

Distr. general
23 de octubre de 2007

Inglés / Español

Consejo Económico Social
Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional
en Cuestiones Fiscales
Tercer periodo de sesiones
Ginebra, 29 de octubre al 02 de noviembre

Uso indebido de tratados*

Resumen

Durante la segunda reunión del Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones Fiscales, celebrada del 30 de octubre al 3 de noviembre de 2006, se solicitó al Subcomité sobre Uso Indebido de Tratados que elaborara un borrador de “nuevo Comentario al Artículo 1 del Modelo que incluiría tanto ejemplos prácticos, como una redacción posible de cláusulas antiabuso enfocándose en el uso indebido por parte de los contribuyentes. Se sugirió que al escoger los ejemplos debería hacerse particular referencia a los usos indebidos que afectan a los países en desarrollo y a las respuestas que resultarían viables para dichos países. También debería ponerse especial atención en la relación entre los tratados y las reglas nacionales antiabuso”.

El presente documento incluye un borrador de una nueva sección sobre el Uso indebido de Tratados Fiscales que el Subcomité ha preparado de conformidad con su mandato. El Subcomité invita al Comité de Expertos a que examine el presente borrador de nueva sección con el fin de que sea incluido en la nueva versión del Modelo ONU.

El Subcomité también desea llamar la atención del Comité sobre cuatro temas que examinó en el curso de su trabajo pero que no se tratan en el borrador de nueva sección. Estos temas se discuten en los párrafos 6 al 9 de la Introducción.

*Las opiniones expresadas en la presente nota pertenecen al autor y no representan necesariamente las de las Naciones Unidas.

Índice

	<i>Paragraphs</i>	<i>Page</i>
A. Introducción	1-9	2
B. Borrador de la nueva sección sobre el uso indebido de los tratados fiscales	10-105	3
1. Métodos para prevenir el uso indebido de tratados fiscales		
2. Ejemplos del uso indebido de tratados fiscales		
3. La importancia de mecanismos adecuados para la aplicación e interpretación de los tratados		

A. INTRODUCCIÓN

1. Durante su primera sesión celebrada del 5-9 de diciembre de 2005, el Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Asuntos Fiscales (“el Comité de Expertos”) decidió que:

- a) El tema del abuso de tratados debía abordarse en el Modelo de Convenio de las Naciones Unidas (en adelante “Modelo ONU”) y que ello podría hacerse en el Comentario, así como en el propio Convenio. El Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio de la OCDE, que trata sobre los métodos para combatir el abuso de tratados, sería de mucha ayuda en esta tarea. Sin embargo, es importante asegurar que al considerar el tema del abuso a tratados, exista un equilibrio entre la necesidad de proporcionar certeza a los inversionistas y la necesidad de las administraciones fiscales para combatir dicho abuso;
- b) Se requiere un análisis más profundo para abordar el tema relativo a los métodos que pueden utilizarse para combatir abusos específicos a tratados. Se creó un subcomité, que estaría coordinado por Sr. Lee, e incluiría al Sr. Silitonga, Sr. Lara Yaffar, Sr. Zhang, Sr. García Prats y Sr. Sasseville.

2. Durante la segunda sesión del Comité celebrada del 30 de octubre al 3 de noviembre de 2006, se presentó un reporte preliminar. Después de las discusiones respectivas, el Comité decidió que el Sr. Arrindell (Barbados) y el Sr. Liao (China, reemplazando al Sr. Zhang) se unirían al subcomité. Asimismo, se revisó el mandato del subcomité, como se indica a continuación:

Se decidió que el subcomité continuaría con su trabajo, de conformidad con el siguiente mandato: redactar un nuevo Comentario al Artículo 1 del Modelo, que incluya tanto ejemplos prácticos, como posibles redacciones de cláusulas antiabuso, enfocándose en el uso indebido por parte de los contribuyentes. Se sugirió que al elegir los ejemplos, deberá hacerse particular referencia a los usos indebidos que afectan a los países en desarrollo y a las respuestas que serían adecuadas para dichos países. Se deberá poner atención en la relación entre los tratados y las reglas antiabuso internas. Para poder reflejar de forma mejor su trabajo, en adelante, se referirá al subcomité como el subcomité sobre el uso indebido de tratados.

3. De conformidad con el nuevo mandato, la reunión del comité se celebró en Beijing del 5 al 7 de abril de 2007, a la que asistieron el Sr. Lee, Sr. Liao, Sr. Arrindell y el Sr. Sasseville del subcomité así como el Sr. Ji, del Servicio de Administración Tributaria (República Popular de China) y el Sr. Ohyama del Secretariado.

Incorporando los comentarios recibidos del Prof. García Prats, el Sr. Silitonga y del Sr. Lara Yaffar, el subcomité ha preparado una nueva propuesta para el Comentario al Artículo 1 del Modelo ONU. Estos cambios se enfocan en los diversos métodos disponibles para tratar con el uso indebido de los tratados fiscales y en un número de ejemplos que ilustran la aplicación de estos métodos.

4. El subcomité invita al Comité de Expertos a analizar esta propuesta de nueva sección con el objetivo de incluirla en la versión siguiente del Modelo ONU.

5. El subcomité también desea llamar la atención del Comité a otros cuatro temas que se analizaron en el curso del trabajo realizado, pero que no se abordan en los cambios expuestos más adelante.

6. El primer punto es la interpretación del concepto de “beneficiario efectivo”, que puede resultar relevante al tratar con casos de uso indebido de tratados fiscales, como aquellos que involucran acuerdos instrumentales (“*conduit arrangements*”). En 2003, la OCDE modificó su Comentario a los Artículos 10, 11 y 12 para aclarar el significado de dicho concepto. Asimismo, algunos miembros del subcomité argumentan que mientras que el término “beneficiario efectivo” se contempla únicamente en estos Artículos, podría resultar relevante con respecto a otras categorías de ingreso. El subcomité concluyó que antes de considerar la inclusión de los cambios de 2003 efectuados a los Comentarios del Modelo OCDE o la extensión del concepto de “beneficiario efectivo” a otros Artículos, se requiere contar con un entendimiento más claro de dicho concepto. Por ello, se invita al Comité a considerar si se deben llevar a cabo trabajos sobre la clarificación del concepto de “beneficiario efectivo” y la forma de hacerlo.

7. El segundo punto se relaciona con las transacciones que involucran la fragmentación de actividades para efectos de la aplicación del párrafo 3 del Artículo 5 del Modelo ONU. El subcomité analizó las posibles transacciones abusivas que involucran dicha fragmentación, pero destacó que este tema puede abordarse en los trabajos del subcomité sobre Establecimientos Permanentes que se encuentra revisando dicho Artículo.

8. El tercer punto a considerar se relaciona con situaciones en las que uno de los Estados Contratantes efectúa cambios a su legislación nacional con el propósito de sortear el efecto previsto de las disposiciones de un tratado fiscal. En algunas ocasiones, a esto se le ha denominado “abuso de un tratado por parte de un Estado”, pero también se relaciona con el incumplimiento de tratados. El subcomité consideró que este tema quedaba fuera del mandato recibido, que es el enfocarse en el uso indebido de tratados fiscales por parte de los contribuyentes.

9. El cuarto punto a considerar es el denominado “abuso de tratados por parte de un Estado”, y tiene su origen en casos en los que los Estados, con la finalidad de atraer a ciertos contribuyentes o actividades, introducen regímenes preferentes que otorgan beneficios no previstos por los tratados (dichos casos se discuten en los párrafos 21 a 21.5 del Comentario al Artículo 1 del Modelo OCDE). Tal como en el punto anterior, el subcomité consideró que este tema estaba fuera del mandato recibido del Comité, debido a que no se relaciona con el uso indebido de tratados fiscales por parte de los contribuyentes.

B. BORRADOR DE LA NUEVA SECCIÓN SOBRE EL USO INDEBIDO DE LOS TRATADOS FISCALES

El subcomité recomienda que los párrafos 8 al 11 de los Comentarios al Artículo 1 del Modelo ONU sean remplazados por los siguientes:

Uso indebido de tratados fiscales

8. Las disposiciones de los tratados fiscales se redactan en términos generales y los contribuyentes pueden estar tentados a aplicar dichas disposiciones de una forma técnica y específica con el propósito de obtener beneficios en las circunstancias en las que los Estados Contratantes no tuvieron la intención de otorgarlos. Dichos usos

indebidos de los tratados fiscales constituyen una fuente de preocupación para todos los países, pero particularmente para los países en vías de desarrollo que tienen una experiencia limitada en el tratamiento de estrategias sofisticadas de elusión fiscal.

9. En virtud de ello, el Comité consideró que analizar los distintos métodos para enfrentar dichas estrategias y proporcionar ejemplos específicos sobre la aplicación de estos métodos sería de gran ayuda. Al examinar este tema, el Comité reconoció que para que los tratados fiscales cumplan con sus objetivos, es importante mantener un equilibrio entre la necesidad de las administraciones fiscales de proteger su recaudación fiscal del mal uso de las disposiciones de los tratados fiscales y la necesidad de proporcionar seguridad jurídica y proteger las expectativas legítimas de los contribuyentes.

1. Métodos para prevenir el uso indebido de tratados fiscales

10. Existen diversos métodos utilizados por varios países para prevenir y afrontar el uso indebido de los tratados fiscales. Estos incluyen:

- Reglas específicas antiabuso en la legislación nacional
- Reglas generales antiabuso en la legislación nacional
- Jurisprudencia que forma parte de la legislación nacional
- Reglas específicas antiabuso en tratados fiscales
- Reglas generales antiabuso en tratados fiscales
- La interpretación de las disposiciones de los tratados fiscales

11. Estos diversos métodos se analizan en las siguientes secciones.

Reglas específicas antiabuso en la legislación nacional

12. Las autoridades fiscales que busquen afrontar el uso indebido de tratados fiscales puede, en primer lugar, considerar la aplicación de las reglas específicas antiabuso que tiene en su legislación fiscal nacional.

13. Muchas de las reglas nacionales pueden ser relevantes para este propósito. Por ejemplo, las reglas sobre compañías extranjeras controladas (CFC) pueden aplicarse para evitar ciertos acuerdos relacionados con el uso, por parte de los residentes, de sociedades base (“conduit companies”) que sean residentes de países con los que se tengan celebrados tratados fiscales; las reglas sobre fondos de inversión extranjera (FIF) pueden prevenir el diferimiento y la elusión de impuestos sobre el ingreso derivado de la inversión de residentes en FIFs establecidos en otros países con los que se tenga celebrado un tratado fiscal; las reglas sobre capitalización delgada pueden aplicarse para restringir la deducción del pago de intereses, que erosionan la base del contribuyente, a residentes de otros países con los que se tenga celebrado un tratado fiscal; las reglas sobre precios de transferencia (aun cuando no hayan sido diseñadas principalmente como reglas antiabuso) pueden prevenir el flujo artificial de ingresos de una empresa residente a empresas residentes de otros países con los que se tenga un tratado fiscal; las reglas sobre impuestos de salida pueden prevenir la elusión de los impuestos sobre ganancias de capital, a través del cambio de residencia previo a la obtención de las ganancias de capital exentas por virtud del tratado; y las reglas sobre adelgazamiento de dividendos puede prevenir la elusión de la retención de impuestos sobre dividendos nacionales a través de transacciones designadas para transformar los dividendos en ganancias de capital exentas por virtud del un tratado.

14. Un problema común que surge de la aplicación de muchas de estas y otras reglas antiabuso específicas, a los acuerdos que involucran el uso de tratados fiscales, es el del posible conflicto con las disposiciones de los tratados fiscales.

15. Es claro que cuando la aplicación de disposiciones de la legislación nacional y del tratado originan resultados conflictivos, por lo general, las disposiciones de los tratados prevalecerán ante las nacionales. Esta es una consecuencia lógica del principio de “*pacta sunt servanda*” que contempla el Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En tal virtud, si la aplicación de estas reglas tuvo el efecto de incrementar la obligación del contribuyente más allá de lo permitido por el tratado, ello generaría un conflicto con las disposiciones del tratado, y éstas últimas deben prevalecer bajo el derecho internacional público.

16. Sin embargo, como se explicó anteriormente, generalmente dichos conflictos serán evitados y cada caso deberá ser analizado con base en sus propias circunstancias.

17. En primer lugar, un tratado puede de manera específica permitir la aplicación de ciertos tipos de reglas específicas antiabuso contempladas en la legislación nacional. Por ejemplo, el Artículo 9 del Convenio, de manera específica autoriza la aplicación de las reglas nacionales sobre precios de transferencia en las circunstancias descritas en el mismo. Asimismo, muchos tratados incluyen disposiciones específicas aclarando que no existe ningún conflicto (o, incluso si existe un conflicto, permite la aplicación de las reglas nacionales) en el caso, por ejemplo, de las reglas de capitalización delgada, reglas CFC o impuestos de salida, o de manera general, reglas nacionales dirigidas a prevenir la elusión de impuestos.

18. En segundo lugar, muchas de las disposiciones de los tratados fiscales dependen de la aplicación de las leyes nacionales. Este es el caso, por ejemplo, de la determinación de la residencia de una persona, la determinación de lo que se considera propiedad inmueble y de cuándo el ingreso derivado de derechos corporativos debe ser tratado como dividendos. De manera general, el párrafo 2 del Artículo 3, vuelve relevantes las disposiciones nacionales para efectos de determinar el significado de términos no definidos en el tratado. En tal virtud, en muchos casos la aplicación de las reglas antiabuso nacionales impactarán en cómo las disposiciones del tratado son aplicadas, en lugar de producir resultados contradictorios.

