, sin especificar que se traten de operaciones nacionales o internacionales por lo que se entiende que abarca ambos supuestos; y sobre las operaciones que se realicen desde, hacia o a través de paraísos fiscales.

Sin embargo, el inciso c) de este artículo precisa que solo procederá ajustar el valor de las operaciones en el supuesto de un perjuicio fiscal. En ese sentido, la norma señala que se ajustará el valor convenido por las partes cuando este determine en el país un menor impuesto del que correspondería por aplicación de las normas de precios de transferencia.

Para determinar que el valor pactado por las partes determina un menor impuesto, se tomará en cuenta cada transacción individual o en conjunto según se haya efectuado la evaluación al momento de aplicar el método respectivo.

Además, la autoridad tributaria peruana podrá ajustar el valor convenido por las partes aun cuando no se cumpla con el supuesto anterior, si dicho ajuste incide en la determinación de un mayor impuesto en Perú respecto de transacciones con otras partes vinculadas.

- **Métodos de valoración de precios de transferencia**

Las normas peruanas han recogido la regulación que ha elaborado la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico – OCDE, la que ha desarrollado métodos de valoración.

Debemos anotar que los métodos se aplican en función de aquél que mejor refleje la realidad económica de la operación materia de análisis; habiendo sido recogidos en la legislación peruana aquéllos plasmados en el inciso e) del artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta.

Hay dos tipos métodos, los directos y los indirectos:

Los directos, basados en las operaciones y transacciones de las operaciones, que parten de la comparación de las operaciones comparables del propio contribuyente con sujetos no vinculados y ante la ausencia de éstas se recurre al mercado.

Los otros son los indirectos, que dividen la utilidad de los negocios en función a los riesgos e inversiones que cada empresa vinculada realice.

- **Principio de libre competencia**

La Administración Tributaria tiene la facultad de ajustar el valor de las operaciones entre sujetos vinculados, adoptando el valor que hubieran tenido si se hubiera realizado entre sujetos no vinculados.

- **Comparabilidad**

Para poder lograr tal objetivo, resulta necesario que las operaciones cuyo valor se tome como referencia sean comparables a las realizadas entre los sujetos vinculados, para lo cual se tomará en cuenta lo siguiente:

Segundo párrafo del inciso d) del Artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta

d) Análisis de comparabilidad

(...)

Para determinar si las transacciones son comparables se tomarán en cuenta aquellos elementos o circunstancias que reflejen en mayor medida la realidad económica de las transacciones, dependiendo del método seleccionado, considerando, entre otros, los siguientes elementos:

- i) Las características de las operaciones.*
- ii) Las funciones o actividades económicas, incluyendo los activos utilizados y riesgos asumidos en las operaciones, de cada una de las partes involucradas en la operación.*
- iii) Los términos contractuales.*
- iv) Las circunstancias económicas o de mercado.*
- v) Las estrategias de negocios, incluyendo las relacionadas con la penetración, permanencia y ampliación del mercado.*

Cabe indicar que la jurisprudencia del Tribunal Fiscal peruano ha recogido, aún de manera muy limitada, el concepto de comparabilidad para la resolución de casos, como los siguientes:

RTF N.° 622-2-2000⁷⁸

El precio de venta que utiliza el contribuyente es de una operación que no tiene las mismas características que la operación materia de examen, siendo normal que dado el volumen de la mercadería transferida se haga un descuento adicional.

RTF N.° 5881-1-2003⁷⁹

⁷⁸ Resolución del Tribunal Fiscal de fecha 21 de julio de 2000.

Si bien el Tribunal reconoce las variaciones en el precio de acuerdo a la práctica usual del mercado, atendiendo al volumen de operaciones y condiciones de pago, el contribuyente debe sustentar la diferencia entre los contratos comparados.

RTF N.º 2312-5-2004⁸⁰

No resulta amparable lo argumentado por la recurrente en el sentido que por una estrategia comercial (sin sustentar como puede ésta justificar en su caso la diferencia de precios) y teniendo por finalidad la ostentación de rentas gravadas a nivel grupo económico, sin causar perjuicio fiscal, se realizan las ventas a una empresa vinculada a precio costo.

III.5.2.4.7. Régimen de precios de transferencia en la legislación española

Si partimos de la premisa de que el principal mecanismo antielusivo, previsto por nuestra legislación para contrarrestar los efectos antifiscales de las referidas operaciones, es la aplicación (vía una presunción iure et de iure) de las normas sobre precios de transferencia; constataremos también su poca efectividad cuando no se cuenta con el insumo fundamental para hacer viable su control: información. En ese entendido, debe constituir Política de Estado, la tarea de lograr acuerdos efectivos de colaboración e intercambio de información con otros Estados y organismos involucrados en el tema. Lo que a muchos pudiera parecer un tanto utópica, dada la supuesta poca capacidad de negociación de un país en el plano internacional, como, por ejemplo, sí lo tienen los miembros de la OCDE.

III.5.2.4.8. Importancia de los Precios de Transferencia

⁷⁹ Resolución del Tribunal Fiscal de fecha 17 de octubre de 2003.

⁸⁰ Resolución del Tribunal Fiscal de fecha 21 de abril de 2004.

Las empresas multinacionales realizan sus operaciones en países que cuentan con distintas legislaciones tributarias y distintas tasas impositivas.

En tal sentido, tienen un incentivo económico para trasladar la mayor cantidad de utilidades hacia los países que ofrezcan la menor carga impositiva. La manera como los precios de transferencia pueden funcionar como instrumentos de elusión tributaria ha sido explicada con meridiana claridad en el Informe sobre Convenios para Evitar la Doble Tributación Internacional y la Evasión, publicado para comentarios ciudadanos, en el Diario Oficial "El Peruano", de fecha 5 de abril de 2001, por el Ministerio de Economía y Finanzas, en los siguientes términos: "(...)

Otra forma de conseguir que disminuyan las ganancias de una empresa multinacional es en función de los precios que cobran por bienes y servicios a empresas relacionadas.

En efecto, los valores de transacción entre dos empresas independientes quedan determinados por el mercado y la natural contraposición de intereses de sus agentes; más, si las empresas que negocian están vinculadas entre sí pueden acordar el precio de transferencia, por ejemplo, en razón de las mayores ventajas que les proporcionen desde el punto tributario.

Así, si se cobra más por un bien o servicio esa mayor renta estará gravada en un país con menor incidencia tributaria, y el mayor gasto que representa para la empresa adquirente le ayudará a tener un menor impuesto en aquel país donde seguramente la incidencia tributaria es mayor. La ventaja que se produce en conjunto es manifiesta"⁸¹.

En la actual coyuntura internacional, en que los negocios se desarrollan cada día más dentro de los patrones de una economía globalizada, las reglas de precios de transferencia resultan de vital importancia, tanto para las empresas

⁸¹ Informe sobre Convenios para Evitar la Doble Tributación Internacional y la Evasión, publicado en el Diario Oficial El Peruano, de fecha 5 de Abril de 2001, por el Ministerio de Economía y Finanzas.

multinacionales, como para los gobiernos y sus respectivas autoridades tributarias⁸².

Mientras que las empresas multinacionales se valen de ellas como un elemento de planeamiento para reducir su carga impositiva consolidada y evitar problemas de doble tributación internacional; los gobiernos de los países en que estas empresas realizan sus operaciones las perciben como un instrumento para incrementar significativamente su recaudación fiscal.

III.5.4.2.9. Subcapitalización y Precios de Transferencia

Muchas veces se incluye el estudio de la subcapitalización como una expresión de un género más amplio integrado por las maniobras de manipulación de precios de transferencia. Por ello, se estima conveniente describir brevemente los elementos comunes y distintivos de ambas figuras.

Primero, se puede decir que en los dos casos se produce una transferencia de beneficios desde un Estado hacia otro, en perjuicio de los recursos tributarios del primero. Segundo, tanto uno como el otro tienen lugar entre empresas del mismo grupo económico, constituyendo ambas modalidades de la planificación fiscal internacional.

Por subcapitalización debemos entender a la aportación de capital que una sociedad hace a otra, situada en distinto país, bajo la forma de un préstamo, de tal manera que los intereses sean deducibles donde la tributación sea más alta y tributen donde sea más baja.

A ello se le une que los beneficios distribuidos han sido previamente gravados, lo que no ocurre con los intereses. Recibe este nombre porque la proporción de recursos ajenos de la sociedad frente a los recursos propios es superior a la que existiría de tratarse de sociedades no vinculadas⁸³.

⁸² Las reglas sobre precios de transferencia, normalmente, comprenden cuando menos las siguientes transacciones: compraventa de bienes tangibles; arrendamiento de bienes tangibles; cesión en uso de bienes intangibles, servicios; préstamos en dinero; y compraventa de acciones.

⁸³ VILLEGAS, Héctor B. "Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario". Op. cit. Pág. 648.

Asimismo, en ambos casos, la solución adoptada por el ordenamiento interno de la jurisdicción afectada consiste en el ajuste del beneficio declarado a través de la disminución de los gastos computados o el aumento de los ingresos registrados.

Pero lo verdaderamente distintivo entre uno y otro supuesto es que en la subcapitalización no se realiza un ajuste de los precios pactados correspondientes a las contraprestaciones acordadas, sino que se cuestiona el verdadero carácter de los fondos transferidos, negando realidad jurídica a los préstamos realizados.

En este sentido, se afirma que “las reglas de determinación de los precios de transferencia asegura sólo que el tipo de interés cargado en las deudas en posesión de empresas residentes con respecto a no residentes vinculados no pase del tipo de interés comercial prudente. Por consiguiente, las reglas existentes de determinación de los precios de transferencia no se ocupan en general del problema de la subcapitalización”.⁸⁴

Por su parte, es preciso señalar acertadamente además que “el vehículo para transferir la base imponible de un Estado a otro es distinto en uno y otro caso: mientras que en el precio de transferencia es el importe del precio el que se fija por encima del que se hubiera pactado entre partes independientes, en la infracapitalización lo que se hace es disimular una operación de financiación de una sociedad como si fuera con recursos ajenos que han de retribuirse con intereses en virtud de un préstamo otorgado por una sociedad no residente a la residente cuya base imponible se desea reducir, vistiéndolo así con esta forma de préstamo la que, presuntamente, es una aportación de capital de los socios que habría debido remunerarse con cargo al resultado o beneficio de la

⁸⁴CAMPAGNALE, Norberto, CATINOT, Silvia y PARRONDO, Alfredo. “El Impacto de la Tributación sobre las operaciones Internacionales”. Capítulo II. Subcapitalización. Pág. 321.

sociedad financiada, en forma de dividendo que no podría deducirse fiscalmente de su base imponible⁸⁵.”

Por último, cabe decir que ambas formas no constituyen supuestos excluyentes, pudiendo darse el caso que, existiendo una situación, los intereses correspondientes a la parte de préstamo computable contenga un interés superior al pactado entre partes independientes, lo que llevará al ajuste de precios de transferencia respecto de estos últimos.

III.5.2.5. No compensación de pérdidas.

Finalmente, el último párrafo del artículo 51 de la Ley del Impuesto a la Renta establece que las pérdidas obtenidas en los países o territorios de baja o nula imposición no se tomarán en cuenta para el cálculo de la compensación de resultados.

De este modo, descarta de plano la posibilidad de disminuir el monto de la base imponible como consecuencia de las pérdidas que se creen intencionalmente en los paraísos fiscales.

III.5.2.6. Prohibición de deducción de gastos.

Otra de las medidas específicas consiste en la prohibición de los gastos, en general, que provengan de operaciones que se vinculen con los países o territorios de baja o nula imposición en tres supuestos.

Por lo cual, las empresas se ven obligadas a tributar por el total de los ingresos del ejercicio, sin la posibilidad de deducir los gastos que provengan de Paraísos Fiscales ocasionados por la empresa.

III.5.2.6.1. Prohibición de deducción de gastos en la legislación peruana

⁸⁵ CAMPAGNALE, Norberto, CATINOT, Silvia y PARRONDO, Alfredo. “El Impacto de la Tributación sobre las operaciones Internacionales”.Op. cit. Pág. 323.

En el Perú, la legislación tributaria sí contiene esta medida que a continuación analizaremos detalladamente. Es así que el inciso m) del artículo 44º de la Ley del impuesto a la Renta establece que no podrán ser deducidos de la renta bruta, establece lo siguiente:

“Artículo 44º.- *No son deducibles para la determinación de la renta imponible de tercera categoría:*

(...)

m) Los gastos, incluyendo la pérdida de capital, provenientes de operaciones efectuadas con sujetos que califiquen en alguno de los siguientes supuestos:

- 1) Sean residentes de países o territorios de baja o nula imposición;*
- 2) Sean establecimientos permanentes situados o establecidos en países o territorios de baja o nula imposición; o,*
- 3) Sin quedar comprendidos en los numerales anteriores, obtengan rentas, ingresos o ganancias a través de un país o territorio de baja o nula imposición.*

Mediante Decreto Supremo se establecerán los criterios de calificación o los países o territorios de baja o nula imposición para efecto de la presente Ley; así como el alcance de las operaciones indicadas en el párrafo anterior, entre otros. No quedan comprendidos en el presente inciso los gastos derivados de las siguientes operaciones: (i) crédito; (ii) seguros o reaseguros; (iii) cesión en uso de naves o aeronaves; (iv) transporte que se realice desde el país hacia el exterior y desde el exterior hacia el país; y, (v) derecho de pase por el canal de Panamá. Dichos gastos serán deducibles siempre que el precio o monto de la contraprestación sea igual al que hubieran pactado partes independientes en transacciones comparables.”

Esta prohibición tiene dos componentes: uno subjetivo, relativo a quiénes son los sujetos con los cuales el contribuyente debe realizar las operaciones

indicadas para que éstas no sean deducibles y otro objetivo, referido a las operaciones concretas que se refiere la prohibición y que a su vez se remite al componente subjetivo.

- Aspecto objetivo: gastos prohibidos

Consideramos que la técnica legislativa adoptada es peligrosa para ambas partes, el contribuyente y el Fisco. Esto debido a que se ha establecido un ámbito de aplicación sumamente lato y al mismo tiempo relativo para tal prohibición.

