En: Suplemento mensual *Informe Tributario* (ISSN 2074-255X), Nº 336, mayo de 2019, AELE, Lima, págs. 5 a 8.

APUNTES SOBRE LOS ALCANCES Y APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA ANTIELUSIVA GENERAL PERUANA

(Segunda Parte)(*)

Esteban Montenegro Guillinta (**)

Resumen

En el presente Informe tributario el autor analiza los alcances y límites de las Cláusulas Antielusivas Generales, realizando en esta segunda parte, una comparación entre nuestra Cláusula Antielusiva General, la Regla PPT establecida en el artículo 7° del Convenio Multilateral (MLI), al que el Perú se encuentra adherido.

3 COMPARACIÓN CON NORMAS GENERALES ANTIELUSIVAS EXTRANJERAS (LA REGLA PPT)

Dada su relevancia y extensión internacional, así como su inclusión como finalidad general de nuestra Norma XVI, la Cláusula Antielusiva General de la OCDE o regla PPT puede resultarnos de gran ayuda para determinar los supuestos en que nuestra norma podría resultar aplicable y/o los límites para dicha aplicación.

La regla PPT fue establecida en el párrafo 26 del Reporte de la Acción 6 del proyecto BEPS y posteriormente incluida en el artículo 29°.9 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio 2017 de la OCDE y como artículo 7°.1 del Convenio Multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios (MLI), también de la OCDE.

En esta línea es necesario indicar que Perú se adhirió al MLI en junio de 2018 adoptando la regla PPT como parte del estándar mínimo de su adhesión(5).

El texto de la regla PPT indica lo siguiente:

"*No obstante las restantes disposiciones de este Convenio, no se concederá un beneficio en virtud de este Convenio respecto de un elemento de renta o patrimonio si resulta razonable concluir, a la vista de todos los hechos y circunstancias pertinentes, que la obtención de ese beneficio era uno de los propósitos principales de cualquier acuerdo u operación que tuviera como resultado, directa o indirectamente, la obtención de ese beneficio, a menos que se determine que la concesión de dicho beneficio en tales circunstancias sería conforme con el objeto y finalidad de las disposiciones en cuestión del presente Convenio*".

Como se aprecia, esto es en esencia la misma provisión incluida en el numeral 7.2 del artículo 7° del D. S. N° 145-2019-EF.

Como puede notarse además, el lenguaje adoptado para la configuración de la regla PPT resulta bastante amplio y/o ambiguo. Este parece ser el elemento que nuestra Norma XVI busca mitigar estableciendo como estándar la artificiosidad de las operaciones a fin de calificarlas como elusivas. Esta ambigüedad, sin embargo, no es un problema sino más bien una característica de las normas generales antielusivas que se encuentra íntimamente relacionada con su utilidad e incluso su existencia misma(6).

Este aspecto es resaltado en la doctrina internacional que indica que "*la principal ventaja de las cláusulas antielusivas generales reside en la poca especificidad de su fraseo, en virtud del cual tiene la capacidad de atrapar el mayor rango posible de estructuras fiscales abusivas. Esto incluye incluso aquellos esquemas que no fueron específicamente considerados en el momento que la cláusula general fue establecida*"(7).

Dada su formulación general, la regla PPT es acompañada no solo de comentarios que orientan su aplicación sino también de 22 ejemplos (enunciativos) que plantean situaciones tipo y conclu-

(*) La primera parte de este Informe tributario fue publicada en la Revista *Análisis Tributario*, Nº 376, mayo de 2019, págs. 16 a 20.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Tributación Internacional por el IBFD y la Universidad de Ámsterdam.

(5) http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-peru.pdf. Debe destacarse que nuestro país ha indicado que el acogimiento de la regla PPT de manera exclusiva es una medida provisional e intentará, a través de negociaciones bilaterales, complementar a la *PPT rule* con cláusulas de limitación de beneficios (LOB) o reemplazarla con una combinación de los LOB y las normas específicas anticonducto.

(6) Solo a manera de referencia, debe destacarse que la Unión Europea también buscó limitar los alcances de la regla PPT en su propuesta modelo de cláusula antielusiva general para sus países miembros.