19. En tercer lugar, la aplicación de las disposiciones de los tratados fiscales en un caso que involucre un abuso a dichas disposiciones, puede negarse mediante una interpretación adecuada del tratado. En dicho caso, no existirá conflicto con las disposiciones del tratado si los beneficios del mismo se niegan tanto de conformidad con la interpretación del mismo, como con las reglas antiabuso específicas contempladas en la legislación nacional. Sin embargo, estas reglas nacionales generalmente se redactan con referencia a hechos objetivos, tal como la existencia de un cierto nivel de tenencia accionaria o cierta proporción de deuda-capital. Mientras que ello facilita en gran medida su aplicación, a veces resulta en la aplicación de dichas reglas a transacciones que no constituyen abusos. En tales casos, una adecuada interpretación de las disposiciones del tratado que descalifique a las transacciones abusivas, únicamente permitirá la aplicación de las reglas específicas antiabuso contempladas en la legislación nacional, en la medida en que no sean contrarias a las disposiciones del tratado.

Disposiciones generales antiabuso contempladas en la legislación nacional

20. Algunos países han incluido en su legislación nacional una regla legislativa antiabuso de aplicación general que tiene el objeto de evitar los acuerdos abusivos, que no sean combatidos de manera adecuada a través de las reglas específicas o doctrinas judiciales.

21. Tal como es el caso de las reglas específicas antiabuso contempladas en la legislación nacional, el principal punto que surge con respecto a la aplicación de dichas reglas generales antiabuso al uso indebido de los tratados fiscales, es el de los posibles conflictos con las disposiciones del tratado. Sin embargo, en la medida en que la aplicación de dichas reglas generales se restrinjan a casos de abuso, dichos conflictos no deberán surgir. Esta es una conclusión general de la OCDE, que se refleja en los párrafos 22 y 22.1 del Comentario al Artículo 1 del Modelo OCDE, con la que el Comité coincide:

“ 22. Asimismo se han analizado otras formas de uso abusivo de los tratados fiscales (por ejemplo, uso de sociedades controladas) y otras formas posibles de resolver estos abusos, como las reglas que dan prioridad al fondo sobre la forma, las reglas de “sustancia económica” y las disposiciones generales antiabuso, con el fin primordial de saber si dichas reglas y disposiciones son contrarias a los convenios tributarios ...

22.1 Tales reglas son parte de las disposiciones fundamentales de la legislación nacional que determinan qué hechos dan lugar a una obligación tributaria; dichas reglas no están contempladas en los tratados fiscales y por lo tanto no se ven afectadas por ellos. Así pues, como norma general y habida cuenta el párrafo 9.5 no habrá un conflicto...”

22. Habiendo concluido que, de manera general, el depender en dichas reglas antiabuso no genera conflictos con los tratados fiscales, la OCDE concluyó que “[...] los Estados no tienen por qué conceder los beneficios de un convenio de doble imposición cuando se hayan hecho manejos que constituyan un uso abusivo de las disposiciones del mismo.”¹

23. Dicha conclusión lógicamente nos lleva a la pregunta de qué es el abuso de un tratado fiscal. La OCDE no intentó proporcionar una respuesta integral a esta pregunta, que hubiera sido difícil debido a los distintos tratamientos de sus países Miembros. Sin embargo, la OCDE presentó la siguiente directriz general, a la que se le denominó “principio rector”²:

“Un principio rector estriba en que no se deben conceder los beneficios de un convenio de doble imposición cuando uno de los principales objetivos para realizar determinadas operaciones o manejos es garantizar una posición fiscal más favorable y conseguir ese tratamiento fiscal más favorable en dichas circunstancias sea contrario al objeto y propósito de las disposiciones en cuestión.”

24. Los miembros del Comité adoptaron dicho principio. Consideraron que dicha guía, en relación con lo que se considera un abuso de las disposiciones de un tratado, cumple con un objetivo importante, toda vez que logra el equilibrio entre la necesidad de prevenir los abusos a los tratados y la de asegurar que los países respeten las obligaciones de los tratados, proporcionando certeza legal a los contribuyentes. Resulta claro que los países no deberían escapar de sus obligaciones fiscales con el simple hecho de argumentar que las transacciones legítimas son abusivas y que las disposiciones nacionales que afectan a dichas transacciones en formas que resultan contrarias a las disposiciones de los tratados constituyen reglas antiabuso.

25. Bajo el principio rector antes mencionado, dos elementos deben presentarse para que ciertas transacciones o acuerdos constituyan un abuso a las disposiciones del tratado:

- Que uno de los propósitos principales para celebrar estas transacciones o acuerdos haya sido el asegurar un tratamiento fiscal más favorable, y
- Que dicho tratamiento fiscal favorable sea contrario al objeto y propósito de las disposiciones de que se trate.

26. Frecuentemente, estos dos elementos también se encontrarán de manera explícita o implícita, en las reglas generales antiabuso y doctrinas desarrolladas en varios países.

27. Con el fin de minimizar la inseguridad jurídica que puede resultar de la aplicación de dicho método, es importante que este principio rector se aplique con base en hechos objetivos, y no en la intención presunta de las partes. Por ello, la determinación de si las transacciones o acuerdos han sido celebrados con el fin principal de obtener ventajas fiscales deberá estar basada en una determinación objetiva, con base en todos los hechos y circunstancias relevantes, para determinar si un contribuyente razonable habría celebrado las mismas transacciones y acuerdos en ausencia de dichas ventajas fiscales.

¹ Párrafo 9.4 del Comentario al Artículo 1 del Modelo OCDE.

² Párrafo 9.5 del Comentario al Artículo 1 del Modelo OCDE.

Doctrinas judiciales que forman parte de la legislación nacional

28. En el proceso de la determinación de como las leyes fiscales nacionales se aplican a las transacciones de elusión fiscal, las cortes de muchos países han desarrollado diferentes doctrinas judiciales que tienen el efecto de prevenir los abusos a las leyes nacionales. Ello incluye los métodos relacionados con el propósito del negocio, sustancia sobre forma, sustancia económica, transacción escalonada (“*step transaction*”), abuso de la ley y *fraus legis*. Las condiciones particulares en las que se aplican dichas doctrinas varían frecuentemente de país a país y se desarrollan en el tiempo con base en refinamientos o cambios resultantes de decisiones judiciales subsecuentes.

29. Estas doctrinas son esencialmente puntos de vista expresados por las cortes sobre cómo debe interpretarse la legislación y, como tales, generalmente se convierten en parte de la legislación nacional.

30. Mientras que la interpretación de los tratados fiscales se rige por reglas generales que han sido codificadas en los Artículos 31 a 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, nada prohíbe la aplicación de métodos judiciales similares a la interpretación de una disposición particular de los tratados fiscales. Si por ejemplo, las cortes de un país han determinado que, como una cuestión de interpretación legal, las disposiciones fiscales nacionales deben aplicarse sobre la base de la sustancia económica de ciertas transacciones, nada previene la adopción de un método similar respecto a la aplicación de las disposiciones de un tratado fiscal a transacciones similares.

Reglas específicas antiabuso contempladas en los tratados fiscales

31. Algunas formas de abuso de tratados pueden combatirse a través de disposiciones específicas incluidas en los tratados. Un número de estas reglas ya se encuentran incluidas en el Modelo ONU; éstas incluyen la referencia al agente que mantiene un inventario de mercancías para su entrega (párrafo 5.b del Artículo 5), el concepto de “beneficiario efectivo” (en los Artículos 10, 11 y 12), la regla relativa a la “relación especial” aplicable a intereses y a regalías (párrafo 6 del Artículo 11 y párrafo 4 del Artículo 12), la regla sobre enajenación de acciones derivadas de sociedades de propiedad inmueble (párrafo 4 del Artículo 13) y la regla sobre “sociedades de artistas” (párrafo 2 del Artículo 17).

32. Es claro que dichas reglas específicas antiabuso contenidas en los tratados proporcionan mayor seguridad a los contribuyentes. Esto se reconoce en el párrafo 9.6 del Comentario de la OCDE, que explica que dichas reglas pueden de manera práctica complementar las reglas generales anti-elusión o los métodos judiciales.³

33. Sin embargo, no deben subestimarse los riesgos de depender demasiado de las reglas específicas antiabuso contempladas en los tratados para combatir las estrategias de elusión a tratados fiscales. En primer lugar, las reglas específicas antiabuso sólo pueden ser redactadas una vez que una estrategia de elusión en particular ha sido identificada. En segundo lugar, la inclusión de una disposición específica antiabuso en un tratado puede debilitar el caso con respecto a la aplicación de las disposiciones antiabuso generales o las doctrinas aplicables a otras formas de abuso de tratados. El adicionar reglas específicas antiabuso en un tratado fiscal puede ser erróneamente interpretado en el sentido de sugerir que una estrategia de elusión inaceptable, que es similar a, pero ligeramente diferente de, alguna otra estrategia tratada mediante reglas específicas antiabuso, puede resultar procedente y no podrá ser cuestionada mediante las reglas generales antiabuso. En tercer lugar, para tratar de manera específica las estrategias de elusión complejas, puede que se requiera también de reglas complejas. Este es el caso en especial en donde estas reglas buscan tratar el tema a través de la aplicación de criterios que dejan muy poco espacio para la interpretación, en lugar de hacerlo a través de criterios más flexibles tal como el objetivo de la transacción o acuerdo. Por estas razones, la inclusión de reglas específicas antiabuso en los tratados puede no proporcionar una solución integral al abuso de tratados.

³ 9.6 La posibilidad de aplicar disposiciones generales antiabuso no significa que no sea necesario incluir en los convenios tributarios disposiciones especiales para evitar determinadas formas de elusión fiscal. Si se detectan técnicas específicas de elusión o si la utilización de dichas técnicas es especialmente problemática, a menudo puede resultar útil incorporar al Convenio disposiciones que se centren directamente en la estrategia concreta de elusión [...].

Reglas generales antiabuso contempladas en los tratados

34. Existen pocos ejemplos de disposiciones de tratados que puedan considerarse reglas generales antiabuso. Una de estas disposiciones es el párrafo 2 del Artículo 25 del tratado entre Israel y Brasil, firmado en 2002:

Una autoridad competente de un Estado Contratante podrá negar los beneficios de este Convenio a cualquier persona, o en relación con cualquier transacción, si en su opinión el otorgamiento de dichos beneficios constituye un abuso al propósito acordado del Convenio. La aplicación de esta disposición deberá notificarse a la autoridad competente del otro Estado Contratante.

35. En algunos casos, los países únicamente confirman mediante el tratado, que los Estados Contratantes no pueden negar los beneficios de las disposiciones del mismo en casos de abuso. Sin embargo, en estos casos no puede decirse que la facultad de negar los beneficios del tratado surge de tal disposición. Un ejemplo de este tipo de disposiciones se encuentra en el párrafo 6 del Artículo 29 del tratado entre Alemania y Canadá firmado en 2001:

Nada de lo dispuesto en este Acuerdo se interpretará en el sentido de prohibir a un Estado Contratante negar los beneficios del Acuerdo cuando pueda de manera razonable concluirse que, de otra forma, resultaría en un abuso de las disposiciones del Acuerdo o de la legislación nacional del dicho Estado.

36. Un país que no confíe en que su legislación nacional y la interpretación de los tratados fiscales permitirá combatir de manera adecuada el uso indebido de sus tratados fiscales, podrá, sin duda, considerar incluir una regla general antiabuso en sus tratados. El principio rector a que nos referimos anteriormente podría ser la base para dicha regla, la cual podría ser redactada de la siguiente manera:

“Los beneficios establecidos en este Convenio no estarán disponibles cuando pueda de manera razonable considerarse que el principal propósito para celebrar dichas transacciones o acuerdos, ha sido el obtener dichos beneficios y el obtener los beneficios en dichas circunstancias sería contrario al objeto y propósito de las disposiciones de este Convenio.”

37. Sin embargo, muchos países considerarán que incluir dicha disposición en sus tratados podría interpretarse como un reconocimiento implícito de que en ausencia de dicha disposición, no podrían utilizarse otros métodos para tratar el uso indebido de los tratados fiscales. Esto sería particularmente problemático para los países que ya hayan concluido un gran número de tratados sin incluir dicha disposición. Por esa razón, el uso de dicha disposición probablemente sería considerado, principalmente, por países que han encontrado dificultades para combatir el uso indebido de tratados fiscales a través de otros métodos.

La interpretación de las disposiciones de los tratados fiscales

38. Otro enfoque que ha sido utilizado para combatir el uso indebido de los tratados fiscales, ha sido el considerar que pueden existir abusos al propio tratado y desestimar las transacciones abusivas mediante una interpretación apropiada de las disposiciones relevantes del tratado, considerando su contexto, el objetivo y el propósito del tratado, así como la obligación de interpretar estas disposiciones de conformidad con el principio de buena fe.⁴ Como se mencionó anteriormente, ciertos países han utilizado por algún tiempo, un proceso de interpretación legal para combatir los abusos a sus legislaciones fiscales nacionales y parece totalmente apropiado, de manera similar, interpretar las disposiciones del tratado para combatir abusos a los tratados. Como se indica en el párrafo 9.3 del Comentario al Artículo 1 de la OCDE:

Otros Estados prefieren considerar algunos abusos como si fueran usos abusivos del propio convenio en contraposición a los abusos de la legislación nacional. No obstante estos Estados consideran entonces que una construcción adecuada del convenio tributario les permite obviar las operaciones abusivas, como las efectuadas con objeto de obtener beneficios no previstos en las disposiciones de estos convenios. Esta interpretación es consecuencia del objeto y propósito de los convenios tributarios, así

⁴ Tal como lo indica el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

como de la obligación de interpretarlos de buena fe (véase el Artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

39. Los párrafos 23 a 27 proporcionan una guía sobre qué debe considerarse como abuso a los tratados fiscales. Dicha guía será obviamente relevante para efectos de la aplicación del presente enfoque.