En efecto, como se puede verificar al revisar la legislación precedente a la vigente, las normas tributarias aprobadas para el ejercicio 2001 impedían la deducción de todos los servicios e intangibles adquiridos a los residentes de los paraísos fiscales, y establecían la aplicación de precios de transferencia a todos los bienes físicos que se adquirieran a dichos sujetos. No obstante, a partir del 2003, la legislación cambia y prohíbe la deducción de “los gastos” que otorguen dichos sujetos.

- Costo vs. Gasto: ¿bienes y servicios?

La legislación del Impuesto a la Renta suele diferenciar los conceptos de “costo” y “gasto”.

Tomando como punto de partida dicha afirmación, y revisando el texto de la norma citada, podemos concluir que la prohibición se limita a aquellas adquisiciones que generan gasto al contribuyente, pero no a aquellas que éste utilice como costo.

Dicha conclusión nos llevaría a afirmar que la prohibición de la norma del Impuesto a la Renta ya no diferencia entre las prestaciones intangibles (servicios y bienes intangibles) y las tangibles, sino que hace el distingo en función al destino de la adquisición y su relación con la producción de bienes. En tal sentido, los servicios o bienes intangibles que se incorporen al costo del

bien serían deducibles; pero, por otro lado, los bienes físicos que se deduzcan como gastos, aun cuando sea a través de la depreciación, no serían deducibles.

- **Gastos en paraísos fiscales**

Es importante señalar que a diferencia de la legislación que se incorporó en el ejercicio 2001, la que prohibía la deducción de los gastos que se realizaran en una jurisdicción calificada como “lugar de baja o nula imposición”; la legislación vigente

no plantea dicha prohibición, por lo que un gasto en un paraíso fiscal, en la medida que no sea prestado por un residente de un paraíso fiscal, sería deducible.

- **Aspecto subjetivo: ¿quién me debe facturar para que esté prohibido?**

Al revisar la norma, nos damos cuenta de que la prohibición no se establece realmente en función al tipo de operación realizada (adquirir determinado bien o servicio), sino en función a quién la factura. Esta norma plantea tres calidades que puede tener el proveedor para eliminar la deducción del gasto correspondiente:

- Sean residentes de países o territorios de baja o nula imposición. En el caso de una sociedad u otra persona jurídica, usualmente adopta tal calidad cuando está constituida en dicha jurisdicción.
- Sean establecimientos permanentes situados o establecidos en países o territorios de baja o nula imposición; es decir, una sucursal creada en dicha jurisdicciones, aun cuando la constitución de la sociedad se hubiera realizado en otro país que no califique como lugar de baja o nula imposición.
- Sin quedar comprendidos en los numerales anteriores, obtengan rentas, ingresos o ganancias a través de un país o territorio de baja o nula

imposición. Este es un supuesto sumamente peligroso, debido a que podría prohibir los gastos con sujetos domiciliados en el Perú que hubieran obtenido rentas “a través” de un paraíso fiscal. Se debe tener presente que el adquirente dudosamente estará en capacidad de conocer tal situación, por lo que entendemos que en el común de los casos este tercer supuesto sería inaplicable, dada la imposibilidad material del contribuyente de verificarlo.

- Excepciones a la prohibición

A partir del ejercicio 2003, se establece un grupo de excepciones a la prohibición materia de estudio. Es decir, aun cuando estos servicios sean facturados por un residente de un paraíso fiscal, serán deducibles para efecto del Impuesto a la Renta, siempre que cumplan con las reglas de los Precios de Transferencia. Estas excepciones son:

a. *Créditos.* Es decir, serán deducibles los intereses, comisiones y todo pago que se realice por el préstamo de dinero desde un paraíso fiscal. Es conveniente tener presente que las reglas de subcapitalización (es decir, préstamos entre vinculados) no serán de aplicación al presente caso, salvo que se acredite la vinculación económica en los términos estudiados, entre la entidad que presta el dinero y la empresa peruana que deducirá los intereses.

b. *Seguros o reaseguros.* Se debe tener presente que aun cuando no se encuentren dentro de la prohibición indicada, deberá acreditarse la causalidad, mediante la identificación de la materia o los sujetos asegurados, y estableciendo su relación con la generación de rentas gravadas.

c. *Cesión en uso de naves o aeronaves.* Es decir, será deducible el alquiler de dichos medios de transporte.

d. *Servicio de transporte desde o hacia el Perú.* Es decir, será deducible el servicio de transporte que la empresa pueda contratar para mercancías en rutas que salgan o lleguen al Perú. Sin embargo, el contribuyente no podrá

deducir el valor del servicio de transporte realizado entre puntos que no tengan como origen o destino nuestro país.

e. *Derecho de pase por el Canal de Panamá.*

Es precisamente sobre estos supuestos de excepción que el artículo 119° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta precisa que los gastos deducibles a que se refiere el inciso m) del artículo 44° de la Ley se sujetan a las disposiciones de valor de mercado previstas en el Artículo 32°-A de la Ley del Impuesto a la Renta, es decir, la aplicación de las normas de precios de transferencia.

III.5.2.6.1. Prohibición de deducción de gastos en la legislación española

De acuerdo a la legislación española, para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 1995 no son deducibles a efectos del Impuesto sobre Sociedades los gastos por servicios correspondientes a las operaciones siguientes:

- Las realizadas directa o indirectamente con personas o entidades residentes en países o territorios calificados como paraísos fiscales.
- Los que se paguen a través de personas o entidades residentes en dichos países o territorios.

Con esta prohibición expresa, la legislación española pretende evitar las dificultades que se venían produciendo al cuestionar la realidad o la necesidad de determinados gastos procedentes de países o territorios respecto de los que no existe intercambio de información, así como los abusos que con esta práctica se han podido cometer.

III.5.2.7. La Cuarentena Fiscal

Este tipo de medida antiparaíso propone la figura de que la jurisdicción del residente no otorgará efectos inmediatos al cambio de domicilio, cuando dicho cambio realiza hacia un Paraíso Fiscal. Ello significa que, si un contribuyente cambia su domicilio fiscal a fin de lograr el menor pago de tributos, a una jurisdicción considerada un Paraíso Fiscal, este cambio no logrará surtir efectos de forma instantánea, por lo que seguirá tributando bajo las reglas del país de su domicilio anterior.

Así, podemos observar que el domicilio de conveniencia rompe o quebranta el criterio de la renta de fuente mundial, y no se da efectos inmediatos al cambio, lo cual es conocido como “Cuarentena Fiscal”.

También hay que referirse a la llamada cuarentena fiscal, consistente en que no perderán la condición de contribuyentes por el Impuesto a la Renta sobre Personas Físicas, las personas de nacionalidad española que acrediten su nueva residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal. Este mandato se aplicará en el periodo impositivo en el que se efectúe el cambio de residencia y se prorrogará durante los cuatro periodos impositivos siguientes⁸⁶.

Es una medida bastante práctica y efectiva que utilizan los Estados a fin de evitar el cambio de domicilio fiscal o “domicilio de conveniencia”.

Cabe señalar que en la legislación peruana, no se han establecido las normas que permitan utilizar la cuarentena fiscal.

Puede señalarse que esta es una norma “preventiva”, similar a las establecidas en las legislaciones de algún otro Estado, generadora de un régimen transitorio de tributación especial para quienes cambian de residencia fiscal con destino en un territorio de fiscalidad privilegiada.

⁸⁶CARMONA FERNÁNDEZ, Néstor. “Todo sobre el Impuesto a la renta de no residentes”. Primera Edición. Editorial Praxis. Barcelona, España. 1999. Pág. 222.

La ley dificulta de por sí la “deslocalización “hacia un paraíso fiscal: la Administración puede requerir que se acredite la permanencia en dicho territorio por más de 183 días en el año natural, para detener el cómputo de las ausencias esporádicas de España como tiempo efectivo de residencia en nuestro territorio.

Pero, superada esta prueba, el legislador castiga a la persona física “española” que efectúe dicho desplazamiento de ubicación fiscal y disponga de nacionalidad española, con el sometimiento a imposición por el Impuesto a la Renta sobre Personas Físicas (sometiendo a tributación, por consiguiente, la totalidad de sus rentas), en régimen de “cuarentena”, bajo un peculiar status de despedida de la fiscalidad española, por espacio de cinco años (el periodo fiscal de partida y los cuatro periodos impositivos siguientes)⁸⁷.

Así, de acuerdo a lo previsto en el artículo 8º inciso 2 de la Ley de Impuesto a la Renta sobre Personas Físicas, los nacionales españoles que desplacen su residencia fiscal a un paraíso, se encontrarán sometidos al Impuesto a la Renta sobre Personas Físicas durante cinco años:

“Art. 8. Contribuyentes

(...)

2. No perderán la condición de contribuyentes por este impuesto las personas físicas de nacionalidad española que acrediten su nueva residencia fiscal en un país o territorio considerado como paraíso fiscal. Esta regla se aplicará en el período impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cuatro períodos impositivos siguientes.”

La norma descrita ha recibido muchas críticas doctrinales que subrayan la injustificada calificación como conducta fraudulenta de ciertos comportamientos que realmente no constituyen sino meras “economías de opción”.

⁸⁷CARMONA FERNANDEZ, Néstor. “Todo sobre el Impuesto sobre la renta de No Residentes”.Op. cit. Pág. 38.

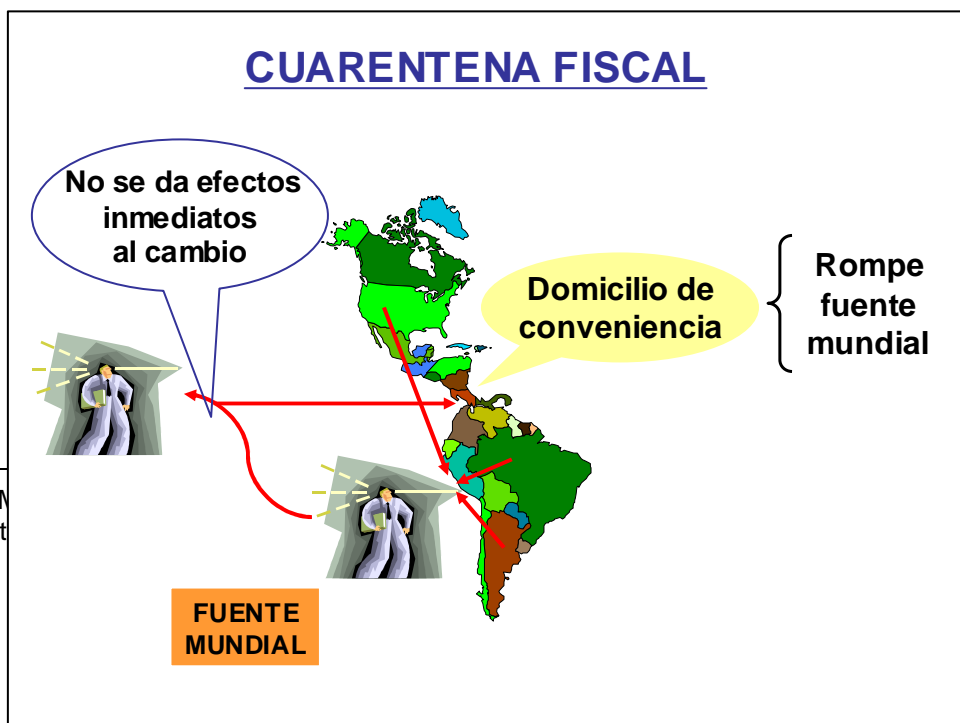
Cabe resaltar que si este mandato es imperativo, sólo cuando la autoridad fiscal del paraíso certifique dicha circunstancia –la estancia por más de seis meses en su territorio- (o esta prueba se consiga por otra vía, en especial, si no hay “autoridad fiscal”), el presunto “deslocalizado” perderá la condición de residente fiscal en España.

Es notoria la facilidad con que las autoridades “fiscales” de ciertos paraísos emiten certificados de todo género y naturaleza (el acceso a la condición de residente supuestamente estable o con “cierta presencia” en su territorio, y su consiguiente acreditación, fácilmente carecerá de enormes obstáculos), con lo cual la tarea de la contraprueba por parte de la Administración española acabará en la mayoría de los casos siendo el final del camino.

No debe olvidarse que si el objetivo final del contribuyente es huir de su fiscalidad “natural” y localizarse tributariamente bajo un determinado estatuto fiscal, éste lo podrá encontrar también en ciertos países, extraños a la relación de paraísos reglamentariamente calificados por la Administración española, o bien servirse de un país de residencia de paso, en tránsito hacia su definitivo destino fiscal, con objeto de eludir, prima facie, la aplicación de la cuarentena fiscal descrita (lo que también se conseguiría renunciando a la nacionalidad española, que es uno de los presupuestos para su aplicación)⁸⁸.

III.5.2
.7.1.
Esquema de Cuarentena

⁸⁸ CARN Resident



Fiscal

III.6. Otras medidas relacionadas

III.6.1. ForeignAccountComplianceAct

Si bien no se trata de una medida anti paraíso fiscal genérica o específica, su aplicación ejerce un influencia significativa en el ámbito de los paraísos fiscales.

III.6.1.1. Definición de FATCA

FATCA son las siglas en inglés del concepto *ForeignAccountTaxComplianceAct*, una medida de carácter de revelación de información financiera contenida en la ley americana de 18 de marzo de 2010, que lleva por título “Hiring incentives to RestoreEmploymentAct” de 2010 (HIRE), la cual añade al capítulo 4 del Código americano de los tributos

(“*Internal Revenue Code* –IRC) los artículos (denominados “sections”) 1471 a 1474, bajo el título de “*Foreign Account Tax Compliance Act*”⁸⁹.

FATCA podría traducirse como: Ley de cumplimiento fiscal en relación a las cuentas extranjeras.

El propósito de FATCA radica en establecer un mecanismo de declaración de cuentas extranjeras de todos los residentes norteamericanos.

III.6.1.4. Modelos de convenios FATCA

Dada las limitaciones que pueda tener un país en revelar la información de ciudadanos norteamericanos que mantengan cuentas en su jurisdicción en razón de las disposiciones legales vigentes, existen dos modelos de convenios que permiten a cada país optar por aquel cuyo contenido se adapte mejor a su legislación.

