MANUAL DE NEGOCIACIÓN, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN

DE CONVENIOS PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN

EN MATERIA DE IMPOSICIÓN SOBRE LA RENTA Y EL CAPITAL

Adolfo Martín Jiménez
José Manuel Calderón Carrero
Ubaldo González de Frutos

Instituto de Estudios Fiscales

BID

MANUAL DE NEGOCIACIÓN, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN **DE CONVENIOS PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN** EN MATERIA DE IMPOSICIÓN SOBRE LA RENTA Y EL CAPITAL

Adolfo Martín Jiménez
José Manuel Calderón Carrero
Ubaldo González de Frutos

Instituto de Estudios Fiscales

BID

Catalogación en la fuente proporcionada por la
Biblioteca Felipe Herrera del
Banco Interamericano de Desarrollo

Jiménez, Adolfo Martín.

Manual de negociación, interpretación y aplicación de convenios para la eliminación de la doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital / Adolfo Martín Jiménez, José Manuel Calderón Carrero, Ubaldo González de Frutos.

p. cm.

978-1-59782-570-2 (Digital)

978-1-59782-571-9 (Rústico)

Incluye referencias bibliográficas.

1. Fiscal policy-Latin America. 2. Double taxation-Latin America. 3. Business enterprises-Taxation-Law and legislation-Latin America. I. Calderón Carrero, José Manuel. II. González-Ubaldo. III. Banco Interamericano de Desarrollo. División de Gestión Fiscal. IV. Título. V. Serie.

K4473 .J56 2024

IDB-BK-292

Clasificaciones JEL: N46
Palabras clave: Fiscal policy, double taxation, business enterprises, law and legislation, Latin America.

Copyright © 2024 Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Esta obra se encuentra sujeta a una licencia Creative Commons CC BY 3.0 IGO (https://creativecommons.org/licenses/by/3.0/igo/legalcode). Se deberá cumplir los términos y condiciones señalados en el enlace URL y otorgar el respectivo reconocimiento al BID.

En alcance a la sección 8 de la licencia indicada, cualquier mediación relacionada con disputas que surjan bajo esta licencia será llevada a cabo de conformidad con el Reglamento de Mediación de la OMPI. Cualquier disputa relacionada con el uso de las obras del BID que no pueda resolverse amistosamente se someterá a arbitraje de conformidad con las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI). El uso del nombre del BID para cualquier fin distinto al reconocimiento respectivo y el uso del logotipo del BID no están autorizados por esta licencia y requieren de un acuerdo de licencia adicional.

Nótese que el enlace URL incluye términos y condiciones que forman parte integral de esta licencia.

Las opiniones expresadas en esta obra son exclusivamente de los autores y no necesariamente reflejan el punto de vista del BID, de su Directorio Ejecutivo ni de los países que representa.

Banco Interamericano de Desarrollo
1300 New York Avenue, N.W.
Washington, D.C. 20577
www.iadb.org

El Sector de Instituciones para el Desarrollo fue responsable de la producción de la publicación.

Colaboradores externos:

Coordinación de la producción editorial: Sarah Schineller (A&S Information Partners, LLC)
Revisión editorial: Claudia M. Pasquetti, Clara Sarcone y Santiago Arévalo
Diagramación: Sara Ochoa

ÍNDICE

SIGLAS Y ABREVIATURAS **XVI**

ACERCA DE LOS AUTORES **XVIII**

BIBLIOGRAFÍA GENERAL **XIX**

INTRODUCCIÓN AL MANUAL DE CONVENIOS PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN **XXI**

SECCIÓN PRIMERA: INTRODUCCIÓN **1**

CAPÍTULO 1.
Introducción a los convenios para la eliminación de la doble imposición **2**

1. Conceptos básicos e introducción a la función general de los CDI 2
2. La función específica de los CDI 11
3. La relación de los CDI con otras normas: la ley interna y otros tratados internacionales 16
4. Por qué, con quién y cómo negociar CDI 23
5. Los modelos de convenio para negociar y concluir CDI 26
6. Las iniciativas regionales en vigor y su interacción con los MC y los CDI nacionales 35
7. La interpretación de los CDI: principios generales 37

SECCIÓN SEGUNDA: TÍTULO Y PREÁMBULO 47

CAPÍTULO 2.
Título, preámbulo y alcance del convenio de doble imposición: artículos 1 y 2 del MC OCDE y el MC ONU **48**

1. Título del convenio de doble imposición 48
2. Preámbulo del convenio de doble imposición 49
3. El artículo 1 del MC OCDE y el MC ONU: personas comprendidas en el ámbito de aplicación de los CDI 50
4. El artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU: impuestos comprendidos 68

SECCIÓN TERCERA: DEFINICIONES 75

CAPÍTULO 3.
El artículo 3 del MC OCDE y el MC ONU: definiciones generales e interpretación de los términos no definidos en el CDI **76**

1. Consideraciones generales sobre la funcionalidad e implicaciones derivadas del artículo 3 del MC OCDE y el MC ONU 76
2. Contenido y alcance de la cláusula tipo del artículo 3 del MC OCDE y el MC ONU: Definiciones relevantes e interpretación de términos no definidos 80

CAPÍTULO 4.
El artículo 4 del MC OCDE y el MC ONU: la residencia fiscal **93**

1. Comentarios generales al artículo 4 del MC OCDE y el MC ONU: su triple funcionalidad 93
2. Estructura de la cláusula de residencia fiscal y examen de las reglas para eliminar la doble imposición en casos de doble residencia fiscal 96

CAPÍTULO 5.
El artículo 5 del MC OCDE y el MC ONU: establecimiento permanente **105**

1. La función del concepto de EP y sus elementos de política tributaria 105
2. El EP como lugar fijo de negocios y ejemplos de lugares fijos (artículos 5.1. y 5.2 del MC OCDE y el MC ONU) 117
3. El EP del artículo 5.3 del MC OCDE y el MC ONU 124
4. La exclusión de los EP que realicen actividades auxiliares o preparatorias 129
5. El EP agente dependiente 133
6. La exclusión del concepto de EP agente dependiente para los agentes independientes 137
7. Las sociedades del mismo grupo societario (artículos 5.7 del MC OCDE y 5.8 del MC ONU) 139
8. La definición de persona o empresa estrechamente relacionada (artículo 5.8 del MC OCDE y 5.9 del MC ONU) 141
9. Ampliaciones del concepto de EP 142

SECCIÓN CUARTA: REGLAS DISTRIBUTIVAS EN MATERIA DE IMPOSICIÓN SOBRE LA RENTA **147**

CAPÍTULO 6.
El artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU: la tributación de las rentas procedentes de bienes inmuebles **148**

1. Funcionalidad y aspectos esenciales de la cláusula del artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU 148
2. El artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU: apartados específicos 150

CAPÍTULO 7.
El artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU: los beneficios empresariales **155**

1. La función y evolución del artículo 7 del MC OCDE y sus diferencias con el MC ONU 155
2. El artículo 7.1 del MC OCDE (2010-2017) 163
3. El artículo 7.2 del MC OCDE (2010-2017) 167

4. El artículo 7.3 del MC OCDE (2010-2017): la obligación de ajuste correlativo para los ajustes primarios de la atribución de beneficios 182
5. El artículo 7.4 del MC OCDE (2010-2017), el artículo 7.7 del MC OCDE (2008) y el artículo 7.6 del MC ONU (2021) 183

CAPÍTULO 8.
Disposiciones del MC ONU (2021) con excepciones a los artículos 5 y 7 del MC OCDE **186**

1. Introducción 186
2. El artículo 12A del MC ONU (2017-2021): los pagos por servicios técnicos 187
3. El artículo 12B del MC ONU (2021): la renta de los servicios digitales automatizados 196
4. El artículo 14 del MC ONU: la tributación de los servicios profesionales independientes o por cuenta propia 212
5. Algunos proyectos de interés en el ámbito de los servicios en el contexto del MC ONU: la simplificación de los artículos sobre imposición 215

CAPÍTULO 9.
El artículo 8 del MC OCDE y el MC ONU: navegación marítima y aérea internacional **216**

1. La función del artículo 8 del MC OCDE y el MC ONU relativo a las empresas de navegación marítima y aérea internacional 216
2. El artículo 8.1 del MC OCDE: rentas y empresas a las que se aplica 219
4. El artículo 8 del MC ONU: variaciones con respecto al artículo 8 del MC OCDE 221

CAPÍTULO 10.
El artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU: empresas asociadas **222**

1. La función del artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU 222
2. El artículo 9.1 del MC OCDE y el MC ONU: ajustes primarios en las operaciones entre empresas asociadas 226

3. El artículo 9.2 del MC OCDE y el MC ONU, y el artículo 17 de la MLI: el ajuste correlativo para las otras partes de la operación vinculada 228

CAPÍTULO 11.
El artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU: los dividendos **231**

1. La función del artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU 231
2. El artículo 10.1 del MC OCDE y el MC ONU: el gravamen de los dividendos en el Estado de residencia 234
3. El artículo 10.2 del MC OCDE y el MC ONU: el gravamen de los dividendos en el Estado de la sociedad que los distribuye (fuente) 236
4. El concepto de dividendos del artículo 10.3 del MC OCDE (2017) y el MC ONU (2021) 243
5. El artículo 10.4: La exclusión de la aplicación del artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU cuando los dividendos estén vinculados a un EP 247
6. El artículo 10.5 del MC OCDE y el MC ONU: las prohibiciones de gravamen de beneficios de las sociedades del otro Estado para el Estado de la fuente 248

CAPÍTULO 12.
El artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU: los intereses **252**

1. La función del artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU 252
2. El artículo 11.1 del MC OCDE y el MC ONU: el gravamen de los intereses en el Estado de residencia 256
3. El artículo 11.2 del MC OCDE y el MC ONU: el gravamen de los intereses en el Estado de la sociedad que los distribuye (fuente) 258
4. El concepto de intereses del artículo 11.3 del MC OCDE (2017) y el MC ONU (2021) 263
5. El artículo 11.4 del MC OCDE y el MC ONU: la exclusión de la aplicación del artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU cuando los intereses estén vinculados a un EP (OCDE) o una base fija (Naciones Unidas) 270
6. El artículo 11.5 del MC OCDE y el MC ONU: la fuente de los intereses y los intereses cubiertos por el artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU 271

7. El artículo 11.6 del MC OCDE y el MC ONU: los pagos de intereses entre personas con "relaciones especiales" 273

CAPÍTULO 13.
El artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU: los cánones o regalías **275**

1. La función del artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU, y sus importantes diferencias 275
2. La tributación de los cánones en el Estado de residencia 277
3. La tributación de los cánones en el Estado de la fuente: artículo 12.1 del MC OCDE y 12.2 del MC ONU 281
4. El concepto de cánones: artículo 12.2 del MC OCDE y 12.3 del MC ONU 285
5. El artículo 12.3 del MC OCDE y 12.4 del MC ONU: la exclusión de la aplicación del artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU cuando los cánones estén vinculados a un EP o base fija 300
6. El artículo 12.4 del MC OCDE y el artículo 12.6 del MC ONU: los pagos de cánones entre personas con relaciones especiales 301

CAPÍTULO 14.
El artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU sobre las ganancias de capital **303**

1. La función del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU 303
2. El concepto de ganancias de capital en el artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU 305
3. Las reglas de distribución de la potestad tributaria del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU: consideraciones generales 315
4. El artículo 13.1 del MC OCDE y el MC ONU: ganancias de capital derivadas de la enajenación de propiedad inmobiliaria 317
5. El artículo 13.4 del MC OCDE y el MC ONU: ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones o intereses comparables cuyo valor provenga principalmente de propiedad inmobiliaria 319
6. El artículo 13.2 del MC OCDE y el MC ONU: ganancias derivadas de la enajenación de propiedad mobiliaria que forme parte del activo de un EP (o base fija) en el otro Estado 322

7. El artículo 13.3 del MC OCDE y el MC ONU: ganancias derivadas de la enajenación de barcos o aeronaves empleados en el tráfico internacional o bienes muebles afectos a la explotación de dichos buques o aeronaves 325
8. Las reglas especiales del MC ONU 326
9. La regla residual para el resto de las ganancias de capital de los artículos 13.5 del MC OCDE y 13.8 del MC ONU 333

CAPÍTULO 15.
El artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU relativo a la tributación de la renta del trabajo por cuenta ajena **336**

1. Explicación básica de la cláusula del artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU: funcionalidad y objetivos de política fiscal 336
2. El concepto de renta derivada del trabajo dependiente comprendida en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU 339
3. El reparto de poder tributario establecido en el artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU sobre la renta derivada del ejercicio de un empleo 349

CAPÍTULO 16.
El artículo 16 del MC OCDE y el MC ONU relativo a la tributación de las remuneraciones de los miembros de las juntas directivas y los directivos de alto nivel **367**

1. Función, objetivos y alcance general del artículo 16 del MC OCDE, y diferencias entre el MC OCDE y el MC ONU 367
2. El tratamiento tributario de las retribuciones de consejeros (y altos directivos) 369

CAPÍTULO 17.
El artículo 17 del MC OCDE y el MC ONU referido a las rentas de artistas y deportistas **371**

1. La función del artículo 17 del MC OCDE y el MC ONU 371
2. El artículo 17.1 del MC OCDE y el MC ONU: las rentas obtenidas por el artista o deportista como consecuencia de una actuación en el otro Estado 374

3. El artículo 17.2 del MC OCDE y el MC ONU: los pagos por actuaciones artísticas y deportivas realizados a sociedades o entidades diferentes del artista o deportista 383

CAPÍTULO 18.
El artículo 18 del MC OCDE y el MC ONU relativo a las pensiones **387**

1. Consideraciones generales y función del artículo 18 del MC OCDE y el MC ONU 387
2. El artículo 18 del MC OCDE 390
3. El artículo 18 (A y B) del MC ONU 397
4. Las cláusulas alternativas y complementarias en los Comentarios al MC OCDE y el MC ONU 399

CAPÍTULO 19.
El artículo 19 del MC OCDE y el MC ONU relativo a los servicios gubernamentales (función pública) **401**

1. La función del artículo 19 del MC OCDE y el MC ONU 401
2. El artículo 19.1 del MC OCDE y el MC ONU: los rendimientos del trabajo derivados por funcionarios o personal contratado en el sector público de uno de los Estados contratantes 402
3. El artículo 19.2 del MC OCDE y el MC ONU: las pensiones por trabajos en el sector público 404
4. La regla del artículo 19.3 del MC OCDE y el MC ONU de excepción a los párrafos 1 y 2 406

CAPÍTULO 20.
El artículo 20 del MC OCDE y el MC ONU relativo a la tributación de estudiantes y personas en prácticas **407**

1. Funcionalidad de la cláusula del artículo 20 del MC OCDE y el MC ONU 407
2. Configuración y ámbito de aplicación del artículo 20 del MC OCDE y el MC ONU 408

CAPÍTULO 21.
El artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU relativo a otras rentas **411**

1. El artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU: función y aspectos generales 411
2. El artículo 21.1 del MC OCDE y el MC ONU 422
3. El artículo 21.2 del MC OCDE y el MC ONU 423
4. El artículo 21.3 del MC ONU 427
5. Cláusulas adicionales para relaciones especiales 429

SECCIÓN QUINTA: REGLAS DISTRIBUTIVAS EN MATERIA DE IMPOSICIÓN SOBRE EL PATRIMONIO **430**

CAPÍTULO 22.
El artículo 22 del MC OCDE y el MC ONU relativo a la imposición sobre el patrimonio **431**

1. Funcionalidad de la cláusula del artículo 22 del MC OCDE y el MC ONU: configuración básica y objetivos de política fiscal 431
2. La tributación sobre los distintos elementos del patrimonio de acuerdo con los apartados del artículo 22 del MC OCDE y el MC ONU 435

SECCIÓN SEXTA: MÉTODOS PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN **442**

CAPÍTULO 23.
El artículo 23 del MC OCDE y el MC ONU: A (método de exención) y B (método de imputación) **443**

1. Explicación breve del capítulo V del MC: objetivos de política fiscal derivados de los métodos para eliminar la doble imposición recogidos en el artículo 23A y B del MC OCDE y el MC ONU 443
2. La eliminación de la doble imposición a través de CDI que siguen el MC OCDE y el MC ONU: presupuestos e interrelación con medidas unilaterales para eliminar la doble imposición internacional 446

3. El método de exención recogido en el artículo 23A del MC OCDE y el MC ONU 450
4. El método de imputación recogido en el artículo 23A y B del MC OCDE y el MC ONU 452
5. La cláusula de progresividad recogida en el artículo 23A y B del MC OCDE y el MC ONU 454

SECCIÓN SÉPTIMA: DISPOSICIONES ESPECIALES 457

CAPÍTULO 24.
El artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU: el principio de no discriminación 458

1. Funcionalidad, estructura y ámbito de aplicación de la cláusula de no discriminación del artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU 458
2. La estructura del artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU: las cinco cláusulas que instrumentan el principio de no discriminación fiscal 461

CAPÍTULO 25.
El artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU: el procedimiento amistoso 469

1. El artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU: función y aspectos generales 469
2. El PA para casos específicos: los artículos 25.1 y 2 del MC OCDE y el MC ONU 480
3. El PA interpretativo: primera frase del artículo 25.3 del MC OCDE y el MC ONU 488
4. El PA "legislativo": segunda frase del artículo 25.3 del MC OCDE y el MC ONU 490
5. La comunicación entre las AC en el contexto del PA: el artículo 25.4 del MC OCDE y el MC ONU 492
6. El arbitraje para los casos de inexistencia de acuerdo en el PA: los artículos 25.5 del MC OCDE, 25B.5 del MC ONU, y la Parte VI de la MLI 493

CAPÍTULO 26.
El artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU: el intercambio de información tributaria **501**

1. Funcionalidad y objetivos de la cláusula de intercambio de información en materia tributaria del artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU 501
2. Examen de la estructura y distintos apartados del artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU 504
3. Modalidades de aplicación de la asistencia administrativa amparadas por el artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU 517

CAPÍTULO 27.
El artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU: la asistencia en la recaudación tributaria **519**

1. La funcionalidad de la cláusula del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU: objetivos de política fiscal 519
2. Contenido y alcance de la asistencia mutua en materia de recaudación tributaria establecida en el artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU 522

CAPÍTULO 28.
El artículo 28 del MC OCDE y el MC ONU: la tributación de los "agentes diplomáticos" **534**

1. Funcionalidad del artículo 28 del MC OCDE y el MC ONU 534
2. Ámbito de aplicación de la cláusula del artículo 28 del MC OCDE y el MC ONU 537

CAPÍTULO 29.
El artículo 29 del MC OCDE y el MC ONU: el derecho a los beneficios del convenio **540**

1. El "uso impropio de los CDI" y el "estándar internacional" definido en el MC OCDE y el MC ONU, y en la MLI 540
2. Las cláusulas LOB: artículos 29.1. al 7 del MC OCDE y el MC ONU 549
3. Las cláusulas relativas a EP en terceros Estados: artículos 29.8 del MC OCDE y el MC ONU 555

4. La cláusula general antiabuso (PPT): artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU 558

SECCIÓN OCTAVA: DISPOSICIONES FINALES 567

CAPÍTULO 30.
El artículo 31 del MC OCDE y el artículo 30 del MC ONU: la entrada en vigor de los CDI **568**

1. Funcionalidad de la cláusula del artículo 31 del MC OCDE: el ciclo de vida de un CDI y su entrada en vigor 568

CAPÍTULO 31.
El artículo 32 del MC OCDE y el artículo 31 del MC ONU: la denuncia y el cese de la eficacia de los CDI **572**

1. Funcionalidad de la cláusula de terminación o denuncia del artículo 32 del MC OCDE y el artículo 31 del MC ONU 572
2. Configuración y alcance de la cláusula de denuncia del CDI establecida en el artículo 32 del MC OCDE y en el artículo 31 del MC ONU: pérdida de efectos jurídicos y el caso de la suspensión temporal de las disposiciones del CDI 573

CAPÍTULO 32.
El artículo 30 del MC OCDE: la extensión territorial de los CDI **576**

1. Funcionalidad de la cláusula de extensión territorial del artículo 30 del MC OCDE 576
2. Contenido de la cláusula del artículo 30 del MC OCDE 578

SECCIÓN NOVENA: LOS CONVENIOS EN EL CONTEXTO ACTUAL 579

CAPÍTULO 33.
La nueva arquitectura de la fiscalidad internacional y su interacción con los CDI **580**

1. La reforma fiscal global (Plan BEPS 1.0 y 2.0) y su impacto sobre la red global de CDI 580
2. La primera fase del Plan BEPS 1.0 de la OCDE y el G20 (2015) y su impacto sobre el sistema de fiscalidad internacional y las políticas fiscales nacionales 584
3. La implementación efectiva del Plan BEPS 1.0 y la coordinación multilateral: la relevancia del MC OCDE 2017 y, en especial, de la MLI, como instrumentos multilaterales para modificar la red global de CDI y adaptarla a los estándares BEPS 1.0 587
4. La reforma fiscal global del Plan BEPS 2.0 2021-2024 (Proyecto de los dos Pilares): alcance, contenido e implicaciones 605
5. Algunas ideas finales sobre las implicaciones que pueden derivarse del Acuerdo multilateral de reforma fiscal global alcanzado en el Marco Inclusivo sobre BEPS 629

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AC	autoridades competentes
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
ALC	América Latina y el Caribe
APA	acuerdo previo de valoración de precios de transferencia
APRI	acuerdo bilateral en materia de promoción y protección recíproca de inversiones
BAPA	acuerdos bilaterales previos de valoración de precios de transferencia
BEPS (Plan)	Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE
CAN	Comunidad Andina de Naciones
Caricom	Comunidad del Caribe
CDI	convenio(s) para la eliminación de la doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital
CIV	*Collective Investment Vehicles*
CTA	*Covered Tax Agreement*
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)
DGT	Dirección General de Tributos de España
DST	Impuestos sobre Servicios Digitales
EP	establecimiento permanente
FMI	Fondo Monetario Internacional
G20	Grupo de los 20
GAAR	*General Antiabuse Avoidance Rule*
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
GloBE	normas modelo de la OCDE relacionadas con el cumplimiento de la tributación global mínima
IIC	instituciones de inversión colectiva
IIR	regla de inclusión de rentas
IRNR	Impuesto sobre la Renta de los No Residentes
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
IVA	Impuesto al valor agregado
LLC	compañía de responsabilidad limitada (*limited liability company*)

MAP	procedimiento amistoso del artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU
MC	modelo de convenio
MC OCDE	modelo de convenio elaborado por la OCDE para eliminar la doble imposición y prevenir el fraude y la evasión fiscal en su versión de 2017 (la misma abreviatura se utiliza con indicación del año cuando se refiera a otras versiones, por ejemplo, MC OCDE 1977)
MC ONU	modelo de convenio elaborado por Naciones Unidas para eliminar la doble imposición y prevenir el fraude y la evasión fiscal en su versión 2021 (la misma abreviatura se utiliza con indicación del año cuando se refiera a otras versiones, por ejemplo, MC ONU 2011)
MC EE. UU.	Modelo de Convenio en Materia de Imposición sobre la Renta de Estados Unidos
MLI	Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OMC	Organización Mundial de Comercio
PA	procedimiento amistoso (artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU)
PMC	proyecto de modelo de convenio
PMC OCDE	Proyecto de Modelo de Convenio de la OCDE de 1963
PPT	Cláusula general antiabuso (*principal purpose test*)
QDMTT	impuesto mínimo doméstico cualificado
REIT	fondos de inversión inmobiliarios (*Real Estate Investment Trusts*)
SAAR	*Special Antiabuse Arrangements Rule*
TFI	régimen de transparencia fiscal internacional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UTPR	regla de tributación de beneficios infragravados

ACERCA DE LOS AUTORES

Adolfo Martín Jiménez es catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Cádiz, España, y vicepresidente del Comité Científico de la International Fiscal Association. Antiguamente se ha desempeñado como presidente de la European Association of Tax Law Professors (EATLP) y ha sido experto del European Union Joint Transfer Pricing Forum (2015-2019).