2. Ejemplos del uso indebido de tratados fiscales

40. Los siguientes párrafos ilustran la aplicación de los enfoques antes descritos en varios casos que involucran el uso indebido de las disposiciones de los tratados fiscales (sin embargo, estos ejemplos no tienen el objeto de prejuzgar el tratamiento fiscal de estas transacciones en la legislación nacional o de conformidad con tratados específicos).

Doble residencia y cambio de residencia

41. Existen casos en donde los contribuyentes han cambiado su residencia principalmente para efectos de obtener beneficios de tratados fiscales. Los siguientes ejemplos ilustran algunos de estos casos.

- Ejemplo 1: El Sr. X es residente del Estado A y ha acumulado derechos significativos de pensión en dicho país. Bajo el tratado entre el Estado A y el Estado B, las pensiones y otros pagos similares son gravables únicamente en el Estado de residencia del perceptor. Justo antes de su retiro, el Sr. X cambia su residencia al Estado B por 2 años y se convierte en residente de dicho país de conformidad con la legislación fiscal nacional del mismo. El Sr. X es cuidadoso en el uso de las reglas del párrafo 2 del Artículo 4 para asegurarse que sea residente de dicho país para efectos del tratado. Durante el periodo mencionado, sus derechos de pensión acumulados son pagados en la forma de un solo pago, mismo que no es gravable de conformidad con la legislación nacional del Estado B. Posteriormente, el Sr. X regresa al Estado A.

- Ejemplo 2: la sociedad X, residente del Estado A, está contemplando efectuar la venta de acciones de sociedades que también son residentes del Estado A. Dicha venta originaría ganancias de capital que estarían gravadas de conformidad con la legislación nacional del Estado A. Antes de la venta, la sociedad A acuerda que las reuniones de la junta directiva se lleven ahora a cabo en el Estado B, un país que no grava las ganancias derivadas de la venta de acciones de sociedades y en donde el lugar de celebración de las reuniones de los directores de las sociedades es determinante para efectos de establecer la residencia de las mismas. La sociedad X reclama que se ha vuelto residente del Estado B para efectos del tratado entre los Estados A y B, de conformidad con el párrafo 3 del Artículo 4 del tratado, que es idéntico al modelo de convenio. Así, vende las acciones y afirma que las ganancias derivadas de dicha venta no pueden gravarse en el Estado A conforme lo indica el párrafo 6 del Artículo 13 del tratado (el párrafo 5 de dicho Artículo no sería aplicable en virtud de que la sociedad X no detenta una participación sustancial en las compañías de las que se trata).

- Ejemplo 3: la Sra. X, residente del Estado A, detenta todas las acciones de una sociedad que es también residente del mismo Estado. El valor de estas acciones se ha incrementado de manera significativa a través de los años. Ambos Estados, A y B, gravan las ganancias de capital en acciones; sin embargo, la legislación nacional del Estado B establece que los residentes no domiciliados en dicho Estado estarán sujetos a imposición únicamente en virtud de sus ingresos derivados de fuentes extranjeras, en la medida en que dicho ingreso sea repatriado o remitido a dicho país. Al pretender vender sus acciones, la Sra. X se muda al Estado B por dos años y se convierte en residente no domiciliado del mismo. Entonces, vende sus acciones y reclama que las ganancias de capital no podrán estar sujetas a imposición en el Estado A, de conformidad con el párrafo 6 del Artículo 13 del tratado (el tratado relevante no incluye una disposición similar a la del párrafo 5 del presente convenio).

42. Dependiendo de los hechos del caso en particular, puede ser posible argumentar que el cambio de residencia cuyo principal objetivo es acceder a los beneficios del tratado, constituye un abuso del tratado fiscal. Sin embargo, en casos similares a estos tres ejemplos, generalmente sería difícil encontrar los hechos que demostrarían que el cambio de residencia se hizo principalmente para obtener los beneficios del tratado, especialmente cuando el contribuyente cuenta

con una vivienda permanente o esté presente en otro Estado por extensos periodos de tiempo. Por ello, muchos países han encontrado que reglas específicas han sido el mejor enfoque para combatir este tipo de casos.

43. Un enfoque utilizado por algunos de estos países ha sido el incluir en sus tratados disposiciones que permitan al Estado, del que el contribuyente haya sido previamente residente, gravar ciertos tipos de ingresos, por ejemplo ganancias de capital sobre participaciones significativas en sociedades, pagos totales de derechos de pensiones obtenidos durante cierto periodo de tiempo después del cambio de residencia.

44. Los países también han lidiado con dichos casos mediante el uso de disposiciones denominadas “impuestos de salida” o “cargos de salida”, bajo las cuales el cambio de residencia origina la obtención de cierto tipo de ingresos, por ejemplo, ganancias de capital derivadas de acciones. Con el fin de evitar un conflicto entre las disposiciones de un tratado fiscal, dichas reglas nacionales pueden considerar que la obtención del ingreso tuvo lugar inmediatamente antes del cambio de residencia; también pueden ser combinadas con las disposiciones del tratado que permitan su aplicación.

45. Una interpretación apropiada de las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del Artículo 4 también podrá ser útil al tratar con casos similares a los de los ejemplos. Los conceptos como “centro de intereses vitales” y “sede de dirección efectiva” requieren una fuerte relación entre el contribuyente y un país. El hecho de que un contribuyente tenga una vivienda disponible en un país donde permanezca frecuentemente no es suficiente para afirmar que dicho país es su centro de intereses vitales; asimismo, el sólo hecho de que las reuniones de una junta de directores se lleve a cabo en un país no es suficiente para concluir que ahí es donde la sociedad es efectivamente dirigida. Asimismo, algunos países han reemplazado el párrafo 3 del Artículo 4, que trata los casos de doble residencia de personas morales sobre la base de su sede de dirección efectiva, por una regla que deja dichos casos de doble residencia para que se decidan de conformidad con el procedimiento de acuerdo mutuo.

El ejemplo 3 trata la potencial elusión fiscal derivada de la tributación basada en la remisión de ingreso que es parte de la base gravable. Este tema es abordado en el párrafo 26.1 del Comentario al Artículo 1 del Modelo OCDE y sugiere que, con el fin de lidiar con dichas situaciones, los países podrán incluir disposiciones específicas antiabuso en sus tratados fiscales con países que permitan esa forma de gravamen:

26.1 En virtud de la legislación nacional de ciertos Estados, a las personas que cumplen los requisitos para ser residentes pero que carecen de lo que se considera un vínculo permanente con el Estado (a veces, designado con el calificativo de domicilio), sólo se les gravan las rentas obtenidas de fuentes ajenas al Estado si dichas rentas son efectivamente repatriadas u objeto de remesa hacia él. Por tanto, dichas personas no están sujetas a una doble imposición potencial en la medida que la renta extranjera no es remitida a su Estado de residencia y puede considerarse inadecuado concederles los beneficios establecidos en las disposiciones del Convenio sobre dicha renta. Los Estados contratantes, que acuerden restringir la aplicación de las disposiciones del Convenio a la renta que es efectivamente gravada cuando está en poder de estas personas, lo pueden hacer añadiendo la siguiente disposición al Convenio:

“Cuando, en virtud de una disposición de este Convenio, la renta obtenida en un Estado contratante se beneficia de una exención total o parcial de impuestos en dicho Estado, y en virtud de la legislación vigente en el otro Estado, una persona está sometida al impuesto sobre la renta por la cuantía de la renta que es remitida a dicho Estado o recibida en el mismo y no por la suma total, toda desgravación prevista por las disposiciones del Convenio sólo se aplica a la parte de dicha renta ya gravada en el otro Estado contratante.

En algunos Estados, la aplicación de dicha disposición podría crear dificultades administrativas si transcurriera un largo lapso de tiempo entre el momento en que se genera la renta en un Estado contratante y el momento en que se grava en el otro Estado cuando llega a manos del residente de dicho segundo Estado. Los Estados que están preocupados por estas dificultades podrán prever que la regla establecida en la última parte de la disposición referida anteriormente, a saber, que la renta en cuestión sólo dará derecho a disfrutar de los beneficios aplicables en el primer

Estado cuando se grave en el segundo, se aplicará a condición de que las rentas se graven de esta forma en este segundo Estado en un plazo determinado a partir del momento en el que la renta es generada en el primer Estado.

Mercadeo de tratados (“treaty shopping”)

47. El mercadeo de tratados es una forma de uso indebido de tratados fiscales que se refiere a aquellos acuerdos a través de los cuales personas que no tienen derecho a los beneficios de un tratado fiscal utilizan a otras personas que tienen derecho a dichos beneficios con el fin de tener acceso a éstos de manera indirecta. Por ejemplo, una sociedad residente de un país con el que se tenga celebrado un tratado, actuaría como conducto para canalizar el ingreso que económicamente le correspondía acumular a la persona que no es residente de dicho país con el fin de acceder indebidamente a los beneficios establecidos en el tratado. La entidad instrumental es usualmente una sociedad, pero también puede ser una sociedad de personas, fideicomiso o entidad similar que tenga derecho a los beneficios del tratado. El otorgar los beneficios del tratado en estas circunstancias sería perjudicial para el Estado de la fuente, ya que los beneficios del tratado se extenderían a personas a las que no se pretendía que obtuvieran dichos beneficios.

48. Un acuerdo sobre mercadeo de tratados puede tomar la forma de “instrumentación directa” (*direct conduit*) o el de transacción de piedra de paso (*stepping stone conduit*), tal y como se ejemplifica a continuación⁵:

49. La sociedad X, residente del Estado Z, recibe dividendos, intereses o regalías de la sociedad Y, residente del Estado B. La sociedad X afirma que, conforme al tratado fiscal entre los Estados A y B, tiene derecho a una exención total o parcial de la retención de impuestos prevista en la legislación del Estado B. La sociedad X es, en su totalidad, propiedad de un residente del Estado C quien no tiene derecho a los beneficios del tratado entre los Estados A y B. La sociedad X fue creada para obtener los beneficios del tratado entre los Estados A y B y, por ese mismo motivo, los activos y derechos que generan los dividendos, intereses y regalías le han sido transferidos. El ingreso está exento de tributación en el Estado A, por ejemplo en el caso de dividendos, por virtud de la exención a la participación establecida bajo las leyes nacionales del Estado A o bajo el tratado entre los Estados A y B. En dicho caso, la sociedad X constituye una instrumentación directa de su accionista residente del Estado C.

50. La estructura básica de un conducto escalonado es similar. Sin embargo, en este caso el ingreso de la sociedad X es gravable en su totalidad en el Estado A y con el fin de eliminar el impuesto pagadero en dicho país, la sociedad X paga altos intereses, comisiones y cuotas por servicios o gastos deducibles similares a una segunda sociedad relacionada, la sociedad Z, residente del Estado D. Estos pagos, que son deducibles en el Estado A, se encuentran libres de impuestos en el Estado D, en virtud de un régimen fiscal especial disponible en ese Estado. Por lo tanto, el accionista, residente del Estado C, está buscando acceder a los beneficios del tratado fiscal entre los Estados A y B, utilizando a la sociedad X como una piedra de paso.

51. Con el propósito de combatir tales situaciones, las autoridades fiscales han confiado en los diversos enfoques descritos en las secciones anteriores.

52. Por ejemplo, se han incluido reglas específicas antiabuso en la legislación nacional de algunos países para combatir dichos acuerdos. Un ejemplo de ello son las regulaciones estadounidenses que se refieren a los acuerdos financieros. Para los efectos de dichas regulaciones, un acuerdo financiero es una serie de transacciones por medio de las cuales la entidad financiera entrega adelantos de dinero o de otro tipo de propiedad a la entidad financiada, sujeto a que el dinero o propiedad fluya a través de una o más entidades intermediarias. Una entidad intermediaria será considerada como una entidad instrumental, y su participación en los acuerdos de financiamiento serán desechados por las autoridades fiscales si (i) se reduce el impuesto a pagar en virtud de la existencia de una intermediaria, (ii) existe un plan de elusión, y (iii) se establece que el intermediario no hubiera participado en la transacción, salvo por el hecho de que el intermediario es una parte relacionada de la entidad financiera. En dichos casos, el ingreso obtenido deberá recharacterizarse de conformidad con su sustancia.

⁵ Convenio de Doble Tributación y el uso de Sociedades de conducto”, en el volumen II de la versión de hojas intercambiables del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, OCDE, R(6)-1, en página R(6)-4, párrafo 4.