(7) KOSLOV, Valentyn. "Guidance on the Application of the Principal Purpose Test in Tax Treaties": EN: *Bulletin for International Taxation*, 2017 (Volumen 71), Nº 3/4, febrero 2017.

siones en relación a la aplicación o no de la norma antielusiva.
Esta es una diferencia importante en cuanto a la configuración de nuestra Norma XVI, no solo los ejemplos incluidos en nuestro ordenamiento son sumamente generales, sino que además el listado es bastante reducido.
A título de ejemplo, en el caso de Chile, el "catálogo de esquemas tributarios" publicado por la Administración Tributaria incluye 43 ejemplos en su versión 2018. Al igual que en la regla PPT de la OCDE, en el caso chileno los ejemplos son bastante más específicos que en nuestra normativa. Algunos de los casos incluidos son: "retiro de utilidades mediante pago de cuentas por cobrar", "traspaso de rentas desde un residente en Chile a una jurisdicción de baja o nula tributación utilizando una sociedad instrumental", "cambio de domicilio de sociedad extranjera con activos en Chile". Es de notar que los antes mencionados son solo los títulos de algunos de los casos y la guía presenta un análisis en detalle de cada uno de ellos.
Por consideraciones de espacio resulta imposible analizar detalladamente en este artículo todos los ejemplos que la OCDE plantea como guía para la aplicación de la regla PPT, sin embargo, nos abocaremos a analizar los lineamientos generales planteados para su aplicación y aludiremos a ejemplos específicos cuando consideremos que los mismos pueden ayudar a aclarar la forma en que podría aplicarse nuestra Norma XVI.
Desde un punto de vista esquemático, la regla PPT puede dividirse en 2 elementos, uno subjetivo y uno objetivo. Por las características que explicaremos a continuación, serán los criterios establecidos para analizar el elemento subjetivo aquellos que resultarán más útiles para determinar los posibles escenarios de aplicación de nuestra Norma XVI.

3.1 Elemento subjetivo

Este elemento hace referencia a la intención del contribuyente. La finalidad es determinar si uno de los propósitos principales de una operación fue acceder a un beneficio tributario. Dado que resulta imposible probar cuál fue la intención de alguien, este elemento busca en realidad analizar las acciones efectuadas por el contribuyente y las circunstancias que rodean a la operación a fin de inferir cuál fue la intención detrás de ella.
En relación a esto, los lineamientos generales para la aplicación de la regla PPT señalan lo siguiente:

"*Para averiguar si uno de los* propósitos *principales de una persona es la obtención de los beneficios del Convenio a través de un acuerdo u operación, resulta esencial llevar a cabo un análisis objetivo de las metas y objetivos de todas las personas involucradas (o que hayan participado) en poner en marcha dicho acuerdo u operación. La determinación de los propósitos de un acuerdo u operación es una cuestión de hecho a la que solo se puede dar respuesta analizando, caso por caso, todas las circunstancias que rodean dicho acuerdo o actividad. No es necesario encontrar pruebas concluyentes sobre la intención de la persona involucrada en el acuerdo u operación, pero debe ser posible concluir, tras un análisis objetivo de los hechos y circunstancias pertinentes, que uno de los propósitos principales del acuerdo u operación era la obtención de los beneficios del convenio. No obstante, no debe presuponerse a la ligera que la obtención de los beneficios constituía uno de los propósitos principales del acuerdo u operación, pues una mera comprobación de los efectos del acuerdo u operación generalmente no permitirá extraer conclusiones válidas sobre sus propósitos. Sin embargo, cuando la única explicación racional de la existencia de un acuerdo sea que este permite el acceso a un beneficio del convenio, se podrá concluir que uno de sus propósitos principales era la obtención de dicho beneficio*"[8].