José Manuel Calderón Carrero es catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de A Coruña, España, y ha sido miembro del Comité Académico de la EATLP y experto designado por España a los efectos del mecanismo europeo de resolución de litigios fiscales.

Ubaldo González de Frutos es doctor en Derecho, inspector de Hacienda del Estado y especialista fiscal líder del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), así como profesor de Derecho Financiero de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA).

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

La bibliografía en materia de fiscalidad internacional es bastante abundante; por eso, aquí solo se presentan algunas obras generales que pueden resultar útiles para explorar los distintos artículos del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) y del modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) más allá de las indicaciones que presenta este Manual.

Arnold, B. (ed.). 2018. Tax Treaties After the BEPS Project. Toronto: Canadian Tax Foundation.

Carmona, N., J. Calderón, A. Martín Jiménez y M. Trapé. 2021. Convenios de doble imposición. Valencia: Kluwer-La Ley-CISS.

ECOSOC (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas). 2022. *Taxation of cross-border teleworkers and their employers,* ECO/585, 18 de enero.

IBFD (International Bureau of Fiscal Documentation) (ed.). s/f. Global Tax Treaty Commentaries. [Versión electrónica.] Amsterdam: IBFD. (Esta obra contiene actualizaciones permanentes y comentarios artículo por artículo o sobre cuestiones generales; por ejemplo, A. Martín Jiménez "Beneficial Ownership", J. Avery Jones y J. Hatting, "Tax Treaty Interpretation", etc.).

Naciones Unidas. 2013. *UN Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries.* Nueva York: Naciones Unidas.

------. 2017. *UN Handbook on Protecting the Tax Base of Developing Countries.* Nueva York: Naciones Unidas.

------. 2019. *UN Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties Between Developed and Developing Countries.* Nueva York: Naciones Unidas.

OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). 2004. *Cross-Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock-Options Plans.* París: OCDE.

------. 2010. *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments.* París: Comité de Asuntos Fiscales, OCDE.

------. 2019. *Manual para la negociación de convenios fiscales entre países desarrollados y países en desarrollo.* París: OCDE.

Reimer, E. y A. Rust. 2022. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions.* Quinta edición. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.

Ruiz García, J. y J. Calderón (eds.). 2004. Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España. A Coruña: Fundación Barrié.

Schwarz, J. 2021. *Schwarz on Tax Treaties.* Sexta edición. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.

A esta lista cabría añadir los distintos volúmenes de la colección de G. Maisto (ed.), EC and International Tax Law Series, publicada por el IBFD, con libros monográficos sobre muchos de los artículos del MC OCDE y el MC ONU (por ejemplo, *Dispute Resolution under Tax Treaties and Beyond,* publicado en 2023).

Introducción al Manual de convenios para la eliminación de la doble imposición

La finalidad de este Manual es múltiple. En primer lugar, apunta a que las administraciones tributarias y los ministerios de Hacienda o Finanzas de los países de América Latina y el Caribe (ALC) cuenten con un material de referencia para, allí donde lo necesiten, negociar convenios para la eliminación de la doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI), y formular sus propios modelos de convenio (MC) y sus políticas de negociación, a partir de la comprensión adecuada del significado de los distintos preceptos de los modelos más empleados en la práctica internacional: el modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE)[1] y el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU).[2] En este sentido, el Manual busca que el MC OCDE y el MC ONU sean más accesibles a las administraciones tributarias para que, si así lo desean, puedan definir sus políticas de negociación de CDI con la ayuda de estas páginas.

La situación en ALC es muy heterogénea. Existen administraciones, o personal dentro de ellas, que cuentan con importantes conocimientos de fiscalidad internacional, y también hay otras administraciones que pueden estar interesadas en brindar a sus miembros o empleados capacitación en estos aspectos, cada vez más complejos y relevantes, del sistema tributario internacional. Al mismo tiempo, algunas administraciones carecen de medios para acceder a publicaciones especializadas en este campo, ya sea por motivos lingüísticos (muchas de las publicaciones están solo en inglés) o presupuestarios, así como para organizar cursos de formación o perfeccionamiento sobre estas materias para el conjunto del personal a su servicio. A tal respecto, la función primaria, aunque no la única, de este Manual, es contribuir al entendimiento de la dimensión técnica y de política fiscal que resulta del desarrollo y la aplicación de la red mundial de CDI. Dado el enorme dinamismo

1 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *OECD Model Tax Convention on Income and Capital,* París: OCDE; 2017. En adelante, se cita como MC OCDE. Cuando en este Manual se mencionen versiones anteriores, se especificará el año; si no se lo indica, debe entenderse que se hace referencia a la versión de 2017.

2 Naciones Unidas, *UN Model Double Tax Convention Between Developed and Developing Countries*, Nueva York: Naciones Unidas; 2021. En adelante, se cita como MC ONU. Cuando en este Manual se mencionen versiones anteriores, se especificará el año; si ello no es así, debe entenderse que se hace referencia a la versión de 2021.

y la gran complejidad de la materia, el Manual también podría ser aprovechado por las administraciones más avanzadas como instrumento de referencia básica o de formación en relación con sus CDI, su interpretación y aplicación. Podría igualmente utilizarse como punto de partida para realizar una "autoevaluación", por un lado, del grado de convergencia que media entre la red nacional de CDI (los propios modelos de convenios nacionales) y la legislación local relacionada, y, por otro, de los estándares fiscales internacionales y las grandes tendencias de fiscalidad internacional y de política tributaria que se están desarrollando a partir de los proyectos del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE (Plan BEPS) 1.0 y 2.0.

En segundo lugar, el Manual busca también que los operadores jurídicos de ALC (administraciones tributarias, abogados, contadores, empresas más grandes –en especial, multinacionales– o más pequeñas, pero con actividad internacional) cuenten con un "material de primera referencia" que puedan utilizar en la interpretación y la aplicación de los CDI que firmen los distintos países a los que pertenecen. La internacionalización económica y la expansión del comercio exterior que también ha tenido lugar en la región hace que no solo los Estados sino también las empresas y los operadores jurídicos deban contar con instrumentos como este Manual para acceder de manera comprensible a las normas en materia de fiscalidad internacional y, en particular, a los CDI.

Obviamente, se trata de un texto orientado a quienes tengan necesidades de primer nivel en este campo, sin pretensión de suplir otros materiales más completos o la bibliografía más exhaustiva sobre cada una de las materias objeto de tratamiento en estas páginas. De todos modos, como el lector comprobará, se trata de una herramienta ambiciosa, que puede erigirse en un buen punto de referencia para la comprensión y aplicación de los CDI en la región, así como para la formulación de políticas tributarias básicas en esta materia.

Si bien existen otras obras similares provenientes de instituciones internacionales y que pueden considerarse como complementarias de la presente,[3] la singularidad de este Manual reside en que, por un lado, ha sido escrito en castellano y, por otro, se orienta a desarrollar los materiales de una forma más accesible y conectada con los ordenamientos jurídicos de los países de ALC.

3 Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, Nueva York: Naciones Unidas; 2019 (la versión de 2021 no está disponible al público aún).

SECCIÓN PRIMERA:

INTRODUCCIÓN

Capítulo 1.
Introducción a los convenios para la eliminación de la doble imposición

1. CONCEPTOS BÁSICOS E INTRODUCCIÓN A LA FUNCIÓN GENERAL DE LOS CDI

1.1. El concepto de residencia a efectos de la imposición sobre la renta y el capital

Cada Estado tiene normas tributarias y fiscales diferentes, que responden a su propia tradición jurídica y a su evolución particular. Sin embargo, prácticamente en todos los Estados del mundo hay puntos en común. En primer lugar, normalmente todos los Estados exigen impuestos sobre la renta o el capital a todas las personas residentes en su territorio, y es habitual que tal exacción de impuestos esté vinculada a la renta o al patrimonio mundial de esas personas. Es lo que se conoce como principio de imposición por la renta o patrimonio mundial. Aunque algunos Estados solo gravan la renta obtenida en su territorio o el capital que los residentes poseen en él, e históricamente esta ha sido la tendencia en la región de América Latina y el Caribe (ALC), ahora la preferencia en los distintos Estados es someter a los residentes a tributación en su Estado de residencia por su renta o su patrimonio mundial o, al menos, tomar en consideración, cada vez más, las rentas o patrimonios mundiales en todo o en parte. De hecho, el modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) y el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) asumen que el Estado de residencia del contribuyente aplica el principio de tributación de la renta o el patrimonio mundial para los contribuyentes residentes en su territorio (vid. el artículo 4.1, segunda frase de ambos MC).

En consecuencia, a efectos de la normativa tributaria, es fundamental definir el concepto de residencia del contribuyente, ya que, de tal "punto de conexión" dependerá que un Estado pueda ejercer su poder tributario sobre una persona en concreto para gravar su renta o patrimonio. Sin embargo, el concepto de residencia no es uniforme en todos los países, y cada uno de ellos lo define en su legislación interna en atención a los criterios que considere más relevantes para vincular a

una persona con el gravamen de su renta o patrimonio. En el caso de las personas físicas, dichos criterios suelen abarcar la permanencia en el territorio estatal por un determinado número de días ("presencia física"); la existencia de una vivienda perteneciente a la persona en el territorio de un Estado, o bien, la presencia de lazos personales (parejas, hijos etc.) o económicos (trabajo, centro de intereses económicos) en un Estado. Asimismo, los distintos Estados pueden utilizar una combinación de estos criterios. En algún Estado (por ejemplo, Estados Unidos), por excepción, se emplea como pauta de sujeción a tributación de las personas físicas la nacionalidad, de manera que incluso quienes no residan en su territorio, pero sean nacionales de ese Estado, deben pagar sus impuestos en el país, tomando en consideración su renta mundial. Sin embargo, la utilización de la ciudadanía como punto de conexión en la imposición personal no es habitual en la escena internacional y genera una serie de problemas que normalmente se regulan en los artículos 1, 4 y 23 de los convenios de doble imposición (CDI) como ocurre en los CDI firmados habitualmente con Estados Unidos.

En el supuesto de las personas jurídicas, los criterios que suelen emplearse para definir su residencia son la constitución o formación de la entidad de acuerdo con la legislación del país; la presencia en el país de la oficina central, la sede administrativa o la dirección efectiva de la entidad, o una combinación de todos estos criterios (constitución, sede y actividad).

Ya que cada Estado puede definir la residencia de una persona física o jurídica de manera dispar y diversa, puede ocurrir que una persona cumpla con los criterios de residencia en más de un Estado de forma simultánea y tenga que tributar por su renta o patrimonio mundial en Estados distintos. Esta situación se denomina "doble residencia". También es posible, desde el punto de vista teórico, que se presente una situación de residencia en tres o más Estados, aunque esto será mucho menos frecuente en la práctica que la situación de doble residencia, la cual resulta relativamente habitual, especialmente en sectores y circunstancias que implican una alta movilidad transfronteriza de trabajadores o profesionales o cuando existen entidades constituidas en un país, pero que son gestionadas o tienen actividad sustantiva en otro. Los CDI no regulan ni afectan a la definición de residencia de la normativa interna de los Estados contratantes, pero sí incluyen normas para evitar la doble residencia (artículos 4.2 y 4.3 del MC OCDE y el MC ONU).

Asimismo, cabe subrayar que la definición de contribuyente varía de un Estado a otro; por eso, mientras unos Estados reconocen que determinado tipo de entidades o de acuerdos pueden tener personalidad jurídico-tributaria y ser sujetos pasivos de los impuestos sobre la renta, otros no lo hacen (así ocurre, por ejemplo, con las sociedades de personas, los trust, ciertas fundaciones o tipos de entidades o acuerdos, etc.). Cuando un Estado reconoce la personalidad jurídico-tributaria de una entidad o un acuerdo, también establecerá sus criterios de residencia. Sin

embargo, otros Estados pueden no reconocer la entidad o el acuerdo como contribuyente o sujeto pasivo y atribuir las rentas a personas residentes en su territorio, lo cual puede ocasionar otro tipo de doble imposición que se considerará en los apartados siguientes, pero también puede solucionarse en el contexto del CDI.

1.2. El concepto de fuente a los efectos de los impuestos sobre la renta y sobre el capital (patrimonio)

Los distintos Estados no solo gravan las rentas o el capital de aquellos a los que consideran residentes, también es habitual que tiendan a aplicar sus impuestos sobre la renta y el patrimonio en el caso de quienes, sin ser residentes, obtengan rentas o sean titulares de bienes patrimoniales con algún nexo o vínculo con su territorio. Esto quiere decir que los Estados gravan las rentas y el patrimonio con fuente en su territorio (por ejemplo, un inmueble de una persona no residente, ubicado en el territorio de otro Estado, que se alquila a residentes en él o a residentes de terceros Estados que pasan allí ciertos días o temporadas).

Al igual que ocurre con la residencia, las reglas de determinación de la fuente de una renta o de un patrimonio no son universales, y pueden diferir de un Estado a otro. Algunos Estados regulan en una normativa interna específica cuándo una renta se estima obtenida en su territorio o un bien o un derecho se supone presente en él. Otros Estados no cuentan con tal regulación y actúan sobre la base de principios generales en esta materia. La existencia de una pluralidad de legislaciones relacionadas con la fuente de una renta o la localización de un bien o un derecho hace que también en este caso los Estados puedan definirlas de manera dispar; esto llevará a que pueda considerarse que una misma renta o un mismo patrimonio tienen su fuente en diversos Estados. Por ejemplo, así ocurrirá si un Estado emplea, como criterio relevante para sujetar a imposición sobre la renta, el uso de un equipo en su territorio, mientras que, para otro, lo relevante es que el pago por el uso del bien tenga su origen en su territorio, con independencia de dónde se emplee o utilice el bien. En este ejemplo, hay dos Estados (aquel donde se usa el bien y aquel donde reside quien realiza el pago) que pueden gravar la misma renta.

Con carácter general, las reglas de los CDI, artículos 6 a 22, tendrán un impacto relevante para determinar qué rentas o patrimonio de un no residente puede gravar el Estado de la fuente de la renta o de la ubicación de los bienes. Sin embargo, debido a su naturaleza bilateral, los CDI no afectan a la legislación de Estados que no sean parte del CDI, por lo que puede perfectamente ocurrir que, incluso en presencia de un CDI entre los Estados A y B, exista un tercer Estado C cuya legislación someta a gravamen una renta o un patrimonio de un residente del Estado A que el CDI también permite gravar al Estado B. Este tipo de doble imposición (entre dos Estados de la fuente) no se elimina por el CDI entre los Estados A y B, sino

que exigirá que estos dos Estados negocien CDI con el Estado C para evitar tales problemas. A estas situaciones se las conoce con el nombre de casos triangulares, y solo se regulan de forma parcial en los CDI bilaterales (por ejemplo, entre otros, el artículo 21 del MC OCDE se aplica a las rentas procedentes de terceros países, pero ni esta ni ninguna otra disposición del CDI supone ninguna limitación para la jurisdicción de tales terceros países).

1.3. La doble imposición y su tipología

1.3.1. La doble imposición jurídica y la doble imposición económica: consideraciones generales

Como puede fácilmente intuirse a partir de los dos párrafos anteriores, la autonomía de las legislaciones tributarias de los distintos países determina que una misma renta y un mismo patrimonio puedan someterse a tributación en dos o más Estados distintos al mismo tiempo para la misma persona, física o jurídica. Este fenómeno se conoce como "doble imposición jurídica". También puede ocurrir que una misma renta o un mismo capital o patrimonio sean objeto de gravamen en manos de dos o más personas distintas, lo cual se denomina "doble imposición económica".

Las legislaciones internas de los distintos países tratan de eliminar la doble imposición jurídica o económica de diferentes maneras; por ejemplo, mediante el reconocimiento de exenciones para la renta procedente o el patrimonio ubicado en otros Estados (sistema de exención); permitiendo en el Estado de residencia, con ciertos límites, la deducción en la cuota del impuesto pagado en el Estado de la fuente (sistema de imputación o crédito indirecto), o bien a través de la posibilidad de realizar ajustes bilaterales en materia de precios de transferencia o de eliminar la doble imposición vinculada a ajustes unilaterales. Sin embargo, la legislación interna no suele ser suficiente y es precisamente en este caso, en lo que respecta a la eliminación de la doble imposición en sus variadas formas, que los CDI desempeñan un papel fundamental. Las siguientes secciones explican cuál es ese papel en relación con las variadas modalidades de doble imposición. Para ilustrar con ejemplos específicos, se emplearán las disposiciones del MC OCDE y el MC ONU.

1.3.2. Las situaciones de doble residencia y la doble imposición jurídica

Como se indicó en los párrafos precedentes, la existencia de regulaciones diversas en materia de residencia fiscal puede determinar que un mismo contribuyente sea considerado como residente y, en consecuencia, tribute por su renta o patrimonio (normalmente mundial) en más de un Estado. Los CDI resuelven este tipo de situaciones mediante las llamadas "cláusulas de desempate", que atribuyen la resi-

dencia a uno solo de los Estados contratantes (artículos 4.2 y 4.3 del MC OCDE y el MC ONU), de manera que únicamente uno de ellos lo considerará residente, y el otro Estado podrá gravar, con arreglo al criterio de la fuente, la renta generada en su territorio que el CDI le permita someter a tributación, en cuyo caso el Estado de residencia debe eliminar la doble imposición que se produzca. Al mismo tiempo, el artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU determina que el Estado "perdedor" no pueda gravar la renta del contribuyente procedente de terceros Estados por el efecto de los artículos 4.2 y 4.3. Se soluciona con ello el "conflicto de residencia" a efectos del CDI, y se elimina la doble imposición que se pudiera producir a partir de las normativas internas en materia de determinación de la residencia.

No obstante, no es infrecuente que los diferentes Estados discrepen en la forma de aplicación de los artículos 4.2 y 4.3 del MC OCDE y el MC ONU; así, en estas ocasiones debe utilizarse el procedimiento amistoso y, en su caso, el arbitraje, del artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU para determinar cuál es el Estado "ganador" de la residencia y cuál el "perdedor", que considerará al contribuyente como no residente. Este tema se examinará con más detenimiento en el capítulo relativo al artículo 4 del MC OCDE y el MC ONU.