- Modelo 1

El esquema del modelo 1 se basa en una comunicación de información a nivel de autoridades tributarias. Para lograr esta comunicación se sigue el siguiente mecanismo:

- (i) Las instituciones financieras comunican directamente la información relativa a los titulares de cuentas americanas a su autoridad local.
- (ii) La autoridad transmite esta información al Internal Revenue Service mediante un programa de intercambio de información automático, autorizado por una disposición que figura en un tratado en materia de

⁸⁹MALHERBE, JACQUES; P. TELLO, Carol y GRAU RUIZ, María. “La revolución fiscal de 2014. FATCA, BEPS, OVDP”. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Bogotá. 2015. Pág. 179.

impuesto sobre la renta, un acuerdo de intercambio de información fiscal o el Convenio sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal⁹⁰

Bajo este modelo se puede pactar que el intercambio automático de información se a su vez recíproco.

- **Modelo 2**

El esquema del modelo 2 permite que la comunicación de la información sea transmitida directamente desde las instituciones financieras extranjeras locales al InternalRevenuesService, complementado por un intercambio de información entre los dos gobiernos sobre los titulares de la cuenta recalcitrante que no cooperen con las exigencias de FATCA.

III.6.1.3. FATCA en Perú y España

Si bien, antes de la aprobación en los Estados Unidos de FATCA, se había comenzado los esfuerzos en dirección a los estándares globales, la aprobación de FATCA ha acelerado el progreso tendente a la creación de un intercambio de información automático global eficaz. La aprobación de FATCA ha sido descrita como *“un paso audaz del Presidente Obama para acabar con la evasión fiscal de aquellos que ocultan sus fondos en el extranjero”*⁹¹

Actualmente muchos países han firmado convenios intergubernamentales con Estados Unidos como medida preventiva de la aplicación de una suerte de “castigo” por parte de ésta (la retención sobre fondos financieros). La lista

⁹⁰MALHERBE, JACQUES; P. TELLO, Carol y GRAU RUIZ, María. “La revolución fiscal de 2014. FATCA, BEPS, OVDP”. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Bogotá. 2015. Pág. 84.

⁹¹ L. Brainard, A. Preview of Treasury’s Participation at the G-20 Summit, U.S. Dep’t of the Treasury app. (4 de septiembre de 2013), <http://www.treasury.gov/connect/blog/Pages/Brainard-G20-Preview.aspx>. Citado por MALHERBE, JACQUES; P. TELLO, Carol y GRAU RUIZ, María. “La revolución fiscal de 2014. FATCA, BEPS, OVDP”. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Bogotá. 2015. Pág. 66.

completa de países que han firmado dichos convenios puede encontrarse en el sitio web del Departamento de Tesoro del gobierno estadounidense⁹².

España ha firmado un convenio modelo 1 con Estados Unidos para implementar FATCA bajo el modelo 1 IGA. Por otro lado, Perú ha llegado a un acuerdo en sustancia (*agreement in substance*) modelo 1 de carácter automático y recíproco que le permite a Estados Unidos considerar a este país dentro de la lista de países que mantienen los convenios para implementar FATCA.

⁹² <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>

CAPITULO IV

Paraísos fiscales de Centroamérica y El Caribe y operaciones desde Perú hacia España

IV.1. Mecanismos de los paraísos fiscales del Caribe y Centroamérica

Como se ha logrado analizar en los capítulos anteriores, se pueden considerar como paraísos fiscales aquellos sistemas tributarios que integran una fiscalidad baja o nula, principalmente respecto de la imposición directa. Claro está, este no sería el único factor de identificación de un paraíso fiscal, pero se constituye como un factor suficiente para dar lugar a una revisión de la condición del territorio como paraíso fiscal.

Los mecanismos utilizados por estos territorios para lograr una mayor efectividad, han alcanzado un gran desarrollo, favorecido por el desarrollo económico e industrial llevado a cabo por las grandes potencias y pese a la implementación de medidas antiparaíso a nivel global, razón por la cual han proliferado los países que han desarrollado sistemas fiscales para incentivar el establecimiento de empresas en sus territorios y atraer mayores capitales extranjeros, con el fin de promover su expansión o en algunos casos, asegurar su subsistencia y desarrollo.

Uno de las principales herramientas utilizadas por los paraísos fiscales es el uso del criterio de territorialidad. De este modo, el poder impositivo alcanza únicamente a aquellas rentas que se generan dentro del territorio del paraíso fiscal, es decir, una tributación de actividades locales. Frente a ello, las disposiciones atractivas al inversor extranjero son los beneficios fiscales sumadas a condiciones que le permitan colocar activos, permitiendo canalizar y salvaguardar las rentas generadas por transacciones no locales que además no serán gravadas o de ser así, se aplicarán tasas muy bajas. Es por este motivo que los paraísos fiscales son idóneos para ubicar aquí a sociedades

domiciliarias, sociedades base, sociedades instrumentales o sociedades de servicios ya que la renta extranjera que ingrese no se encontrará sujeta a una imposición significativa.

Es aquí que encontramos que el mecanismo base de operación en los paraísos fiscales es la generación de rentas exteriores, extranjeras desde la perspectiva de la legislación vigente en los paraísos fiscales.

Al respecto, la conveniencia de ordenar estas operaciones de forma homogénea generó toda una legislación específica sobre actividades offshore, que regulasen la utilización de las figuras más conocidas que permiten la utilización productiva de los paraísos fiscales.

Otros enclaves, por razones de pura “competencia fiscal”, optaron por crear zonas de baja tributación con el fin de atraer la inversión de los países colindantes o más próximos. Ejemplos de ello, lo constituyen la Isla de Man, como centro de operaciones offshore respecto del Reino Unido. Más recientemente Holanda, Luxemburgo o Suiza han seguido políticas fiscales semejantes, creando áreas o actividades offshore, favorecidas en muchos casos por la posibilidad de utilizar convenios de doble imposición. Así también surgieron zonas de exención¹.

Hoy son muchos los Estados (generalmente pequeñas islas exóticas y apalmeradas), como los territorios caribeños, los que han optado por esta fórmula como “instrumento” de política fiscal.

Por razón del tipo de ventajas fiscales que estos países pueden ofrecer se suelen distinguir los siguientes²:

- a) Aquellos que aseguran la confidencialidad y la cuasiexención de los patrimonios personales y familiares (Liechtenstein, Luxemburgo).

¹ DE ARESACOCHAGA, Joaquín. “Planificación Fiscal Internacional”. Op. cit. Pág. 474.

² DE ARESACOCHAGA, Joaquín. “Planificación Fiscal Internacional”. Op. cit. Pág. 474.

- b) Los que favorecen la canalización de inversiones a través de la creación de áreas offshore exentas de tributación, otorgando un tratamiento favorable a los flujos resultantes de aquéllas en forma de dividendos, intereses, gastos de administración, etc. (las islas que hasta el 2010 se denominaban Antillas Holandesas, Bermudas). Algunos han adquirido una especialización en rentas concretas. Así, Holanda como jurisdicción para canalizar dividendos o plusvalías, o Suiza, país utilizado tradicionalmente para estructuras internacionales de financiación.

- c) Los paraísos que han promocionado el desarrollo de actividades concretas. Así, la bancaria y financiera en general (Montserrat, Anguila, Turks y Caicos, Vanuatu o Islas Caimán), las actividades de fabricación (Irlanda) o las de explotación hotelera (Antigua y Barbuda o Dominica).

Los paraísos fiscales ubicados en Centroamérica y el Caribe, son generalmente islas o pequeños territorios que anteriormente fueron colonias, y que luego de lograr su independencia, buscaron explotar diversos atractivos a fin de atraer las inversiones necesarias que les permitiesen alcanzar una mayor desarrollo.

IV.2. El Caribe y Centroamérica

IV.2.1. Ubicación Geográfica

El Mar Caribe es un mar abierto tropical del Océano Atlántico, situado al este de América Central y al norte de América del Sur, cubriendo la superficie de la Placa del Caribe. También es llamado Mar de las Antillas por estar ubicado al sur y oeste del arco antillano.

Limita al norte con las islas Antillas Mayores —Cuba, La Española (en la que se encuentran Haití y la República Dominicana) y Puerto Rico— (a lo largo del Trópico de Cáncer), al este con las Antillas Menores (meridiano 60°), al sur con

Venezuela, Colombia y Panamá (paralelo 10°), y al oeste con México y Centroamérica (meridiano 88°).

IV.2.2. Mapa del Caribe y Centroamérica



El mar Caribe es uno de los mares salados más grandes del mundo, tiene un área de unos 2.754.000 km² (1'063.000 millas cuadradas). El punto más profundo del mar es la fosa de las islas Caimán, ubicado entre Cuba y Jamaica a 7.686 m (25.220 pies) bajo el nivel del mar. La línea costera del Caribe tiene muchos golfos y bahías: el golfo de Venezuela, el golfo del Morrosquillo, el golfo del Darién, el golfo de Mosquitos y el golfo de Honduras.

El Mar Caribe se comunica con el Océano Pacífico a través del Canal de Panamá.

IV.2.3. Paraísos fiscales del Caribe y Centroamérica

Los territorios ubicados en el Caribe y Centroamérica considerados paraísos fiscales son los siguientes:

1. Islas Bermudas
2. Islas Bahamas
3. Islas Caimán
4. Islas vírgenes Británicas
5. Islas Turcas y Caicos
6. Belice
7. Panamá
8. Antillas Holandesas³
9. Trinidad y Tobago
10. Granada
11. Barbados
12. Santa Lucía
13. Antigua y Barbuda
14. Islas Vírgenes de Estados Unidos de América
15. Jamaica
16. Monserrat
17. Dominica
18. Anguila

A continuación, desarrollaremos el perfil de negocios de los principales territorios considerados paraísos fiscales como los son Aruba, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán y Panamá. Asimismo, a partir de cada perfil de negocios, se identificará los mecanismos mayormente utilizados por estos paraísos fiscales.

³ Actualmente las Antillas Neerlandesas ya no existen debido a que se disolvió en octubre de 2010. Hoy existe el Reino de los Países Bajos conformado por Aruba, Curazao, Sint Marteen y lo Países Bajos.

IV.2.3.1. Aruba

IV.2.3.1.1. Perfil del país

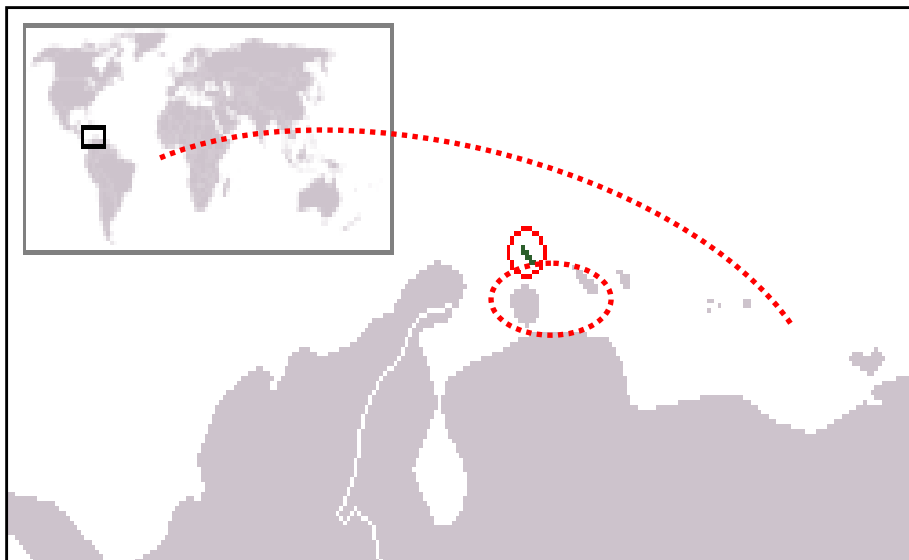
Este territorio meridional se encuentra ubicado en el Caribe, en la zona conocida como Southern Caribbean Dry Zone⁴, rechina de forma pacífica en el mar azul a 12 millas de la costa de Venezuela.

Respecto a la demografía, en el tema vinculado a la educación, la tarifa de la instrucción es 95 por ciento. Se encuentra representado por los católicos, los protestantes, y las religiones judías.

Respecto al clima, el verano tiene una duración de casi todo un año, con el clima seco y soleado de Aruba. El cambio de temperatura mediano a partir del día a la noche y a partir del verano al invierno es solamente de 3.6 grados.

IV.2.3.1.2. Mapa de Aruba

Mapa I



⁴ Departamento Meteorológico de Aruba. En < <http://www.meteo.aw/climate.php>>

Mapa II



IV.2.3.1.3. Gobierno

Aruba se convirtió en una entidad separada de las Antillas Neerlandesas el 1 de enero de 1986 y actualmente forma parte del Reino de los Países Bajos.

No forma parte de la Unión Europea, pero los ciudadanos portan aún el pasaporte neerlandés y por lo tanto gozan de derechos como ciudadanos de la Unión Europea⁵.

⁵ Conforme al artículo 198º del Tratado de Lisboa, se establece la relación entre países y territorios que no forman parte de la Unión Europea a fin de consolidar una asociación de cooperación en conjunto. Dentro de los estados que la Unión Europea prevé para estos fines se encuentra Aruba (junto a los países territorios mencionados en el Anexo II del tratado).

El Poder Legislativo se describe como una democracia parlamentaria que la conforma tiene 21 miembros. El gobernador representa a la reina de los Países Bajos. El Consejo de Ministros forma la energía del Poder Ejecutivo.

Aruba ofrece una garantizada estabilidad política como componente del reino de los Países Bajos.

IV.2.3.1.4. Sistema Legal

Las leyes de Aruba y la estructura legal se encuentran bastantes desarrolladas, se basan en el Sistema Legislativo holandés de la Ley Civil y Penal.