53. Otros países han combatido estas transacciones de mercadeo de tratados a través de la interpretación de las disposiciones de los tratados fiscales. De conformidad con el decreto 1962 del Consejo Federal Suizo, una reclamación de un beneficio previsto por un tratado fiscal se considera abusiva si, a través de ésta, una parte sustancial del beneficio fiscal se otorga a personas que no tienen derecho a aplicar el tratado fiscal de que se trate. El otorgar un beneficio fiscal se considerará indebido (a) si los requisitos especificados en el tratado fiscal (tal como la regla de residencia, beneficiario efectivo, obligación fiscal, etc.) no se cumplen y (b) si éste constituye un abuso. Las medidas que las autoridades fiscales suizas pueden tomar para determinar que un beneficio ha sido reclamado de manera indebida incluyen (a) el negar la certificación de la forma de la reclamación, (b) negar la transmisión de la forma de reclamación, (c) revocar la certificación previamente aprobada, (d) recuperar la retención de impuestos en nombre del Estado de la fuente, en la medida en que el beneficio fiscal haya sido indebidamente reclamado y, (e) informar a las autoridades del Estado de la fuente que un beneficio del tratado ha sido indebidamente otorgado.

54. Otros países han confiado en sus reglas generales antiabuso nacionales o en doctrinas judiciales para tratar con los casos de mercadeo de tratados. Sin embargo, como ya se mencionó, las reglas generales antiabuso incluidas en la legislación y las doctrinas judiciales tienden a ser las más efectivas cuando resulta claro que se trata de transacciones cuya intención es circundar el objeto y propósito de las disposiciones del tratado.

55. El mercadeo de tratados puede también, en alguna medida, ser combatido a través de reglas antiabuso encontradas en la mayoría de los tratados fiscales, tal como el concepto de “beneficiario efectivo”.

56. Sin embargo, algunos países consideran que el enfoque más efectivo para tratar con el mercadeo de tratados es incluir en sus tratados fiscales reglas específicas antiabuso que traten con este problema. Los párrafos 13 al 21.4 del Comentario al Artículo 1 del Modelo OCDE, reproducidos a continuación, incluyen varios ejemplos de dichas reglas. El Comité considera que estos ejemplos resultan de gran ayuda para tratar con las preocupaciones sobre el mercadeo de tratados que pueden surgir con respecto a los tratados entre países en desarrollo y desarrollados.

Casos de “sociedades instrumentales”

13. Varios países han intentado abordar el problema de las sociedades instrumentales y se han elaborado diversos enfoques con este fin. Una de las soluciones consistiría en impedir el acceso a los beneficios de los convenios a las sociedades que no sean propiedad, directa o indirectamente, de personas residentes en el Estado en el que tienen fijada su residencia dichas sociedades. Por ejemplo, una disposición con fines de “levantar el velo”, como la propuesta, podría tener la siguiente redacción:

“Una sociedad que sea residente de un Estado contratante no tendrá derecho a acogerse a ningún beneficio fiscal de los previstos en este Convenio en relación con renta, ganancia o utilidad alguna, cuando sea propiedad o esté bajo el control, directamente o a través de una o más sociedades, cualquiera que sea el lugar de residencia de estas, de personas que no sean residentes de un Estado contratante”.

Los países contratantes que quieran adoptar una disposición de este tipo tal vez deseen asimismo determinar, en el transcurso de las negociaciones bilaterales, los criterios en función de los cuales se considerará que una sociedad es propiedad o está bajo control de personas no residentes.

14. El “enfoque del levantamiento del velo” que subyace detrás de esta disposición parece una buena base para los convenios que se establezcan con países que tienen una imposición nula o muy baja y en los que normalmente se desarrollan muy pocas actividades sustantivas. Incluso en estos casos puede resultar necesario modificar la disposición o sustituirla por otra que salvaguarde los negocios de buena fe.

15. Las disposiciones de “sujeción a impuesto” de alcance general estipulan que en el país fuente la posibilidad de acogerse a los beneficios de un convenio tributario existe únicamente cuando la renta en cuestión está sujeta a impuesto en el país de residencia. Este principio coincide en lo fundamental con el objetivo de los convenios

tributarios, que no es otro que evitar la doble imposición. Ahora bien, por diferentes motivos, el Modelo de Convenio no recomienda la utilización de una disposición general de este tipo. Aunque esto pueda parecer apropiado en el marco de una relación internacional normal, muy posiblemente un enfoque del tipo “sujeción a impuesto” se adoptaría ante una situación típica de uso instrumental del Convenio. Una disposición de salvaguardia como la aquí propuesta podría tener el siguiente contenido:

“En los casos en que una renta que se ha generado en un Estado contratante sea percibida por una sociedad residente en otro Estado contratante y una o más personas no residentes en este último

- a) posean directa o indirectamente, o a través de una o más sociedades, ya sean estas o no residentes, un interés sustantivo en dicha sociedad en forma de participación en la misma o de cualquier otra, o
- b) ejerzan directa o indirectamente, de forma individual o conjuntamente, la dirección o el control de dicha sociedad

las disposiciones del Convenio que prevean una exención o una reducción de impuestos serán de aplicación exclusivamente en el caso de las rentas sujetas a impuesto en el segundo Estado arriba indicado, de conformidad con las normas ordinarias de su legislación tributaria”.

Cabe la posibilidad de delimitar aún más el concepto de “interés sustantivo” en el momento de elaborar el borrador de convenio bilateral. Los Estados contratantes pueden, por ejemplo, expresarlo en forma de porcentaje del capital o de derechos de voto dentro de la sociedad.

16. El enfoque de la sujeción a impuestos parece tener ciertas ventajas. Se puede utilizar en el caso de los Estados que tienen una estructura económica bien desarrollada y una legislación tributaria compleja. No obstante, habrá que completar dicha disposición incorporando al convenio unas disposiciones de buena fe que permitan la necesaria flexibilidad (véase párrafo 19 más adelante); además, este enfoque no aporta una protección adecuada contra las pautas más recientes de elusión fiscal tales como las “estrategias de piedra de paso” —“*stepping-stone strategies*”—.

17. Los enfoques a los que acabamos de referirnos no resultan enteramente satisfactorios y ello por diversos motivos. Hacen referencia a las leyes fiscales cambiantes y complejas de los Estados contratantes y no a los manejos que dan lugar al uso indebido de los convenios. Se ha sugerido que tal vez convenga abordar el problema del uso instrumental del convenio de forma más directa, incorporando a los mismos una disposición que defina específicamente los casos de uso indebido en relación con las estrategias instrumentales en sí mismas (enfoque de la vía utilizada). Una disposición de este tipo podría tener la siguiente redacción:

“En los casos en que una renta que se ha generado en un Estado contratante sea percibida por una sociedad residente en otro Estado contratante y una o más personas no residentes en este último

- a) tengan directa o indirectamente, o a través de una o más sociedades, ya sean estas residentes o no, un interés sustantivo en dicha sociedad en forma de participación en la misma o de cualquier otra, o
- b) ejerzan directa o indirectamente, por sí solas o en compañía de otras, la dirección o el control de dicha sociedad

las disposiciones del Convenio que supongan una exención o una reducción de impuestos no serán de aplicación cuando más del 50% de dicha renta se utilice para satisfacer pagos debidos a estas personas (en concepto ya sea de intereses, regalías, gastos de desarrollo, de publicidad, costes iniciales y dietas, así como por depreciación de activos empresariales de cualquier tipo, incluyendo los bienes inmateriales y procesos)”.

18. Una disposición de este tipo parece constituir el único medio efectivo para combatir las estrategias de “piedra de paso” —“*stepping-stone*”—. Encontramos una disposición semejante en los tratados bilaterales suscritos entre Suiza y Estados Unidos y el principio en el que se sustenta parece ser el mismo que subyace detrás de las disposiciones adoptadas por Suiza contra el uso indebido de los convenios tributarios por determinado tipo de sociedades suizas. Los Estados que se planteen la incorporación de una disposición de este tipo en sus convenios deben tener en cuenta que puede afectar a operaciones empresariales normales, por lo que conviene completarla con una disposición de buena fe.

19. Las soluciones que acabamos de describir son de índole general y, para asegurarse de que los beneficios previstos en los convenios se concedan en los casos en los que prevalece la buena fe, es necesario completarlas con disposiciones específicas, pudiendo estas adoptar la forma siguiente:

a) Disposición general de buena fe

“Las disposiciones anteriores no serán de aplicación cuando la sociedad establezca que su principal objetivo, así como la marcha de sus negocios y la adquisición o mantenimiento por la misma sociedad de sus acciones u otros bienes de los que se deriva la renta en cuestión están motivados por la buena fe empresarial y no tienen como objetivo primordial la obtención de ninguno de los beneficios previstos en el presente Convenio”.

b) Disposición de actividad

“Las disposiciones anteriores no serán de aplicación cuando la sociedad lleve a cabo operaciones empresariales de envergadura en el Estado contratante en el que tiene fijada su residencia y la desgravación impositiva que solicita al otro Estado contratante atañe a unas rentas vinculadas con dichas operaciones”.

c) Disposición de la cuantía del impuesto

“Las disposiciones anteriores no serán de aplicación cuando la reducción impositiva solicitada no exceda del impuesto que corresponde pagar en el Estado contratante en el que tiene fijada su residencia la sociedad”.

d) Disposición de cotización en mercado de valores reconocido

“Las disposiciones anteriores no serán de aplicación en el caso de una sociedad residente de un Estado contratante, si la categoría principal de sus acciones está admitida a cotización en un mercado de valores reconocido en un Estado contratante, o si la sociedad en cuestión es propiedad en su totalidad —ya sea directamente o a través de una o más sociedades, residentes todas ellas del Estado mencionado en primer lugar— de una sociedad residente en el Estado mencionado en primer lugar y cuya categoría principal de acciones cotiza como se indica más arriba”.

e) Disposición de desgravación alternativa

Cuando una disposición antiabuso haga referencia a personas no residentes de un Estado contratante, se podrá especificar que «no se entenderá [que dicho término] incluya a los residentes de terceros países que tengan suscritos con el Estado contratante al que se reclama una desgravación impositiva convenios vigentes en materia de impuesto sobre la renta, estipulando dichos convenios una desgravación no inferior a la que se tiene derecho al amparo del presente convenio”.

Las disposiciones anteriores ilustran diferentes enfoques alternativos. La redacción concreta de las disposiciones que se van a incorporar a un determinado convenio dependerá del enfoque que se adopte en el mismo y convendría que fuese objeto de negociaciones bilaterales. Por otra parte, si las autoridades competentes de los Estados contratantes tienen la facultad de aplicar disposiciones discrecionales, quizás resulte conveniente la incorporación de una regla

adicional que confiera a la autoridad competente del Estado de la fuente la discrecionalidad para conceder los beneficios fiscales previstos en el Convenio a los residentes de un tercer Estado, incluso cuando estas personas no cumplan los requisitos de las disposiciones descritas más arriba.

20. Aunque los párrafos anteriores presentan diferentes enfoques para abordar las situaciones de uso instrumental del convenio, cada uno de ellos se ocupa de un aspecto concreto del problema comúnmente conocido como “mercadeo de tratados”. Los Estados que quieran abordar este problema de forma integral pueden tener en cuenta los siguientes ejemplos de disposiciones detalladas de limitación de beneficios, disposiciones cuyo objetivo es evitar que las personas que no sean residentes de ninguno de los Estados firmantes del Convenio puedan disfrutar de los beneficios del mismo mediante el recurso a una entidad que, en otro caso, reuniría las condiciones para ser considerada como residente de uno de esos Estados, ello sin olvidar que tal vez resulten necesarias algunas adaptaciones y que muchos países quizás prefieran otros enfoques para abordar el problema del mercadeo de tratados:

“1. Salvo en los casos en que este Artículo disponga lo contrario, un residente de un Estado contratante que obtenga una renta de otro Estado contratante podrá acogerse a todos los beneficios fiscales de este Convenio, acordados por lo demás a cualquier residente de un Estado contratante, sólo si ese residente “reúne las condiciones necesarias” definidas en el apartado 2 y cumple los otros requisitos que exige el presente Convenio para la concesión de tales beneficios.

2. Se entenderá que una persona residente de un Estado contratante reúne las condiciones necesarias en un año fiscal únicamente cuando se trate de:

- a) una persona física;
- b) una entidad estatal que reúna las condiciones necesarias;
- c) una sociedad, cuando
 - (iii) la categoría principal de sus acciones cotice en un mercado de valores reconocido según lo estipulado en los apartados a) o b) del apartado 6 y sea objeto de operaciones ordinarias en uno o más mercados de valores reconocidos, o
 - (iv) al menos el 50% de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad sea propiedad, ya sea directa o indirectamente, de un número igual o inferior a cinco sociedades con derecho a disfrutar de los beneficios fiscales de conformidad con el apartado i) de la presente letra, siempre que – en el caso de que la propiedad sea por sociedad interpuesta – cada uno de los propietarios resida en uno de los Estados contratantes;
- d) una organización benéfica o cualquier otra entidad fiscalmente exenta, siempre que, en el caso de un fondo de pensiones *–pension trust–* o cualquier otra entidad cuyo objeto sea proporcionar una pensión u otros beneficios similares, más del 50% de los beneficiarios, de los miembros o de los partícipes sean personas físicas residentes en alguno de los Estados contratantes; o
- e) una persona que no sea una persona física, cuando:
 - (iii) al menos durante la mitad del ejercicio fiscal, las personas que reúnan las condiciones necesarias en virtud de las letras a), b) o d) o del subapartado i) de la letra c) sean propietarias, de forma directa o indirecta, de al menos el 50% de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones o cualesquiera otras participaciones en los beneficios de la persona, y
 - (iv) menos del 50% de la renta bruta de la persona durante el ejercicio fiscal en cuestión se abone o devengue, directa o indirectamente, a favor de personas que no sean residentes de ninguno de los Estados contratantes, efectuándose los pagos en forma de importes desgravables a efectos de los impuestos a los que se aplica el presente Convenio en el Estado de residencia de la persona (quedando excluidos los pagos con arreglo al principio de plena competencia⁶ que se realicen en el desarrollo ordinario de un negocio por servicios o por bienes corporales, así como los que se abonen a un banco en relación con obligaciones financieras, siempre que, en el caso de que el banco no sea residente de un Estado contratante, el pago sea imputable a un establecimiento permanente del banco ubicado en uno de los Estados contratantes).