1.3.3. El gravamen de la misma renta y misma persona en dos Estados cuando uno considera al contribuyente residente y otro no residente: la doble imposición fuente-residencia

Cuando un Estado grava al no residente por la renta o el patrimonio con fuente o ubicado en su territorio y el Estado de residencia aplica sus impuestos sobre la renta o el patrimonio con un sistema de renta o patrimonio mundial, la misma renta o el mismo patrimonio estarán sujetos a gravamen, para la misma persona, en dos Estados distintos; en uno por obligación real y en otro por obligación personal (técnicamente, también puede ocurrir que una misma renta o un mismo patrimonio se graven de modo simultáneo en dos Estados que aplican criterios territoriales a sus residentes, si sus reglas de fuente son distintas). Los CDI contribuyen a eliminar los problemas de esta índole, como lo indican sus disposiciones distributivas de la jurisdicción tributaria (artículos 6 a 22 del MC OCDE y el MC ONU), de las siguientes formas:

- **Atribuyendo la jurisdicción sobre la renta o el patrimonio a uno solo de los dos Estados contratantes:** Tal Estado puede ser el Estado de la fuente o el Estado de residencia del contribuyente. En el caso del MC OCDE, la regla general será la tendencia a atribuir la jurisdicción al Estado de residencia del contribuyente (por ejemplo, artículo 8 sobre empresas de navegación aérea y

marítima internacional, artículo 12 sobre cánones [*royalties*] o regalías,[4] artículo 18 sobre pensiones y artículo 21 sobre otras rentas), y solo de manera residual se atribuirá al Estado de la fuente la jurisdicción tributaria con carácter exclusivo (artículo 19, funciones públicas). En el caso del MC ONU, existe una mayor tendencia hacia la tributación compartida fuente-residencia, como lo reflejan muchos de sus artículos (entre ellos, el artículo 12 sobre cánones o regalías o el artículo 21 sobre otras rentas).

» **Permitiendo que ambos Estados graven la renta, pero obligando en este caso al Estado de residencia a eliminar la doble imposición (artículo 23A y B del MC OCDE y el MC ONU):** En un buen número de artículos del MC OCDE, y en una cantidad aún mayor de artículos del MC ONU, la jurisdicción o la posibilidad de gravar una renta o patrimonio se atribuye a ambos Estados contratantes. Para ello, existen dos técnicas distintas. Por un lado, el impuesto que se exige en el Estado de la fuente se puede limitar a un importe máximo (como se determina, por ejemplo, en el artículo 10 sobre dividendos y el 11 sobre intereses del MC OCDE y el MC ONU). Por otro, el CDI puede permitir que el Estado de la fuente grave una renta o un patrimonio sin limitación alguna (esto se refleja, por ejemplo, en el artículo 6 sobre rentas inmobiliarias y en el 22.1 sobre patrimonio inmobiliario del MC OCDE y el MC ONU). En cualquiera de los dos casos, el Estado de residencia se encontrará también habilitado para gravar la renta o el patrimonio, si bien deberá eliminar la doble imposición mediante las técnicas reguladas en el artículo 23A y B del MC OCDE y el MC ONU.

Cabe señalar que los CDI pivotan sobre una concepción bilateral de la fiscalidad internacional, en tanto que poco a poco se abre paso un enfoque más multilateral en cuanto al desarrollo de los estándares fiscales internacionales, lo cual responde tanto a las propias cadenas de valor globales de las empresas multinacionales, como al multilateralismo fiscal y administrativo. Por eso, en muchos casos los CDI se complementan con tratados multilaterales y operan sobre un "marco regulatorio" (*hard law* y *soft law* internacionales) que evoluciona hacia soluciones cada vez menos bilaterales.

4 En España suele utilizarse el término "cánones", mientras que en América Latina y el Caribe (ALC) es más común el empleo de la palabra "regalías". En este Manual se usan ambas expresiones indistintamente, como sinónimos, al igual que hacen, entre otros, por ejemplo, los convenios firmados entre España y Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, Panamá, República Dominicana o Uruguay.

1.3.4. La doble imposición jurídica vinculada a situaciones en las cuales la fuente de una renta o de un patrimonio se sitúa en varios Estados (conflictos fuente-fuente)

Como ya se indicó, las situaciones de doble o múltiple fuente de una renta generarán también doble imposición jurídica. Los CDI resuelven estos conflictos de una manera bilateral, ya que muchas de sus disposiciones, sobre todo las que admiten que el Estado de la fuente grave una determinada renta, delimitan también la fuente de dicha renta y cuándo el Estado de la fuente puede gravarla (por ejemplo, así ocurre en el artículo 10 sobre dividendos y el artículo 11 sobre intereses del MC OCDE y el MC ONU, en cuyo caso la fuente se sitúa respectivamente en el Estado de la sociedad que paga los dividendos o en el Estado del pagador de los intereses). Tales disposiciones tienen también un carácter habilitante para el Estado de la fuente, ya que le impiden exigir un gravamen o impuesto sobre la renta o el patrimonio que no tenga, según las reglas de los artículos 6 a 22 del MC OCDE y el MC ONU, su fuente en su territorio (por ejemplo, el artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU, entre otros, determina que sea el Estado de residencia quien tenga jurisdicción en estos casos). Sin embargo, es obvio que el CDI entre dos Estados contratantes no afectará a la jurisdicción de otros Estados, y puede perfectamente ocurrir que una situación regulada en un CDI entre dos Estados contratantes no elimine la posibilidad de que un tercer Estado considere que una renta tenga su fuente también en su territorio. Por ejemplo, si el beneficiario de los intereses de un préstamo y el pagador o deudor de dichos intereses son residentes en sendos Estados parte de un CDI, el artículo 11.5 del MC OCDE y el MC ONU habilita al Estado del pagador a someter a gravamen tales intereses, pero si el préstamo está afecto a un establecimiento permanente (EP) situado en un tercer Estado, este último también podría gravar los intereses; en este caso, se produciría una situación de doble fuente, en la cual tanto el Estado de residencia del pagador como el Estado donde está ubicado el EP pueden gravar los mismos intereses. Este escenario, que puede tener lugar también en relación con otro tipo de rentas (por ejemplo, las determinadas en el artículo 12 del MC ONU sobre cánones o regalías), no se resuelve por el CDI entre el Estado de residencia de la persona que obtiene la renta y el propio del pagador de los intereses; la solución depende de si el CDI entre ambos Estados contiene una cláusula que excluya la posibilidad de que el Estado del pagador grave las rentas cuando estén vinculadas a un EP situado en un tercer Estado. El efecto de esta cláusula será que la renta vinculada al EP del tercer Estado se considerará renta del artículo 7 o 21 del MC OCDE y el MC ONU, de manera que el Estado del pagador no podrá gravarla, ya que su fuente no está en su territorio, sino en un tercer Estado (también los CDI con terceros Estados pueden

contribuir a eliminar la doble imposición en estas situaciones entre el Estado de residencia o del pagador y el tercer Estado; también puede recurrirse al procedimiento amistoso en estos casos).

1.3.5. Las situaciones de doble imposición económica

Los CDI también contribuyen a eliminar la doble imposición económica que tiene lugar cuando una misma renta se somete a gravamen en manos de varias personas distintas. La eliminación de la doble imposición económica por parte de los CDI se vincula, sobre todo, a los siguientes preceptos:

- **El principio de imposición a precios de mercado:** Si dos Estados valoran de forma distinta o aplican una metodología diferente para distribuir los beneficios en las operaciones entre partes vinculadas, el efecto que se puede producir es que los mismos beneficios se atribuyan a entidades vinculadas del mismo grupo societario y que ambos Estados, con su impuesto sobre sociedades, graven la misma renta, aunque la atribuyan a dos personas distintas (por ejemplo, si para un Estado el costo de una mercancía comprada a una sociedad del otro Estado es 50, pero, para el otro, tal costo y, en consecuencia, el ingreso para la parte vinculada es 80, se produce una situación en la que un total de 30 está sometido a gravamen en ambos Estados en manos de las entidades compradora y vendedora). El artículo 9 del MC OCDE y del MC ONU es una disposición fundamental para evitar este efecto, ya que busca garantizar que las operaciones entre entidades vinculadas se valoren de forma idéntica o que uno de los Estados se adapte a la valoración que realiza el otro, de manera que los mismos beneficios no se sometan a gravamen de forma simultánea en sede de dos o más entidades vinculadas (el artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU cumple una función similar en relación con las rentas atribuidas a los EP, aunque, en este caso, se elimina la doble imposición jurídica que afecta a una misma persona, la propietaria del EP, debido a que este último carece de personalidad jurídica).

- **La regulación de entidades y acuerdos transparentes:** Otra forma de doble imposición económica es la que tiene lugar cuando dos Estados aplican un tratamiento diferente a determinadas entidades (por ejemplo, las sociedades personalistas) o a determinados acuerdos (por ejemplo, los trust), de forma que uno de ellos los reconoce como sujetos susceptibles de tener personalidad tributaria, lo que determinaría su sujeción a imposición sobre la renta al margen de lo que ocurra con sus miembros o partícipes, mientras que el otro considera que tales acuerdos o entidades son transparentes y atribuye la renta obtenida por los mismos a sus socios. El artículo 1.2 del MC OCDE y el MC ONU trata de

solucionar estos problemas; del mismo modo, según las definiciones específicas del artículo 3.1, puede entenderse que ciertas entidades son personas a las que se aplique el CDI.

- **El procedimiento amistoso:** Los casos en los que surgen problemas de doble imposición económica pueden tratarse a través del procedimiento amistoso del CDI, artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU, también incluso en supuestos no previstos en el CDI (por ejemplo, cuando el problema se refiere a EP en los Estados contratantes de residentes de terceros Estados).

- **La eliminación de la doble imposición económica en el artículo 23A y B:** Si bien el artículo 23A y B del MC OCDE y el MC ONU se refiere a la eliminación de la doble imposición jurídica, muchos Estados eliminan también la doble imposición económica, la cual afecta, sobre todo, a los dividendos que una sociedad del otro Estado distribuye a los socios residentes en su territorio. Con frecuencia, la legislación interna regula este tipo de eliminación de la doble imposición económica, ya sea para personas jurídicas o para personas físicas. Sin embargo, no es tampoco extraño que los Estados que negocian un CDI incluyan disposiciones en este sentido en el equivalente al artículo 23A y B del MC OCDE y el MC ONU, especialmente para eliminar la doble imposición económica que afecta a los dividendos (por ejemplo, España suele incluir este tipo de disposiciones en sus CDI, un mecanismo con el que, en lo que atañe a sociedades, normalmente regula créditos indirectos o exenciones de impuestos para los dividendos que funcionan de forma autónoma con respecto a la regulación de esta situación en la legislación interna).

- **Las pérdidas transfronterizas y los CDI:** Tal y como se explica en este Manual, los CDI con carácter general no contienen normas específicas en relación con la integración ni la eventual compensación de "pérdidas extranjeras", de suerte que la ordenación de esta materia le corresponde a la legislación local, para lo cual es importante coordinar la misma con los objetivos que se busca alcanzar mediante los CDI y su reglamentación. A estos efectos, existen diversas alternativas, con diferentes implicaciones recaudatorias y de política fiscal.

2. LA FUNCIÓN ESPECÍFICA DE LOS CDI

2.1. La distribución de la jurisdicción tributaria y la eliminación de la doble imposición (consideraciones sobre la doble no imposición)

A pesar de que suele considerarse que la función principal de los CDI consiste en eliminar la doble imposición que puede surgir del solapamiento de las normas tributarias de ambos Estados contratantes, lo cierto es que el efecto de un CDI es, más bien, distribuir la jurisdicción tributaria entre ambos Estados, de manera que, al limitar o modular la aplicación de la normativa interna de los Estados, la eliminación de la doble imposición será el efecto colateral de tal distribución de jurisdicción. Tal enfoque no garantiza siempre que una misma renta o un mismo patrimonio vayan a ser objeto de gravamen en uno de los dos Estados al menos una vez, o que estén sujetos a un cierto nivel mínimo de imposición, ya que la única función del CDI es la atribución de jurisdicción tributaria mediante la eliminación del gravamen de una renta o un patrimonio en un Estado o en otro, o bien mediante la limitación de los tipos impositivos por aplicar en relación con tal renta en uno de los Estados contratantes.

A pesar de que, tras el Plan BEPS de la OCDE (2013-2015), y en particular, de su Acción 6, hay quienes defienden que la función primordial de los CDI es eliminar la doble imposición (lo que exige, en definitiva, que finalmente la renta o el patrimonio estén sujetos a tributación en al menos un Estado), tal efecto solo se consigue si los CDI contienen una cláusula de sujeción a gravamen, de manera que los beneficios del CDI (o de la disposición en particular) solo sean aplicables si la renta o el patrimonio han quedado sujetos a gravamen en el otro Estado a un cierto nivel de imposición. Tal característica de los CDI puede verse reflejada, por ejemplo, en el párrafo 3 de los Comentarios al artículo 21.1 del MC OCDE, que indica que el precepto se aplica independientemente de que el Estado de residencia ejerza, en efecto, el derecho a gravar la renta (esto es, al margen de si se produce una doble exención en el Estado de la fuente y el Estado de residencia) y explica por qué, en el contexto del Pilar 2 promovido por la OCDE y el Marco Inclusivo, o de las futuras revisiones del MC ONU, se ha propuesto (con destacadas diferencias entre ambos MC) la adición de cláusulas de sujeción a gravamen en los CDI.

No obstante, luego de la puesta en marcha del Plan BEPS de la OCDE, se ha manifestado la voluntad de cerrar en los CDI las lagunas que reflejan descoordinaciones entre los sistemas tributarios que puedan conducir a resultados de doble no imposición. Tal es la voluntad de algunas disposiciones de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir

la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI)[5] o el MC OCDE (2017), seguido en este punto por el MC ONU. No obstante, el Plan BEPS de la OCDE solo produce el resultado de garantizar la imposición en un Estado cuando existan medidas específicas que lo provoquen (por ejemplo, las cláusulas que cambian del método de exención hacia el método de imputación presentes en el artículo 23A y B del MC OCDE y el MC ONU, en línea con el artículo 5 de la MLI; cuando la renta no hubiera sido gravada en el otro Estado), ya que las acciones del Plan BEPS y, en particular, la Acción 6, no pueden producir el efecto general, sin modificaciones específicas de los distintos preceptos del CDI, de cambiar el sentido de disposiciones de los CDI que sean claras y no contengan cláusulas de sujeción a impuestos.

En definitiva, la finalidad primordial de los CDI es, salvo que se añadan cláusulas de sujeción a impuestos, distribuir la jurisdicción tributaria entre ambos Estados contratantes. Tal distribución aspira a eliminar la doble imposición, y así evitar que una renta o un patrimonio queden sujetos a tributación en uno de los dos Estados (por ejemplo, el artículo 18 del MC OCDE atribuye jurisdicción sobre las pensiones vinculadas a trabajos anteriores solo al Estado de residencia) o regular una jurisdicción limitada para uno de ellos (por ejemplo, como ocurre con los dividendos en el artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU, que permite al Estado de residencia de la sociedad que distribuye el dividendo exigir una tributación limitada para el beneficiario efectivo del mismo). Sin embargo, tal finalidad no es necesariamente la eliminación de la doble no imposición.

2.2. La lucha contra el fraude y la elusión fiscal

Tradicionalmente se ha considerado que las disposiciones sobre el intercambio de información tributaria (artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU), a las que de forma más reciente se ha sumado el artículo sobre asistencia en la recaudación (artículo 27 del MC OCDE y del MC ONU), facilitaban la lucha contra el fraude fiscal, entendido este como el comportamiento de incumplimiento directo del contribuyente, en general, a través del engaño o la ocultación de sus obligaciones tributarias. La posibilidad para las administraciones tributarias de entablar una comunicación directa para obtener información relevante sobre determinadas personas y determinados activos resulta primordial en la actividad de lucha contra los contribuyentes que tratan de ocultar sus actividades y deudas tributarias o que, directamente, las dejan impagas. Los dos preceptos mencionados (artículos 26 y 27 del MC OCDE y el MC ONU) suponen un activo importante para que las administraciones tributarias de ambos Estados contratantes puedan recabar la ayuda de la administración del otro Estado en sus actividades

5 Para consultar las disposiciones, visítese el enlace: https://www.oecd.org/en/topics/beps-multilateral-instrument.html.

habituales de control y fiscalización de los contribuyentes, o de recaudación de las deudas tributarias, en este caso, con mecanismos de recaudación transfronteriza.

Más recientemente (en particular, a partir de los cambios a los Comentarios del artículo 1 del MC OCDE y, sobre todo, a partir del MC OCDE de 2017, la MLI o la Acción 6 del Plan BEPS) ha comenzado a admitirse que los CDI cumplen una función crucial en la posibilidad de atacar su utilización impropia, con fines de elusión o abuso. En la actualidad, tanto el MC OCDE como el MC ONU añaden un precepto específico, el artículo 29, que, con la complejidad y las opciones que se explican en los Comentarios de dicho precepto, permite a los dos Estados contratantes atacar comportamientos indebidos de *treaty-shopping* (acceso al CDI por parte de personas que no deberían tener derecho a ello) o de *rule-shopping* (acceso a determinadas reglas del CDI por quienes, *a priori*, sí tienen derecho a la aplicación del CDI, pero no de la regla específica a través de acuerdos o estructuras inapropiadas). La relevancia de los CDI en esta materia se relaciona con su capacidad de delimitar y determinar el umbral de tolerancia de los Estados frente a la planificación tributaria, mediante un estándar y una definición común que indiquen cuándo un comportamiento se considerará abusivo o inapropiado.

Por lo anterior, puede también decirse que los CDI facilitan la coordinación y la cooperación en la lucha no solo contra el fraude, sino también contra el abuso o la elusión fiscal, y lo hacen a través de definiciones comunes (por ejemplo, en la cláusula general antiabuso del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU o en los modelos de cláusulas de limitación de beneficios de los artículos 29.1 a 7 del MC OCDE y el MC ONU) o de procedimientos singulares que permitan tal cooperación (artículos 26 y 27 del MC OCDE y el MC ONU, junto con el artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU en materia de procedimiento amistoso).

2.3. La eliminación de las barreras a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, la prohibición de discriminación y la garantía de certeza y seguridad jurídica

Una de las funciones primordiales de los CDI se encuentra en sus efectos como impulsores del comercio y la inversión entre dos Estados. Si bien, a este respecto, no llegan a tener la importancia de los acuerdos de libre comercio, no cabe duda de que contribuyen a fomentar la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales entre los Estados firmantes, por ejemplo, en particular, a través de la eliminación o la reducción de barreras de entrada para la inversión, las personas y los servicios procedentes del otro Estado contratante.

A estos efectos, la exigencia de retenciones en la fuente, aplicando tipos impositivos altos, sobre las rentas que obtenga un no residente, puede convertirse en una gran barrera para la inversión transfronteriza; en ese marco, la reducción de las

retenciones en los CDI puede contribuir a que los empresarios consideren inversiones que no realizarían de otra forma. Los negociadores de CDI deben tomar en cuenta que las retenciones altas sobre rentas brutas pueden no solo desincentivar la actividad económica transfronteriza, sino también trasladarse a residentes de sus distintos Estados a través de cláusulas contractuales de renta neta (*gross-up*), con el efecto de que, finalmente, encarezcan el acceso a financiamiento, tecnología o servicios para sus propios contribuyentes residentes. En este sentido, tanto a la hora de diseñar modelos de CDI nacionales como en la negociación de CDI individuales, los Estados deben considerar y ponderar adecuadamente los efectos que las retenciones a determinadas rentas (sobre todo, dividendos, intereses, cánones o regalías y servicios técnicos) pueden tener sobre el comercio internacional. En particular, debe tenerse presente que una retención muy elevada puede no llegar a verse compensada con impuestos debidos en el otro Estado contratante, aunque los artículos 23A y 23B del MC OCDE y el MC ONU regulen la eliminación de la doble imposición en ese Estado. Al mismo tiempo, conviene no olvidar que las retenciones en la fuente son instrumentos razonablemente sencillos de gestionar para las administraciones tributarias y que resultan eficaces para limitar el abuso, por ejemplo, en las operaciones entre partes vinculadas.

Otra función relevante de los CDI es que suelen incluir una cláusula de no discriminación que garantiza que los contribuyentes nacionales de un Estado no son objeto de un tratamiento discriminatorio en el otro Estado. Sin embargo, este principio de no discriminación, regulado en el artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU, tiene un impacto y un alcance limitados, ya que, normalmente, permite el tratamiento dispar de residentes en un Estado contratante y en el otro Estado contratante, y solo proyecta sus efectos (también con ciertas restricciones) sobre los EP que un residente de un Estado contratante tenga en el otro Estado y las operaciones que las empresas de un Estado contratante hagan con otras del otro Estado, en particular, en relación con el régimen de los gastos deducibles, o las empresas de un Estado controladas por residentes del otro Estado contratante. Es decir, si bien el principio de no discriminación del artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU dispensa una protección básica a los contribuyentes del otro Estado frente a ciertos tratamientos discriminatorios o arbitrarios, su alcance es más bien limitado (por ejemplo, el artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU no considera como discriminatorio el trato disímil de un residente y un no residente a efectos de la legislación del impuesto sobre la renta con carácter general, o, lo que es lo mismo, tal principio no opera a la hora de prohibir la discriminación indirecta, con criterios diferentes de la nacionalidad, pero que producen el mismo resultado, como las distinciones por razón de residencia o las discriminaciones *de facto*, que son similares a las discriminaciones indirectas en el contexto de los acuerdos de protección recíproca de inversiones). Normalmente, una protección más elevada

frente a la discriminación en el ámbito tributario se alcanza a través de acuerdos de libre comercio o protección recíproca de inversiones.