IV.2.3.1.5. Economía

En referencia a sus principales actividades económicas, anteriormente el oro y el aceite eran sus principales productos de comercialización. En la actualidad, Aruba trabaja para desarrollar el turismo y para atraer a la industria ligera. Así, los sectores que este país viene promoviendo son: Green getaway, Three zones-policy (Barcadera Free Zone, la zona especial de San Nicolás y la Zona Verde), la promoción de la inversión en pequeñas y medianas empresas, el sector de energía verde, ciencia e innovación y el sector del desarrollo sostenible⁶.

La estructura de Aruba como asilo de impuestos fue elevada anteriormente, antes de pasar a un nuevo sistema legislativo diseñado para atraer inversiones extranjeras. La legislación más favorable se presenta en cuanto al tratamiento de las rentas provenientes del trabajo⁷.

⁶ Departamento de asuntos económicos de Aruba. En <http://www.arubaeconomicaffairs.aw/index.php?option=com_content&task=blogsection&id=3&Itemid=37>

⁷ BARBER, Hoyt L. "Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free". McGraw-Hill, Inc. United States of America. 1992. Page 84.

IV.2.3.1.6. Comunicaciones

En cuanto a este aspecto, debemos recordar que los paraísos fiscales deben contar con sistemas de comunicaciones bastante desarrollados, por ello, Aruba está conectado de muy buena forma por transporte aéreo entre las ciudades más importantes en los Estados Unidos, América Latina y Europa.

Respecto a las telecomunicaciones, cabe resaltar que éstas son excelentes, pues cuentan con un desarrollado sistema de alta tecnología.

IV.2.3.1.7. Perfil de Negocios

En este territorio encontramos numerosos bancos, consejerías jurídicas y compañías Trust⁸ internacionales, además de diversos locales al servicio de los offshore, debido a que las actividades bancarias en moneda extranjera son bastante frecuentes.

Las cuentas bancarias numeradas no se permiten en este territorio. La identidad de un sostenedor o responsable de la cuenta debe ser conocida.

⁸El trust no es una creación legal, sino que – por el contrario – una relación legal – contractual – establecida entre los Trustees (fiduciarios), los bienes y los beneficiarios. La persona que aporta los bienes (Grandor o Settlor) pierde la titularidad de los bienes, la cual es asumida por los trustees, ya que el Trust carece de personalidad jurídica propia. No obstante, aunque los Trustees poseen la titularidad, la propiedad no es suya y pertenece al Trust. El Trust se crea mediante una acta de aportación (Settlement) o un acta de fiducia (Deed of Trust) conteniendo entre otros:

- *La designación de los Trustees.* El detalle de sus obligaciones y facultades. Estos pueden tener total libertad para la distribución a favor de los beneficiarios de los bienes del Trust y de sus rendimientos – Discretionary Trust – o pueden estar sujetos a limitaciones.
- *La designación de los beneficiarios.* Que en algunas jurisdicciones se permite que se consignent por separado en un acta complementaria, a fin de lograr mayor confidencialidad.
- *La aportación de los bienes.* Que también se puede realizar por separado. La aportación puede tener carácter revocable o irrevocable, teniendo en general sólo la última unos beneficios fiscales duraderos.

El secreto bancario es un elemento muy apreciado para desarrollar negocios, y es utilizada normalmente por los inversionistas extranjeros; sin embargo, cabe resaltar que ante la práctica abusiva de éste, no existe ninguna ley específica que haga cumplir las sanciones respectivas⁹.

La unidad monetaria es el *florín de Aruba* (Afl).

IV.2.3.1.8. Entidades Legales

Compañías exentas

En Aruba, las compañías exentas tienen ventajas significativas sobre su responsable, que todavía se emplea para las actividades del offshore, incluyendo una menor regulación y menores impuestos, por lo que la compañía exenta realizará el mejor método para utilizar este centro offshore¹⁰.

La compañía exenta de Aruba (*Aruba Exempt Company*) tiene límites a la responsabilidad, y puede publicar diversas clases de partes (colocado incluyendo o portador), y puede mantener una oficina en Aruba.

Puede dirigir o no, negocios con los residentes, sin embargo, un incorporador debe tener el hecho de la incorporación, conteniendo los artículos de la asociación, certificados ante notario en Aruba, como requisitos legales indispensables.

Este documento se hará público en la gaceta oficial de Aruba. Para ello, una compañía o un profesional de gerencia que reside en la isla deberá manejar correctamente este procedimiento. Por lo que en términos prácticos, se afirmararía que se requiere que la gestión de la compañía se ubique en el territorio del paraíso fiscal.

⁹ BARBER, Hoyt L. "Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free". McGraw-Hill, Inc. United States of America. 1992. Page 85.

¹⁰ BARBER, Hoyt L. "Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free". McGraw-Hill, Inc. United States of America. 1992. Page 85.

La compañía exenta de Aruba se debe mantener siempre estable en cuanto al cumplimiento de todos los requisitos legales de la corporación y teniendo un representante legal local de buen nivel profesional con los conocimientos plenos de la legislación offshore del territorio.

No hay requisitos de la intervención o divulgación financiera anual¹¹.

IV.2.3.1.9. Tratamiento Tributario

a) Residencia:

El criterio de residencia en el caso de las personas jurídicas se basa el lugar de constitución bajo las leyes de Aruba o en el lugar en el que se administra o controla la compañía. Así, para efectos fiscales, una compañía será residente en Aruba si se ha constituido en este país o de no ser así, si se administra o controla desde este país.

b) Renta gravada

Este país sigue la tendencia del criterio de la renta de fuente mundial en el caso de los residentes. Los no residentes se encuentran gravados por las rentas de fuente de Aruba.

No hay impuesto sobre la renta de una compañía exenta de Aruba o impuesto a los ingresos personales de sus accionistas.

La ley del impuesto cero a la corporación o sociedad hace Aruba un asilo de impuestos muy atractivo y competitivo¹², frente a los demás territorios de la región. Los residentes de Aruba están sujetos a un impuesto sobre la renta

¹¹ BARBER, Hoyt L. "Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free". Op. cit. Page 85.

¹² BARBER, Hoyt L. "Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free". Op. cit. Page 85.

que recae tanto sobre personas físicas como sobre las sociedades. Se exige también un impuesto de documentos conocido como “Stamp Duty”.

Sin embargo, tiene la estructura propia de un paraíso fiscal y de centro operativo financiero. Las compañías offshore están exentas de tributación a través de la fórmula de liquidación con cuota cero.¹³

En Aruba, las sociedades offshore vienen obligadas a pagar una licencia anual y a no realizar actividad alguna en la isla, salvo aquellas mínimamente necesarias para mantener sus oficinas. Tampoco pueden desarrollar actividades financieras o de seguros.

Sus accionistas están exentos del impuesto sobre la renta. No se aplican retenciones en cualesquiera pagos de renta al exterior por parte de la compañía exenta¹⁴.

Se mantiene la confidencialidad de la información y se respeta el secreto bancario. Además, cabe resaltar que no existen restricciones al control de cambios, lo cual lo hace muy atractivo financieramente.

c) Tasas

Aruba una tasa del 28% sobre las rentas empresariales.

d) Normas antielusivas

d.1) Normas de precios de transferencia:

Aruba sigue los lineamientos de las Directivas de los Precios de Transferencia y claro está, el principio de libre competencia. Asimismo, la autoridad tributaria

¹³ AZZARA, Thomas P. “Tax Havens of the World”. 7th edition. 2nd printing. United States of America. 1999. Page 85.

¹⁴ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín. “Planificación Fiscal Internacional”. Op. cit. Pág. 478.

requiere la presentación de documentación de los precios de transferencia, la cual se incluye junto a una declaración jurada.

d.2) Normas antisubcapitalización

La legislación tributaria de Aruba no contempla ninguna norma sobre el mecanismo de subcapitalización.

d.3) Régimen de Transparencia Fiscal Internacional

Al igual que el caso de la subcapitalización, Aruba no incluye dentro de su legislación tributaria normativa sobre las empresas extranjeras controladas.

A excepción de las normas de precios de transferencia, Aruba no cuenta con otras normas antielusivas que regulen mecanismos con efectos elusivos.

IV.2.3.1.10. Incentivos de la inversión

El gobierno ofrece incentivos numerosos a la nueva industria y a la creación de nuevas empresas a fin de atraer mayores inversionistas extranjeros, así como la existencia de zonas libres en las que no se aplican tarifas arancelarias sobre los bienes que no sean importados para sus uso en el mercado nacional. Cabe resaltar además, las amplias facilidades administrativas que han de permitir a los nuevos inversionistas la reacción de las sociedades offshore sin mayores inconvenientes y de forma muy rápida.

Establece también regímenes tributarios especiales para ciertas compañías:

a) Imputation Payment Companies (IPCs)¹⁵

Se trata de compañías bajo el régimen NV (que serían sociedades anónimas) o bajo el régimen VBA (sociedades de responsabilidad limitada).

Estas compañías se encuentran, en principio, gravadas con la tasa estándar para las rentas empresariales (28%). Sin embargo, la tasa efectiva del impuesto puede alcanzar el 2%, ratio mucho menor a la tasa general. Ello a través del mecanismo de pagos imputados¹⁶.

Para alcanzar la tasa beneficiosa mencionada, la IPC deberá desarrollar actividades restringidas. Así, las IPCs sólo podrán desarrollar alguna de las siguientes actividades:

- Operaciones hoteleras
- Operaciones de aviación
- Operaciones de embarque
- Negocios de energía sostenible
- Desarrollo, adquisición, tenencia, mantenimiento y licencia de derechos de propiedad intelectual e industrial, derechos similares y derechos de uso.
- Aseguramiento de riesgos empresariales especiales (actividades de compañías aseguradoras cautivas)
- Financiamiento distinto al ofrecido por las instituciones de crédito
- Inversiones de cartera distintas a la de la inmobiliaria
- Tenencia de acciones o derechos de participación

¹⁵ EY. Worldwide . Pág. 61

¹⁶ Traducción libre del siguiente texto:

“The shareholders of an Aruban N.V., hereinafter called the Imputation Payment Company or IPC, which performs qualifying activities, are entitled to receive imputation payment from the tax authorities upon payment of dividends.”

Department of Economic Affairs, Commerce & Industry of Aruba. En http://www.arubaeconomicaffairs.aw/index.php?option=com_content&task=view&id=33&Itemid=46

b) Aruba Exempt Companies

Se trata de las ya mencionada compañías exentas. Al igual que las IPCs, el *corebusiness* de estas compañías se encuentran sujetas a un ámbito predefinido.

IV.2.3.1.11. Convenios Tributarios¹⁷

La mayor atracción de Aruba es que se configura como un asilo de impuestos desde los últimos 30 años. Consecuentemente, Aruba tomó acción y determinó una amplia legislación offshore a fin de utilizarla como una herramienta que permita mayores inversiones desde el extranjero.

Pese a que Aruba era un asilo de impuestos que no realizaba convenios tributarios que incluyan intercambio de información en materia tributaria, este territorio se reclinó sobre un número de tratados que en la actualidad se encuentran vigentes.

Actualmente, este país cuenta con los siguientes convenios de relevancia tributaria:

Acuerdos de Intercambio de Información (TIEAs por sus siglas en inglés – *Tax Information Exchange Agreements*) con España, publicado el 23 de noviembre de 2009 en el Boletín Oficial del Estado; Convenio BRK con los Países Bajos

En setiembre del año 2009 Aruba completó la firma de los 12 convenios de intercambio de información tributaria. De este modo, este país fue incluido en la lista blanca de la OCDE como resultado del cumplimiento del estándar internacional de transparencia. Ahora cuenta con 23 Acuerdos de Intercambio de Información Tributaria.

¹⁷En:

[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Worldwide_corporate_tax_guide_2015/\\$FILE/Worldwide%20Corporate%20Tax%20Guide%202015.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Worldwide_corporate_tax_guide_2015/$FILE/Worldwide%20Corporate%20Tax%20Guide%202015.pdf)

<http://www.lowtax.net/information/aruba/aruba-double-tax-treaties.html>

En el año 2013 se firmaron acuerdos de Intercambio de Información Tributaria, con:

- Argentina (3 de octubre de 2013 confirmar),
- México (18 octubre de 2013),
- Francia (vigente desde el 1 de abril de 2013),
- Bahamas (vigencia desde el 1 de octubre de 2012)
- Canadá (vigente desde el 1 de junio de 2012)
- Reino Unido (vigente desde el 1 de enero de 2012)
- Bermuda (vigente desde el 1 de diciembre de 2011)
- Islas Feroe (vigente desde el 1 de octubre de 2011)
- Noruega (vigente desde el 1 de agosto de 2011)
- Australia (firmado el 16 de diciembre de 2009 y en vigencia desde el 17 de agosto de 2011.
- Suecia
- Dinamarca
- Antigua y Barbuda
- Islas Vírgenes Británicas
- Islas Caimán
- Finlandia
- Groenlandia
- Islandia
- Sint Kitts y Nevis
- Santa Lucía
- San Vicente y Granadinas
- Estados Unidos

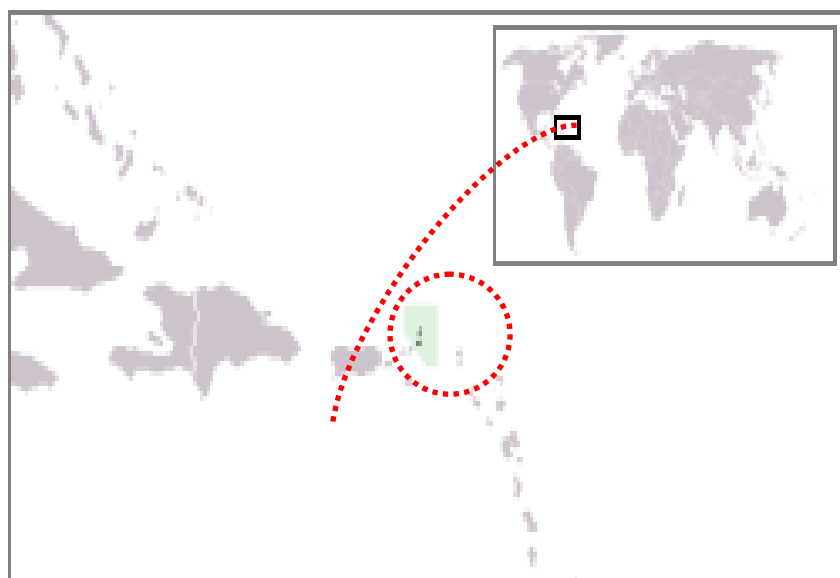
IV.2.3.2. Islas Vírgenes Británicas

IV.2.3.2.1. Perfil del país

Son una serie de sesenta pequeñas islas en el Caribe Oriental, al Noroeste de Puerto Rico. Actualmente son una colonia británica con autogobierno.