⁶ N. del T.: En México: “principio de precios de mercado”, y en Argentina: “principio del precio normal de mercado abierto”.

3. a) Una persona residente de un Estado contratante podrá disfrutar de los beneficios del Convenio en relación con un elemento de su renta procedente de otro Estado, con independencia de que dicha persona reúna o no las condiciones necesarias, siempre y cuando participe activamente en un negocio en el Estado mencionado en primer lugar (negocio que no podrá consistir en la realización o la gestión de inversiones por cuenta del residente, salvo cuando se trate de actividades relacionadas con la banca, los seguros o con valores y cuando las lleve a cabo una entidad bancaria, una compañía de seguros o una agencia de valores reconocida) y la renta procedente del otro Estado contratante se obtenga en relación con o como resultado de dicho negocio, cumpliendo el residente el resto de los requisitos que exige el Convenio para la obtención de los beneficios de los que se trate.
- b) Cuando el residente o cualquiera de las empresas asociadas a este desarrollen una actividad empresarial en el otro Estado contratante donde se genera un elemento de su renta, será de aplicación la letra a) a esta parte de su renta solamente si la actividad que se desarrolla en el Estado mencionado en primer lugar es sustancial en relación con la que se lleva a cabo en el otro Estado. El que una actividad sea sustancial o no a efectos del presente apartado se determinará teniendo en cuenta el conjunto de los hechos y de las circunstancias.
- c) Para determinar si una persona participa activamente en un negocio en un Estado contratante, en el marco de la letra a) del presente apartado, se entenderá que dicha persona participa en todas aquellas actividades que desarrolle una sociedad de personas *–partnership–* de la que sea socio, así como en las actividades que lleven a cabo personas que estén vinculadas con él. Se entenderá que dos personas están vinculadas cuando una de ellas posea al menos el 50% de cualesquiera participaciones en los beneficios de la otra (o, en el caso de una sociedad, al menos el 50% de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones), o cuando otra persona posea, directa o indirectamente, al menos el 50% de cualesquiera participaciones en los beneficios de cada una de las personas (o, en el caso de una sociedad, al menos el 50% de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones). En cualquier caso, se entenderá que una persona está vinculada con otra cuando, a juzgar por los hechos y las circunstancias, resulte que una de ellas controla a la otra o que ambas están bajo control de una misma persona o personas.
4. Pese a lo mencionado en las disposiciones anteriores del presente Artículo, si una sociedad residente de un Estado contratante, o una sociedad bajo cuyo control está colocada esta, tiene en circulación una categoría de acciones
- a) que está sujeta a unas condiciones u otras exigencias que confieren a sus titulares el derecho a percibir una porción de la renta de la sociedad procedente de otro Estado contratante mayor de la que percibirían esos mismos titulares de no existir dichas condiciones o exigencias (“la parte desproporcionada de la renta”); y
- b) cuyos derechos de voto y valor son propiedad en un 50% o más de unas personas que no reúnen las condiciones necesarias para acogerse a los beneficios de este Convenio, dichos beneficios no serán aplicables a la parte desproporcionada de la renta.
5. Un residente de un Estado contratante, que no reúna las condiciones necesarias de conformidad con las disposiciones del apartado 2 ni tenga derecho a los beneficios con arreglo a los apartados 3 ó 4, podrá acogerse, no obstante, a los beneficios fiscales del Convenio si la autoridad competente de ese otro Estado contratante determina que el establecimiento, la adquisición o el mantenimiento de dicha persona y el desarrollo de sus operaciones no perseguía como uno de sus objetivos principales la posibilidad de acogerse a los beneficios fiscales al amparo del Convenio.
6. A efectos del presente Artículo, el término “mercado de valores reconocido” significa:
- a) en el Estado A;
- b) en el Estado B; y

- c) cualquier otro mercado de valores que las autoridades competentes acuerden reconocer como oficial a efectos del presente Artículo”.

Disposiciones que atañen a las entidades que disfrutan de regímenes fiscales preferenciales

21. Un determinado tipo de sociedades, que disfrutan de privilegios fiscales en el Estado en el que residen, se presta a desempeñar un papel de sociedad instrumental, generando así un problema de prácticas fiscales nocivas. Cuando las sociedades exentas de imposición (o casi exentas de impuestos) se distinguen por unas características legales especiales, el uso indebido de los convenios tributarios puede evitarse impidiendo que dichas sociedades puedan acogerse a los beneficios fiscales de los convenios (enfoque de la exclusión). Dado que estos privilegios se conceden en la mayoría de los casos a un determinado tipo de sociedades, según lo estipulado en la legislación mercantil o fiscal de cada país, la solución más radical consistiría en excluir a estas sociedades del campo de aplicación del convenio. Otra alternativa consistiría en incorporar una disposición de salvaguardia aplicable a la renta percibida o satisfecha por estas sociedades y que podría redactarse de acuerdo con el siguiente ejemplo:

“No será de aplicación a la renta percibida o satisfecha por una sociedad como la definida en el apartado ... de la Ley, así como por cualquier otra disposición de contenido similar promulgada por ... después de la firma del presente Convenio, ninguna de las disposiciones del presente Convenio que prevea una exención o una reducción de impuestos”.

El campo de aplicación de dicha disposición puede limitarse mediante la referencia a determinados tipos de renta, tales como los dividendos, intereses, plusvalías o remuneraciones de los miembros del directorio o consejo de administración. Con arreglo a esta disposición, las sociedades del tipo estipulado seguirían teniendo derecho a la protección prevista en el Artículo 24 (no discriminación) y a los beneficios del Artículo 25 (procedimiento de mutuo acuerdo), estando además sujetas a las disposiciones del Artículo 26 (intercambio de información).

21.1 Aunque las disposiciones de exclusión son claras y de fácil aplicación, es posible que requieran en algunos casos una ayuda por parte de la Administración. Constituyen una herramienta importante a través de la cual un Estado, que ha previsto la existencia de privilegios especiales en su legislación tributaria, puede evitar que estos mismos privilegios se utilicen en conexión con el uso indebido de los convenios tributarios suscritos por dicho Estado.

21.2 Cuando no sea posible o no proceda identificar a las sociedades que disfrutan de privilegios fiscales, remitiéndose a sus características legales especiales, será necesario recurrir a una fórmula más general. La siguiente disposición pretende impedir el acceso a los beneficios fiscales del Convenio a las entidades a las que procedería considerar como residentes de un Estado contratante, pero que disfrutan en el mismo de un régimen fiscal preferencial cuya concesión está reservada a las entidades con titularidad extranjera (es decir, un régimen al que no pueden acogerse las entidades que son propiedad de personas residentes en dicho Estado):

“Ninguna sociedad, fideicomiso *–trust–* o sociedad de personas *–partnership–*, que tenga fijada su residencia en un Estado contratante cuyo beneficiario efectivo no sea residente de dicho Estado o que esté bajo el control directo o indirecto de una o más personas que no sean residentes de dicho Estado, podrá acogerse a los beneficios del presente Convenio si la cuantía del impuesto que procede imponer a la renta o al capital de la sociedad, fideicomiso *–trust–* o sociedad de personas *–partnership–* en el Estado en cuestión (después de tener en cuenta todas las reducciones impositivas o compensaciones de cualquier clase de la cuantía del impuesto, incluyendo las devoluciones, reembolsos, contribuciones, créditos o subsidios concedidos a la sociedad, fideicomiso *–trust–* o sociedad de personas *–partnership–* o a cualquier otra persona) es considerablemente inferior a la cuantía que procedería imponer en este Estado si el o los beneficiarios efectivos de todas las acciones del capital social de la sociedad o todas las participaciones en el fideicomiso *–trust–* o la sociedad de personas *–partnership–*, según sea el caso, fueran residentes de dicho Estado”.

Disposiciones que atañen a determinados tipos de renta

21.3 La siguiente disposición tiene por objeto impedir que los beneficios fiscales del Convenio puedan aplicarse a las rentas sujetas a una tributación baja o nula al amparo de un régimen fiscal preferencial:

“1. Los beneficios del presente Convenio no serán de aplicación a las rentas que, con arreglo a otras disposiciones del mismo Convenio, puedan estar sujetas a gravamen en un Estado contratante y que procedan de actividades cuyo resultado no requiera una presencia sustantiva en dicho Estado, entre ellas las siguientes:

- a) aquellas actividades en las que intervengan operaciones bancarias, financieras, navieras o de seguros, así como las actividades de comercio electrónico; o
- b) actividades en las que intervenga una sede central o un centro de coordinación u otros manejos similares que proporcionen a la sociedad o al grupo servicios de administración, financiación u otro tipo de asistencia; o
- c) actividades que generen una renta pasiva, tales como dividendos, intereses y regalías cuando, de conformidad con las leyes o las prácticas administrativas de dicho Estado, la renta en cuestión esté sujeta a un régimen tributario preferencial y, por consiguiente, los datos referentes a esta estén sometidos a un régimen de confidencialidad que impide un intercambio efectivo de información.

2. A los efectos del apartado 1, la renta será objeto de un tratamiento fiscal preferente en un Estado contratante si, por motivos que no sean los expuestos en los anteriores artículos de este Convenio, un elemento de renta:

- a) está exento de impuesto; o
- b) está sujeto a impuesto una vez que pasa a manos del contribuyente, pero le corresponde una tasa impositiva inferior a la que correspondería aplicar a un elemento equivalente de renta si estuviese en manos de unos contribuyentes similares y estos fueran residentes de ese Estado; o
- c) se beneficia de un crédito, una rebaja u otra concesión o ventaja, habiendo sido estos obtenidos directa o indirectamente en relación con dicho elemento de renta y no tratándose de un crédito para el pago de un impuesto extranjero”.

Normas antiabuso relacionadas con la imposición en la fuente de determinados tipos de renta

21.4 La siguiente disposición tiene por objeto impedir que los beneficios fiscales previstos en determinados artículos del convenio, cuyo fin es restringir la imposición en la fuente, puedan aplicarse a operaciones en las que se participa con el objetivo principal de beneficiarse de dichos beneficios. Los artículos referidos son los siguientes: 10, 11, 12 y 21; la disposición tendrá que ser objeto de una leve modificación, según se indica más adelante, para ajustarla al tipo particular de renta del que se ocupa cada uno de estos artículos:

“Las disposiciones del presente Artículo no serán de aplicación cuando el objetivo principal o uno de los objetivos principales de cualquiera de las personas que han intervenido en la creación o colocación de [Artículo 10: “las acciones u otros derechos”; Artículo 11: “el crédito”; Artículo 12 y 21: “los derechos”] con respecto a los cuales (al cual) se pagan (paga) [Artículo 10: “los dividendos”; Artículo 11: “los intereses”; Artículo 12: “las regalías”; y Artículo 21: “la renta”] haya sido sacar partido del presente Artículo mediante dicha creación o colocación”.

57. Al considerar estos ejemplos, los países deberán de tomar en cuenta su habilidad para administrar los diversos enfoques propuestos. Para muchos países en desarrollo, sería difícil aplicar reglas muy detalladas que requieran acceso a información sustancial sobre entidades extranjeras. Estos países podrán considerar que un enfoque más general, tal como el propuesto en el párrafo 21.4, podría adaptarse mejor a sus propias circunstancias.

Casos de triangulación

58. En relación con los tratados fiscales, la frase “casos triangulares” se refiere a la aplicación de tratados fiscales en situaciones en donde tres Estados se encuentran involucrados. Un caso de triangulación típico que constituye un uso indebido de un tratado fiscal es uno en el que:

- existen dividendos, intereses o regalías provenientes del Estado F obtenidos por un residente del Estado R, que es un país que utiliza el método de exención;
- dicho ingreso es atribuible al establecimiento permanente establecido en el Estado E, que es una jurisdicción de baja imposición en donde el ingreso no estará sujeto a imposición.⁷

59. De conformidad con el tratado fiscal entre el Estado R y F, el Estado F tiene que aplicar los beneficios del tratado a dichos dividendos, intereses o regalías, en virtud de que éstos son obtenidos por un residente del Estado R, aún y cuando no estén gravados en ese Estado por virtud del sistema de exención aplicado por dicho Estado.

60. El párrafo 53 del Comentario al Artículo 24 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, reproducido en el Comentario al Artículo 24, discute esta situación y sugiere que puede combatirse a través de la inclusión de una disposición específica en el tratado entre los Estados R y F:

... Si el Estado contratante del cual la empresa es residente exime de gravamen las utilidades del establecimiento permanente situado en el otro Estado contratante, existe el peligro de que la empresa transfiera activos tales como acciones, obligaciones o patentes a establecimientos permanentes en Estados que ofrezcan un régimen fiscal particularmente favorable, y en ciertas condiciones puede resultar que la renta en cuestión no sea gravada por ninguno de los tres Estados. Para evitar tales prácticas, que pueden considerarse como abusivas, puede incluirse, en el Convenio entre el Estado de residencia de la empresa y el tercer Estado (el Estado de la fuente), una disposición que establezca que una empresa no puede reclamar los beneficios del Convenio más que cuando las rentas obtenidas por el establecimiento permanente situado en el otro Estado son gravadas normalmente en el Estado del establecimiento permanente.