Lo anterior deja en claro que el elemento subjetivo no está referido realmente a un análisis de la intención del contribuyente sino de las circunstancias que rodean la operación a fin de determinar si esta tiene sentido solo o mayormente en base a consideraciones tributarias. Esto es lo que la doctrina denomina el test de razonabilidad[9], indicando que "*De los ejemplos dados en los comentarios se desprende que muchos hechos y circunstancias diferentes deben ser ponderados entre sí para llegar a la conclusión de si existe o no un abuso del tratado. También se desprende de esto que la regla PPT requiere un estudio a profundidad de los hechos y circunstancias, y que nada puede basarse en suposiciones*"[10].
El primer ejemplo al que nos gustaría aludir a fin de clarificar los alcances de la aplicación de la regla PPT, es el contenido en el párrafo 180 del Comentario al artículo 29°.9 de la versión 2017 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio de OCDE (en adelante el "Modelo de Convenio"). Este ejemplo está referido a la venta de un inmueble, en la que el vendedor cambia de país de residencia para facilitar la venta. El cambio de residencia resulta en una disminución de la carga tributaria, siendo que esta reducción fue uno de los elementos principales del cambio. El comentario concluye que en este caso sí podría aplicarse la regla PPT. Más aún, el comentario indica expresamente que la regla PPT "*podría ser de aplicación a pesar de que pueda haber más razones que motiven el cambio de residencia, como la facilitación de la venta o la reinversión de las ganancias derivadas de ésta*".
Resulta evidente entonces que la regla PPT prevista en el esquema de la OCDE, a diferencia de nuestra Norma XVI, no incluye un requisito de artificiosidad. En el caso no se habla de un cambio de residencia no real o simulado, sino de un cambio de residencia efectivo, que tiene además otras finalidades centrales (qué finalidad más central para la venta, que facilitar la misma ya sea registral, societaria o civilmente). Sin embargo, al considerarse cumplido el elemento subjetivo

(8) Párrafo 178 de los comentarios al artículo 29° del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio 2017 de la OCDE.
(9) WEBER, Dennis. "The reasonableness test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (tax treaty abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law". EN: *Erasmus Law Review*, agosto 2017, N° 1, pág. 49.
(10) WEBER, Dennis, *op. cit.*, pág. 50.

la norma se considera aplicable de manera directa[11].

Otro aspecto que puede resultar esclarecedor en relación a los criterios de aplicación de la regla PPT es el incluido en los ejemplos G del párrafo 182 y F del párrafo 187 de los comentarios al artículo 29°.9 del Modelo de Convenio de la OCDE de 2017. Estos ejemplos introducen lo que denominaremos el análisis en función a criterios generales de Precios de Transferencia (*Tranfer Pricing approach*). El ejemplo G del párrafo 182 se encuentra referido a la prestación de servicios entre compañías del mismo grupo económico, mientras que el ejemplo F del párrafo 187 se encuentra referido a financiamientos intragrupo.

La conclusión en ambos casos es que la regla PPT no resultaría aplicable en los ejemplos, sin embargo, lo que nos interesa destacar son los conceptos utilizados en el análisis. El ejemplo G del párrafo 182 introduce conceptos como "*negocio real*" y "*funciones económicas sustantivas, utilizando activos reales y asumiendo riesgos reales, y que dichas funciones las ejerce el propio personal…*". El ejemplo F del párrafo 187 por su parte incluye la referencia a actividades comunes (habituales) al giro de negocio y la referencia a la capacidad económica para asumir el riesgo.

Todos los conceptos antes mencionados son criterios básicos expuestos y desarrollados en las Guías de Precios de Transferencia de la OCDE del año 2017. Es necesario destacar que la referencia efectuada por los Comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE no aluden a los métodos de precios de transferencia sino a los conceptos generales de dicha disciplina. La idea aquí no es determinar si los montos de las retribuciones se encuentran dentro de un determinado rango sino, de una manera bastante más general, determinar si la participación o intermediación de un sujeto en la operación hace sentido desde una perspectiva económica. Resultará importante para dicho análisis además, si la actividad realizada constituye una actividad habitual del giro del negocio del participante en la operación, en la medida que esto puede afectar el riesgo de la operación.

Dos preguntas centrales que la aplicación de la regla PPT plantea son: (i) cuándo se considera que algo califica como un propósito principal; y, (ii) cómo determinar la preponderancia de los propósitos de una operación (principal o secundario), si se presentan propósitos tributarios y no tributarios de manera conjunta.

El análisis de las operaciones en función a criterios generales de Precios de Transferencia ayuda a resolver estas interrogantes (en función a un análisis de cada caso concreto) ya que de los ejemplos podemos concluir que, para no ser considerada como elusiva, una estructura u operación debe tener asociada una actividad económica real, lo que significa el uso coordinado de personas y activos, llevar a cabo funciones y asumir un riesgo en una proporción sustancial apropiada para el negocio.