Adicionalmente, los CDI cumplen una función esencial en la promoción de la certeza y la seguridad jurídica. Por un lado, la estructura de los CDI, si siguen los MC más conocidos, facilita que los inversionistas comprendan qué tratamiento tendrán en el Estado de destino de su inversión en relación con la renta que allí obtengan o el patrimonio que en el otro Estado posean. La aceptación de los Comentarios a los MC por parte de las administraciones también aporta una mayor garantía de predictibilidad en la aplicación del CDI. Por otro, la vigencia temporal prolongada de los CDI es un elemento que dota de un cierto confort y garantiza estabilidad al inversionista, ya que este sabe que los CDI suelen estar en vigor por un plazo prolongado, lo que le posibilita conocer el régimen jurídico al que se expone en los años siguientes a la inversión. Y, por último, aunque no menos importante, los CDI ofrecen un cauce procedimental para resolver las potenciales disputas sobre la propia interpretación y aplicación del CDI: se trata del procedimiento amistoso del artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU, el cual, si además viene acompañado de una cláusula de arbitraje que garantice la existencia de una solución en el procedimiento amistoso en todo caso, permite que el inversionista sepa que cualquier disputa en el contexto del CDI se solucionará y que la doble imposición se eliminará.

3. LA RELACIÓN DE LOS CDI CON OTRAS NORMAS: LA LEY INTERNA Y OTROS TRATADOS INTERNACIONALES

3.1. La interacción y la integración de los CDI con la ley interna de cada país

Es habitual en la mayoría de los países que la creación y la regulación de los elementos esenciales de los tributos esté reservada a los órganos en los que reside la representación popular, que usualmente son los parlamentos. Entonces, por imperativo del principio de legalidad, será una ley o norma interna la que regule la creación y la determinación de los impuestos exigibles en cada Estado.

En consecuencia, la función de los CDI será mucho más limitada que la propia de las normas internas, ya que estos solo "recortan" o restringen los efectos de estas últimas con vistas a eliminar la doble imposición de la forma descrita en los apartados precedentes. Esta función reducida de los CDI con respecto a las normas internas implica que, en la mayoría de los sistemas nacionales, rige el llamado "principio de no agravación", según el cual el CDI no puede crear obligaciones tributarias allí donde la normativa interna no las haya establecido previamente (tal principio, no obstante, no se aplica en todos los países; por ejemplo, Francia y algunos países de influencia francesa admiten que los CDI puedan crear, con efectos limitados, obligaciones tributarias). El citado principio tiene una importancia práctica notable; en efecto: si, por caso, el equivalente al artículo 11 (intereses) del MC OCDE y el MC ONU permite que el Estado de la fuente (donde está el pagador de dichos intereses) grave los intereses al tipo impositivo del 10 por 100, pero su legislación interna regula una exención para los intereses pagados a no residentes, prevalecerá la aplicación de la normativa interna. Es decir, el citado principio determinará que el CDI solo regule límites máximos de tributación en el Estado desde el que se deriva la renta, pero, dentro de tales límites, es la normativa interna la que regula la exacción del tributo y las condiciones de dicha tributación.

Por otra parte, la forma en que los CDI se integran en el sistema nacional dependerá de la posición a este respecto de cada país. Para algunos (los que siguen el sistema monista o monista con matices de incorporación de los tratados internacionales al derecho interno), la mera ratificación o la publicación del CDI en el boletín o la gaceta oficial determinará que sean ya normas aplicables en el ordenamiento tributario de ese Estado y que tanto la administración como los contribuyentes puedan emplear e invocar sus disposiciones. Sin embargo, para otros países (con sistemas dualistas, que exigen una ley interna de incorporación del tratado internacional), es necesaria la existencia de una norma nacional que incorpore el CDI al ordenamiento interno, un paso indispensable para que los contribuyentes o la

administración tributaria apliquen el citado CDI (al margen de la responsabilidad internacional que pueda suponer para los Estados una incorporación tardía del CDI a su ordenamiento). En definitiva, cómo el CDI, que es un tratado internacional, pasa a formar parte del ordenamiento interno está directamente vinculado con el sistema de recepción de tratados internacionales que tenga regulado el Estado en cuestión en su Constitución o norma fundamental. En la mayoría de los Estados, al margen del sistema de incorporación del CDI al ámbito interno, se permite a los contribuyentes invocar las disposiciones del CDI para hacer valer la eficacia de estas en el ordenamiento tributario nacional (por ejemplo, en el contexto de una inspección o auditoría fiscal, o frente a la exigencia de impuestos por encima del nivel marcado en el CDI).

Una vez introducido el CDI en el ordenamiento interno, su posición en este dependerá también de la tradición constitucional de cada Estado. Para algunos, la posición de los tratados internacionales y, en consecuencia, de los CDI, no puede ser alterada ni modificada por una norma interna ordinaria (en los sistemas monistas, esto ocurre por imperativo del principio de jerarquía o de competencia, ya que para su aprobación se siguen procedimientos distintos de los utilizados para las leyes internas; en los sistemas dualistas, los tratados suelen ser "leyes especiales", que no se ven afectadas por las más generales posteriores). Para otros Estados (por ejemplo, Alemania, Estados Unidos), la normativa nacional puede modificar o derogar un tratado internacional anterior y, en consecuencia, una ley tributaria puede modificar un CDI, aunque no será normal que lo haga a menos que los legisladores prevean expresamente este efecto de "derogación" del tratado (todo ello, al margen de la responsabilidad que el Estado pueda tener desde la perspectiva del derecho internacional público). Cualquiera que sea el sistema, lo normal es que un CDI, que es un tratado internacional, permanezca en vigor y sea aplicable sin que la normativa interna lo pueda modificar o alterar o hasta que existan renegociaciones del CDI entre ambas partes contratantes o nuevos tratados que regulen la misma materia y sustituyan a los anteriores. Tal posición de los CDI en el ordenamiento interno significará que la aplicación del tratado internacional desplace la propia aplicación de la normativa interna, de manera que los contribuyentes puedan invocar las disposiciones del CDI que sean más favorables frente a una regulación en la legislación interna más onerosa (por ejemplo, si para los intereses el CDI regula un límite de tributación, como máximo, del 10 por 100 del importe pagado en el equivalente al artículo 11 del MC OCDE, pero la ley interna establece una retención del 20 por 100, prevalecerá el límite del CDI para contribuyentes con derecho a su aplicación).

No obstante, la relación de las leyes internas con los CDI a lo largo del tiempo será compleja, ya que habrá que aplicar las dos normas de manera simultánea, lo cual no siempre es sencillo. En primer lugar, habrá que determinar qué tributos en el sistema de un Estado se encuentran afectados por el CDI. Si bien tal cuestión se

regula en el artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU, en algunos Estados (por ejemplo, Estados Unidos), los CDI no pueden afectar a impuestos exigidos por dependencias públicas distintas del Estado central (esta ha sido la posición tradicional de Estados Unidos). A lo largo de los años, pueden surgir nuevos tributos y habrá que determinar si están afectados o no por los CDI y de qué manera (en particular, esta es la polémica que plantean muchos de los impuestos sobre servicios digitales en la actualidad).

En segundo lugar, el CDI no contiene una regulación exhaustiva de las cuestiones tributarias, sino solo un conjunto de normas limitadoras de las internas que habrá que encajar con ellas y aplicar de manera sistemática y coherente. A la hora de decidir el significado de ciertos términos que emplea el CDI (por ejemplo, propiedad inmobiliaria en el artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU, dividendos en el artículo 10 de ambos MC), habrá que acudir a la legislación interna de los Estados contratantes para dotar de significado los términos cuando el CDI se remita directamente a aquella. En otras ocasiones, los CDI utilizan sus propias definiciones (por ejemplo, regalías en el artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU), que habrá que aplicar de manera autónoma con respecto a la ley interna, aunque también esas definiciones contendrán términos que será necesario interpretar y definir. Para los casos de términos no definidos por el CDI y frente a la ausencia de remisiones directas a la normativa interna de los Estados contratantes, el artículo 3.2 del MC OCDE y el MC ONU contiene una regla específica que reenvía a la legislación interna, salvo que del contexto se derive una interpretación diferente.

En consecuencia, se plantean dificultades de interpretación y aplicación de los CDI que no son sencillas de solucionar y que podrían generar los llamados "conflictos de interpretación" (cuando la misma palabra o expresión del CDI o los mismos hechos se interpretan de manera diferente y dan lugar a aplicaciones de distintas disposiciones en los Estados) o "de calificación" (situaciones en las cuales los dos Estados aplican disposiciones disimiles del CDI derivadas del hecho de que sus legislaciones difieren; por ejemplo, cuando uno de ellos trata a una sociedad de personas o un acuerdo como transparente y el otro, no). Tales conflictos pueden solucionarse en el contexto del artículo 23 (es el caso de los conflictos de calificación, en los que un Estado acepta el resultado de la aplicación del CDI por el otro y elimina la doble imposición) o en consonancia con el procedimiento amistoso del artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU (ya sea para casos específicos, de carácter legislativo o interpretativo). Por otra parte, la interpretación de los CDI debe realizarse con técnicas especiales y, en ocasiones, tomando en cuenta singularidades relevantes con respecto a la ley interna (vid. el epígrafe 8 de este capítulo).

Además, puede ocurrir que, si se producen cambios en la normativa interna (por ejemplo, nuevos conceptos y definiciones), estos tengan influencia en la interpretación y la aplicación de los CDI, recortando o ampliando los derechos de los

Estados contratantes. Si bien, en condiciones normales, la mayoría de tales cambios son de buena fe, es necesario también en estos casos decidir si se produce una vulneración del equilibrio que garantizaba el CDI y si dichas modificaciones pueden suponer vulneraciones del CDI.

3.2. La interacción con otros tratados internacionales (1): el GATT, el GATS y los acuerdos de libre comercio y protección de inversiones

El ámbito de aplicación de los CDI está limitado a (1) las personas (residentes y, en algún caso, nacionales) del otro Estado contratante; (2) los impuestos definidos en el artículo 2 (normalmente los impuestos sobre la renta y el patrimonio exigidos por cada Estado), aunque algunas de sus disposiciones (artículos 24 a 27 del MC OCDE y el MC ONU) se aplican a otros impuestos, y (3) las materias que regula (las reglas de distribución de la jurisdicción tributaria de los artículos 6 a 22) y los procedimientos específicos para aplicar correctamente el CDI (artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU).

En consecuencia, no es difícil que otros tratados internacionales puedan aplicarse en paralelo, sobre todo si contienen compromisos u obligaciones más intensos que puedan afectar a las materias reguladas en el CDI. Se aplicarán a estos efectos las normas propias del derecho internacional público, que normalmente no excluirán, por ejemplo, que una obligación más intensa de no discriminar a los residentes de otros Estados pueda imponerse sobre la menos estricta que regula el artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU (2017). Es especialmente importante remarcar esta posibilidad de aplicación paralela de los tratados internacionales, esto es, de los CDI y de otros tratados, en relación con aquellos que regulan el libre comercio o la protección recíproca de inversiones, ya que, en ocasiones, los Estados sienten la necesidad de regular cuál de ellos tiene prioridad en lo que atañe a una materia u otra. En particular, es relevante regular la interacción entre, por un lado, los CDI y, por otro, los acuerdos alcanzados en el contexto de la Organización Mundial del Comercio (OMC) (por ejemplo, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio [GATT] y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios [AGCS], que pueden tener efectos, aunque limitados, en el ámbito de los impuestos directos), los acuerdos de libre comercio y los acuerdos bilaterales en materia de promoción y protección recíproca de inversiones (llamados APPRI).

En este punto, sin embargo, las propuestas en el contexto del MC OCDE y el MC ONU son de corto alcance, y se circunscriben a regular la inclusión de una cláusula específica, que minimiza los efectos del AGCS en el ámbito regulado en el CDI y de redacción no excesivamente clara, en relación con el procedimiento amistoso del artículo 25 del MC OCDE (vid., por ejemplo, los Comentarios al artículo 25 del

MC OCDE, párrafos 88-93). Por su parte, el párrafo 94 de los Comentarios al artículo 25 del MC OCDE sugiere que los distintos Estados pueden incluir en sus CDI cláusulas que regulen de forma precisa la relación de estos con otros tratados internacionales en materia de libre comercio o protección de inversiones.

De manera limitada, el Modelo de Convenio en Materia de Imposición sobre la Renta de Estados Unidos (MC EE. UU.) (2016) regula en su artículo 1.3.a las relaciones de sus CDI con el GATT y el AGCS y, en síntesis, otorga prioridad a los CDI y a las decisiones de las autoridades competentes en el procedimiento amistoso sobre la regulación de estos tratados. Es frecuente que tal cláusula se encuentre en los CDI firmados por Estados Unidos. Sin embargo, en relación con otros tratados (por ejemplo, acuerdos de protección recíproca de inversiones), el artículo 1.2.b del MC EE. UU. (2016) establece que el CDI no restringirá de ninguna manera cualquier beneficio acordado en cualquier otro tratado del que formen parte los Estados contratantes. En realidad, la tendencia más reciente en este ámbito (impulsada también por los últimos trabajos de Naciones Unidas en esta materia) es incluir las cláusulas de coordinación con los tratados de libre comercio o protección recíproca de inversiones en los propios acuerdos internacionales que tengan esta naturaleza, con el fin de excluir total o parcialmente la posibilidad de que estos acuerdos se apliquen en materias tributarias consideradas sensibles, como, por ejemplo, la imposición sobre la renta o ciertos tributos que estén vinculados al ejercicio normal del poder tributario. Estas cláusulas de *tax carve-out*, cuya redacción varia significativamente de unos acuerdos a otros, tampoco resultan plenamente satisfactorias si su efecto es permitir discriminaciones contrarias al libre comercio o a la protección de las inversiones extranjeras.

En definitiva, los distintos Estados y negociadores de CDI deben ser conscientes de la necesidad de coordinar su política de CDI con otros tratados internacionales y, en particular, con los tratados de libre comercio o protección recíproca de inversiones, a fin, sobre todo, de evitar procesos de arbitraje de inversiones en el contexto de los citados tratados internacionales con consecuencias muy relevantes en términos de reclamaciones de daños.[6] No obstante, es necesario que también los negociadores de CDI o de otro tipo de acuerdos (libre comercio y protección de inversiones) sean conscientes de que la coordinación no debería significar que sus legisladores tributarios sean capaces de comportamientos que no se adapten a los estándares internacionales reconocidos de prohibición, por ejemplo, del trato injusto o no equitativo, o de discriminación o expropiación sin

6 Vid., por ejemplo, a este respecto, Naciones Unidas, *International Investment Agreements and Their Implications for Tax Measures: What Tax Policymakers Need to Know*, Nueva York: UN-UNCTAD; 2021, o los trabajos en curso del Comité de Asuntos Fiscales de las Naciones Unidas en esta materia: Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters Report on the twenty-sixth session, Nueva York, 27 al 30 de marzo de 2023 (E/2023/45/Add.1-E/C.18/2023/2, pp. 22-24).

justiprecios equitativos. Esto es, los Estados deben definir políticas de negociación de CDI y de negociación de acuerdos de libre comercio y protección de inversiones que salvaguarden de manera adecuada el derecho de seguir políticas tributarias racionales, pero también que protejan a los inversionistas internacionales de sobresaltos e injusticias que no se ajusten a los estándares de protección aceptados a nivel internacional.

3.3. La interacción de los CDI con otros tratados internacionales (2): los convenios para la eliminación de la doble imposición en materia de impuestos sobre las sucesiones y las donaciones y otros acuerdos con cláusulas fiscales

A pesar de que no son tan frecuentes como los CDI en materia de imposición sobre la renta y el patrimonio, en la escena internacional también pueden encontrarse CDI relativos a la eliminación de la doble imposición sobre sucesiones y donaciones (de hecho, existe un MC OCDE de 1982 en esta materia). La interacción entre los CDI relativos a la imposición sobre la renta y las sucesiones no resulta compleja en la medida en que cada uno de ellos se refiere a impuestos diferenciados, aunque (1) los CDI relacionados con la imposición sobre sucesiones y donaciones pueden tener impacto en el ámbito de los CDI sobre la renta, reduciendo su alcance en relación con cierto tipo de rentas (en particular, las rentas por incorporación de bienes y derechos al patrimonio de un contribuyente) y (2) la cuestión de la interacción puede generar alguna dificultad interpretativa si ambos tipos de CDI incluyen cláusulas de no discriminación o intercambio de información de distinto alcance, en cuyo caso es probable que prevalezca la posterior en el tiempo. Por otra parte, conviene tomar en consideración que los países con impuestos sobre las sucesiones y donaciones también pueden integrar cláusulas específicas que eliminen la doble imposición en estos tributos en el contexto y el articulado de los CDI en cuanto a la eliminación de la doble imposición sobre la renta y el patrimonio, lo cual también puede alcanzar una coordinación adecuada. En definitiva, resulta conveniente que los países que tengan impuestos sobre sucesiones y donaciones consideren la doble imposición que se puede generar entre estos impuestos cuando resultan aplicados por diversos países o entre ellos y los impuestos sobre la renta, de forma que también aquí pueden existir dobles imposiciones y la necesidad de coordinación.

Del mismo modo, existen tratados múltiples (de navegación marítima y/o aérea, de adhesión a organizaciones internacionales, etc.) que pueden contener cláusulas tributarias que interaccionen con las previstas en los CDI, en cuyo caso el intérprete debe decidir cuál de ellas se aplica con prioridad (por ejemplo, si un CDI entra en vigor tras un acuerdo de navegación marítima y/o aérea internacional, lo habitual será que aquel derogue a este).

Por lo que respecta a la interacción de los CDI (artículos 26 y 27) con el Acuerdo multilateral de la OCDE y el Consejo de Europa sobre Asistencia Administrativa en Materia Tributaria de 1988, actualizado en 2010,[7] no es infrecuente que ambos permanezcan en vigor y sean aplicables en paralelo. Los instrumentos bilaterales de intercambio de información, más populares en los años 2000, suelen ser sustituidos y derogados por CDI que se concluyan con posterioridad.

7 Para consultar el Convenio Multilateral, visítese el enlace: https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters.htm (consultado el 27 de diciembre de 2023).

4. POR QUÉ, CON QUIÉN Y CÓMO NEGOCIAR CDI

Del epígrafe 2, más arriba, relativo a la función de los CDI, puede fácilmente derivarse por qué resulta necesario o conveniente negociarlos: los CDI son un elemento importante del sistema de derecho del comercio internacional, constituyen una herramienta de seguridad y estabilidad de un sistema tributario y, además, cumplen un papel muy relevante en la administración y la gestión del sistema tributario nacional, al permitir niveles de cooperación fiscal adecuados con otros países. En general, distintos instrumentos y documentos internacionales sintetizan por qué resulta conveniente que los Estados negocien CDI. Entre las principales razones, cabe resaltar las siguientes:

- Para facilitar la inversión exterior de sus contribuyentes.

- Para facilitar e incentivar la inversión en el territorio nacional de los contribuyentes de otros países, y el acceso al financiamiento internacional y la tecnología por parte de residentes en su territorio.

- Para reducir la evasión o elusión fiscal transfronteriza.

- En busca de objetivos diplomáticos o políticos.[8]

Para aquellos países que habitualmente son importadores de capitales o tecnología, las razones que llevan a negociar CDI se pueden vincular también especialmente a la atracción de capital e inversiones, y a la necesidad de brindar una imagen de cumplimiento con los estándares internacionales y de seguridad jurídica.