61. Pocos tratados incluyen una disposición basada en dicha sugerencia⁸. Sin embargo, si no se incluyen disposiciones similares de manera sistemática en los tratados que han sido concluidos por el Estado de la fuente de dichos dividendos, intereses o regalías con países que tienen un sistema de exención, existe el riesgo de que los activos relevantes sean transferidos a empresas asociadas residentes de países que no incluyan este tipo de disposición en el tratado celebrado con el Estado de la fuente.

Atribución de beneficios o ingreso a una persona o entidad específica

62. Un contribuyente puede celebrar transacciones o acuerdos con el fin de que el ingreso que normalmente acumularía dicho contribuyente, sea acumulado por una persona o entidad relacionada, con el objeto de obtener los beneficios del tratado que de otra forma no hubieran estado disponibles. Algunas formas en las que esto puede hacerse (ej. mercadeo de tratados y el uso de establecimientos permanentes en países de baja imposición) ya han sido discutidas. A continuación se discuten los escenarios de cambio o movilidad de otro tipo de ingresos.

i) Precios de transferencia no efectuados conforme al principio de plena competencia (arm's length)

63. Desde hace mucho tiempo se ha reconocido que los ingresos pueden ser transferidos entre empresas asociadas a través del uso de precios no conforme al principio de plena competencia y la legislación fiscal de muchos países

⁷ “Casos Triangulares”, en el volumen II de la versión “suelta” del Modelo de Convenio Fiscal OCDE, OCDE, R(11)-3, párrafo 53.

⁸ Veá por ejemplo, el párrafo 5 del Artículo 30 del Tratado entre Francia y Estados Unidos.

ahora incluyen reglas sobre precios de transferencia para combatir dichos casos. Estas reglas están específicamente autorizadas en el Artículo 9 de los Modelos ONU y OCDE. Sin embargo, esta es un área compleja, como se demuestra en la extensa guía producida por la OCDE⁹ sobre cómo pueden operar estas reglas.

ii) Capitalización delgada

64. En la mayoría de los países, los intereses son un gasto deducible, mientras que los dividendos, al ser una distribución de beneficios, no son deducibles. Una sociedad extranjera que quiera proporcionar financiamiento a una subsidiaria podrá, en virtud lo anterior, encontrar beneficioso para efectos fiscales, proporcionar dicho financiamiento a través de una deuda en lugar de capital accionario, dependiendo del impuesto total que se pague por intereses. Una subsidiaria podría entonces, obtener todo su financiamiento siendo proporcionado en forma de deuda, en lugar de en forma de capital accionario, una práctica conocida como “capitalización delgada”.

65. De conformidad con el reporte de la OCDE sobre Capitalización Delgada¹⁰, distintos países han desarrollado enfoques diversos para combatir este problema. Estos enfoques pueden, de manera amplia, ser divididos entre aquellos que están basados en la aplicación de reglas generales antiabuso o el principio de plena competencia y aquellos que involucran el uso de proporciones fijas de deuda-capital.

66. La primera categoría se refiere a reglas que requieren una revisión de los hechos y circunstancias de cada caso con el fin de determinar si la naturaleza real del financiamiento es el de deuda o capital. Esto puede implementarse a través de reglas legislativas específicas, reglas generales antiabuso, doctrinas judiciales o la aplicación de legislación sobre precios de transferencia basada en el principio de plena competencia.

67. El enfoque sobre una proporción fija generalmente se implementa a través de reglas legislativas específicas antiabuso; bajo dicho enfoque, si el total de la proporción deuda/capital de una sociedad en particular excede una determinada proporción, el interés sobre las deudas en exceso no será deducible, será diferido o tratado como un dividendo.

68. En la medida en que las reglas de capitalización delgada de un país apliquen a pagos de intereses a no residentes, pero no a pagos similares que se hubieran hecho a residentes, se podría estar infringiendo el párrafo 4 del Artículo 24, que establece que “los intereses, regalías y otras erogaciones pagadas por una empresa de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante deberán, para efectos de determinar los beneficios gravables de dicha empresa, ser deducibles en las mismas condiciones como si hubieran sido pagados a un residente del Estado mencionado en primer lugar”. Sin embargo, existe una excepción específica a dicha regla, cuando el párrafo 1 del Artículo 9, que discute los ajustes de precios de transferencia, resulta aplicable. En tal virtud, tal y como se indica en el Comentario al párrafo 4 del Artículo 24:¹¹

El apartado 4 no prohíbe al país del prestatario asimilar los intereses a los dividendos en aplicación de sus normas nacionales sobre subcapitalización, en la medida en que estas sean compatibles con el apartado 1 del Artículo 9 o con el apartado 6 del Artículo 11. Sin embargo, si tal régimen resulta de reglas que no son compatibles con los citados Artículos y que se aplican solamente a los prestamistas no residentes (con exclusión de los prestamistas residentes), entonces la aplicación de este régimen está prohibida por el apartado 4.

⁹ *Lineamientos sobre Precios de Transferencia por Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales de la OCDE*, OCDE, París, 1995 (actualizada).

¹⁰ “Capitalización Delgada”, volumen II de la versión “suelta” del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, R (4) – 1.

¹¹ Párrafo 56 del Comentario al Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, que se reproduce bajo el párrafo 5 del Comentario al Artículo 24 del presente modelo.

69. El párrafo 3 del Comentario al Artículo 9 de la OCDE, mismo que se reproduce en el párrafo 6 del Comentario a dicho Artículo del presente Modelo, aclara que el párrafo 1 del Artículo 9 permite la aplicación de reglas nacionales sobre capitalización delgada, en la medida en que su efecto sea asimilar los beneficios del deudor a un monto que corresponda a los beneficios que se hubieran acumulado en una situación de plena competencia. Mientras esto típicamente sería el caso de las reglas de capitalización delgada basadas en el principio de plena competencia, un país que haya adoptado reglas de capitalización delgada basadas en una proporción fija, encontraría difícil establecer que sus reglas de capitalización delgada, que no hacen referencia a lo que las partes independientes hubieran hecho, satisfacen ese requisito.

70. Por dicha razón, los países que han adoptado reglas de capitalización delgada basadas en el enfoque de la proporción fija generalmente consideran que necesitan incluir en sus tratados disposiciones que expresamente permitan la aplicación de dichas reglas. Por ejemplo, el Artículo 13 del Protocolo del tratado celebrado entre Francia y Estonia establece lo siguiente:

Las disposiciones del Convenio no impedirán a Francia la aplicación de las disposiciones del Artículo 212 de su código fiscal (code general des impôts) relacionadas con capitalización delgada o con cualquier disposición sustancialmente similar que modifique o remplace las disposiciones de dicho Artículo.

iii) El uso de sociedades controladas

71. Las sociedades controladas situadas en jurisdicciones de baja imposición pueden ser utilizadas para efectos de desviar el ingreso a un país en donde el ingreso estaría sujeto a impuestos sustancialmente menores que los que se hubieran tenido que pagar si el ingreso se hubiera originado directamente por los accionistas de dicha sociedad.

72. Varios enfoques han sido utilizados para combatir este tipo de acuerdos. Por ejemplo, una sociedad “de papel”, que no cuenta con empleados, ni realiza actividades económicas sustanciales, puede, en algunos países, ser descalificada para efectos fiscales de conformidad con reglas generales antiabuso o doctrinas judiciales. Tal como lo indican los párrafos 10.1 y 10.2 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, también sería posible considerar que una sociedad controlada que se encuentre efectivamente dirigida por accionistas residentes de otro Estado, tiene su residencia o un establecimiento permanente en dicho Estado:

10.1 También en algunos casos, la solicitud de acogerse a los beneficios del convenio por parte de sociedades subsidiarias o filiales, en concreto de sociedades constituidas en paraísos fiscales o que se benefician de regímenes preferenciales perjudiciales, puede rechazarse cuando un cuidadoso estudio de los hechos y circunstancias del caso demuestren que la sede de dirección efectiva de la subsidiaria no se encuentra en el Estado de residencia pretendido, sino en el Estado de residencia de la sociedad matriz con el fin de hacerla residente de este último Estado a los efectos de la legislación interna y de los convenios (lo que será pertinente cuando la legislación nacional de un país utilice el criterio de sede de dirección, u otro de naturaleza similar, para determinar la residencia de una persona jurídica).

10.2 El estudio cuidadoso de los hechos y circunstancias de un caso puede revelar también que una filial estaba siendo gestionada en el Estado de residencia de su matriz de forma tal que tenía un establecimiento permanente en ese Estado (por ejemplo: una sede de dirección) al que serían correctamente atribuibles todos o una parte sustancial de sus utilidades.

73. Sin embargo, estos enfoques pueden no ser exitosos en combatir los acuerdos que involucren sociedades que tengan actividades administrativas y económicas sustanciales en los países en los que se han establecido. Uno de los enfoques más efectivos para combatir estos casos, es la inclusión en la legislación nacional de disposiciones sobre compañías extranjeras controladas (CFC). Mientras que en ocasiones se ha expresado que dicha legislación podría violar disposiciones del tratado, el Comité considera que este no sería el caso en las reglas CFC típicas, tal como se indica en el párrafo 23 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio de la OCDE (y como se

explica más adelante, en los párrafos 10.1 del Comentario al Artículo 7 y 37 del Comentario al Artículo 10 del Modelo):

23. La utilización de sociedades controladas ha de ser combatida con una legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC–. Un número significativo de países miembros y no miembros ha adoptado recientemente dicha legislación. Aunque la concepción de esta clase de legislación varía considerablemente entre los distintos países, un rasgo común de estas normas –consideradas ahora, en el ámbito internacional, como instrumento legítimo para proteger la base imponible nacional– radica en que permiten que un Estado contratante grave a sus residentes por la renta atribuible a su participación en determinadas entidades extranjeras. A veces se ha argumentado, basándose en cierta interpretación de determinadas disposiciones del Convenio, tales como el apartado 1 del Artículo 7 y el 5 del 10, que el citado rasgo común de las legislaciones sobre transparencia fiscal internacional –CFC– va en contra de dichas disposiciones. Por las razones dadas en el párrafo 10.1 de los Comentarios al Artículo 7 y en el 37 de los Comentarios al Artículo 10, la mencionada interpretación no es conforme al texto de las disposiciones. Tampoco puede mantenerse esta interpretación cuando se leen estas disposiciones en su contexto. Por ello, aunque algunos países hayan considerado que es útil precisar expresamente en sus convenios que la legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC– no era contraria al Convenio, dicha precisión es innecesaria. Se reconoce que la legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC– que sigue este enfoque no entra en conflicto con las disposiciones del Convenio.

iv) Remuneración de directores de alto nivel

74. De conformidad con el Artículo 16 (Remuneraciones de los miembros de juntas directivas), los honorarios de los miembros de juntas directivas y la remuneración de ejecutivos de alto nivel en una sociedad, podrán gravarse en el Estado de residencia de la sociedad, sin importar el lugar donde estas personas presten sus servicios. Un acuerdo de “división de salarios” podría ser utilizado para reducir los impuestos que se pagarían en dicho Estado, de conformidad con tal Artículo. Por ejemplo, supongamos, que la sociedad A, residente del Estado A, tiene dos subsidiarias, las sociedades B y C residentes de los Estados X e Y, respectivamente. El Sr. D, residente del Estado X, es un director y ejecutivo de alto nivel en la subsidiaria B. El Estado X establece un impuesto sobre la renta a una tasa progresiva de hasta el 50%. El Estado Y tiene un impuesto sobre la renta similar, pero con una tasa muy baja. Los países X y Y tienen un tratado fiscal que establece que el Estado X aplicará el método de exención al ingreso que pueda estar sujeto a imposición en el Estado Y. Para reducir la carga impositiva del Sr. D, la sociedad A puede nombrarlo director y funcionario de alto nivel en la sociedad C y arreglar que la mayor parte de su remuneración sea atribuida a estas funciones.

75. El párrafo 1 del Artículo 16 aplica a las remuneraciones de directores que una persona reciba en su capacidad de director de una sociedad y el párrafo 2 aplica a los salarios, sueldos y remuneraciones similares que dicha persona reciba en su capacidad de ejecutivo de alto nivel en una sociedad. Por ello, además del hecho de que dicho acuerdo pudo haber sido cuestionado exitosamente de conformidad con las reglas generales antiabuso o las doctrinas judiciales, también podría combatirse a través de un análisis adecuado de los servicios proporcionados por el Sr. D a cada una de las sociedades de las que recibe su ingreso, así como un análisis de los honorarios y remuneraciones pagadas a otros directores y administradores de alto nivel en la sociedad C, con el fin de determinar en qué medida los honorarios de un miembro de junta directiva y remuneraciones recibidas por el Sr. D de dicha sociedad, pueden razonablemente ser consideradas como derivadas de actividades desarrolladas como director o como ejecutivo alto nivel de esa sociedad.

v) Atribución de intereses a una entidad gubernamental o exenta de impuestos

76. De conformidad con el párrafo 13 de los Comentarios al Artículo 11, los países pueden acordar durante las negociaciones bilaterales de los tratados fiscales, la inclusión de una exención a intereses derivados de las siguientes categorías:¹²

- Intereses pagados a Gobiernos o a entidades gubernamentales;
- Intereses garantizados por Gobiernos o entidades gubernamentales;
- Intereses pagados a bancos centrales;
- Intereses pagados a bancos o a otras instituciones financieras;
- Intereses sobre préstamos a largo plazo;
- Intereses sobre préstamos para el financiamiento de equipo especial u obras públicas; o
- Intereses sobre otras inversiones aprobadas por gobiernos (e.g. financiamiento de exportaciones).