IV.2.3.2.2. Mapa de las Islas Vírgenes Británicas

Mapa I



Mapa II



VI.2.3.2.3. Gobierno

Las Islas Vírgenes británicas son una colonia británica autogobernada, pero perteneciente al Reino Británico desde 1967.

IV.2.3.2.4. Sistema Legal

Al ser una colonia británica, el sistema legal se basa en ley común inglesa, conocida como el *common law*.

IV.2.3.2.5. Economía

La economía es muy estable y basada sobre todo en operaciones del asilo del turismo y de impuestos. Estos últimos años, las Islas Vírgenes Británicas se

han transformado en un asilo prominente de “cero impuestos” que atrae negocios offshore considerables¹⁸.

Actualmente, hay más de 13 000 Compañías Internacionales de los Negocios (conocidas como IBCs por sus siglas en inglés – *International Business Companies*) registradas en las islas¹⁹.

La legislación offshore corporativa simple, el estado “cero impuestos”, las comunicaciones excelentes, y el ambiente económico y político estable han animado las corporaciones de otros asilos de impuestos a domiciliarse en las Islas Vírgenes británicas.

Las autoridades de las Islas Vírgenes Británicas recaudan más dinero de las compañías offshore que de cualquier otra fuente de ingresos, incluyendo el turismo. En 1994 las ganancias por actividades offshore fueron de 38 millones de dólares americanos.

A mediados de 1995 se contaban con 140 000 Compañías Internacionales de Negocios, registradas por los 50 agentes de las islas llegando a formarse unas 35 000 por año.

En 1997 eran ya más de 170 000, entre cuyas ventajas se destaca la rapidez de formación y las tarifas, muy competitivas en comparación con otros lugares caribeños²⁰.

Al respecto, cabe mencionar que ante esta proliferación de centros offshore, recientemente se implantó su propia legislación contra el blanqueo de dinero, basada en la legislación británica de 1993, estableciendo el principio de

¹⁸ AZZARA, Thomas P. “Tax Havens of the World”. 7th edition. 2nd printing. United States of America. 1999. Page 119.

¹⁹ BARBER, Hoyt L. “Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free”. Op. cit. Page 111.

²⁰ MARTINEZ SELVA, José M. “Los Paraísos Perdidos. Banca Offshore, Fiscalidad y Servicios Bancarios en el Exterior”. Op. cit. Pág. 148.

“*conoce a tu cliente*” sin incluir delitos fiscales y con una serie de normas de conducta para las empresas de servicios financieros²¹.

IV.2.3.2.6. Comunicaciones

Al constituirse como un excelente paraíso fiscal, este territorio cuenta con telecomunicaciones excelentes, incluyendo líneas telefónicas directas, fax, el Telex, y el cable, entre otros sistemas sofisticados que permiten las mejores condiciones a fin de concretar negocios.

IV.2.3.2.7. Perfil de Negocios

Las actividades bancarias son un aspecto importante de la economía, con aproximadamente \$300 millones sostenidos en depósitos de inversiones.

Seis bancos importantes funcionan en las islas con una licencia general que permite que tomen a residentes de la forma de los depósitos más convenientes, la unidad monetaria es el dólar de los Estados Unidos de América. El secreto bancario está plenamente garantizado y es mantenido por el gobierno y por los bancos.

Las cuentas numeradas son no existentes.

Cabe resaltar que no hay controles de intercambio²², ni mucho menor una legislación que permita el control sobre las compañías offshore.

IV.2.3.2.8. Entidades Legales

En el caso de las entidades legales, éstas se pueden establecer en este territorio con total garantía de la seguridad jurídica, así, las corporaciones, los

²¹ AZZARA, Thomas P. “Tax Havens of the World. Op. cit. Page 120.

²² BARBER, Hoyt L. “Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free”. Op. cit. Page 112.

trusts, las compañías de seguros, y los bancos se pueden todos establecer en las Islas Vírgenes británicas.

Aunque existen varios tipos de corporaciones para los distintos propósitos de las compañías residentes, compañías no residentes, y compañías internacionales de negocios, entre ellos, se prefiere en la mayoría de los casos, el uso de las compañías offshore²³.

Las compañías residentes pueden hacer negocios con los residentes y pagar impuestos. Las compañías no residentes no pueden hacer negocios dentro de las Islas Vírgenes Británicas y encontrarse exentas de los impuestos sobre la renta o acceder a los beneficios hechos por la offshore.

Las compañías internacionales de negocios pueden funcionar solamente en el exterior, con estas excepciones:

Pueden mantener una cuenta bancaria en las Islas Vírgenes Británicas, utilizar los servicios de profesionales, el accionista del asiento y las reuniones del director, y el espacio locales de la oficina del arriendo. Las Corporaciones de negocios internacionales están totalmente exentas de impuestos sobre la renta.²⁴.

Pueden constituirse compañías públicas o privadas en este territorio. Debemos resaltar que una compañía pública puede hacerse de responsabilidad limitada o de responsabilidad ilimitada, con o sin el capital de parte.

La única distinción entre las compañías privadas y públicas es que una compañía pública debe tener un mínimo de cinco accionistas. Para ello, el agente registrado bosquejará el memorándum de la asociación y lo archivará en triplicado con el secretario de compañías junto con el pago de los honorarios

²³ AZZARA, Thomas P. "Tax Havens of the World". Op. cit. Page 121.

²⁴ BARBER, Hoyt L. "Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free". Op. cit.. Page 113.

basados en la cantidad de capital autorizado. Todo el capital social de capitales debe indicar un valor nominal. Las partes de la acción completamente o parcialmente pagadas se pueden publicar para el efectivo, los servicios, o la otra consideración. Las clases de la acción son permitidas.²⁵

En las Islas Vírgenes Británicas los Trusts se constituyen comúnmente para los propósitos del negocio y el planeamiento de impuestos. La nueva legislación gobierna la emisión de las licencias del seguro y de la organización y la administración de las compañías de seguros²⁶, permitiéndose así la práctica de mayores sociedades que permiten el menor pago de tributos por los ingresos extranjeros.

Las actividades bancarias son reguladas y gobernadas terminantemente por la Ordenanza de las Actividades Bancarias de 1972. Hay varias categorías de licencias, pero debe tenerse en cuenta que las Islas Vírgenes Británicas no es territorio que se configure como un asilo de impuestos para las actividades bancarias offshore, pues establecen requisitos bastante complejos.

En cambio, Las Bahamas y las Islas Caimán ofrecen credibilidad máxima a los banqueros offshore sin la alta capitalización y otros requisitos que se exigen en las Islas Vírgenes británicas²⁷.

IV.2.3.2.9. Tratamiento Tributario

Las Islas Vírgenes Británicas se caracterizan como un asilo de “cero impuestos” para las compañías offshore. Así, existe una tasa cero sobre rentas empresariales, ganancias de capital, sobre sucursales o retenciones.²⁸

²⁵ AZZARA, Thomas P. “Tax Havens of the World. Op. cit. Page 123.

²⁶ BARBER, Hoyt L. “Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free”. Op. cit. Page 113.

²⁷ AZZARA, Thomas P. “Tax Havens of the World”. Op. cit. Page 127.

²⁸ EY. “Worldwide Corporate Tax Guide 2015”. Pág. 186. En <[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Worldwide_corporate_tax_guide_2015/\\$FILE/Worldwide%20Corporate%20Tax%20Guide%202015.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Worldwide_corporate_tax_guide_2015/$FILE/Worldwide%20Corporate%20Tax%20Guide%202015.pdf)>

a) Normas antielusivas:

- Directiva de la Unión Europea sobre el ahorro tributario

Debido al estatus de las Islas Vírgenes Británicas como territorio británico de ultramar, éste país debe cumplir con la Directiva Fiscal de Ahorro de la Unión Europea. Por este motivo los bancos y otros agentes de pago en las Islas Vírgenes Británicas deberán intercambiar determinada información de residentes de la Unión Europea.

IV.2.3.2.10. Incentivos financieros y de la inversión

El incentivo limitado se ofrece para atraer nuevas y mayores industrias e inversiones. El incentivo viene principalmente bajo la forma de relevación de derechos de aduanas y de bajos impuestos sobre la renta.

a) Compañías Internacionales de Negocios

Se trata de una compañía que parte de la conocida figura de las International Business Companies (IBCs), modificada como resultado de la reacción exaltada de la OCDE y organizaciones afines ante la promoción de regímenes tributarios perjudiciales en la competencia tributaria mundial.

La legislación del territorio permite operar, en régimen de exención, a las “British Virgin Island Bussiness Companies” respecto de todos los impuestos provistos bajo la Ordenanza de impuesto a la Renta de las Islas Vírgenes Británicas (BVI Income Tax Ordinance)²⁹ las cuales son compañías offshore que canalizan sus actividades fuera de las Islas. Sólo vienen obligadas a pagar una licencia anual y pueden desarrollar cualquier actividad, salvo con personas residentes en las Islas.

²⁹ EY. “Worldwide Corporate Tax Guide 2015”. Pág. 186. En <[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Worldwide_corporate_tax_guide_2015/\\$FILE/Worldwide%20Corporate%20Tax%20Guide%202015.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Worldwide_corporate_tax_guide_2015/$FILE/Worldwide%20Corporate%20Tax%20Guide%202015.pdf)>

A partir del 1 de enero de 2007, todas las IBCs constituidas bajo la antigua norma fueron registradas nuevamente bajo el BVI Business Companies Act.

El incentivo radica en una exención total de impuestos sobre la BVI Business Company sujeta al pago de una licencia anual (SECCIÓN C). Además, estas empresas se encuentran sujetas a una restricción que les impide realizar negocios con residentes de las Islas Vírgenes Británicas, ostentar un interés en propiedad inmobiliaria ubicada en las Islas Vírgenes Británicas a menos que se obtenga una *relevanttradelicense* del gobierno BVI.

No se aplican restricciones de control de cambios y se respeta la confidencialidad de la información sobre los beneficiarios de las compañías exentas (salvo con los Estados Unidos de América)³⁰. Se respeta igualmente el secreto bancario.

Finalmente, las BVI Business Companies no podrán desarrollar su actividad como un banco, un trust, una empresa aseguradora o reaseguradora sin contar con una licencia de la Comisión de Servicios Financieros de las Islas Vírgenes Británicas.³¹ Estas compañías internacionales no pueden detentar propiedades en el territorio ni desarrollar actividades financieras o de seguro³².

IV.2.3.2.11. Convenios Tributarios

Los convenios para evitar la doble imposición firmados por el Reino Unido con Japón y Suiza son aplicables también para las Islas Vírgenes Británicas. Sin embargo, no son utilizados en la práctica.

³⁰DE ARESACOCHAGA, Joaquín. "Planificación Fiscal Internacional". Op. cit. Pág. 486

³¹ EY. "Worldwide Corporate Tax Guide 2015". Pág. 186. En <[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Worldwide_corporate_tax_guide_2015/\\$FILE/Worldwide%20Corporate%20Tax%20Guide%202015.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Worldwide_corporate_tax_guide_2015/$FILE/Worldwide%20Corporate%20Tax%20Guide%202015.pdf)>

³²DE ARESACOCHAGA, Joaquín. "Planificación Fiscal Internacional". Op. cit. Pág. 486.

Además de contar con estos convenios, cuenta también con Acuerdos para el Intercambio de Información Tributaria con los siguientes países:

- Canadá
- China
- Japón
- Estados Unidos
- 22 países europeos que incluyen a Francia, Alemania, Irlanda, los Países Bajos y el Reino Unido.

Existen también los Acuerdos Intergubernamentales (IGAs por sus siglas en inglés – *Intergovernmental Agreements*):

- Con el Reino Unido para el intercambio de información con fines tributarios sobre una base automática
- Modelo 1 de Acuerdo intergubernamental para la implementación de FATCA.

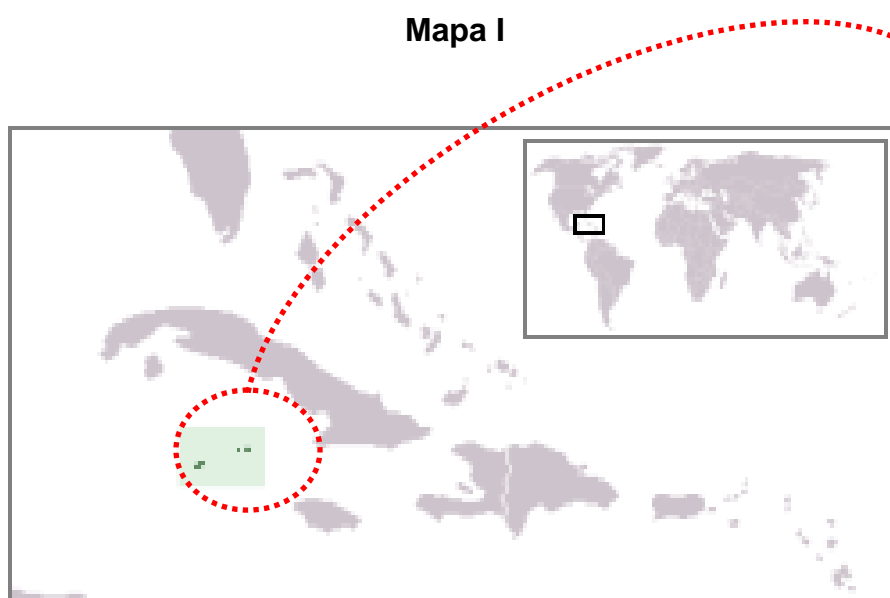
IV.2.3.3. Islas Caimán

IV.2.3.3.1. Perfil del país

Las Islas Caimán son tres islas situadas al Sur del Mar Caribe, a medio camino entre Cuba y Jamaica y a seiscientos Kilómetros al sur de Florida. A pesar de su reducida extensión (300 km cuadrados) forman parte de las Grandes Antillas. Fueron bautizadas como Islas Tortugas por Cristóbal Colón, quien las descubrió en su cuarto viaje. Hoy en día son una colonia británica³³.