Este criterio puede resultar de ayuda para la aplicación en general de nuestra Norma XVI, en especial en referencia a los supuestos aludidos en los literales a) y b) del artículo 6° del D. S. N° 145-2019-EF, y se encuentra específicamente amparados en función a los ejemplos de criterios señalados en los literales a), b), e) y f) del artículo de la misma norma.

3.2 Elemento objetivo

Este elemento se plantea como una excepción a la aplicación de la regla PPT. Esto implica que incluso si una operación cumple con el elemento subjetivo (es decir, fue realizada principalmente con fines tributarios), la norma no se aplicará si es que otorgar el beneficio perseguido por la operación resulta coherente con el objeto y propósito del tratado.

La aplicación de este elemento se encuentra claramente demostrada en el ejemplo E del párrafo 182 de los comentarios al artículo 29°.9 del Modelo de Convenio de la OCDE. Este ejemplo se encuentra referido a la aplicación de los límites para la tributación de dividendos establecidos en el artículo 10°. Este artículo establece la denominada exención de participación, la cual reduce el porcentaje límite para el gravamen de los dividendos en el país de la fuente (país de residencia de la empresa que paga los dividendos) cuando el beneficiario final de dichos dividendos es residente del otro estado contratante y posee al menos 25 por ciento de las acciones representativas del capital de la empresa pagadora de los dividendos.

En el ejemplo E, una empresa es titular del 24 por ciento de las acciones representativas del capital de la empresa residente en el otro estado contratante. Tras la entrada en vigencia de un convenio basado en el Modelo de Convenio de la OCDE de 2017, la empresa accionista decide incrementar su participación accionarial hasta el 25 por ciento. Las circunstancias que rodean la participación dejan en claro que la intención principal de la operación de adquisición de las acciones adicionales fue acceder al beneficio de la reducción en el límite del gravamen en el país de la fuente (de 15 a 5 por ciento). Si bien el elemento subjetivo se encuentra satisfecho, el ejemplo concluye que la regla PPT no resultará aplicable, dado que otorgar el beneficio en esas circunstancias resulta conforme con el objeto y finalidad del tratado.

Toda vez que el estándar establecido por nuestra norma es la artificiosidad de la operación y no su finalidad, el aspecto objetivo de la regla PPT no parece en principio aportar mayor criterio de utilidad para la aplicación de nuestra Norma XVI. En aplicación del aspecto objetivo de la regla PPT una operación estará exenta de la aplicación de la norma incluso si la misma es artificiosa o impropia, lo único que importa es que el beneficio concedido a la operación se encuentre dentro del objeto y finalidad de la norma que confiere el beneficio.

En la lógica de nuestra Norma XVI por otro lado, el elemento central es la artificiosidad y parece carente de lógica imaginar un escenario en el que se siga un camino o realice una operación impropia, artificiosa o no habitual y sin embargo otorgar el beneficio a dicha figura impropia resulta conforme con el objeto y finalidad de la norma que otorga el beneficio. En efecto, si el resultado constituido por

(11) El ejemplo no analiza el elemento objetivo, pero entendemos que esto resulta natural ya que la función de la regla PPT es combatir el abuso del tratado y el *treaty shopping*, y entendemos que para los comentarios el cambio de residencia motivado por consideraciones tributarias califica como un supuesto de *treaty shopping* (por lo tanto, otorgar los beneficios no se encuentra alineado con el objeto y finalidad del tratado).

la aplicación del beneficio a una figura determinada resulta coherente con la finalidad u objeto de dicho beneficio, resultaría muy complicado, al menos en nuestra opinión, sostener que dicha operación califica como impropia o artificiosa en relación a dicho beneficio.

4 APLICACIÓN DE CRITERIOS CONTENIDOS EN NORMAS U OTRAS FUENTES EXTRANJERAS

El D. S. N° 145-2019-EF establece en repetidas oportunidades que los ejemplos de situaciones indicados en su artículo 6° y criterios indicados en su artículo 7° son referenciales, señalando expresamente en su Quinta Disposición Complementaria Final que "*Los términos utilizados en la descripción de las situaciones y aspectos previstos en los artículos 6° y 7°, son referenciales y, por ende, no deben servir para construir interpretaciones restrictivas o limitativas de las facultades de la SUNAT para combatir la elusión tributaria, o para identificar situaciones de aplicación de la norma anti-elusiva general y los diversos aspectos que pueden ser analizados en casos concretos*".