77. Cuando un tratado fiscal incluye una o más de estas disposiciones, puede ser posible que una parte que tenga derecho a dichas exenciones, se involucre en acuerdos de créditos respaldados con otras terceras partes que no tengan derecho a dicha exención o, que cuando un contrato establezca el pago de intereses y de otro tipo de ingresos que no estarían exentos (ej. regalías), atribuyan una parte mayor de la remuneración total al pago de intereses. Dichos acuerdos constituirían un uso indebido de estas exenciones.

78. Mientras que puede alegarse que una solución fácil sería evitar la inclusión de dichas exenciones en los tratados fiscales, es importante denotar que éstas se incluyen por razones políticas válidas, tomando en consideración que el gravamen en la fuente sobre pagos brutos de intereses, frecuentemente actuará como una tarifa que será soportada por el prestatario. Asimismo, mientras que un país acuerde la inclusión de dichas exenciones en alguno de sus tratados, sería difícil no otorgarlos nuevamente en negociaciones con otros países similares.

79. Muchos de los enfoques antes referidos en el caso de mercadeo de tratados pueden resultar relevantes para tratar con los acuerdos de créditos respaldados que buscan acceder a los beneficios de estas exenciones. Asimismo, los casos en donde la contraprestación derivada de un contrato mixto ha sido indebidamente atribuida al pago de intereses, podrán ser cuestionados utilizando reglas específicas antiabuso nacionales, doctrinas judiciales o una interpretación adecuada de las disposiciones del tratado. Finalmente, cuando el total de la contraprestación se divide entre partes relacionadas, el párrafo 6 del Artículo 11 y el párrafo 1 del Artículo 9 pueden resultar relevantes para asegurar que los beneficios de la exención de los tratados sólo aplique al monto de intereses apropiado.

Subcontratación internacional de mano de obra

80. El Comentario al Artículo 15 reproduce la parte del Comentario al Modelo de Convenio OCDE que trata con los acuerdos conocidos como “subcontratación internacional de mano de obra”. Esto se refiere a los casos en los que empresas locales que desean contratar a empleados extranjeros por un periodo corto de tiempo, celebran un acuerdo con un intermediario no residente que actuará como el empleador formal. En virtud de ello, el empleado parece cubrir las tres condiciones del párrafo 2 del Artículo 15 para efectos de calificar para la exención fiscal en el Estado en donde se ejerce el empleo. El Comentario al Artículo 15 incluye una guía sobre cómo puede tratarse este problema, reconociendo que las reglas antiabuso nacionales y las doctrinas judiciales, así como una adecuada construcción del tratado, ofrecen formas de cuestionar dichos acuerdos.

[Nota del Subcomité: la OCDE ha publicado recientemente un borrador de discusión que propone remplazar la parte de su Comentario actual que trata con este tema, que se reproduce en el Modelo ONU (vea

¹² Adicionalmente, muchos tratados exentan de gravamen en la fuente los intereses pagados a instituciones financieras, intereses sobre ventas a crédito o los pagados a entidades exentas, tal como los fondos de pensiones (vea los párrafos 7.7 – 7.12 del Comentario al Artículo 11 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE).

<http://www.oecd.org/dataoecd/36/32/38236197.pdf>) *El Comité deberá decidir si desea apoyar el enfoque incluido en el borrador de discusión. Podrá también decidir no incluir este tema en los cambios propuestos al Comentario al Artículo 1]*

Artistas y deportistas

81. Un gran número de tratados fiscales antiguos no incluyen el párrafo 2 del Artículo 17 (Artistas y deportistas), que trata con el uso de las llamadas “sociedades de deportistas”. Con el fin de evitar la posible aplicación de las disposiciones basadas en el párrafo 1 de ese Artículo, los residentes de países que hayan concluido dichos tratados pueden estar tentados a acordar que el ingreso derivado de sus actividades como artistas o deportistas, o como parte del mismo, sea pagado a una sociedad establecida para tal efecto.

82. Como se indica en el Comentario al Artículo 17, que reproduce el párrafo 11 del Comentario de la OCDE a dicho Artículo, tales acuerdos pueden ser tratados de conformidad con las disposiciones legales nacionales que atribuirían dicho ingreso a los artistas o deportistas:

El tercer supuesto se refiere a determinados mecanismos de elusión fiscal en virtud de los cuales la remuneración por la actuación del artista o del deportista no es pagada a este sino a otra persona, por ejemplo, a una de las denominadas sociedades de artistas, de forma que la renta no se grava en el Estado donde se realiza la actividad, ni como renta obtenida en la prestación de los servicios personales del artista o del deportista, ni como utilidades de la empresa, por no existir un establecimiento permanente. Algunos países aplican el principio del “levantamiento del velo” respecto de dichos mecanismos en su legislación interna y tratan las rentas como si las obtuviera el propio artista o deportista; en este caso, el apartado 1 les permite gravar las rentas derivadas de las actividades realizadas en su territorio.

83. El párrafo 11.2 del Comentario de la OCDE, adicionado en 2003, aclara que un Estado también puede depender de sus reglas generales antiabuso o doctrinas judiciales para tratar con acuerdos abusivos que involucran sociedades de artistas.

11.2 No obstante, conviene destacar como norma de uso general que, independientemente del Artículo 17, el Convenio no impedirá la aplicación de reglas antielusión de la legislación nacional del Estado de la fuente que permiten que este grave tanto al artista/deportista o a la sociedad de promoción de artistas en caso de uso abusivo, como se reconoce en el párrafo 24 de los Comentarios al Artículo 1.”

84. Finalmente, respecto a la regla antiabuso encontrada en el párrafo 2 del Artículo 17, las administraciones fiscales deben tener en cuenta que la regla resulta aplicable sin importar si la sociedad de artistas es o no un residente del mismo Estado del artista o deportista. Esta aclaración también se añadió al Comentario de la OCDE en 2003:

11.1 La aplicación del apartado 2 no está limitada a situaciones en las que el artista o el deportista y la tercera persona a quien se le imputa la renta, por ejemplo, una sociedad de promoción de artistas o deportistas, son residentes en el mismo Estado contratante. El apartado autoriza al Estado en que se desarrollan las actividades del artista o deportista a gravar la renta proveniente de esas actividades que se obtengan por otra persona sin tener en cuenta otras disposiciones del Convenio que pudieran ser en otro caso aplicables. Así pues, a pesar de las disposiciones del Artículo 7, el apartado permite que dicho Estado grave la renta obtenida por una sociedad de promoción de artistas residente en otro Estado contratante incluso cuando el artista o deportista no es residente en ese otro Estado. Del mismo modo, cuando la renta de un artista residente en uno de los dos Estados contratantes es imputada a una persona jurídica, por ejemplo, a una sociedad de promoción de artistas residente en un tercer Estado con el que el Estado de la fuente no tiene firmado un convenio tributario, nada impedirá que el Estado contratante grave dicha persona jurídica de acuerdo con su legislación nacional.

Transacciones que modifican la clasificación del ingreso conforme al tratado

85. Los Artículos 6 al 21 atribuyen derechos de gravamen de forma distinta, dependiendo de la naturaleza del ingreso. La clasificación de un elemento de ingreso en particular para efecto de estas reglas, se basa en una combinación de definiciones del tratado y de las leyes nacionales. Toda vez que los contribuyentes determinan el contenido de los contratos sobre los cuales generalmente se basa la clasificación para efecto de la legislación nacional y de las disposiciones del tratado, podrán en algunos casos intentar influenciar dicha clasificación con el fin de obtener beneficios de los tratados que no se tuvo la intención de otorgar.

86. Los siguientes párrafos proporcionan algunos ejemplos de acuerdos que buscan cambiar la clasificación del ingreso. Dependiendo de las circunstancias, dichos acuerdos podrán ser combatidos a través de reglas antiabuso nacionales o previstas incluidas en los tratados o conforme a reglas generales antiabuso o doctrinas judiciales. Sin embargo, un problema práctico que generalmente se presenta en algunos de estos casos es que resulta difícil descubrir y establecer una conexión entre varias transacciones celebradas con el objeto de alterar la clasificación del tratado.

(i) Conversión de dividendos en intereses

87. El convertir dividendos en intereses será ventajoso conforme a un tratado que establezca el gravamen en la fuente de dividendos, pero que no establece dicho gravamen para el caso del pago de intereses. Supongamos, que X, residente del Estado R, es propietario de todas las acciones de la sociedad A, residente del Estado F. Anticipando el pago de un importante dividendo, X acuerda la creación de la sociedad controladora B que también será residente del Estado F; X es el único accionista de la sociedad B. Posteriormente, X vende las acciones de la sociedad A a la sociedad B a cambio de títulos que generan intereses (el Estado R y el Estado F permiten que la transferencia pueda llevarse a cabo libre de impuestos). El pago de intereses de la sociedad B a la sociedad X será posible mediante el pago de dividendos de la sociedad A a la sociedad B, que evitará impuestos en el Estado F bajo una exención a la participación o algún régimen similar, o debido a la deducción del pago de intereses por los títulos emitidos a X; por lo tanto X de manera indirecta recibirá los dividendos pagados por la sociedad A en la forma de pagos de intereses sobre los títulos emitidos por la sociedad B y evitará el gravamen en la fuente en el Estado F.

(ii) Atribución de un precio bajo contratos mixtos

88. Un contrato mixto cubre distintos pagos, tales como el suministro de mercancías, prestación de servicios, know-how y licencias de intangibles. Esto genera distintos tipos de ingreso para efectos del tratado. En muchos casos, el adquirente será indiferente a la atribución del precio de entre los varios pagos, por lo que el proveedor podría desear atribuir una parte desproporcionada del precio a los elementos de ingreso, exentos en el Estado de la fuente, a través del contrato relevante. Por ejemplo, un contrato de franquicia puede involucrar la transmisión de mercancías para su venta, la prestación de diversos servicios, know-how y regalías para el uso de propiedad intelectual (ej. marcas y nombres comerciales). En la medida en que el no residente que otorga la franquicia no tenga un establecimiento permanente en el Estado de residencia de quien adquiere la franquicia, el Artículo 7 no permitirá que dicho Estado grave los beneficios empresariales atribuibles a la suministro de mercancías de inventario y la prestación de servicios, pero el Artículo 12 permitirá el gravamen de regalías y los pagos relacionados con know-how. Debido a que estos pagos normalmente serían deducibles para quien adquiere la franquicia, puede no importarle cómo el precio total es atribuido. En virtud de ello, el contrato puede ser redactado de tal forma que se incremente el precio del suministro de mercancías y la prestación de servicios, y reducir las regalías y el precio por el suministro de know-how.

89. Toda vez que las partes en un contrato son independiente, la legislación nacional sobre precios de transferencia y el Artículo 9 del Convenio no serían típicamente aplicables a dichas transacciones. Los países en

desarrollo pueden ser particularmente vulnerables a dichas transacciones, ya que sus impuestos al comercio internacional, que generalmente habrían hecho menos atractivo el atribuir el precio de la transferencia de mercancías, están siendo reducidos gradualmente y la determinación del pago apropiado por propiedad intangible es por lo general un tema difícil, incluso para administraciones fiscales sofisticadas.

(iii) Conversión de regalías en ganancias de capital

90. Un no residente propietario de los derechos de autor sobre un obra literaria desea otorgar a un residente del Estado F el derecho de traducir y reproducir dicha obra ese Estado a cambio de pagos de regalías basados en la venta del material traducido. En lugar de otorgar una licencia al residente, el no residente celebra un acuerdo de “venta” mediante el cual todos los derechos relacionados con la versión traducida de la obra en el Estado A son enajenados por el no residente y adquiridos por el residente. La remuneración por dicha “venta” es un porcentaje del total de las ventas del material traducido. Asimismo, el contrato establece que el no residente tendrá la opción de readquirir estos derechos después de un periodo de 5 años.

91. Algunos países han modificado la definición del término “regalías” para tratar de manera expresa con estos casos. Por ejemplo, el inciso a) del Artículo 12 del tratado entre Estado Unidos e India establece que:

El término “regalías” utilizado en este Artículo significa:

- a) pagos de cualquier clase recibidos en virtud del uso, o el derecho de uso, de cualquier derecho de autor [...] *incluyendo las ganancias derivadas de la enajenación de cualquiera de dichos derechos o propiedad que sea contingente a la productividad, uso o disposición de los mismos ...* [énfasis añadido]

(iv) Uso de transacciones derivadas

92. Las transacciones derivadas pueden permitir que los contribuyentes obtengan los efectos económicos de ciertas transacciones financieras bajo una forma legal distinta. Por ejemplo, dependiendo de las disposiciones del tratado y de la legislación nacional de cada Estado, un contribuyente puede obtener los beneficios del tratado, como la exención o imposición reducida en el Estado de la fuente cuando esté en la misma posición económica que un inversionista extranjero en acciones de una sociedad local. Supongamos, por ejemplo, que la sociedad X, residente del Estado A, desea efectuar una gran inversión de cartera en las acciones de una sociedad residente en el Estado B, mientras que la sociedad Y, residente del Estado B, desea adquirir bonos emitidos por el gobierno del Estado A. Con el objeto de evitar los pagos transfronterizos de dividendos e intereses, que generarían las retenciones impositivas, la sociedad X puede adquirir los bonos emitidos en su país en los que la sociedad X está interesada en invertir. Las sociedades X y Y celebrarán entonces un swap bajo el cual se acordará el efectuar pagos recíprocos basados en la diferencia entre los flujos de intereses y dividendos que reciben cada año; también celebrarán contratos a futuro para comprar de cada uno las acciones y bonos en un momento futuro. A través de estas transacciones los contribuyentes habrán obtenido la posición económica de las inversiones transfronterizas en las acciones y bonos, sin incurrir en la obligación fiscal derivada de la retención en la fuente (excepto en la medida en que los pagos, que únicamente representarían la diferencia entre los flujos de dividendos e intereses, estarían sujetos a dichos impuestos de conformidad con el Artículo 21 y la legislación nacional de cada Estado).