Como diversas organizaciones internacionales puntualizan, la selección y negociación de CDI (o su terminación o modificación) debe responder a un cuidadoso ejercicio de política tributaria, que tenga muy en cuenta la configuración y los objetivos que se busca alcanzar a través de su sistema tributario (particularmente, su Impuesto sobre Sociedades) y el papel que pueden desempeñar los CDI en este

8 Vid. Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties*, página 11, Nueva York: UN, 2019, o –de forma complementaria– FMI (Fondo Monetario Internacional), OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), Naciones Unidas y GBM (Grupo Banco Mundial), *Plataforma de Colaboración en materia tributaria: Guía práctica para la negociación de acuerdos fiscales*, Plataforma de Colaboración en materia Tributaria, Washington, D.C.: FMI, OCDE, Naciones Unidas y GBM; 2021, disponible en: https://www.tax-platform.org/sites/pct/files/publications/Gu%C3%ADa%20pr%C3%A1ctica%20para%20la%20negociaci%C3%B3n%20de%20acuerdos%20fiscales.pdf (consultado el 6 diciembre de 2023).

contexto.[9] En primer lugar, los Estados deben detectar con qué países tienen relaciones más intensas y desean incrementar los lazos económicos y, en segundo lugar, o de forma simultánea, deben saber qué compromiso desean alcanzar o les conviene más con tales países, esto es, qué diseño quieren dar a sus CDI, qué opciones son más convenientes para los distintos artículos de los CDI y qué modelo de convenio seguirán en cada artículo (o, si quieren apartarse de ellos, que sea con opciones que respondan a su propia idiosincrasia y puedan fácilmente gestionar, administrar y aplicar). En particular, como explican, por ejemplo, la Introducción al MC OCDE (también presente en el MC ONU), las principales razones para negociar un CDI son las siguientes:

- La posibilidad de que se produzca doble imposición entre los dos países que son parte del CDI como consecuencia de la interacción de sus sistemas tributarios. Tal potencialidad será mayor cuanto más intensos sean los flujos comerciales o de personas entre ambos Estados y, obviamente, será menor si uno de ellos carece de un sistema de imposición sobre la renta o el patrimonio con carácter personal o tiene niveles inexistentes o muy reducidos de imposición. En este sentido, conviene contar con un cierto conocimiento del sistema tributario del otro país con el que se desea celebrar un CDI para determinar cuál es el impacto de la aplicación simultánea de los dos sistemas.

- En ocasiones, la finalidad de los CDI no es tanto eliminar la doble imposición sino eliminar las barreras de entrada y las retenciones altas para los inversionistas de determinados países (por ejemplo, ciertos fondos soberanos, de cierto tipo de entidades etc.), incluso cuando no haya imposición, en general, en el otro Estado contratante. Obviamente, también los Estados pueden legítimamente decidir celebrar CDI en estas situaciones, pero habrán de ser cuidadosos para no generar dobles no imposiciones no deseadas.

- La posibilidad de que las disposiciones internas ya de por sí, sin CDI, eliminen o mitiguen la doble imposición, aunque lo harán de manera más restringida que con un CDI. Resulta evidente que la firma de un CDI debe añadir un plus de protección con respecto a la normativa interna, ya que, si esta ya evita la doble imposición o es lo suficientemente atractiva, el CDI puede no ser necesario. En condiciones

9 Vid. la Introducción al MC OCDE, sección C, párrafo 15.1. o al MC ONU, sección C, párrafo 18 y ss., o FMI (Fondo Monetario Internacional), OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), Naciones Unidas y GBM (Grupo Banco Mundial), *Plataforma de Colaboración en materia tributaria: Guía práctica para la negociación de acuerdos fiscales*, Plataforma de Colaboración en materia Tributaria, Washington, D.C.: FMI, OCDE, Naciones Unidas, GBM; 2021, disponible en: https://www.tax-platform.org/sites/pct/files/publications/Gu%C3%ADa%20pr%C3%A1ctica%20para%20la%20negociaci%C3%B3n%20de%20acuerdos%20fiscales.pdf (consultado el 6 de diciembre de 2023).

normales, los Estados deben valorar el plus de protección (eliminarán la doble imposición de forma más completa) y homogeneización internacional (aplicación de estándares aceptados a nivel internacional) que los CDI representan en este sentido. Además, podrán habilitar cauces adecuados de cooperación internacional (aunque en estos casos también los Estados deben valorar que es posible que otros instrumentos existentes ya ofrezcan tales cauces de cooperación, como así ocurre, por ejemplo, en lo que respecta al intercambio de información o asistencia en la recaudación con el Convenio Multilateral de la OCDE y el Consejo de Europa sobre Asistencia Administrativa en Materia Tributaria).[10]

» Los Estados deben valorar la capacidad administrativa y de gestión que tienen los otros Estados con los que se desea firmar un CDI, así como su voluntad de aplicar los CDI de buena fe (en alguna ocasión, la aplicación de mala fe o demasiado laxa de los CDI ha llevado a la terminación de ciertos CDI o la falta de negociación de buena fe, a que tales CDI no se celebren) o la posibilidad efectiva de aplicar tales CDI.

En definitiva, la decisión de celebrar CDI, especialmente para los países en desarrollo, debe ser ponderada y valorada con atención y precisión.[11] Conviene que el país considere con anticipación qué tipo de CDI sería el más adecuado a sus necesidades, lo cual exige decisiones cruciales en materia de política tributaria, y, además, que cuente con las personas indicadas y formadas para definir tal política, en conexión con el propio sistema tributario interno, y para la negociación de los CDI o su aplicación posterior y su seguimiento en el tiempo. Se trata de decisiones estratégicas que los distintos Estados deben tomar, a fin de que, entre otras cosas, una política de negociación de CDI perdure en el tiempo y, en la medida de lo posible, no varíe de un CDI a otro sin razones justificadas. Otro elemento fundamental es el monitoreo de la adecuación de las políticas más tradicionales a la evolución del país, de manera que los CDI más antiguos, que ya no respondan a las necesidades del Estado, puedan modificarse y renegociarse.

Por lo que respecta a cómo realizar la negociación de los CDI desde una perspectiva operativa y práctica, el manual de Naciones Unidas para la negociación de tratados bilaterales expone de forma detallada el proceso y los pasos ideales de negociación, y constituye un punto de referencia muy relevante a estos efectos.[12]

10 Para acceder al informe, visítese el enlace: https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters.htm.

11 Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, pp. 12-13, Nueva York: Naciones Unidas; 2019.

12 Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, pp. 20 y ss. Nueva York: Naciones Unidas; 2019, y la bibliografía allí citada.

5. LOS MODELOS DE CONVENIO PARA NEGOCIAR Y CONCLUIR CDI

5.1. Introducción: los MC más relevantes y su función

Si bien cada país puede tener su política y sus preferencias en relación con los CDI que negocia, lo normal es que los distintos Estados presten atención y utilicen como referencia los modelos de CDI que hayan sido aprobados y actualizados cada cierto tiempo por las organizaciones internacionales relevantes en materia de fiscalidad internacional, en particular, la OCDE y Naciones Unidas.

Tales modelos no son de obligado cumplimiento ni vinculan de forma alguna, mucho menos a los países no miembros de estas organizaciones (como ocurre, sobre todo, en el caso de la OCDE), pero sus disposiciones y comentarios son utilizados por los distintos Estados como base para definir sus propias políticas de negociación de CDI o por las administraciones tributarias, los contribuyentes, sus asesores o los tribunales como instrumento para interpretar los CDI que siguen tales modelos (cabe notar que los CDI deben ser interpretados, pero cada uno de ellos en atención a su texto, su objeto y su fin específicos, sin que dicho ejercicio de interpretación pueda suplirse con una mera lectura ni un intento de aplicación de los Comentarios al MC OCDE y el MC ONU).

La relevancia del MC OCDE y el MC ONU y sus Comentarios en la práctica internacional está fuera de toda duda, pero, con carácter general, su eficacia, si bien dependerá de cada ordenamiento y CDI, hay que limitarla al mero plano de la existencia de un punto de referencia en los MC para los negociadores de los CDI o en la fuerza persuasiva que puedan tener estos a la hora de interpretar un CDI (*soft-law*). Si bien existe una ingente y voluminosa literatura científica sobre la naturaleza de los Comentarios a los MC desde el punto de vista del derecho internacional público y su consideración dentro de las reglas de interpretación de los tratados internacionales (artículos 31 a 33 del Convenio de Viena de Derecho de los Tratados de 1969), lo normal será que los tribunales nacionales no entren en esta discusión teórica y, simplemente, tengan en cuenta los Comentarios de los MC para interpretar los CDI.[13]

A estos efectos, habrá también que tomar en cuenta que, si un CDI sigue un MC específico y después el articulado del MC OCDE y el MC ONU cambia o sus Comentarios varían de forma sustancial en versiones posteriores, sin que puedan conectarse con el artículo original, los Comentarios subsecuentes lógicamente perderán fuerza

13 La jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) español, por ejemplo, es clara a este respecto: los Comentarios al MC OCDE no son fuente del Derecho, pero sí un instrumento de referencia para interpretar los CDI (vid., por ejemplo, la STS del 24 de junio de 2022, número 840/2022, *Nintendo*). Es decir, el TS español, más que realizar disquisiciones sobre en qué párrafo o artículo de los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena de Derecho de los Tratados cabe ubicar los Comentarios al MC OCDE para que adquieran fuerza interpretativa, simplemente opta por tomarlos en cuenta con normalidad sin mayores análisis teóricos.

y validez en el proceso de interpretación de un CDI anterior. Es el conocido problema de la interpretación estática, por referencia a los Comentarios al MC OCDE y el MC ONU existentes en el momento de la negociación de un CDI, o de la interpretación dinámica, por referencia a los Comentarios existentes en el momento en que hay que interpretar el CDI, sin que puedan darse soluciones apriorísticas a este respecto, más allá de que el punto de partida inexcusable para interpretar un CDI debe ser el texto del CDI.[14]

En definitiva, los MC buscan facilitar la negociación de los CDI, así como su interpretación y aplicación, y también sirven para homogeneizar el lenguaje fiscal internacional y hacer que los distintos países utilicen CDI con un lenguaje fácilmente reconocible por todos los operadores jurídicos. Por ello, el MC OCDE y el MC ONU, cada uno con sus signos distintivos y peculiares, son un punto de referencia necesario cuyo conocimiento facilitará no solo la interpretación y la aplicación de los CDI, sino también la elaboración de modelos de convenios nacionales y la formulación de una política fiscal internacional propia.

5.2. El MC OCDE (con referencia a las directrices de precios y a los trabajos de atribución de beneficios a EP)

Luego de la segunda guerra mundial, siguiendo la estela de la Sociedad de Naciones en los años veinte del siglo pasado y de los modelos de convenios de México y Londres en 1943 y 1946, y ante las dificultades para la aceptación de estos, la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE), posteriormente convertida en la OCDE, inició los trabajos relativos a la redacción de modelos de CDI que pudieran tomarse en consideración para unificar la práctica internacional en la materia y servir de orientación para los países en la negociación y la redacción del texto de los CDI que concluyeran entre ellos.

La composición reducida de la OCDE (en la actualidad cuenta con 38 Estados miembros y 6 candidatos a la membresía)[15] y los intereses que representa (fundamentalmente los de los países desarrollados) llevó a que el MC OCDE, desde su primera versión en formato borrador de 1963 hasta la última de 2017 (pasando por las diferentes versiones y actualizaciones de 1977, 1992, 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008, 2010, 2014), se haya escorado hacia un texto modelo de CDI más vinculado a los intereses de los países exportadores de capitales o de

14 El TS español, por ejemplo, ha limitado también los intentos de la administración tributaria española de aplicar versiones anteriores de los Comentarios al MC OCDE a CDI celebrados con anterioridad cuando con ello se pueda desconocer la redacción específica del precepto o atribuirle un significado distinto del que el CDI reconoce; vid., por ejemplo, las STS del 24 de junio de 2022, número 840/2022, *Nintendo*; o del 3 de marzo de 2020, número 308/2020, *Stryker*.

15 Para acceder al informe, visítese el enlace: https://www.oecd.org/about/members-and-partners/ (consultado el 6 de diciembre de 2023).

tecnología, asumiendo –al mismo tiempo– que, en términos de flujos de inversión, la posición de ambos Estados firmantes podía ser recíproca (por ejemplo, en el MC OCDE los cánones, artículo 12, o los servicios técnicos, artículo 7, no pueden ser gravados en el Estado de la fuente, a diferencia del artículo 12, cánones, y 12A, servicios técnicos, según el MC ONU). Estos elementos hacen que muchos países en desarrollo consideren que sus posiciones pueden verse más representadas en el MC ONU, aunque en los últimos tiempos también el MC OCDE ha comenzado a incluir cláusulas que en los Comentarios a los artículos tienden a tomar en cuenta algunas sensibilidades de estos países (así ocurre, por ejemplo, con los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE, desde 2008, y –en especial– con la disposición alternativa relativa a los EP de servicios en los párrafos 132 y ss.), que también se consideran, al menos de forma limitada, en el actual proceso de reforma de la fiscalidad internacional (por ejemplo, en el contexto del Pilar 1 y la atribución de jurisdicción a los Estados de comercialización de ciertos productos o en el Pilar 2, con la llamada *subject to tax rule* o el *Qualified Domestic Minimum Top-up Tax* [QDMTT]).

Asimismo, vale considerar que el MC OCDE incorpora observaciones y reservas de los Estados miembros y posiciones de Estados no miembros que puede ser de utilidad consultar a fin de conocer cuál será la posición negociadora de tales Estados. En el proceso de interpretación de los CDI, tales reservas, observaciones o posiciones tienen una eficacia limitada, a menos que quede constancia de ellas en el texto de los CDI, si bien las observaciones son una indicación clara de que un Estado puede interpretar el CDI de manera diversa a la que reflejan los Comentarios, y ambos Estados contratantes pueden querer aclarar este aspecto en el propio texto del CDI.

En este Manual se toma como punto de partida el MC OCDE para facilitar su entendimiento en la región de ALC, si bien en todos y cada uno de los artículos se compara y comenta en conjunto con el MC ONU, de manera que los Estados de la región de ALC puedan identificar fácilmente las diferencias entre ambos y tener una herramienta que les permita distinguir rápidamente entre las consecuencias de optar por una u otra versión de cada artículo en atención a si siguen el MC OCDE o el MC ONU o incluso si desean considerar modificaciones a estos MC en sus procesos de negociación de CDI o en la formulación de modelos propios.

El MC OCDE y sus Comentarios deben complementarse también con otros materiales, en particular, con las Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias, en sus distintas versiones hasta la última de 2022,[16] con efectos relevantes a la hora de interpretar el artículo 9 del MC OCDE, aunque también sobre la normativa interna en materia de precios de transferencia (especialmente en aquella legislación interna

16 La versión de 2022 está disponible en: https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm (consultado el 6 de diciembre de 2023).

que expresamente remite a estas Directrices) (vid. los Comentarios al artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU, epígrafe 1). Tales Directrices plantean similares problemas de interpretación estática y dinámica a los Comentarios al MC OCDE, por lo que, en atención a las circunstancias, deberá determinarse en cada caso cuándo una versión es posterior y qué partes de ella tienen validez para interpretar el artículo 9 de CDI anteriores.

De igual forma, resultan relevantes para interpretar el artículo 7 del MC OCDE los informes de la OCDE sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes, en este caso, con dos versiones, la propia de 2008 y la de 2010, esta última relativa al enfoque autorizado de la OCDE en materia de atribución de beneficios, que difiere de la vigente hasta 2008, y que no goza, como se indicará en relación con los Comentarios al artículo 7, de aceptación universal (por ejemplo, no resulta aceptado en el MC ONU). Una vez más, en este contexto se plantean ciertas dificultades de interpretación estática o ambulatoria debido a la evolución de los modelos de atribución de beneficios a lo largo del tiempo en el MC OCDE. En relación con la problemática que estos documentos plantean vale remitirse a los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE y del MC ONU, párrafos 1.2 y 3.4, especialmente.

5.3. El MC ONU

En paralelo al MC OCDE, a partir de 1968 Naciones Unidas comenzó a desarrollar trabajos en relación con el modelo de CDI y también ha venido publicando, desde 1980 y hasta 2021 (con distintas versiones en 2001, 2011 y 2017) un modelo alternativo al elaborado por la OCDE. El MC ONU guarda una estructura análoga a la que tiene el MC OCDE, si bien ha buscado responder siempre a las necesidades de los países en desarrollo y, por esta razón, en lugar de escorarse hacia la tributación de las rentas y el patrimonio en el Estado de residencia, admite una mayor posibilidad de atribución de jurisdicción tributaria al Estado de la fuente.

Por su sesgo hacia la tributación en la fuente, el MC ONU guarda diferencias fundamentales con el MC OCDE, como, por ejemplo, la definición de EP del artículo 5 o la posibilidad de gravar en la fuente los cánones o regalías del artículo 12, los honorarios por servicios técnicos del artículo 12A o las rentas de servicios automatizados del artículo 12B, entre otros (vid. los Comentarios al artículo 12 y el capítulo relativo a la tributación de los beneficios empresariales en el MC ONU). El MC ONU también contiene en sus Comentarios otras opciones que los Estados, si lo desean, pueden adoptar con la misma orientación (por ejemplo, un modelo de disposición sobre pagos por servicios incluidos como variante del artículo 12, complementario de la definición de regalías, en los Comentarios al artículo 12, o disposiciones alternativas al artículo 12A sobre pagos por servicios técnicos en los Comentarios al artículo 12A). Asimismo, la tendencia de los trabajos del Comité de Expertos en cuestiones

de tributación de Naciones Unidas en los próximos años, a la hora de reformar el MC ONU y sus Comentarios, está orientada a reconocer, cada vez más, estas peculiaridades y las necesidades de los Estados de la fuente. En este sentido, el MC ONU y sus Comentarios aspiran a ser una suerte de "plantilla" o "modelo de referencia" para los países no miembros de la OCDE o incluso para aquellos miembros no plenamente satisfechos con los distintos preceptos del MC OCDE: por ejemplo, no es infrecuente que incluso miembros de la OCDE incluyan en sus CDI un artículo 12, cánones, con retenciones en la fuente, en línea con el MC ONU.

Como se indicó en el epígrafe precedente, en este Manual se ha optado por comentar el MC ONU y sus distintos artículos de forma conjunta con el MC OCDE, de manera que los Estados de ALC puedan contar con una herramienta comparativa accesible, de fácil uso, y en la que encuentren sintetizadas las diversas posiciones de ambas organizaciones internacionales, la OCDE y Naciones Unidas, así como las ventajas y los inconvenientes de adoptar los preceptos de uno u otro modelo, y puedan partir de esta herramienta para redactar sus propios modelos de CDI o interpretarlos.

Al igual que ocurría con el MC OCDE, también en el contexto de Naciones Unidas existen materiales complementarios que pueden ayudar a los negociadores de CDI o a sus intérpretes. En particular, entre otros materiales relevantes de Naciones Unidas, vale resaltar el *UN Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties* (cuya primera edición es de 1979),[17] que ha servido de base para el presente Manual, aunque el enfoque y el punto de referencia para ello haya sido el MC OCDE, en comparación con el MC ONU. En relación con el artículo 9 del MC ONU, es importante también el *Manual Práctico de las Naciones Unidas sobre Precios de Transferencia para Países en Desarrollo*, cuya última edición es de 2021.[18] El seguimiento de los trabajos que realiza el Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación de las Naciones Unidas tiene también una gran importancia para los Estados de la región, en la medida en que representa los intereses de los países importadores de capitales y en desarrollo.[19]

17 Naciones Unidas, *UN Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties*, Nueva York: Naciones Unidas; 2019, disponible en: https://financing.desa.un.org/sites/default/files/2023-03/manual-bilateral-tax-treaties-update-2019.pdf (consultado el 6 de diciembre de 2023). La última actualización no estaba todavía publicada a la fecha de cerrar la presente edición.

18 Para acceder al manual, visítese el enlace: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2021-10/Transfer%20Pricing%20with%20new%20cover.pdf (consultado el 6 de diciembre de 2023).

19 La información sobre los trabajos de este Comité puede encontrarse en: https://financing.desa.un.org/es/what-we-do/ECOSOC/tax-committee/tax-committee-home (consultado el 6 de diciembre de 2023).

5.4. La interacción del MC OCDE y el MC ONU con el Plan BEPS de la OCDE y la MLI

Como consecuencia de la crisis financiera de 2008, la tolerancia de la sociedad, tanto en el plano nacional como a nivel internacional, hacia los comportamientos de "planificación tributaria", incluso si no tienen carácter abusivo o fraudulento, se ha reducido significativamente. En este contexto, entre 2013 y 2015, con el impulso del G20, la MLI OCDE elaboró el ambicioso Plan BEPS, que terminó con 15 acciones y sus respectivas propuestas, lo que debería, a su vez, traducirse en cambios en los CDI en vigor en aquel momento y la legislación interna.[20] Sobre el contenido del Plan BEPS, para más detalles, remitirse al capítulo final de este Manual.[21]

En 2016 se estableció el llamado Marco o Foro Inclusivo de la OCDE y el G20 con la finalidad de asegurar que todos los países y jurisdicciones pudieran participar en el desarrollo del Plan BEPS, la revisión y la supervisión de su ejecución, y la definición de nuevos estándares en materia de fiscalidad internacional. El Marco Inclusivo continúa activo hoy y es el foro en cuyo seno se impulsa la nueva arquitectura de la fiscalidad internacional a la que se refiere el último capítulo de esta obra. No obstante, la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 22 de noviembre de 2023,[22] que pone en marcha la creación del Convenio Marco sobre Cooperación Fiscal Internacional, evidencia que, por un lado, los acuerdos alcanzados en el Marco Inclusivo BEPS no han logrado todos sus objetivos (o, al menos, no para muchos Estados) y, por otro, que el sistema fiscal internacional implementado hasta la fecha estaría atravesando una fase de transición hacia uno nuevo, que busca construirse progresivamente de forma igualmente multilateral, pero bajo una gobernanza institucional distinta.