En total poseen 19 000 habitantes. La Isla Gran Caimán es la principal y la más extensa de las islas, con aproximadamente 190 km cuadrados, donde se asiente la capital George Town.

IV.2.3.3.2. Mapa de las Islas Caimán



³³ DE ARESPACOHAGA, Joaquín. "Planificación Fiscal Internacional". Pág. 488.

Mapa II



IV.2.3.3.3. Gobierno

Esta colonia británica de la corona que consiste en tres islas pequeñas goza de un ambiente político, económico, y social muy estable. Las Islas Caimán se autogobiernan bajo su Constitución. La energía ejecutiva y legislativa se divide entre el gobernador, el consejo ejecutivo, y la asamblea legislativa³⁴.

IV.2.3.3.4. Sistema Legal

El Sistema Legal se basa en Ley común inglesa, conocida como Common Law. Las leyes y los estatutos se inician y siguen los procedimientos bajo el sistema judicial de las Islas Caimán.

³⁴ GINSBERG, Anthony S. "Tax Havens". New York Institute of Finance. United States of America. 1991. Page. 77.

IV.2.3.3.5. Economía

Las principales fuerzas de la economía de las Islas Caimán son el comercio basado en el turismo (el mundo turístico es también muy importante, favorecido por las buenas conexiones con Miami³⁵) y la implementación de compañías offshore. El rédito se deriva principalmente de los honorarios de licencia del registro para las corporaciones y los bancos, los aranceles, las ventas del sello, y deber de estampilla en transportes, hipotecas, y otros documentos jurídicos³⁶, necesarios para la constitución e implementación de estas compañías en los paraísos fiscales.

Este importante territorio cuenta con unos 500 bancos. Muchos de ellos son filiales de las grandes corporaciones bancarias, entre ellas las cincuenta más importantes del mundo, junto con otros que son simplemente nominales.

Cuenta además con unas 3000 sociedades registradas. Las Islas Caimán han desarrollado un sistema bancario y financiero, además de una infraestructura legal sofisticada. La legislación es muy favorable para el establecimiento de compañías y el secreto bancario es bastante estricto³⁷.

Si se considera el volumen de actividad financiera, las Islas Caimán son el quinto centro financiero mundial, después de Londres, Nueva York, Hong Kong y Tokio.

En la actualidad, aunque los privilegios fiscales siguen vigentes, los bancos se han vuelto más exigentes con sus clientes en cumplimiento de las normas internacionales contra el blanqueo de dinero, que obliga a los bancos a informar sobre transacciones sospechosas.

³⁵ GINSBERG, Anthony S. "Tax Havens". Op. cit. Page. 75.

³⁶ BARBER, Hoyt L. "Tax Havens. Howto Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free". Op. cit. Page 115.

³⁷ MARTINEZ SELVA, José M. "Los Paraísos Perdidos. Banca Offshore, Fiscalidad y Servicios Bancarios en el Exterior". Op. cit. Pág. 147.

En un principio, se perseguía el dinero procedente del narcotráfico y ahora alcanza a cualquier depósito cuyo origen pudiera ser ilegal.

Actualmente existe un tratado con los Estados Unidos en materia de persecución del blanqueo de dinero, que incluye el intercambio de información. Los delitos fiscales se encuentran excluidos de esta legislación³⁸.

Las tarifas de constitución y mantenimiento de compañías de domicilio y exentas, son más económicas que en las Bermudas y en las Bahamas.

Una característica importante de cualquier territorio considerado un paraíso fiscal es que cuentan con un sistema de comunicación magnífico y altamente desarrollado. Las Islas Caimán no son la excepción, pues cumplen este requisito a cabalidad.

IV.2.3.3.6. Perfil de Negocios

Entre los bancos importantes que se encuentran en las Islas Caimán, se incluyen el Banco Real de Canadá, el Banco Imperial Canadiense del Comercio, y el Banco de Nueva Escocia.

Su importancia como centro de las actividades bancarias offshore lo hacen un local excelente para los banqueros offshore que desean ganar credibilidad máxima. El dólar de las Islas Caimán fue adoptado en 1972 y se vincula al dólar de los Estados Unidos.³⁹

Los bancos de las Islas Caimán se adhieren a la práctica del secreto bancario máximo. La ley común de inglés y la ley de las regulaciones de los bancos y de las compañías Trust imponen el deber de los banqueros para mantener la

³⁸ MARTINEZ SELVA, José M. "Los Paraísos Perdidos. Banca Offshore, Fiscalidad y Servicios Bancarios en el Exterior". Op. cit. Pág. 147.

³⁹ BARBER, Hoyt L. "Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free". McGraw-Hill, Inc. United States of America. 1992. Page 116.

información del cliente confidencial. Además, la ley confidencial de las relaciones (preservación) prohíbe el acceso de la información confidencial con respecto a clientes y a sus cuentas, incluyendo investigaciones del crédito.⁴⁰

Tales accesos son castigables por leyes. La restricción extiende a las compañías Trust y a cualquier información que entra en contacto con el inversionista extranjero, de cualquier persona que requiera tal información⁴¹. A veces, se doblan las penas, a fin de evitar dichas conductas.

Por otra parte, la ley no se extiende a las actividades que se consideran delitos en las Islas Caimán. Los delitos como el hurto, y el fraude de las drogas están entre ellos. Para ello está el acuerdo de intercambio de información con los Estados Unidos, concluidos bajo iniciativa del Caribe, por el cual se brindará información confidencial en circunstancias específicas a las agencias legales correspondientes. Actualmente, no hay controles de intercambio⁴².

IV.2.3.3.7. Entidades Legales

Los medios más comunes utilizados en las Islas Caimán por los offshore son la organización de una compañía no residente o exenta ordinaria. La compañía no residente ordinaria debe tener por lo menos un director y tres accionistas. Las actividades financieras anuales no necesitan ser archivadas. No hay requisito mínimo de la capitalización. El accionista no está en el expediente del archivo público, y el accionista y el director pueden ser la misma persona. La compañía no archiva una acta financiera anual. Las partes pueden estar en forma o asilo del portador ningún valor nominal.⁴³

⁴⁰ GINSBERG, Anthony S. "Tax Havens". New York Institute of Finance. United States of America. 1991. Page. 81.

⁴¹ BARBER, Hoyt L. "Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free". McGraw-Hill, Inc. United States of America. 1992. Page 116.

⁴² GINSBERG, Anthony S. "Tax Havens". New York Institute of Finance. United States of America. 1991. Page. 83.

⁴³ BARBER, Hoyt L. "Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free". Op. cit. Page 116.

La incorporación es un procedimiento simple, establece que el memorándum de la asociación se bosqueja con el nombre de la compañía, la dirección del domicilio social, el propósito, la estructura de capital, y el estado de la responsabilidad (limitado o ilimitado). Un profesional deberá manejar el bosquejo del memorándum junto con los artículos de la asociación y terminará las limaduras y los desembolsos a los cuerpos apropiados del gobierno.⁴⁴

La Ley de Seguro de 1979, según la enmienda prevista, prevé licenciar a las compañías de seguros. Para todas estas entidades, una licencia de la clase A permite la conducta del negocio dentro de las Islas Caimán. Una licencia de la clase B permite transacciones de negocio solamente fuera de las Islas Caimán.⁴⁵

Estas clases se dividen más a fondo en: “con restricciones” y “sin restricciones”, cada una con las cualidades y las limitaciones específicas de abastecimiento. Una licencia sin restricción del banco proporciona cualidades máximas de las actividades bancarias a un banco de la clase A o de la clase B.

Una licencia “con restricciones” de la clase B se piensa para las operaciones cerradas para un grupo de accionistas. Los requisitos de la capitalización varían por situaciones individuales. Los aspirantes para el banco, el Trust, o las licencias del seguro deben poseer las credenciales satisfactorias y las referencias. La documentación de soporte será requerida con el uso, y el cuerpo apropiado del gobierno verificará toda la información proporcionada.⁴⁶

IV.2.3.3.8. Tratamiento Tributario

⁴⁴ BARBER, Hoyt L. “Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free”. Op. cit. Page 117.

⁴⁵ BARBER, Hoyt L. “Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free”. Op. cit. Page 117.

⁴⁶ BARBER, Hoyt L. “Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free”. Op. cit. Page 117.

No hay impuestos sobre la renta, los beneficios, el patrimonio, las plusvalías, las ventas, la propiedad inmueble o las herencias. Sin embargo, los no residentes suelen utilizar una compañía o un trust exentos (Exempted company o exempted trust), acordando con las autoridades un régimen especial de exención por veinte años respecto de cualquier tributo la renta, el patrimonio o las plusvalías. Estas compañías exentas son típicamente offshore y sólo están autorizadas a realizar operaciones o desarrollar su actividad fuera de las Islas⁴⁷.

No existen restricciones de control de cambios. Se aplica un régimen especial que favorece las actividades bancarias y de seguros, así como la de fondos de inversión offshore.⁴⁸

IV.2.3.3.9. Incentivos financieros y de la inversión

Con excepción de los incentivos para atraer negocios del sector hotelero, los incentivos financieros vienen bajo la formas de ventajas ofrecidas por las Islas Caimán como un asilo de impuestos, un centro financiero internacional, y como un centro de las actividades bancarias.⁴⁹

IV.2.3.3.10. Convenios Tributarios

Las Islas Caimán han firmado Convenios para el Intercambio de Información Tributaria con los siguientes países⁵⁰:

- Argentina

⁴⁷ DE ARESPACOHAGA, Joaquín. "Planificación Fiscal Internacional". Op. cit. Pág. 481.

⁴⁸ GINSBERG, Anthony S. "Tax Havens". New York Institute of Finance. United States of America. 1991. Page. 91.

⁴⁹ BARBER, Hoyt L. "Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free". Op. cit. Page 117.

⁵⁰ EY. "Worldwide Corporate Tax Guide 2015". Pág. 240. En <[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Worldwide_corporate_tax_guide_2015/\\$FILE/Worldwide%20Corporate%20Tax%20Guide%202015.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Worldwide_corporate_tax_guide_2015/$FILE/Worldwide%20Corporate%20Tax%20Guide%202015.pdf)>

- Aruba
- Australia
- Bélgica
- Brasil
- Canadá
- China
- Curazao
- República Checa
- Dinamarca
- Islas Faroe
- Finlandia
- Francia
- Alemania
- Groenlandia
- Guernsey
- Islandia
- India
- Irlanda
- Italia
- Japón
- Malta
- México
- Países Bajos
- Nueva Zelanda
- Noruega
- Polonia
- Portugal
- Qatar
- Seychelles
- Sint Marteen
- Sudáfrica
- Suecia
- Reino Unido
- Estados Unidos

Existe también un mecanismo unilateral para compartir información con Austria, Bélgica, la República Checa, Alemania, Japón, Luxemburgo, la República Eslovaca, Sudáfrica y Suiza.

En el caso específico de Convenios para Evitar la Doble Imposición, existe un convenio con Reino Unido.

IV.2.3.4. Panamá

IV.2.3.4.1. Perfil del país

Panamá es un país centroamericano famoso por el Canal, terminado de construir en 1914, que conecta los océanos Atlántico y Pacífico. Se encuentra situado entre Costa Rica y Colombia.⁵¹

Desde la independencia de Colombia en 1903, conseguida con fuerte ayuda norteamericana, las ventajas fiscales, y especialmente la exención de impuestos a las ganancias obtenidas fuera del país, han sido una constante. A pesar de los múltiples avatares políticos, ningún gobernante ha alterado básicamente las leyes de impuestos o de creación de sociedades. Con más de cien bancos y decenas de miles de compañías registradas, cualquier cambio en la legislación sería económicamente contraproducente, teniendo en cuenta además el gran número de paraísos fiscales caribeños en competencia con Panamá⁵².

La invasión norteamericana en 1989 produjo la retirada de parte del negocio offshore, aunque no variaron las condiciones legales de establecimiento y

⁵¹ DE ARESPACOCCHAGA, Joaquín. "Planificación Fiscal Internacional". Op. cit. Pág. 489.

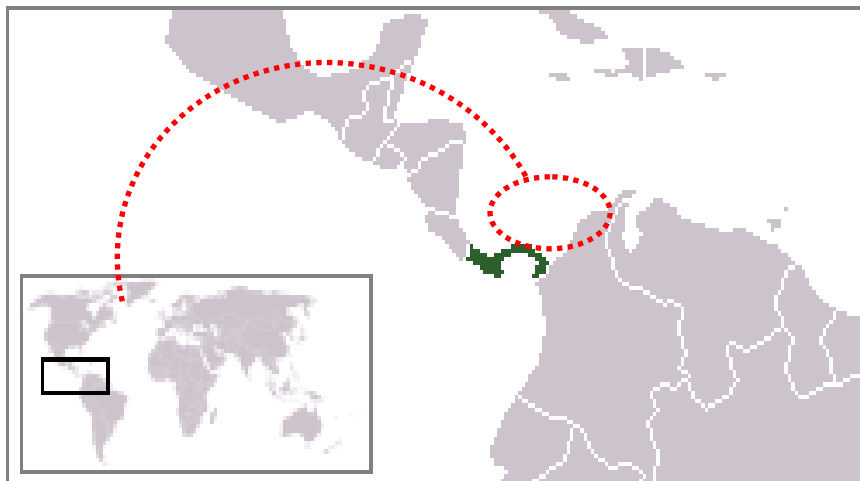
⁵² MARTINEZ SELVA, José M. "Los Paraísos Perdidos. Banca Offshore, Fiscalidad y Servicios Bancarios en el Exterior". Editorial Dostovat. Primera Edición. Madrid, España. 1998. Pág. 149.

registro. De esta estampida se beneficiaron y se siguen beneficiando hoy en día algunos paraísos fiscales cercanos.⁵³

La Zona Franca de Colón se estableció en 1950. Se considera la segunda zona franca comercial del mundo después de Hong Kong. La zona bancaria y de servicios, por su parte, se encuentra en Ciudad de Panamá. Es un importante centro offshore, donde poseen sucursales los bancos más importantes del mundo⁵⁴.