Transacciones que buscan evadir los límites contemplados en las disposiciones de los tratados

93. Las disposiciones de los tratados fiscales algunas veces utilizan límites para determinar los derechos impositivos de los Estados. Un ejemplo es el límite menor de gravamen de dividendos en la fuente contemplado en el inciso a) del párrafo 2 del Artículo 10, que únicamente es aplicable si el beneficiario efectivo de los dividendos es una sociedad que detente directamente al menos el 10% del capital en la sociedad que efectúa el pago de dividendos.

94. Los contribuyentes pueden celebrar acuerdos con el fin de obtener los beneficios de dichas disposiciones en circunstancias en las que no se tuvo la intención de proporcionarlos. Por ejemplo, un accionista no residente que detente al menos el 10% del capital en una sociedad residente podría, anticipando el pago de un dividendo, acordar que sus acciones sean transferidas temporalmente a una sociedad residente o a una sociedad no residente en cuyas manos, dichos dividendos estarían exentos o gravados a una tasa menor. Dicha transferencia podría estructurarse de tal forma que el valor del dividendo que se pretende recibir sería transformado en ganancias de capital exentas de impuesto en el Estado de la fuente. Tal como lo indica el Comentario al Artículo 10, que reproduce el párrafo 17 del Comentario de la OCDE sobre dicho Artículo:

La reducción prevista en la letra *a*) del apartado 2 no deberá concederse en el caso de uso abusivo de esta disposición; por ejemplo, cuando una sociedad que posee una participación inferior al 25 por 100 ha adquirido, poco tiempo antes del pago de los dividendos, un complemento de su participación con el fin esencial de aprovecharse de la disposición en cuestión o cuando la participación se ha aumentado principalmente para obtener el beneficio de la reducción. Con el fin de contrarrestar tales maniobras, los Estados contratantes pueden juzgar oportuno añadir a la letra *a*) del apartado 2 una disposición del siguiente tenor:

«a condición de que la participación no se haya adquirido esencialmente con el fin de beneficiarse de la presente disposición».

Los siguientes son ejemplos de acuerdos que pretenden evitar los diversos límites previstos en el Convenio.

Límite de tiempo para determinados establecimientos permanentes

95. El Artículo 5(3) del Convenio establece lo siguiente:

3. La expresión “establecimiento permanente” comprenderá asimismo:

(a)...

(b) La prestación de servicios por una empresa, incluidos los servicios de consultores, por medio de sus empleados o de otro personal contratado por la empresa para ese fin, pero sólo en el caso de que las actividades de esa naturaleza prosigan (en relación con el mismo proyecto o con un proyecto conexo) en un Estado contratante durante un período o períodos que en total excedan de seis meses, dentro de un período cualquiera de 12 meses.

96. Mientras que dicha disposición claramente cubre el tiempo durante el cual se prestan los servicios por una empresa bajo distintos contratos, pero para proyectos relacionados, los contribuyentes pueden intentar dividir un único contrato en distintos contratos para argumentar que éstos cubren proyectos distintos, cada uno durando, menos de 6 meses.

[Nota del subcomité: El subcomité ha considerado establecer una serie de factores que serían relevantes para determinar si dos proyectos están relacionados (en el entendimiento de que no todos los factores deben de cumplirse para que dos proyectos se consideren relacionados). Algunos ejemplos de dichos factores podrían ser:

-¿Es el último cliente o beneficiario de los proyectos una misma entidad?

- ¿Cuando se celebra el contrato para el primer proyecto, es razonable considerar que el segundo proyecto se llevará a cabo?

-¿Son los dos proyectos dos partes distintas de un proyecto más grande?

Sin embargo, antes de hacerlo, el subcomité ha decidido esperar al resultado del trabajo del subcomité sobre Establecimientos Permanentes, que pudo haber tratado este tema]

97. Asimismo, en el tipo de establecimiento permanente basado en el periodo de tiempo durante el cual se prestan los servicios por una sola empresa, los contribuyentes pueden estar tentados a circundar la aplicación de dicha disposición mediante la división de un solo proyecto entre empresas asociadas, con el fin de que las actividades de ninguna de dichas empresas exceda el límite de tiempo correspondiente. Para los países que no puedan depender en reglas generales antiabuso o doctrinas judiciales para tratar dichos casos, les puede resultar práctico incluir en sus tratados una disposición específica que atienda este problema. El siguiente es un ejemplo de dicha disposición:

“Para los efectos del párrafo 3, cuando una empresa de un Estado Contratante que se encuentra prestando servicios en el otro Estado Contratante esté, durante un periodo de tiempo, asociada con otra empresa que preste servicios sustancialmente similares en ese otro Estado para el mismo proyecto o para proyectos relacionados a través de empleados y otro tipo de personal que, durante dicho periodo, se encuentre prestando dichos servicios en dicho Estado, la empresa mencionada en primer lugar será considerada, durante dicho periodo de tiempo, como si prestara servicios en el otro Estado para el mismo o para proyectos relacionados a través de estos empleados u otro personal. Para los efectos de la anterior oración, se considerará que una empresa está asociada con otra si una de ellas está controlada de manera directa o indirecta por la otra, o ambas están controladas directa o indirectamente por las mismas personas, sin importar si estas personas son o no residentes de uno de los Estados Contratantes.”

Límites para la imposición en la fuente sobre ganancias de capital en acciones

98. El párrafo 4 del Artículo 13 permite a un Estado gravar las ganancias de capital de acciones en una sociedad (y sobre la participación en ciertas entidades), cuyo capital esté constituido principalmente por propiedad inmueble situada en ese Estado. Para los efectos de dicha disposición, se considera que el capital de dicha entidad está constituido principalmente por propiedad inmueble situada en un Estado, si el valor de la propiedad inmueble excede 50% del valor de todos los activos de la entidad.

99. Anticipando la enajenación de acciones o participaciones en dicha entidad, se podría intentar circundar dicha disposición disolviendo el porcentaje del valor de una entidad, derivado de propiedad inmueble situada en un Estado determinado. En el caso de una sociedad, ello podría llevarse a cabo inyectando un monto sustancial de efectivo a la sociedad a cambio de bonos o acciones preferentes, bajo condiciones que permitan que dichas acciones o bonos sean amortizables poco tiempo después de la enajenación de las acciones o participaciones.

100. Cuando los hechos establecen que los activos han sido transferidos a una entidad, con el propósito de evitar la aplicación del párrafo 4 del Artículo 13 a una posible enajenación de acciones o participaciones en dicha entidad, las reglas generales antiabuso de un país o sus doctrinas judiciales pueden resultar aplicables. Sin embargo, algunos países pueden desear establecer de manera expresa en sus tratados que el párrafo 4 resultará aplicable en estas circunstancias. Esto puede hacerse adicionando al Artículo 13 una disposición de conformidad con las siguientes líneas.

Para los efectos del párrafo 4, en la determinación del valor agregado de todos los activos de una sociedad, sociedad de personas, fideicomiso o sucesión, los activos que hayan sido transferidos a esa entidad principalmente para evitar la aplicación del párrafo, no serán tomados en cuenta.

101. El párrafo 5 del Artículo 13 incluye otro límite que los contribuyentes pueden intentar violar. Esto podría hacerse mediante la división de la transferencia de una tenencia accionaria sustantiva a través de un número de transferencias menores de tenencia accionaria. Supongamos, por ejemplo, que la sociedad A, residente del Estado R, es propietaria de todas las acciones en la sociedad B, residente del Estado F. La sociedad A desea vender todas sus acciones a la sociedad Y, residente del Estado F. El tratado entre los Estados A y B permite al Estado F gravar la enajenación de acciones que representan una participación de más del 25% del capital de una sociedad residente en ese Estado. Para evitar dicho gravamen, las sociedades A e Y podrían realizar diversas ventas, cada uno menor al 25% del capital de la sociedad B. Este tipo de acuerdo, tal como el anterior, puede ser tratado a través de la aplicación de las reglas generales antiabuso o doctrinas judiciales de un país. Los países que no cuenten con dichos medios podrían también considerar modificar el párrafo 5 en apropiadamente.

[Nota por el subcomité: Con el objeto de reducir el riesgo de que los contribuyentes celebren dichas transacciones, el subcomité invita al Comité a considerar la modificación del párrafo 5 del Artículo 13, como se muestra a continuación:

“Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado Contratante de la enajenación de acciones en una sociedad, que sea residente del otro Estado Contratante, podrán estar sujetas a imposición en dicho otro Estado si el enajenante, durante cualquier periodo de 12 meses incluyendo momento de dicha operación, enajena al menos _____ por ciento (el porcentaje se establecerá a través de negociaciones bilaterales) del capital de una sociedad.”

Alternativamente, si el Comité considera que el párrafo 5 debería resultar aplicable a cualquier enajenación de acciones efectuada por un residente que sea propietario de al menos el porcentaje especificado del capital de la sociedad, sin importar si forma parte de una serie de enajenaciones, la siguiente redacción podría utilizarse:

“Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado Contratante derivadas de la enajenación de acciones en una sociedad residente del otro Estado Contratante pueden estar sujetas a imposición en ese Estado si el enajenante, en cualquier momento durante un periodo de 12 meses previo a dicha enajenación, ha detentado directa o indirectamente al menos _____ por ciento (el porcentaje se establecerá a través de negociaciones bilaterales) del capital de esa sociedad.”

Mientras que estas dos redacciones alternativas no previenen todos los riesgos del uso indebido del párrafo 5 del Artículo 13, el subcomité considera que podrían combatir las estrategias de elusión más comunes que involucran a dicho párrafo.]

3. La importancia de mecanismos adecuados para la aplicación e interpretación de los tratados

102. El Comité reconoce el rol que los procedimientos administrativos adecuados puede jugar en la minimización de riesgos del uso indebido de tratados fiscales. Muchas de las disposiciones sustantivas de los tratados fiscales deben de estar soportadas por procedimientos administrativos adecuados que se encuentren en línea con los aspectos procedimentales de la legislación fiscal. Los países en desarrollo pueden considerar la creación de sus propias disposiciones procedimentales con respecto a la aplicación del tratado, a través del aprendizaje de las experiencias exitosas que han tenido otros países en la aplicación de tratados.

103. El Comité también reconoce la importancia de los mecanismos adecuados para la interpretación de los tratados fiscales. En muchos países, existe una larga historia de interpretaciones judiciales independientes de los tratados fiscales que proporcionan lineamientos a la administración fiscal. Los países que tienen un sistema judicial más débil o aquellos en los que existe poca experiencia judicial en la interpretación de los tratados fiscales, pueden considerar mecanismos alternativos para asegurar la correcta, informada y responsable interpretación de los tratados fiscales.

104. Mientras que las reglas antiabuso son importantes para prevenir el uso indebido de los tratados, la aplicación de ciertas reglas antiabuso puede ser difícil para las administraciones fiscales, especialmente en los países en desarrollo. Por ejemplo, mientras que la aplicación efectiva de las reglas sobre precios de transferencia ayudan a los países a tratar con ciertos usos indebidos de las disposiciones de los tratados, los países que tienen una experiencia limitada en el área de precios de transferencia pueden estar en desventaja. Adicionalmente, los países que tienen una experiencia inadecuada en el combate al uso indebido de los tratados pueden sentir inseguridad sobre cómo aplicar las reglas generales antiabuso, especialmente cuando se trata de La prueba del objeto (*“purpose-test”*). Esto incrementa la necesidad de contar con mecanismos apropiados para asegurar una interpretación adecuada de los tratados fiscales.

105. Los países en desarrollo pueden dudar en adoptar o aplicar reglas generales antiabuso si creen que estas reglas pueden generar un nivel inaceptable de inseguridad que podría inhibir la inversión extranjera en sus territorios. Mientras que un sistema que permita a los contribuyentes conocer rápidamente si las reglas antiabuso serían aplicadas a transacciones prospectivas, puede ayudar a reducir dichas dudas, es importante que dicho sistema salvaguarde la confidencialidad de las transacciones y, al mismo tiempo, evite interpretaciones discrecionales (que en algunos países pueda llevar riesgos de corrupción). Claramente, un sistema judicial sólido e independiente ayudará a proporcionar a los contribuyentes la seguridad de que las reglas antiabuso sean aplicadas de manera objetiva. Similarmente, una aplicación efectiva del procedimiento de acuerdo mutuo, combinado con el arbitraje para tratar casos que las autoridades competentes no puedan resolver, asegurará que las controversias relacionadas con la aplicación de reglas antiabuso sean resueltas de conformidad con principios internacionalmente aceptados, con el objeto de mantener la integridad de los tratados fiscales.