Dicho esto, resulta innegable que una buena parte de los esfuerzos y acciones del Plan BEPS cristalizaron, una vez constituido el Marco Inclusivo, en la MLI, abierta a la firma en 2017, y que en la actualidad cuenta con 102 países firmantes.[23] La citada MLI sería el instrumento para determinar la rápida actualización de los CDI vigentes en ese momento, la red internacional de CDI, a fin de alinearlos con las propuestas y acciones del Plan BEPS. Sin embargo, debido a las reservas, opciones, posiciones, etc. que la MLI admite (ya que del Plan BEPS solo se derivaron cuatro estándares mínimos, vinculados a las Acciones 5, 6, 13 y 14, con limitado efecto

20 Para más información acerca del Plan BEPS y las distintas acciones, visítese el siguiente enlace: https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/ (consultado el 6 de diciembre de 2023).

21 Vid. la sección 9, capítulo 1 de este Manual.

22 Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/C.2/78/L.18/REV.1, del 22 de diciembre de 2023, donde 11 países votaron a favor, 46 países votaron en contra y 10 países se abstuvieron.

23 Para más información sobre este tratado multilateral, visítese el enlace: https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm (consultado el 6 de diciembre de 2023).

sobre los CDI), al hecho de que algunos Estados muy relevantes no forman parte de la MLI (por ejemplo, Brasil o Estados Unidos, que prefieren políticas bilaterales de negociación de CDI), sus efectos de actualización de la red mundial de CDI han sido menos notables y más complejos de lo que probablemente se preveía al comienzo. De cualquier forma, el MC OCDE (2017) y el MC ONU (2017 y 2021) incorporan los cambios que la MLI proponía y el presente Manual está vinculado a estos MC, que ya contienen tales novedades, sin dejar de señalar la diferencia que suponen con respecto a la situación anterior o a los CDI que no los incluyen. En relación con el contenido del MLI, para más información, vid. el capítulo final de esta obra,[24] o los Comentarios a artículos específicos del MC OCDE y el MC ONU.

En cuanto a los CDI de un Estado vigentes en el momento de la aplicación de la MLI (obviamente, si el país es parte de esta), las personas que deban aplicar tales CDI deberán verificar qué disposiciones del mismo resultan modificadas por la MLI (si es que el citado CDI se ve afectado por la MLI) y desde cuándo. A estos efectos, las publicaciones de textos consolidados de CDI por parte de algunos países pueden resultar de utilidad, como también lo es la base de datos que la OCDE ha preparado.[25] En los capítulos de esta obra dedicados a las distintas disposiciones distributivas del MC OCDE y el MC ONU se irá indicando cuáles de ellas se ven afectadas y en qué sentido por la MLI.

5.5. La relevancia de los modelos de CDI nacionales

El punto de partida para negociar CDI debe ser la comprensión y el análisis profundo de las disposiciones del sistema tributario nacional: solo si se conocen estas en profundidad se puede saber qué impacto puede producir en ellas un CDI o si una determinada disposición de un CDI debe apartarse o no del MC OCDE, seguir el MC ONU o, por el contrario, tener un formato y una redacción propios y peculiares.

En el proceso de negociación de un CDI, obviamente, el conocimiento del sistema tributario del otro país ayudará a dotar también de sentido a las disposiciones del CDI. Son precisamente las particularidades de la legislación tributaria de los dos Estados contratantes las que hacen que no todos los CDI sean iguales, ya que los distintos Estados buscan en las negociaciones de CDI preservar determinadas normas de su ordenamiento tributario interno o regular ciertas características distintivas. Por ejemplo, si en el ordenamiento de uno de los Estados existen ciertas entidades o vehículos contractuales asociativos con reconocimiento tributario, como los trust presentes en determinados países, no será infrecuente que haya disposiciones

24 Vid. Sección 9, capítulo 1 de este Manual.

25 Para más información, visítese el enlace: https://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm (consultado el 6 de diciembre de 2023).

que regulen su tributación en el CDI. Sin embargo, si tales vehículos no existen en otros países, lo normal será que los CDI no se refieran a ellos del mismo modo, algunos países pueden no someter a gravamen determinadas rentas (por ejemplo, por servicios proporcionados sin EP o los cánones), razón que determinará que presten menos atención a los preceptos dedicados a esas rentas y se centren en otros que para ellos son más relevantes o estratégicos.

En este sentido, los Estados también deben ser conscientes de que su legislación y su situación económica pueden variar en el futuro y que, aun así, los CDI permanecerán en vigor un buen número de años, por lo que los negociadores deben pensar en un contenido que sea razonable para su país en un plazo, con carácter general, dilatado en el tiempo.

Por ello, es conveniente que los Estados realicen, si es posible, el esfuerzo de elaborar su propio marco de negociación de CDI que quede reflejado en sus propios "modelos de CDI nacionales". En definitiva, los países deben saber de antemano qué desean obtener con la negociación de CDI. Y, para ello, deben (1) determinar cuáles serían los resultados más beneficiosos para el país, (2) identificar las posiciones más deseables como opción prioritaria o las que puedan ser una segunda opción, y (3) tomar en cuenta la flexibilidad con la que cuentan los negociadores de los CDI (el resultado mínimo que pueden alcanzar).[26] Las organizaciones internacionales, y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en particular, pueden apoyar la construcción del modelo nacional de negociación de CDI.

La reflexión previa sobre la política de negociación debe plasmarse en un modelo nacional de CDI que contenga un borrador de disposiciones aceptables para un determinado país y sea el borrador de CDI que ese país utilizará en el inicio de las negociaciones con los Estados con los que desee firmar CDI. Tal modelo de CDI nacional debe ser aprobado por los distintos organismos o entidades con poderes de negociación y responsabilidad en un país en relación con el sistema tributario, sobre todo, el ministerio de Hacienda o Finanzas, encargado de la gestión de dicho sistema; del mismo modo, a fin de evitar sorpresas y disfunciones, ese modelo debe coordinarse con las políticas de negociación de otros ministerios competentes en materias conectadas, como, por ejemplo, los ministerios encargados del comercio internacional y la negociación de acuerdos de protección recíproca de inversiones o libre comercio, o los ministerios de Asuntos Exteriores en materia de acción diplomática.

Si bien el modelo de CDI nacional debe ser un documento ponderado y reflexionado, ya que los CDI negociados estarán vigentes durante bastante tiempo, también debe ser un documento flexible y orgánico, pues debe actualizarse para

26 Naciones Unidas, *UN Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties*, página 14, Nueva York: Naciones Unidas; 2019.

tomar en cuenta la evolución del sistema tributario nacional o los cambios en materia de fiscalidad internacional promovidos por las organizaciones internacionales o regionales relevantes.

Es muy probable y, además, deseable, que el modelo de CDI nacional encuentre inspiración en el MC OCDE o en el MC ONU. Sin embargo, como se ha indicado, lo normal será que contenga peculiaridades que reflejen las notas distintivas del sistema tributario nacional y las aspiraciones del país acerca de qué CDI preferiría tener. No menos importante resulta que el modelo nacional sea realista en cuanto a las posibilidades que tiene su administración tributaria nacional de aplicar los CDI. Por ejemplo, es más sencillo administrar retenciones en la fuente que aplicar las complejas normas de atribución de beneficios a los EP; es menos complejo administrar CDI con tipos impositivos razonablemente uniformes que los que contienen tipos diferenciados para, por ejemplo, servicios técnicos y cánones o tipos diferenciados en los mismos artículos (por ejemplo, diferentes tipos impositivos para dividendos en el artículo 10, o diferentes tipos en función de la naturaleza de los cánones en el artículo 12).

No cabe duda de que los Estados con un poder de negociación más limitado tienen menos capacidad para imponer sus modelos de negociación frente a aquellos que cuentan con más peso internacional. No obstante, un Estado que sabe qué desea obtener, que conoce dónde puede ceder y dónde no, o qué posiciones serían aceptables como opciones alternativas (por ejemplo, al revisar la red de CDI del otro Estado o sus posiciones, observaciones o reservas en relación con el MC OCDE, así como su propia red de CDI para saber qué puede ser aceptable para sus negociadores), en definitiva, que sabe lo que quiere, tiene más probabilidades de negociar CDI más adaptados a sus intereses que aquellos que empiezan una negociación sin tener un punto de referencia claro.[27]

Al mismo tiempo, los distintos Estados deben ser conscientes de que los compromisos que adoptan en el plano regional o internacional (como miembros del Foro Inclusivo de la OCDE, que aceptan el estándar mínimo derivado del Plan BEPS, o del Global Tax Forum en materia de transparencia e intercambio de información) pueden afectar a sus políticas de negociación de CDI, de manera que sus obligaciones de este tipo deben incorporarse a los modelos nacionales.

27 Con respecto al proceso de diseño del modelo de CDI nacional y el desarrollo, incluyendo detalles prácticos, de las negociaciones de los CDI, puede obtenerse información complementaria en Naciones Unidas, U*N Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties*, pp. 14 y ss., Nueva York: Naciones Unidas: 2019.

6. LAS INICIATIVAS REGIONALES EN VIGOR Y SU INTERACCIÓN CON LOS MC Y LOS CDI NACIONALES

6.1. La Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones

En la región de ALC es preciso tomar en consideración que Bolivia, Ecuador, Colombia, Perú y Venezuela aplican, en sus relaciones entre ellos, la Decisión 578 (2004) de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) relativa al Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal. La citada Decisión 578 (2004) parte de una aplicación del principio de tributación en la fuente más estricta incluso que el MC ONU, ya que, con carácter general (artículo 3), y en sus preceptos específicos, atribuye jurisdicción tributaria exclusiva al Estado donde se sitúa la fuente de una renta o patrimonio (salvo excepciones previstas en la propia Decisión, como, por ejemplo, ocurre en el artículo 8, para las rentas derivadas por empresas de transporte).

En función de lo antedicho, aquellos países que aplican la Decisión 578 deberían tomarla en consideración a la hora de negociar CDI con terceros Estados no miembros de la CAN, en la región de ALC o fuera de ella, ya que la existencia de una red de CDI, en combinación con la Decisión 578 (2004), completamente asimétrica, generará lagunas y oportunidades de planificación tributaria que los operadores jurídicos y las empresas pueden fácilmente aprovechar. Por ejemplo, un prestador de servicios de un Estado miembro de la CAN a otro puede encontrar más ventajoso interponer una sociedad en un tercer Estado con un CDI con el Estado miembro de la CAN donde se prestan los servicios si con ello consigue una reducción de la imposición en la fuente. Además, algunas planificaciones dentro de la propia CAN pueden funcionar también para eludir la legislación interna, y ello a pesar de que el Tribunal Andino interprete que existe una cláusula de sujeción de impuestos implícita en la Decisión 578 cuando el Estado que tiene atribuida la jurisdicción no la ejerza.[28] Por ello, para los miembros de la CAN puede resultar conveniente un intento de aproximación entre la Decisión 578 y su política propia de negociación de CDI, que podría trasladarse a las siguientes iniciativas: (1) la toma en consideración del MC OCDE y, sobre todo, el MC ONU, en el proceso de reforma de la Decisión 578; (2) la toma en consideración de la Decisión 578 a la hora de desarrollar un modelo de CDI propio, y (3) el diseño de normas antiabuso o elusión para incluir en los CDI o en la legislación interna, según el caso, que específicamente tenga en cuenta la asimetría que se puede producir como consecuencia de las diferencias entre la Decisión 578 y los CDI.

28 Vid., por ejemplo, la Decisión del 2 de abril de 2014, Schering Colombiana v. DIAN, Proceso 230-IP-2013.

6.2. El Tratado de Imposición sobre la Renta de la Comunidad del Caribe

El Tratado de Imposición sobre la Renta de la Comunidad del Caribe (Caricom)[29] guarda una cierta similitud con la Decisión 578 de la CAN en tanto atribuye jurisdicción exclusiva al Estado del que se deriva una renta, salvo las excepciones que el propio tratado contenga (por ejemplo, el artículo 9 relativo al transporte marítimo o aéreo, o el artículo 10, relativo a dividendos, que establece un tipo de retención del 0 por 100 en la fuente, sin que tampoco el Estado de residencia pueda gravar los mismos). Por su similitud con la Decisión 578 de la CAN, en este contexto son aplicables las mismas observaciones del epígrafe anterior en relación con la negociación de CDI con terceros países que no formen parte del Tratado Caricom.

29 Según la información de la Tax Research Platform del International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), en el momento de publicar este Manual, el citado tratado resulta aplicable en Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, Nevis, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, y Trinidad y Tobago.

7. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CDI: PRINCIPIOS GENERALES

Los CDI, se denominen convenios, tratados o acuerdos, tienen la naturaleza de tratados internacionales y, en consecuencia, se aplica a ellos, con ciertas particularidades, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT),[30] que constituye el derecho consuetudinario internacional vigente en esta materia y obliga a todos los Estados, hayan ratificado o no el CDVT. Un elemento básico del CVDT es el artículo 26, que recoge el principio *pacta sunt servanda*, según el cual los tratados en vigor vinculan a las partes y deben ser cumplidos por ellas de buena fe. En efecto, si un Estado no cumple de buena fe los compromisos que adquiere, otros países no tendrán interés en celebrar acuerdos internacionales con él. En el ámbito tributario, hay ejemplos de incumplimiento de los CDI que han culminado en denuncias y la terminación de los acuerdos, razón que debe llevar a los Estados a reflexionar antes de poner en marcha iniciativas que puedan suponer su desconocimiento. En algunos Estados (por ejemplo, Estados Unidos o Alemania), la legislación interna puede derogar un tratado internacional (*treaty override*), es decir, una ley interna puede perfectamente imponerse sobre el CDI en el ámbito tributario, aunque no es frecuente que ello ocurra a fin de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado que lo haga (lo cual, por ejemplo, podría dar lugar a acciones frente a ese Estado en distintos foros internacionales, entre ellos, y especialmente, si hay acuerdos de protección recíproca de inversiones y se cumplen los estándares del vulneración de los principios que estos protegen).

Otra dificultad frecuente en este campo, directamente vinculada al principio de *pacta sunt servanda*, se encuentra en cómo los distintos Estados aplican e interpretan los CDI, ya que las interpretaciones inadecuadas pueden conducir a vulneraciones del convenio que entrañen también infracciones del citado principio. Para empezar, las técnicas de interpretación de los tratados internacionales, y –entre ellos– los CDI, no son muy diferentes de las empleadas en el ámbito interno para interpretar la legislación tributaria: los métodos de interpretación literal, contextual o finalista están presentes en la mayoría de los Estados del mundo. No obstante, las tradiciones interpretativas de los distintos Estados varían, lo cual puede hacer que, ante un mismo CDI y un mismo artículo, dos administraciones o contribuyentes educados en tradiciones jurídicas distintas realicen interpretaciones diversas. Por esa razón, precisamente, los artículos 31 a 33 de la CVDT establecen reglas generales de interpretación de los tratados que deben tomarse en cuenta y cuya finalidad es que los distintos Estados no apliquen normas variadas que lleven a

30 Para consultar la CVDT, visítese el enlace: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf.

interpretaciones diferenciadas, basadas en sus tradiciones, y conduzcan a resultados dispares. Los tratados internacionales y, entre ellos, los CDI, deben ser interpretados de igual forma por las distintas partes contratantes; de ahí la importancia de que todos ellos apliquen las mismas reglas y técnicas de interpretación.

A pesar de que los CDI presentan particularidades en materia de interpretación, es preciso conocer en primer lugar las disposiciones de los artículos 31 a 33 de la CVDT, cuyo contenido puede ser sintetizado de la siguiente forma:

» ***La regla principal de interpretación y el texto del tratado como límite de la interpretación:*** El artículo 31.1 establece la regla fundamental de interpretación de los tratados:

"Un tratado deberá interpretarse de buena fe de conformidad con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin".

Esta regla establece tres técnicas de interpretación bien conocidas e intuitivas en la mayoría de los ordenamientos, a saber: la interpretación literal, la contextual y la teleológica, pero el aspecto más importante se encuentra en el hecho de que la aplicación de la interpretación contextual y teleológica (de acuerdo con el objeto y el fin de los CDI) está limitada por el texto del tratado, por el tenor de los artículos. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en algunos ordenamientos, la interpretación contextual o teleológica no puede servir para ir más allá de la interpretación literal de los artículos o prescindir de su redacción. Esto es, si bien el contexto del CDI, por un lado, y su objeto y su finalidad, por otro, pueden servir para dotar de sentido y significado a las palabras y expresiones, no pueden ser la exclusa que permita dejar de lado el tenor literal del CDI.

Por ejemplo, el objeto y el fin de un CDI puede ser eliminar la doble imposición en ambos Estados contratantes, pero, si el precepto en particular del CDI no limita su aplicación incluso si la renta o el patrimonio eximidos de gravamen en el Estado de la fuente no están sujetos a tributación en el otro Estado (es decir, si no hay una cláusula de sujeción a impuestos), el resultado de la interpretación no puede ser que el objeto y el fin del CDI obliguen a leer tal cláusula de sujeción a impuestos en los preceptos del CDI. Por ejemplo, una interpretación del equivalente al artículo 13.5 del MC OCDE de conformidad con el artículo 31.1 de la CVDT no permitiría que el fin de la eliminación de la doble imposición que tiene el CDI considerado lleve a leer en el tenor del artículo 13.5 del MC OCDE una cláusula de sujeción a impuestos, de tal manera que el Estado de residencia de la sociedad cuyas acciones han sido enajenadas recupere su jurisdicción

si la ganancia no es gravada en el otro Estado contratante, de residencia del enajenante de dichas acciones.

» ***La definición de "contexto" del artículo 31.2 de la CVDT:*** El término "contexto" del artículo 31.1 de la CVDT se refiere al "contexto legal", el cual incluirá, además del texto del tratado, su preámbulo y sus anexos, todo acuerdo relativo al tratado que haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado y todo instrumento formulado por una o varias partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás partes como instrumento referente al tratado.

El artículo 31.2 de la CVDT es una disposición lógica que define como relevantes, a la hora de dar significado a los términos, en este caso, de un CDI, todos los materiales que hayan sido aceptados por los Estados parte del CDI. El significado que adquiere el término "contexto" aquí es distinto del que se puede encontrar en el artículo 3.2 del MC OCDE y el MC ONU (contexto en sentido amplio), ya que está vinculado a aquellos materiales que ambas partes expresamente reconocen como tratado y sobre los que dieron su consentimiento: su texto, su preámbulo y sus anexos u otros materiales aceptados de forma bilateral en el momento de celebrar el CDI, como, por ejemplo, una explicación técnica aceptada por la otra parte como válida.

En los CDI la interpretación contextual es especialmente relevante para dotar de significado a las disposiciones del CDI y exige al intérprete que tome en consideración todos los materiales aceptados por el artículo 31.2 de la CVDT de forma intensa en primer lugar. Por ejemplo, si bien los artículos 7 del MC OCDE y el MC ONU emplean la expresión "beneficios empresariales", el significado de esta solo puede entenderse por referencia al resto de las disposiciones del CDI, y, en particular, por ejemplo, tomando en consideración que el artículo 11 se aplica a los intereses; el artículo 12, a los cánones o el artículo 12A, si el CDI sigue el MC ONU, a los servicios técnicos (al margen de que en la legislación interna los intereses, cánones u honorarios por servicios de una empresa sean beneficio empresarial). No es infrecuente que la falta de atención al "contexto" para dotar de significado a los términos de un CDI lleve a errores en la interpretación y aplicación de este.

Por su parte, el artículo 31.4 de la CVDT viene a reconocer que los términos de un tratado no siempre se interpretarán de la forma más usual, sino que pueden tener significados especiales si las partes así lo determinaron. En los CDI es obvio que el significado de ciertas categorías de rentas, estén o no definidas

expresamente en el CDI, por ejemplo, intereses en el artículo 11, o ganancias de capital en el artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU, puede ser distinto de los significados que tiene el término intereses o ganancias de capital en la legislación interna de los Estados contratantes. Y, al mismo tiempo, es perfectamente posible que, si un CDI define, de manera expresa o implícita, una categoría de renta de forma más amplia que el MC OCDE y el MC ONU, en su contexto, tal categoría tendrá un significado singular con respecto al habitual en otros CDI o en el ámbito internacional. En tales casos, este significado especial será el que deba prevalecer para interpretar tales términos o expresiones en el CDI. En realidad, el significado especial no es más que la corrección de la interpretación literal tomando en cuenta el contexto, el objeto y fin del tratado, por lo que la regla del artículo 31.4 de la CVDT, en sí misma, refuerza al artículo 31.1 de la CVDT.