IV.2.3.4.2. Mapa de Panamá

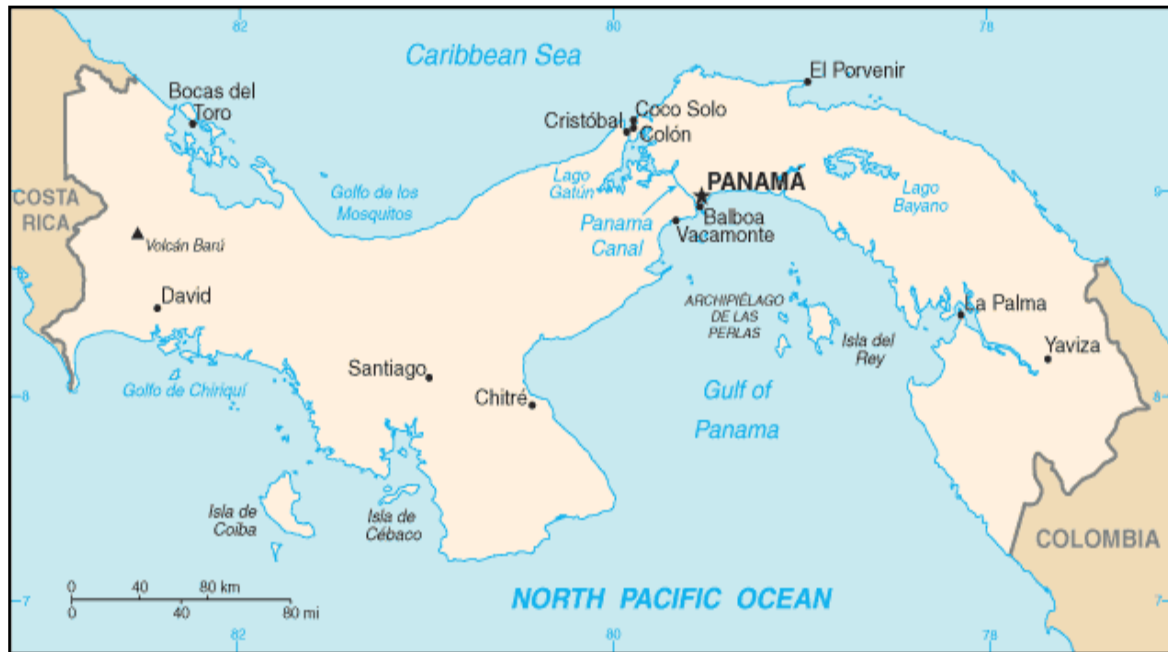
Mapa I



⁵³ AZZARA, Thomas P. "Tax Havens of the World". 7th edition. 2nd printing. United States of America. 1999. Page 161.

⁵⁴ MARTINEZ SELVA, José M. "Los Paraísos Perdidos. Banca Offshore, Fiscalidad y Servicios Bancarios en el Exterior". Editorial Dostovat. Primera Edición. Madrid, España. 1998. Pág. 149.

Mapa II



IV.2.3.4.3. Gobierno

La Constitución de Panamá permite una forma republicana de gobierno. Las elecciones se celebran cada 5 años. El presidente es el representante de la República. El gobierno se divide en tres: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, y Poder Judicial.

IV.2.3.4.4. Sistema Legal

El sistema legislativo de códigos civiles y comerciales se basa en Ley Civil, y bajo los parámetros propios de la Constitución.

IV.2.3.4.5. Economía

La economía próspera proviene la estabilidad de los países con una localización ideal, secreto del banco, actitud positiva hacia el negocio,

reputación superior como banco y el centro financiero, la simplicidad de la organización corporativa. Estos puntos, aunque secundarios estos últimos años, siguen siendo las piedras angulares de la licencia del asilo de impuestos de Panamá.⁵⁵

El futuro como centro financiero puede ir directamente ligado a las relaciones con los Estados Unidos de Norteamérica.

IV.2.3.4.6. Comunicaciones

Al configurarse como uno de los paraísos fiscales, Panamá tiene comunicaciones muy avanzadas, debido a su estratégica posición geográfica y a su estrecho vínculo con los Estados Unidos de Norteamérica.

IV.2.3.4.7. Perfil de negocios

Los bancos más importantes del mundo tienen ramas o subsidiarios en la ciudad de Panamá. La unidad monetaria es el balboa, pero el dólar de los Estados Unidos es ampliamente utilizado junto con la moneda panameña.

Este país es renombrado como un centro global de las actividades bancarias, ofreciendo el secreto bancario máximo para perpetuar su crecimiento y renombre. Aunque Panamá se ha empleado más de una vez para los fondos que ocultaban o que lavaban dinero en el pasado, su comercio legítimo de actividades bancarias es impresionante.⁵⁶

Las violaciones del secreto terminante del banco son castigables por las multas y las penas de cárcel. Las cuentas numeradas son permitidas.⁵⁷

⁵⁵ BARBER, Hoyt L. "Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free". Op. cit. Page 117.

⁵⁶ BARBER, Hoyt L. "Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free". Op. cit. Page 180.

⁵⁷ BARBER, Hoyt L. "Tax Havens. How to Bank, Invest, and Do Business – Offshore and Tax Free". Op. cit. Page 180.

IV.2.3.4.8. Entidades Legales

Las corporaciones de Panamá han sido una herramienta muy popular del asilo de impuestos. Esta entidad legal sigue siendo un gran vehículo para los que deseen aislamiento en sus reparticiones del negocio.

La publicidad negativa puede haber dañado la imagen pública de Panamá, pero la realidad de la corporación no ha cambiado⁵⁸, este país tiene ventajas únicas que continúan atrayendo nuevos negocios.

Organizar una nueva corporación lleva cerca de 10 días al sistema. El proceso es simple. Un abogado incorpora generalmente a compañía, proporcionando a los tres directores y oficiales necesarios, cada uno de quién suscribe a una parte. Los artículos de la incorporación se bosquejan y se certifican ante notario y se someten para la grabación, junto con los honorarios apropiados.

El abogado proveerá del comprador un documento funcionario-que mira que contenga los artículos originales en español y una traducción inglesa certificada. Un informe general del abogado general completamente ejecutado se proporciona como una línea en blanco donde el nombre de las personas que conforman la sociedad debe ser registrado, ya que este individuo puede hacer virtualmente cualquier cosa a nombre de la compañía.⁵⁹

Panamá no es una base para los bancos offshore. Las actividades bancarias se regulan terminantemente. Mejor es la oferta para conformar una compañía offshore o establecer un banco interno o mercantil.⁶⁰

⁵⁸ AZZARA, Thomas P. "Tax Havens of the World". Op. cit. Page 162.

⁵⁹ AZZARA, Thomas P. "Tax Havens of the World". Op. cit. Page 162.

⁶⁰ AZZARA, Thomas P. "Tax Havens of the World". Op. cit. Page 160.

IV.2.3.4.9. Tratamiento Tributario

Se exige un impuesto sobre la renta a las personas físicas, tanto ciudadanos de Panamá como residentes, según una escala que contiene un tipo máximo del 33 por 100. Las sociedades se someten a un impuesto sobre la renta con un tipo marginal máximo del 34 por 100. Se aplica también un impuesto especial sobre plusvalías inmobiliarias, un impuesto sobre ventas, un impuesto especial anual sobre las sociedades anónimas inscritas en el registro público, un impuesto sobre la propiedad inmobiliaria y un impuesto sobre actividades económicas⁶¹.

No hay impuestos sobre forma generada de la renta fuera de Panamá. Constituye una plaza financiera en la que los rendimientos obtenidos por las compañías fuera del país se encuentran exentos de tributación. Además de ésta, algunas de las siguientes características hacen de Panamá un tradicional paraíso fiscal⁶²:

- a) Las sociedades que operan en la zona franca de Colón están gravadas en sus beneficios a tipos reducidos especiales.
- b) Los beneficios de las operaciones comerciales internacionales facturadas a través de Panamá, aunque la mercancía circule y se transporte físicamente fuera del país, están exentos de gravamen.
- c) Un régimen especial de tributación reducida se aplica a las pequeñas y medianas empresas.
- d) Las compañías reaseguradoras están exentas de tributación respecto de los beneficios obtenidos en operaciones exteriores.

⁶¹ MARTINEZ SELVA, José M. "Los Paraísos Perdidos. Banca Offshore, Fiscalidad y Servicios Bancarios en el Exterior". Op. cit. Pág. 150.

⁶² DE ARESPACOHAGA, Joaquín. "Planificación Fiscal Internacional". Op. cit. Pág. 478.

- e) Están también exentas las compañías de transporte marítimo o aéreo internacionales, así como las compañías de comercio marítimo internacional.

- f) No existen restricciones del control de cambios en los movimientos.

Desde 1995 (Ley 25/1995) Panamá introdujo la fórmula de las “fundaciones” de forma similar a Austria o Liechtenstein, como vehículo de planificación de fortunas.

IV.2.3.4.10. Incentivos financieros y de la inversión

Bajo el acto de los incentivos de la inversión de 1970 y sus revisiones, ciertos incentivos se han establecido para atraer a compañías americanas, particularmente en las industrias.

Sus compañías Internacionales de Negocios se constituyen rápidamente y están exentas de impuestos si los negocios se realizan en el exterior. Como requisitos se necesitan tres directores que no tienen la necesidad de residir en Panamá aunque sí debe existir una oficina de representación en el país⁶³.

Las principales ventajas de las compañías panameñas han sido la facilidad y rapidez de formación, el hecho de que no necesitan presentar cuentas anuales y el ser de bajo costo al momento de formarse y mantenerse. Hay también numerosas facilidades para el registro de buques en condiciones muy favorables. Posee también una competitiva legislación sobre trust.

Este país centroamericano ha sido frecuentemente asociado al narcotráfico y al blanqueo de dinero. No posee, por tanto, una buena reputación, no siendo recomendable para realizar transacciones comerciales con países de alta

⁶³ MARTINEZ SELVA, José M. “Los Paraísos Perdidos. Banca Offshore, Fiscalidad y Servicios Bancarios en el Exterior”. Op. cit. Pág. 150.

fiscalidad.⁶⁴ Sin embargo, dicho panorama puede ser reemplazado por una reputación más favorable con motivo de la red de acuerdos de intercambio de información tributaria firmados por este país.

No existen, a pesar de ello, razones para pensar que vayan a producirse cambios en el régimen fiscal de esta nación, aunque la colaboración con Estados Unidos en materia de persecución del narcotráfico es cada vez mayor.⁶⁵

IV.2.3.4.11. Convenios Tributarios⁶⁶

A partir del 2009 Panamá inició un proceso intenso para la negociación de convenios para evitar la doble imposición⁶⁷⁶⁸, el cual fue parte de la estrategia para dejar de ser considerado por la comunidad internacional como un Estado que no cumplía con el estándar internacional de intercambio de información y transparencia fiscal.

En ese sentido, todos los CDIs negociados por Panamá incluyen un artículo de intercambio de información que sigue el texto del Modelo OCDE.⁶⁹ Así

⁶⁴ MARTINEZ SELVA, José M. “Los Paraísos Perdidos. Banca Offshore, Fiscalidad y Servicios Bancarios en el Exterior”. Op. cit. Pág. 149.

⁶⁵ AZZARA, Thomas P. “Tax Havens of the World”. Op. cit. Page 163.

⁶⁶ CHIRI GUTIERREZ, Isabel. “La Doble Imposición y los Convenios Tributarios. Una especial referencia a la Red de Convenios de Panamá”. Centro Interamericano de Administraciones Tributarias. 2012.

⁶⁷ Previamente a esta iniciativa, Panamá había asumido un compromiso ante la OCDE de adoptar los principios de transparencia e intercambio de información, Este compromiso se concretó mediante la remisión de una Nota del Ministerio de Economía y Finanzas de Panamá – Nota 101-02-471-DMEyF del 15 de abril de 2002.

⁶⁸ Mediante Decreto Ejecutivo N° 114 (2009) se creó la Comisión de Alto Nivel para la Defensa de los Servicios Internacionales y Financieros. Este fue el primer paso que tomó el gobierno de Panamá para incluir la asesoría necesaria para la implementación de los convenios tributarios a suscribirse. Esta Comisión es reorganizada posteriormente mediante la designación de una Comisión negociadora para la consecución de los fines de la Comisión de Alto Nivel.

En <https://dgi.mef.gob.pa/documentos/doble_tributacion/doc_informativo.pdf>

⁶⁹ CHIRI GUTIERREZ, Isabel. “La Doble Imposición y los Convenios Tributarios. Una especial referencia a la Red de Convenios de Panamá”. Centro Interamericano de Administraciones Tributarias. 2012. Pág. 23

finalmente en el año 2011 Panamá logró alcanzar el reconocimiento internacional al cumplimiento de los estándares de la comunidad internacional.

Cabe resaltar que las disposiciones incluidas dentro de los convenios suscritos por Panamá siguen la redacción de los artículos del Modelo OCDE como del Modelo ONU.