Lo anterior implica que para la aplicación de la Norma XVI resulta de particular importancia mantenerse al corriente del desarrollo de la aplicación de las cláusulas antielusivas generales alrededor del mundo, toda vez que la Administración Tributaria puede válidamente hacer uso de los criterios o argumentos establecidos o expuestos por cualquier tribunal o legislación extranjera para llenar de contenido los conceptos indeterminados de operación "artificiosa o impropia".

Esto no constituiría una remisión a un ordenamiento extranjero o decisiones que no resulten vinculantes en nuestro país, toda vez que lo que se utilizaría no sería la ley o fallos mismos, sino el criterio utilizado por dicha ley o fallos.

El límite en estos casos sería, al igual que en el caso de cualquier otro criterio que no proviniera de una fuente extranjera, que la calificación resultante de la aplicación de dichos criterios "*no resulte manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde es utilizada*" de acuerdo a lo señalado en el artículo 4° del D. S. N° 145-2019-EF.

5 CONCLUSIONES

1. La aplicación de la Norma XVI a una estructura u operación requiere el cumplimiento conjunto de dos requisitos: (i) que la operación sea calificada como artificiosa o impropia; y, (ii) que los resultados de la figura artificiosa y aquellos de la figura habitual sean sustancialmente similares excepto por la ventaja tributaria.
2. La Administración Tributaria se encuentra facultada para determinar qué constituye un operación artificiosa o impropia, estableciéndose como límite que dicha calificación no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada. Aunque no está establecido de manera expresa, se entiende que esta facultad y discrecionalidad se extiende a la determinación de qué constituyen efectos jurídicos o económicos "iguales o similares" a los de una operación propia o usual.
3. De la revisión de los ejemplos señalados en el artículo 6° del D. S. N° 145-2019-EF se puede observar que, a la fecha, para nuestro ordenamiento existen como mínimo dos supuestos pasibles de ser considerados operaciones impropias o artificiosas: (i) los actos impropios "puros", es decir aquellos en los que se consigue un resultado a través de una figura distinta a la que el ordenamiento o la práctica habitual prevén para dicho fin; y, (ii) los actos que carecen de sentido económico. Esto no limita, como resulta obvio, la facultad de la Administración Tributaria para identificar supuestos adicionales.
4. La Administración Tributaria se encuentra habilitada para utilizar criterios expuestos en fuentes extranjeras, tales como leyes o fallos judiciales, para determinar el contenido de los conceptos de operación impropia o artificiosa (los criterios, obviamente, no las leyes o fallos mismos). En dicha línea, la Administración Tributaria podría utilizar los criterios expuestos en los Comentarios del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio 2017 de la OCDE para la aplicación de su Cláusula Antielusiva General y la regla PPT.
5. La aplicación de criterios extranjeros implicará (al igual que cualquier otro criterio) un análisis de su razonabilidad y adecuación a los límites establecidos por nuestro ordenamiento. Así por ejemplo, la Administración Tributaria podría válidamente aplicar el análisis en función a criterios generales de Precios de Transferencia (*Tranfer Pricing approach*) establecido en los ejemplos G del párrafo 182 y F del párrafo 187 de los comentarios al artículo 29° del Modelo de Convenio de la OCDE de 2017, para determinar cuándo una operación carece de sentido económico y es, por tanto, artificiosa. Por el contrario, no podría extraerse un razonamiento aplicable a nuestra Norma XVI en base a, por ejemplo, el caso contenido en el párrafo 180 del comentario al artículo 29°.9 de la versión 2017 del Modelo de Convenio de la OCDE, toda vez que en dicho caso el razonamiento detrás de la aplicación de la regla PPT se encuentra referido a aspectos de esa norma que exceden lo establecido por nuestra norma.
6. Resultaría recomendable que los parámetros de fondo y forma fueran alineados con la práctica internacional de proporcionar un mayor número de ejemplos de las situaciones pasibles de ser calificadas como elusión, así como incluir mayor detalle y análisis en los mencionados ejemplos. Esta situación beneficiaria la seguridad jurídica, otorgando a los contribuyentes una noción más amplia del ámbito en que pueden desarrollar válidamente sus actividades y, a la vez, no implicaría ninguna restricción para la Administración Tributaria, habida cuenta que tales ejemplos serían enunciativos y no podrían ser utilizados como una limitación a sus facultades.