» ***Otros materiales relevantes para la interpretación de un CDI (artículos 31.3 y 32 de la CVDT):*** La definición limitada de contexto que da el artículo 31.2 de la CVDT no quiere decir que no se puedan tomar en consideración otros materiales para interpretar el articulado de un tratado y, en particular, un CDI. Y así lo reconocen las propias reglas de la CVDT, las cuales consideran, en el artículo 31.3, que dichos materiales también tienen relevancia en el proceso de interpretación de cualquier acuerdo subsiguiente entre las partes relativo a la propia interpretación del CDI (por ejemplo, un acuerdo de modificación del CDI, un protocolo adicional que concrete el significado de un término o expresión, etc.), o cualquier práctica subsiguiente en la aplicación del CDI de la que se deduzca el acuerdo entre las partes relativo a la interpretación (por ejemplo, una práctica interpretativa ratificada por las dos partes oficialmente), o las reglas del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes (por ejemplo, otros tratados en vigor entre ellas o los principios generales del derecho internacional, etc.).

Por su parte, el artículo 32 admite que es posible acudir a medios complementarios de interpretación, como los trabajos preparatorios de un CDI (que normalmente no existirán en muchos países; sin embargo, en otros se informa a los parlamentos al respecto o hay notas técnicas de las administraciones) y las circunstancias de su conclusión para determinar el significado de los términos de un CDI y confirmar los resultados alcanzados con la metodología del artículo 31.1, o cuando la aplicación de este metodología lleva a un significado oscuro, ambiguo o a resultados absurdos o irracionales. Es decir, el artículo 32 permite, en el proceso de interpretación del tratado, utilizar materiales que no forman parte del "contexto" en sentido estricto, esto es, que no han sido

aceptados expresamente por los Estados contratantes, pero que pueden ser de ayuda para delimitar el significado de expresiones y términos utilizados.

Más abajo se comentará que, en este punto, los CDI presentan peculiaridades importantes y que ciertos materiales "externos", los MC y los Comentarios a los distintos artículos del MC OCDE o del MC ONU, también serán relevantes a la hora de interpretar los CDI.

» ***Los tratados en dos o más versiones lingüísticas (artículo 33 de la CVDT):*** Si dos Estados, como es frecuente, tienen lenguas distintas, lo normal será que se negocie un tratado (por ejemplo, un CDI) y se ratifique en las lenguas oficiales de ambos Estados contratantes. En este caso, si el CDI se negoció en dos o más versiones lingüísticas, ambas serán oficiales, a menos que el CDI disponga que una de ellas debe prevalecer. No es infrecuente tampoco que la negociación del CDI se realice en inglés y que, por ello, las partes otorguen valor prioritario a esta versión o, al menos, que también tenga valor oficial. Por ejemplo, es habitual que los CDI firmados por China dispongan la prevalencia de la versión en inglés del texto con respecto a las dos lenguas oficiales de los Estados contratantes; así se indica, por ejemplo, en el CDI España-China de 2018 (lo mismo ocurre en el CDI España-Irán de 2003).

  En cualquier caso, si entre las distintas versiones oficiales de un CDI existen diferencias que no sea posible eliminar en el proceso normal de interpretación y las partes no han fijado la predominancia de una de las versiones, el artículo 33.4 de la CVDT establece que prevalecerá aquella que mejor reconcilie los textos, tomando en consideración el objeto y el fin del tratado. La estandarización de los CDI, que suelen seguir el MC OCDE y el MC ONU, determina que, normalmente, las diferencias entre distintas lenguas sean menores (por ejemplo, hay traducciones más o menos oficiales de ambos MC a distintas lenguas que facilitan que sean tomadas como referencia a la hora de redactar los textos oficiales de los CDI).

Las reglas de los artículos 31-33 de la CVDT, con carácter general, aunque no constituyan un sistema completamente cerrado, son muy importantes para interpretar los tratados internacionales y, por ello, también los CDI, pero en el caso de estos últimos conviene tomar en consideración algunos elementos y reglas propias y singulares de interpretación. Las reglas propias de interpretación de los CDI establecen la existencia de algunas peculiaridades esenciales con respecto a las reguladas en la CVDT.

En primer lugar, a diferencia de lo que ocurre con otros tratados internacionales, los CDI no son completamente autónomos con respecto a la legislación de los Estados contratantes, sino que, más bien, están llamados a limitar los efectos de esta, en especial, aunque no de forma exclusiva, cuando se aplica a los no residentes en ese Estado. En este sentido, la íntima relación que existe entre el CDI y los sistemas tributarios del Estado que aplica el CDI debe tomarse en consideración en el proceso interpretativo del CDI. El CDI no opera en el vacío, sino en conexión con las legislaciones de los Estados contratantes, que serán las que estén limitadas por el texto del CDI. Y por ello puede concluirse que, en muchas ocasiones, y dependiendo de lo que indique el CDI, la legislación interna se convierte en "contexto" de aplicación del CDI, más allá de las indicaciones que se encuentran en el artículo 31.2 de la CVDT sobre el significado de este término.

En segundo lugar, y en conexión con la característica anterior, los CDI contienen reglas especiales de interpretación y aplicación que difieren de las propias de la CVDT y a las que habrá que atender con carácter preferente. En particular, los CDI contienen dos tipos de reglas:

» ***Remisiones a la legislación interna del Estado que aplica el CDI:*** Algunos artículos de los CDI dan entrada en el sistema del CDI a la legislación interna de los Estados contratantes de forma directa y en relación con conceptos concretos, de manera que esta contribuirá a dotar de significado a conceptos no definidos en el CDI (y se convertirá en el "contexto relevante", más allá del definido en el artículo 31.2 de la CVDT). Tales remisiones, que es posible encontrar en diversos preceptos de los CDI (por ejemplo, en el artículo 6.2, a propósito del significado de propiedad inmobiliaria, o en el artículo 10.3, en relación con el concepto de dividendos), determinarán que el significado del término esté vinculado al que adquiere en la normativa interna del Estado que aplica el CDI, que se convierte en "contexto legal" relevante para interpretar y aplicar el CDI.

  El efecto de estas reglas puede no ser el mismo en ambos Estados contratantes, y puede provocar variaciones o asimetrías en la aplicación del CDI que son naturales y propias de estos tratados. Por ejemplo, si un Estado en la legislación interna califica como dividendos las rentas obtenidas en la recompra de acciones, para ese Estado tales rentas se gravarán en la fuente aplicando el artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU. No obstante, si el otro Estado considera que tales rentas, de acuerdo con su legislación interna, son ganancias de capital, también a efectos del CDI (artículo 13), cuando ese Estado aplique el CDI concluirá, a diferencia de lo que hace el otro Estado, que las rentas obtenidas se calificarán en el artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU. Este resultado, que lleva a que una misma renta sea calificada de forma diversa (dividendos o ganancias de capital)

en función de qué Estado aplica el CDI debido a diferencias en su legislación interna, es consustancial a cómo se interpretan y aplican los CDI y no debe plantear problemas. Es un caso de "diferencias de calificación" que debe determinar que el Estado de residencia del contribuyente reconozca el potencial impuesto pagado en el otro Estado de acuerdo con el CDI, aunque si este Estado hubiera aplicado su legislación, el resultado hubiese sido distinto (vid. los Comentarios a los artículos 23A y 23B del MC OCDE y el capítulo de este Manual dedicado a este precepto).

Estas remisiones directas a la legislación de los Estados contratantes son diferentes de la aplicación del artículo 3.2 del MC OCDE y el MC ONU, y no requieren considerar ningún contexto en el sentido en el que emplea este término el propio artículo 3.2: de forma directa el CDI regula que la legislación nacional imprima sentido y significado a un término específico del CDI, sin que haya que acudir a verificar si el contexto requiere otra cosa.

» ***Remisiones a la legislación interna del Estado que aplica el CDI salvo que el contexto disponga otra cosa:*** El artículo 3.2 del MC OCDE y el MC ONU contiene una regla de interpretación según la cual en el momento de interpretar el CDI se aplicará la legislación interna vigente "salvo que el contexto requiera otra cosa". Esta regla, como resulta obvio, produce efectos solo si el CDI no define el término en particular (los CDI contienen definiciones generales, por ejemplo, en el equivalente al artículo 3.1 del MC OCDE, o específicas, relativas a determinados conceptos, en un buen número de preceptos; por ejemplo, el artículo 5 define el concepto de EP, el artículo 10.3 precisa el concepto de dividendos, el artículo 11.3 se dedica al concepto de intereses, el artículo 12 demarca el concepto de cánones, etc.). En este sentido, hay diversas opciones que es preciso comentar:

- Si el CDI contiene definiciones, habrá que utilizarlas y no aplicar las propias de la legislación interna. Si los términos de una definición del CDI, a su vez, no se definen, es posible que pueda entrar en juego la legislación interna, aunque también cabe la opción de que se definan tales términos en atención al contexto en el sentido del artículo 3.2 (por ejemplo, los Comentarios al artículo 12A del MC ONU indican que los distintos conceptos que componen la definición de servicios técnicos tienen un significado contextual, sin que deba acudirse a la legislación interna).

- Cuando el CDI no define un término, habrá que considerar si, de conformidad con la regla del CDI, hay que acudir a la legislación interna del Estado

que aplica el CDI o si, por el contrario, el contexto al que se refiere el artículo 3.2 impone algún límite en ese sentido. Ambas cosas pueden ocurrir simultáneamente. Por ejemplo, el CDI no define el término beneficios empresariales del artículo 7 o ganancias de capital del artículo 13, lo cual daría entrada a las definiciones domésticas de estos conceptos, que se aplicarían también en el CDI. No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta también el significado que el CDI atribuye a ambas expresiones, ya que queda claro que las rentas reguladas en otros artículos del CDI (por ejemplo, intereses o cánones) no serán consideradas beneficios empresariales para aplicar el CDI con independencia de lo indicado en la legislación interna de los Estados contratantes, ya que están reguladas en otros preceptos del CDI (e imponer el artículo 7.4 para su aplicación en estos casos). Lo mismo ocurre, como ejemplo adicional, con el artículo 13, que no define el concepto de ganancias de capital, por lo que se aplicará la legislación interna, aunque tales ganancias no podrán incluir las ganancias por incorporación, ya que el artículo 13 se vincula a las enajenaciones, no a la recepción de bienes o derechos.

A la hora de aplicar el artículo 3.2 es preciso tomar en consideración que, en los últimos años, con la expansión de los Comentarios al MC OCDE y el MC ONU, el contexto del artículo 3.2 adquiere cada vez más importancia y desplaza a la legislación interna en relación con términos no definidos en el CDI (y en los que no hay una remisión directa a la legislación interna para atribuirles un significado). La expansión de los Comentarios en relación con conceptos no definidos en los CDI (por ejemplo, el concepto de beneficiario efectivo en los Comentarios a los artículos 10-12 del MC OCDE, tras la revisión de estos en 2014, o el concepto de empleador y empleo, así como las rentas vinculadas a un trabajo anterior en el artículo 15; o los Comentarios relativos al concepto de servicios técnicos y los distintos tipos que comprende en el artículo 12A del MC ONU) prueba que en la OCDE y en Naciones Unidas existe la voluntad de desarrollar un "contexto en sentido amplio" que permita excluir la necesidad de acudir a la legislación interna, de forma que tal contexto contribuya a que el CDI se aplique de la misma forma en los Estados que firman CDI, creando una especie de lenguaje fiscal internacional común.

En tercer lugar, una de las peculiaridades más importantes de los CDI a la hora de realizar su interpretación se encuentra en la existencia y conexión de los CDI con el MC OCDE y el MC ONU y sus Comentarios, conforme van siendo actualizados por ambas organizaciones a lo largo de los años. A pesar de la importancia que tienen

los Comentarios al MC OCDE y el MC ONU a la hora de interpretar los CDI, como se ha indicado en el epígrafe 5 más arriba, su posición y calificación de acuerdo con las reglas de los artículos 31-33 de la CVDT no está clara. Si bien podrían ser medios complementarios de interpretación del artículo 32 de la CVDT, se acepta que su importancia sobrepasa la de materiales como los mencionados en este precepto, que solo confirman el significado de un término al que se llega aplicando las reglas del artículo 31 de la CVDT y que tanto la OCDE como Naciones Unidas, las administraciones tributarias y los tribunales nacionales atribuyen a los Comentarios una gran relevancia como contexto (en un sentido amplio, no el del artículo 31.2 de la CVDT) de los CDI, con los límites ya indicados en el epígrafe 6 en relación con la aplicación de versiones posteriores de los Comentarios a CDI anteriores.

En un sentido laxo, podría interpretarse que los Comentarios al MC OCDE o el MC ONU podrían operar como contexto del CDI a efectos del artículo 31.2 de la CVDT, pero sus propias peculiaridades (la evolución de los Comentarios con posterioridad a la ratificación del CDI, el hecho de que alguna de las partes contratantes no sea miembro de la OCDE o que tampoco suela seguir el MC ONU) pueden reducir las posibilidades de que dichos Comentarios adquieran una fuerza similar al contexto legal del artículo 31.2 de la CVDT y determinan que tal calificación sea discutible. La naturaleza de los Comentarios al MC OCDE y el MC ONU, y su calificación en las reglas de los artículos 31-33 de la CVDT, ha centrado el esfuerzo de la doctrina internacional y ha hecho correr ríos de tinta al respecto; no obstante, los tribunales de los distintos países optan por una posición pragmática y, simple y llanamente, suelen reconocer la relevancia de los Comentarios al MC OCDE (con más frecuencia que los del MC ONU), en la mayoría de los casos sin tratar de determinar la posición que ocupan en las reglas de los artículos 31-32 de la CVDT y la naturaleza que tienen. Tal postura resulta razonable a la vista de las peculiaridades de los CDI con respecto a los tratados internacionales más generales, siendo la propia existencia de los MC y sus Comentarios la razón más obvia para concluir que los CDI tienen reglas de interpretación propias que pueden apartarse de las generales de la CVDT.

En definitiva, la interpretación de un CDI es compleja, ya que, si bien pueden tomarse como punto de partida las reglas interpretativas de los artículos 31-33 de la CVDT, es preciso considerar las propias normas de los CDI en esta materia (remisiones al derecho interno, definiciones del CDI) y la interrelación de los CDI con los sistemas tributarios de las partes contratantes o incluso la fuerza que pueden tener materiales externos, como los Comentarios al MC OCDE y el MC ONU, en sus distintas versiones a lo largo del tiempo. En cualquier caso, no se deben realizar interpretaciones mecánicas y atender como punto de partida al contexto y al objeto y la finalidad de cada CDI considerado de forma individualizada, sin aplicar reglas apriorísticas (por ejemplo, si bien los Comentarios al MC OCDE y el MC ONU pueden ser relevantes para interpretar muchos CDI, ello dependerá del texto del

CDI; al mismo tiempo, las versiones posteriores del MC OCDE y el MC ONU y sus Comentarios no siempre servirán para interpretar los CDI anteriores, ya que pueden introducir elementos nuevos que no se encontraban en el CDI más antiguo).

Y el punto de equilibrio deseable será que ambos Estados interpreten el CDI de igual forma, de manera que no se produzcan asimetrías que ocasionen doble imposición o doble no imposición como consecuencia de la deficiente interpretación del CDI en uno de ellos. Cualquier dificultad en la interpretación puede solventarse en el contexto del procedimiento amistoso del artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU, como se indica en el capítulo dedicado a este precepto, aunque existe alguna diferencia menor en la fuerza que se atribuye a los procedimientos amistosos relativos a la interpretación del CDI en el artículo 3.2 del MC OCDE y el MC ONU, ya que en el primero se sitúan en el mismo nivel que el contexto del CDI en la propia redacción del artículo 3.2, mientras que en el segundo no ocurre igual, lo cual no quiere decir que carezcan de relevancia los acuerdos de las autoridades competentes sobre interpretación de un CDI (vid., a estos efectos, la sección relativa a los procedimientos amistosos interpretativos en los Comentarios al artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU de este Manual).

SECCIÓN SEGUNDA:

TÍTULO Y PREÁMBULO

Capítulo 2.

Título, preámbulo y alcance del convenio de doble imposición: artículos 1 y 2 del MC OCDE y el MC ONU

1. TÍTULO DEL CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN

TÍTULO:
CONVENIO ENTRE EL ESTADO A Y EL ESTADO B PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN CON RESPECTO A LOS IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y EL PATRIMONIO, Y LA PREVENCIÓN DEL FRAUDE Y LA ELUSIÓN FISCAL

1.1. Breve explicación de la relevancia del título del modelo de convenio a los efectos de la aplicación de los CDI

En relación con el título de los convenios de doble imposición (CDI), la práctica general consiste en incluir en el título una referencia a la eliminación de la doble imposición con respecto a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y a la prevención del fraude y la evasión fiscal. Tal fórmula aparece recogida en los propios MC ONU y MC OCDE a partir de 2017, y se considera recomendable que los diferentes países la utilicen en la negociación de sus CDI.

Nótese que la inclusión de la referencia a los impuestos sobre la renta y el patrimonio debe ser consistente y puesta en relación con el contenido del artículo 2 del CDI.

2. PREÁMBULO DEL CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN

2.1. Explicación relativa al significado y la relevancia del preámbulo de los CDI

El preámbulo de un CDI se redacta de acuerdo con los procedimientos constitucionales de los Estados contratantes.

A su vez, el MC OCDE y el MC ONU incluyen en el preámbulo referencias a dos objetivos que tratan de lograrse a través de los CDI, a saber:

1. El desarrollo de las relaciones económicas y la cooperación en materia fiscal.[31]

2. La eliminación de la doble imposición en relación con los impuestos sobre la renta y el patrimonio, sin crear oportunidades de doble no imposición o tributación reducida a través de esquemas de elusión fiscal (incluidos los esquemas o estructuras de abuso de los CDI o *treaty shopping*, dirigidas a la aplicación de las "ventajas" derivadas del convenio en beneficio de residentes de terceros países; vid., a este respecto, el capítulo relativo al artículo 29 del MC OCDE y el MC ONU).

Esta segunda funcionalidad responde a la necesidad de incorporar en los CDI el estándar mínimo sobre medidas antiabuso de convenio que adoptaron los miembros del marco inclusivo del BEPS a través del informe final de la Acción 6 del BEPS (2015).[32]

La inclusión de estas referencias relativas al objeto y a los propósitos de los CDI posee relevancia interpretativa, de acuerdo con el artículo 31.1 de la CVDT de 1969, tal y como indica el MC OCDE de 2017 y revela la jurisprudencia fiscal internacional.[33]

31 Algunos tribunales han puesto en valor la relevancia de los CDI como mecanismos que favorecen la canalización de inversión extranjera por parte de inversionistas internacionales (no necesariamente residentes del Estado contratante donde está domiciliada la entidad *holding*), a los efectos de fundamentar la aplicación del CDI en el Estado de la fuente por parte de entidades intermedias (vid. por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de India en el caso Azadi Bachao Andolan (sentencia de 07/10/2003, 263 ITR 706/132, Taxman 372/184 CTR 450 SC) y la jurisprudencia concordante (High Court of Delhi, ruling of 30 January 2023, 2023/DHC/000634, asunto Blackstone Capital Partners vs. ACIT).

32 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) y G20, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6–2015 Final Report*, París: OCDE, 2015.

33 Vid., por ejemplo, la sentencia de la Tax Court y Federal Court of Appeal de Canadá en el caso Alta Energy (2018 TCC 152, y 2020 FCA 43, respectivamente).

3. EL ARTÍCULO 1 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: PERSONAS COMPRENDIDAS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS CDI

3.1. Función del artículo 1 del MC OCDE y el MC ONU

Esta cláusula-tipo está incluida en el MC OCDE y el MC ONU en términos similares y contiene una regla general que ordena el ámbito subjetivo de aplicación de los CDI a personas físicas (individuos) y jurídicas (personas morales o entidades). Este precepto también aclara la potencial aplicación de los CDI a través de determinado tipo de entidades y esquemas contractuales (sociedades de personas y trust/fiducias), que no se tratan fiscalmente como "sujetos pasivos" de acuerdo con la legislación interna de uno o ambos Estados contratantes.

Asimismo, la cláusula de salvaguardia (*saving clause*) del artículo 1.3 especifica que, como regla (sujeta a ciertas excepciones), la finalidad de los CDI no es afectar o limitar la imposición de un Estado contratante en relación con sus contribuyentes residentes, tal y como se analiza en el informe final de la Acción 6 del BEPS (2015).

Nótese cómo, a partir de 2017, el MC OCDE y el MC ONU han introducido, en la cláusula del artículo 1, algunos cambios derivados de la Acción 2 del Plan BEPS en relación con las "entidades híbridas".