- México: El primer convenio tributario firmado por Panamá fue el acordado con México. Es convenio e encuentra en aplicación desde el 1 de enero de 2010.
- España: El convenio suscrito con este país es aprobado mediante la Ley 22 de 2011, vigente desde el 25 de julio de 2011.
- Barbados: El convenio entre Barbados y Panamá es aprobado mediante la Ley 5 de 2011, vigente desde el 18 de febrero de 2011.
- Países Bajos
- Luxemburgo
- Singapur
- Qatar
- Francia: El 30 de junio de 2011 Panamá firmó un Convenio para evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión fiscal en Materia de Impuesto sobre la Renta con Francia, completando así el requisito de 12 convenios requerido por la OCDE para ser excluido de la lista de paraísos fiscales de esta organización. Este convenio entro en vigencia el 1 de enero de 2013.
- Corea del Sur: Se aprobó el convenio mediante la Ley 25 de 2011.
- República Checa

- Irlanda
- Italia: El convenio firmado con Italia se aprobó mediante la Ley 50 de 2011.
- Bahrein
- Bélgica
- Israel
- Emiratos Árabes Unidos
- Portugal
- Hungría
- Estados Unidos: El 30 de noviembre de 2010 se firmó un Acuerdo para la Cooperación Fiscal y el Intercambio de Información en materia de impuestos con los Estados Unidos de América.⁷⁰
- Colombia: Acuerdo para no estar en la lista gris de Colombia por el que Panamá se compromete a firmar, dentro del plazo de un año, un convenio para evitar la doble imposición y un acuerdo de intercambio de información. Se trata de un memorando de entendimiento por el que ambos países sientan las bases para acordar la firma del CDI que incluiría una cláusula de intercambio de información financiera.
- Reino Unido: Convenio para evitar la doble imposición y la evasión fiscal entre Panamá y Reino Unido. Sobre este acontecimiento, el ministro de Relaciones Exteriores sostuvo que:

“con este acuerdo terminamos con esos rumores de que somos un centro de beneficios tributarios cultos, lo que llaman paraíso fiscal”.

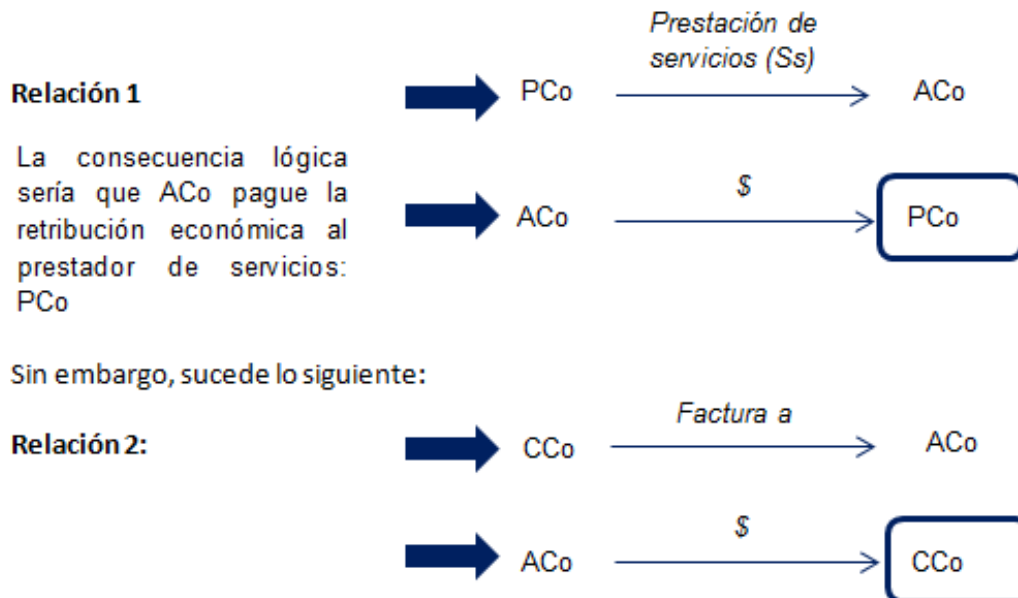
⁷⁰En <https://dgi.mef.gob.pa/documentos/doble_tributacion/doc_informativo.pdf>

IV.3. Operaciones de Perú hacia España

Mecanismos de uso de los paraísos fiscales de Centroamérica y el Caribe



En el ejemplo del mecanismo de sociedades base:



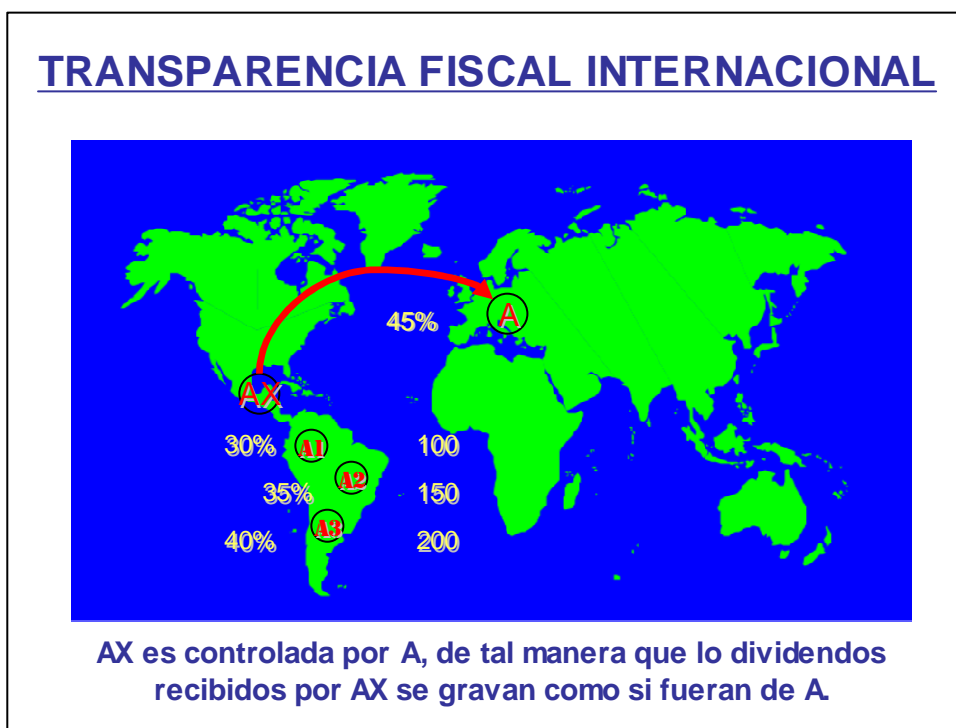
Se aprecia que las rentas por los servicios prestados por PCo a ACo se trasladan a CCo al ser facturados por ésta con el propósito de concretar el traslado de la renta.

Si la transacción se hubiese realizado sin la intervención de esta tercera sociedad que factura sin haber desarrollado una actividad, las rentas se hubiesen dirigido al país de residencia de quién prestó el servicio (PCo) y, por ende, se encontrarían gravadas con el impuesto de acuerdo a las disposiciones vigentes en este país.

Observamos que se ha optado por este esquema debido a que se quiere evitar que las rentas se dirijan al país de quién prestó los servicios. Una de las principales razones es evitar la aplicación del impuesto sobre la renta con tasas altas.

Así, en el ejemplo se ha utilizado a CCo como una sociedad base en un paraíso fiscal. Así, CCo factura a la usuaria de los servicios y recibe el pago en defecto de la prestadora de los servicios (PCo), no afectando el ingreso de las renta debido a que se trata una compañía que controla a la sociedad base en el paraíso fiscal, colocada estratégicamente en esta jurisdicción para recibir las rentas extranjeras.

Mecanismo de aplicación de la transparencia fiscal internacional



Considerando el ejemplo anterior, y tomando como partes intervinientes en la transacción a dos empresas constituidas cada una correspondientemente en Perú y España: si la empresa prestadora de los servicios es una persona jurídica residente en España y la empresa usuaria a cargo del pago de la retribución económica es una persona jurídica residente en Perú, la transacción en este contexto implicaría que el ingreso de la renta se verifique en España.

Sin embargo, tal como ocurre en el ejemplo, suele incluirse en el esquema de la transacción a una sociedad controlada por la empresa que percibiría la renta. La ubicación por motivos estratégicos es un paraíso fiscal que grava con una tasa mínima o igual a cero.

Optar por esta estrategia es atendible considerando las tasas de impuestos aplicables en cada país.

Con propósitos meramente prácticos, consideraremos:

- una tasa del impuesto en España del 45%, que en el ejemplo se identifica como "A".
- tasas alternativas aplicables en distintos países en los que se podría establecer una sociedad base: 30% en el país A1, 35% en el país A2 y 40% en el país A3.
- Una tasa 0 en el caso de un país ubicado en la zona de Centroamérica.

Así tendríamos el siguiente cuadro comparativo de posibles montos por impuesto según las tasas mencionadas:

	A1 (30%)	A2 (35%)	A3 (40%)	A (45%)	AX (0%)
100	30	35	40	45	0
150	45	52,5	60	67,5	0
200	60	70	80	90	0

Observamos que en el caso de España ("A") se pagarían los mayores montos por impuestos frente a las tasas favorables que ofertan otras jurisdicciones, Más atractiva aun resulta la oferta del país en Centroamérica al aplicar una tasa 0.

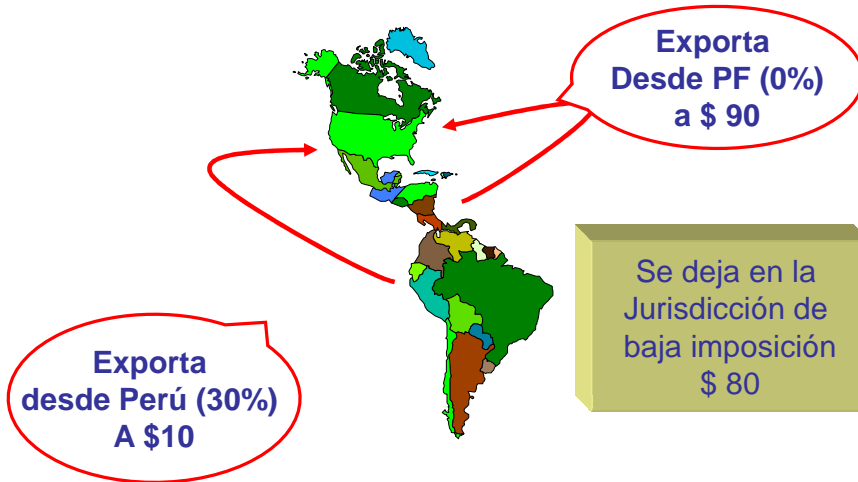
Como resultado, se aprecia que el ahorro fiscal se verifica instantáneamente al conseguir que las rentas que se gravarían con tasas altas en el país de residencia del beneficiario final de las mismas, sean trasladadas a otras

jurisdicciones en las que el impuesto por las mismas sea igual a 0, sin perder el goce de las rentas al tratarse de una empresa controlada.

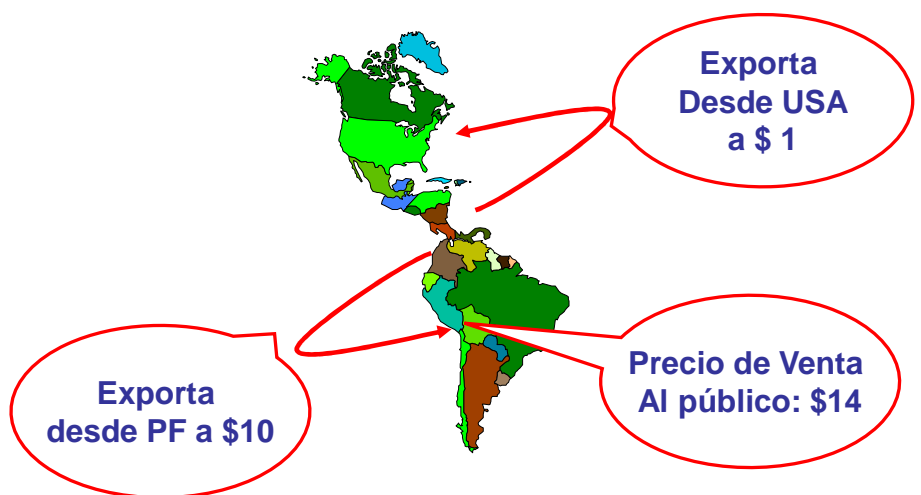
Esta práctica resulta conocida y ha desencadenado la implementación del régimen de transparencia fiscal internacional por la que para evitar este desvío de rentas y posterior diferimiento del impuesto, el estado de residencia del beneficiario real de las rentas pueda gravarlas dando efectos de transparencia a la sociedad que se interpone en el flujo de las rentas.

Así, España, como país de residencia de la empresa que finalmente la que recibiría el pago por la prestación de servicios, podrá gravar esta renta pese a que haya sido cobrada por la sociedad constituida en el paraíso fiscal. En términos prácticos, se ha dado efectos de transparencia a la sociedad base ("AX" en el ejemplo)

Sociedades instrumentales
Subvaluación de exportaciones



Sociedades instrumentales
Sobrevaluación de exportaciones



Sociedades Prestadoras de Servicios



Estas sociedades están constituidas en los paraísos fiscales a fin de reducir los gastos de funcionamiento, escapar a ciertos controles y por supuesto, para lograr minimizar la carga fiscal. Pueden tener por objeto diversas prestaciones de servicios, amplios estudios técnicos, estrategias de marketing y publicidad, informática o de asistencia técnica.

Se efectúan básicamente por facturación de prestaciones enteramente ficticias o por una remuneración exagerada a los servicios prestados. Pueden tratarse de sociedades de gestión de patentes, de sociedades auxiliares de servicio, de sociedades cautivas, sociedades bancarias, de seguros, sociedades de mera facturación, de transporte internacional con pabellones de conveniencia, o bien sociedades de artistas o deportistas.

En el ejemplo se observa que la sociedad de servicios factura servicios de Marketing. Aplicando el ejemplo a una posible operación que beneficie a España, puede plantearse la constitución de una sociedad de servicios en un paraíso fiscal de Centroamérica o el Caribe bajo el capital español. Para tal operación tendría que tomarse en cuenta las actividades restringidas por las

disposiciones de dicha jurisdicción. Un ejemplo sería la constitución de sociedades cautivas de seguros que facture por las primas de seguro a las empresas de un grupo español, ello sujeto a que en el paraíso fiscal no se restrinja la actividad de la aseguradora.

A ello también se sumaría prever las disposiciones vigentes en el estado que pague los servicios facturados por el paraíso fiscal ya que también se ha incorporado como medida anti paraíso fiscal la prohibición de deducción de gastos vinculados a paraísos fiscales, ya sea que se trate de sujetos residentes en paraísos fiscales, establecimientos permanentes en paraísos fiscales o esquemas de triangulación que involucren a los paraísos fiscales. Ante tal situación, es preciso revisar a detalle qué servicios se facturan con el objetivo de evitar contingencias con la deducción de gastos en el Estado en el que se realiza el desembolso para el pago.