Por lo tanto, la función del artículo 1 reside en delimitar únicamente el aspecto subjetivo o personal de los sujetos (personas físicas, personas jurídicas y otras entidades como sociedades de personas y fiducias/trust) comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio. Sin embargo, a esta cláusula la complementan otras (en particular, los artículos 2, 3 y 4 del MC OCDE y el MC ONU), y en modo alguno agota ella la materia del ámbito de aplicación del convenio, ya que otras disposiciones, como las que regulan los impuestos comprendidos o el ámbito territorial, sirven para delimitar tal cuestión, por no mencionar la potencial aplicación de cláusulas antiabuso convencionales (v. gr., la del artículo 29.9 del MC OCDE) o de exclusión subjetiva (entidades a las que se apliquen regímenes preferenciales).[34] Como se explica en este Manual, al hilo de los Comentarios al artículo 4 del MC OCDE y el MC ONU, las personas (físicas y jurídicas) residentes de terceros países (C) quedan fuera del ámbito de aplicación de un CDI concluido entre dos Estados contratantes (A y B), incluso

34 Nótese que el mero hecho de que una entidad esté "domiciliada" en una zona franca situada dentro del territorio de un Estado contratante no determina *per se* que quede excluida de la aplicación del CDI, a menos que el convenio contenga una cláusula de exclusión explícita; no obstante, tal entidad debe cumplir con los requisitos para aplicar el CDI con arreglo a los artículos 1 y 4 del MC OCDE; vid. en este sentido el pronunciamiento de la Dirección General de Tributos española en relación con el CDI España-EAU (consulta vinculante V1605-2023, del 6 junio de 2023).

cuando operen en el territorio de uno o ambos Estados a través de un establecimiento permanente (EP).[35]

Los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE y el MC ONU complementan el contenido esencial de tal precepto mediante la inclusión, por un lado, de principios que ordenan la relación entre las cláusulas antiabuso nacionales y las disposiciones del CDI, y, por otro, la posibilidad de que los Estados contratantes puedan introducir en el CDI cláusulas convencionales dirigidas a prevenir o neutralizar esquemas o estructuras que canalicen un uso impropio del CDI. Los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE y el MC ONU[36] se refieren a algunas de las cláusulas nacionales y convencionales que pueden articularse a estos efectos, aunque a partir de 2017 tales cláusulas aparecen desarrolladas al hilo del artículo 29 del MC OCDE y el MC ONU, de acuerdo con lo establecido en el informe final de la OCDE y el G20 sobre la Acción 6 del Plan BEPS (2015).

En este sentido, desde 2017, el MC OCDE y el MC ONU reflejan un enfoque sobre medidas convencionales antiabuso menos amplio que el que venía siendo adoptado con carácter previo al Plan BEPS,[37] en aras de propiciar la implementación efectiva y uniforme del estándar mínimo en materia de medidas contra la utilización impropia de los CDI derivado de la Acción 6 del Plan BEPS.

3.2. El apartado 1 del artículo 1 del MC OCDE y el MC ONU: reglas generales sobre el ámbito subjetivo de los CDI

El apartado 1 del artículo 1 del MC OCDE y el MC ONU delimita el ámbito de aplicación de un CDI en función de la residencia fiscal de las personas físicas o entidades de que se trate en un Estado contratante (o en ambos). De esta forma, el ámbito personal del CDI no se define a partir de la condición de nacional de un Estado

35 Esta cuestión se planteó en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto Saint-Gobain (C-307/97); también la OCDE elaboró en su día un informe sobre casos triangulares (1992). Los potenciales abusos relacionados con estructuras triangulares a través de establecimientos permanentes quedan cercenados por cláusulas antiabuso específicas como la presente en el artículo 29.8 del MC OCDE y artículo 10 de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI), que siguen básicamente las posiciones del Informe Final Acción 6 del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE (Plan BEPS) (2015).

36 Los Comentarios al artículo 1 del MC ONU (párrafos 82 a 144) prestan más atención que los del MC OCDE a los ejemplos de uso impropio de los CDI. No obstante, cabe considerar que los dos modelos (el de la OCDE y el de Naciones Unidas) adoptan una posición sustancialmente coincidente en relación con la materia ordenada en el artículo 1.

37 Los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE y el MC ONU previos al BEPS (2017) se referían a un conjunto de modelos de cláusulas antiabuso, extraídos de la práctica convencional internacional, que los Estados contratantes podrían introducir en sus CDI (por ejemplo, cláusulas frente a sociedades instrumentales, cláusulas de sujeción fiscal, cláusulas frente a *stepping-stone schemes*, cláusulas LOB, etc.). Las referencias a este catálogo de cláusulas convencionales frente al uso impropio ya no aparecen en el MC OCDE ni en el MC ONU con posterioridad al BEPS, a fin de lograr una implementación uniforme del estándar mínimo de la Acción 6 de BEPS. Con todo, en las cláusulas del MC OCDE y el MC ONU sigue habiendo disposiciones específicas antiabuso en relación con los artículos 10, 11, 12, 13 y 17, por ejemplo (cláusula de beneficiario efectivo, etc.).

contratante, aunque existan disposiciones que toman en cuenta tal circunstancia (v. gr., los artículos 4.2, 19, 24.1 y 25.1 del MC OCDE), sino a partir de la condición de residente, a efectos tributarios, de dicho Estado.

El concepto de residencia fiscal, a los efectos de la aplicación del Convenio, se regula en el artículo 4 del MC OCDE y el MC ONU (remitirse a los comentarios que se presentan en este Manual en relación con el citado precepto).

El artículo 3.1 (A y B) del MC OCDE y el MC ONU contiene las definiciones de los términos "persona" y "sociedad" que se aplican a los efectos del artículo 1. El término "persona" comprende a las personas naturales, las sociedades y cualquier otra colectividad de personas, de suerte que esta última expresión posee un significado muy amplio que incluye a entidades distintas de sociedades como las "sociedades de personas" (*partnerships*) y, en algunos países, a los *trustees* de un trust o fiducia, así como a asociaciones sin personalidad jurídica, como clubes deportivos o entidades educativas y asociaciones sin fines de lucro (*charities*).[38]

Con carácter general, el Estado de residencia de una persona comprendida en el Convenio acepta la calificación realizada por el Estado de la fuente a los efectos de la aplicación del Convenio,[39] aunque existen situaciones especiales en las cuales las autoridades fiscales del otro Estado contratante podrían cuestionar tal calificación fiscal.

El hecho de que una persona física, una sociedad o una entidad sea residente fiscal de un Estado contratante no significa que pueda disfrutar de todos los beneficios derivados del convenio, ya que, en ocasiones, las distintas cláusulas pueden exigir condiciones adicionales (v. gr., el artículo 10 del MC OCDE requiere que el perceptor del dividendo sea beneficiario efectivo de la renta)[40] o quedar sujeto a los límites de las cláusulas antiabuso (artículo 29 del MC OCDE y el MC ONU).

Asimismo, en el manual de negociación de convenios de Naciones Unidas de 2019 (párrafo 173), en línea con los Comentarios al artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU, se destaca la existencia de países que desean introducir, en los convenios que concluyen, cláusulas dirigidas a evitar situaciones de doble no imposición o de excesiva baja tributación que resultan de determinadas disposiciones o regímenes establecidos por el otro Estado contratante, en el momento de la firma del convenio o con posterioridad, y en tal sentido se ha formulado una serie de cláusulas tipo que limitan la aplicación de dichas disposiciones o de regímenes especiales como las

38 Vid. los párrafos 2, 4, 7 y 10 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

39 Se considera que tal principio deriva del Informe de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *OECD report: Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, París: OCDE; 1999, incorporado al MC OCDE en el año 2000; vid. el párrafo 16 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE y el párrafo 7 de los Comentarios al artículo 1 del MC ONU.

40 Vid. el párrafo 13 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

deducciones nocionales sobre fondos propios, la *remittance based taxation*,[41] etc.[42] En este sentido, se presenta una cuestión de política fiscal que debe abordarse en el marco de la negociación de cada CDI, mientras se pondera la oportunidad de introducir este tipo de cláusulas, aunque, si lo que se busca es maximizar los flujos de inversión y capital hacia uno de los Estados o hacia ambos, puede resultar adecuado no articular cláusulas de este tenor y combatir los abusos a través de otras cláusulas convencionales o domésticas.

3.3. El apartado 2 del artículo 1 del MC OCDE y el MC ONU: tratamiento de las entidades transparentes

3.3.1. Principios relativos a la cobertura convencional de las sociedades de personas y otras entidades transparentes desde el punto de vista fiscal

El párrafo 2 del artículo 1 del MC tiene por objeto regular, a los efectos de la aplicación del convenio, la situación de los pagos a sociedades de personas y otras entidades (*non-corporate entities*) (fiducias, trust) a las que uno o los dos Estados contratantes tratan, total o parcialmente, como transparentes desde el punto de vista fiscal.

La práctica internacional revela cómo los diferentes países adoptan enfoques distintos en relación con la calificación y el tratamiento fiscal de estas sociedades de personas y entidades que no poseen forma jurídica societaria, de manera que en algunos casos se adoptan enfoques opacos (se les da un trato asimilado a una sociedad sujeta al Impuesto sobre Sociedades), en tanto que en otras ocasiones se aplican enfoques de transparencia fiscal o *look-through* (la renta obtenida a través de la entidad se imputa a los partícipes a efectos de la imposición sobre la renta).[43]

El apartado 2 establece que allí donde la sociedad de personas o la entidad sin forma corporativa es tratada por un Estado contratante como una entidad sujeta a imposición (*taxable entity*), tal entidad puede calificar como residente de un Estado contratante a los efectos del artículo 4.1 del convenio y, por lo tanto, estar legitimada para beneficiarse de sus disposiciones. Por el contrario, allí donde la sociedad de personas o la entidad sean tratadas como una entidad transparente desde el punto de vista fiscal de acuerdo con la legislación del Estado de residencia, de manera que tal Estado somete a imposición sobre la renta a los partícipes de la referida entidad

41 Algunos tribunales se han pronunciado en el sentido de que resultan de aplicación las disposiciones de un CDI a entidades residentes de un país, por lo menos allí donde la legislación fiscal sujeta a gravamen a la entidad por su renta mundial, con independencia de que se remita efectivamente la renta (Bombay High Court ruling, 21 de junio de 2023, Commissioner vs. Citicorp Investment Bank Singapore, nº 256/2018).

42 En el mismo sentido, vid. el párrafo 118 y ss. de los Comentarios al artículo 1 del MC ONU 2017 y los párrafos 82 y ss. de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE 2017.

43 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, París: OCDE; 1999.

por la renta obtenida a través de ella, entonces el apartado 2 del artículo 1 establece que las disposiciones del convenio deben aplicarse a nivel de los partícipes (en la medida en que sean residentes fiscales de un Estado contratante).

Esta cláusula solo opera a los efectos de la aplicación del convenio, esto es, para determinar si se aplican las disposiciones que autorizan el gravamen en el Estado de la fuente y en el Estado de residencia a efectos de la eliminación de la doble imposición, sin alterar la regulación local de los Estados en relación con otras cuestiones.[44]

El tratamiento fiscal de las sociedades de personas, y las entidades y los acuerdos o contratos (fiducias) que no califican como sociedades en sentido estricto, sujetas al Impuesto sobre Sociedades por los diferentes Estados, resultando gravadas, total o parcialmente, como entes transparentes desde el punto de vista fiscal, fue objeto de un informe de la OCDE sobre *partnerships* (1999), cuyos principios se han desarrollado con posterioridad en el MC OCDE y el MC ONU, tal y como queda reflejado en los Comentarios al artículo 1.2 de estos modelos (de 2017 y 2021, respectivamente).[45]

De este modo, los Comentarios al artículo 1.2 del MC OCDE incorporan las conclusiones del referido informe sobre tributación de *partnerships* y aclaran una serie de cuestiones que se plantean al hilo de tal cláusula convencional, a saber:

1. La aplicación de los principios del informe de la OCDE sobre partnerships a otro tipo de entidades (*non-corporate entities*).

2. El concepto de entidad, total o parcialmente transparente, a efectos fiscales.

3. El alcance de la expresión "renta obtenida a través de una entidad o un acuerdo".

4. El concepto de renta.

5. La interpretación de la noción "fiscalmente transparente".

6. Las cuestiones relativas a calificaciones asimétricas y eliminación de la doble imposición, entre otras.[46]

44 Vid. los párrafos 14-16 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

45 En los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE 2017 se aclaran un buen número de cuestiones que se habían planteado en el informe de la OCDE sobre *partnerships* de 1999.

46 Vid. los párrafos 3-16 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

El Comité en cuestiones de tributación de Naciones Unidas, en los Comentarios al artículo 1.2, se muestra de acuerdo con la posición reflejada en los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE, aunque algunos países han formulado objeciones en relación con situaciones donde pueden generarse *duplicative claims of treaty benefits*.[47]

Por otra parte, es preciso conectar estos Comentarios con la potencial aplicación a las distribuciones de beneficios por algunas de estas entidades o de estos acuerdos de los artículos 10 o 21 del MC OCDE, aspecto en el que nos remitimos a dichos artículos.

3.3.2. El tratamiento de las entidades de inversión colectiva a los efectos del artículo 1 del MC OCDE y el MC ONU

Los principios del apartado 2 del artículo 1 del MC OCDE teóricamente podrían resultar de aplicación con respecto a entidades de inversión colectiva; no obstante, los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE ponen de relieve las dificultades prácticas que concurren a tal efecto, considerando que en muchos casos se trata de entidades exentas o transparentes desde el punto de vista fiscal, de manera que la situación de las instituciones de inversión colectiva (IIC),[48] los fondos de pensiones y los fondos soberanos requieren un análisis específico,[49] y se recomienda la articulación de cláusulas convencionales o acuerdos interpretativos articulados en aplicación del artículo 25 que aclaren la aplicación del convenio a la renta obtenida por tales entidades.[50]

El MC OCDE contiene varias cláusulas tipo que aclaran la aplicación de los convenios a estas entidades (instituciones de inversión colectiva, fondos de pensiones,[51] fondos soberanos y fondos de inversión inmobiliarios [REIT, por su sigla en

47 Vid. el párrafo 8 de los Comentarios al artículo 1 del MC ONU.

48 La expresión *collective investment vehicle* (CIV) se refiere a fondos abiertos con un gran número de inversionistas o partícipes que ostentan una cartera diversificada de inversiones en participaciones corporativas y están sujetos a regulación de protección de inversionistas en el país donde dichas participaciones están establecidas (párrafos 22 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE).

49 La OCDE parece posicionarse a favor de la cobertura convencional de los fondos soberanos y fondos de pensiones públicos, así como entidades de derecho público participadas en su integridad por los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas y sus autoridades locales, aunque deja abierta la cuestión de la aplicación del principio de costumbre internacional de inmunidad soberana en este contexto (párrafos 49-53 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE). La jurisprudencia del TS español (STS del 24 de febrero de 2021, rec.3829/2019) se ha pronunciado a favor de la no discriminación fiscal de los fondos soberanos *lato sensu* respecto de "fondos públicos de gestión de seguridad social" (fondo de reserva), considerando los Principios de Santiago sobre Fondos Soberanos (GIT-FMI), la Comunicación de la Comisión Europea ("Un enfoque común sobre fondos soberanos", del 27 febrero de 2008) y la libre circulación de capitales a la luz del TJUE y el Derecho de la Unión Europea (SSTJUE en los asuntos 252/14 y 485/14).

50 Vid. los párrafos 23 y ss. de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

51 El artículo 3.1.i del MC OCDE observa la cobertura de los fondos de pensiones reconocidos a los efectos de la aplicación de los CDI, con independencia de su estatuto de exención o tributación mínima.

inglés]).[52] La inclusión de tales entidades o acuerdos en los CDI puede contribuir a maximizar las posibilidades de inversión en el territorio de los Estados contratantes en condiciones de seguridad jurídica.

Como ha puesto de relieve la OCDE, la aplicación de los CDI a vehículos de inversión colectiva plantea una serie de cuestiones en relación con los artículos 1, 4, 10 y 11 respecto de los conceptos convencionales de "persona", "residente" y "beneficiario efectivo", de suerte que la OCDE, en determinadas condiciones, considera que ciertos vehículos de inversión colectiva quedarían comprendidos en el ámbito de aplicación de los CDI, aunque también contempla cláusulas convencionales singulares[53] con el objetivo de evitar potenciales casos de uso impropio de CDI, así como la doble imposición que pueden tolerar los inversionistas.[54]

El MC ONU sigue básicamente la posición establecida en los Comentarios al MC OCDE (artículo 1), y advierte sobre la *necesidad* de establecer cláusulas de cobertura de IIC que tengan en cuenta las disparidades en los niveles de inversión por tales vehículos en cada uno de los Estados contratantes, así como otras cuestiones de política fiscal y de naturaleza administrativa.[55]

En este contexto, no puede dejar de señalarse cómo el tradicional enfoque (más laxo y objetivo) que se aplicaba antes del Plan BEPS con carácter general en relación con la implementación de los CDI relativos a entidades instrumentales e intermedias articuladas por fondos de inversión (CIV & Non-CIV)[56] resulta claramente afectado por la expansión de la cláusula antiabuso (*principal purpose test*), establecida en el artículo 7 de la MLI y en el propio artículo 29.9 del MC OCDE 2017 (vid. los Comentarios a este precepto), ya que tal cláusula articula una prueba más subjetiva que permite que las administraciones tributarias efectúen una interpretación discrecional (aunque no arbitraria) considerando todos los hechos y circunstancias del caso a los efectos de la aplicación de las disposiciones del CDI de que se trate y la finalidad del CDI y sus disposiciones particulares. No obstante, la propia OCDE ha puesto de relieve cómo la concurrencia y la acreditación de determinadas circunstancias pueden justificar razonablemente situaciones y estructuras en las cuales los vehículos de inversión están localizados en el territorio de una jurisdicción distinta de aquella donde residen la mayoría de sus inversionistas, de manera que

52 Vid. los párrafos 23 y ss. de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE, que contienen las conclusiones del informe de la OCDE, *The granting of treaty benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles*, París: OCDE; 2010.

53 Vid. los párrafos 31-48 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

54 Vid. el informe de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *The Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles*, París: OCDE; 2010, y los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE, párrafos 22 y ss.

55 Vid. el artículo 1.4 del MC ONU y Comentarios al artículo 1 del MC ONU (párrafos 12 y ss).

56 Vid. el informe OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *The Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Conllective Investment Vehicles*, París: OCDE; 2010, y los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE, párrafos 22 y ss.

tales estructuras pueden calificarse (en determinados casos) como vehículos de inversión *bona fide* que quedarían extramuros o al margen de la aplicación efectiva de la referida cláusula antiabuso (PPT).[57]

3.4. El apartado 3 del artículo 1 del MC OCDE y el MC ONU: la limitación de la aplicación del CDI en el Estado de residencia a través de la denominada cláusula de salvaguardia

El apartado 3 del artículo 1 del MC OCDE y el MC ONU se corresponde con la cláusula de salvaguardia (*saving clause*) que Estados Unidos viene incluyendo tradicionalmente en sus CDI a efectos de salvaguardar el derecho de gravamen del Estado de la residencia sobre sus contribuyentes residentes,[58] sin perjuicio de la aplicación prevalente de determinadas cláusulas convencionales. Esta cláusula se incorporó al MC ONU y el MC OCDE en 2017, como resultado del informe final sobre la Acción 6 del Plan BEPS (2015).

La cláusula permite que el Estado de residencia del contribuyente aplique el gravamen sobre la renta obtenida en el otro Estado, con independencia del modo en que este último someta a imposición la misma renta. El caso arquetípico estaría dado por el régimen de transparencia fiscal internacional (*controlled foreign companies*).

El apartado 3 del artículo 1 debe incluir las excepciones a tal derecho de gravamen por el Estado de residencia de los contribuyentes con arreglo a su legislación interna, de manera que resulte claro qué disposiciones del CDI limitan la aplicación de tal legislación. Por ejemplo, en algunos casos podría resultar recomendable incluir en tal listado de excepciones lo previsto en el artículo 23 del convenio en relación con la obligación de eliminar la doble imposición de acuerdo con lo establecido en el convenio.[59] Asimismo, deben incorporarse en tal listado las cláusulas de los

57 El informe de la OCDE (*BEPS Action 6 on Non-CIV examples*, París: OCDE, 2017) y los Comentarios (párrafos 182 y ss.) al artículo 29.9 del MC OCDE 2017 (ejemplos, D, G, K y M) hacen referencia a una serie circunstancias como el ejercicio de funciones desarrolladas por el personal (sustancia) de la entidad filial (intermedia) que pueden justificar la concurrencia de una situación de buena fe (no abusiva) en relación con estructuras intermedias: (1) la existencia de un equipo calificado de gestión de inversiones que revise las recomendaciones de inversión; (2) la aprobación y el monitoreo de las inversiones; (3) las funciones de tesorería; (4) la labor de llevar los libros y registros contables, y el control del cumplimiento en los países donde se realizan las inversiones; (5) un consejo de administración formado en su mayor parte por administradores residentes con experiencia en gestión de inversiones, y (6) el pago de impuestos y la presentación de declaraciones tributarias en el Estado de residencia de la entidad intermedia.

58 Vid. los artículos 1.4 y 5 del Modelo de Convenio en Materia de Imposición sobre la Renta de Estados Unidos (MC EE. UU.) de 2006.

59 Una disposición de este tipo puede contribuir al buen funcionamiento de los mecanismos de eliminación de doble imposición previstos en el CDI, evitando potenciales restricciones derivadas de la legislación interna de los Estados que pueden erosionar el alcance de la cláusula reguladora del método convencional autónomo para evitar la doble imposición.

artículos 7.3,[60] 9.2,[61] 19,[62] 20,[63] 24,[64] 25[65] y 28,[66] en consonancia con lo previsto en el artículo 1.3 del MC OCDE.

El MC ONU contiene una cláusula de corte similar al artículo 1.3 del MC OCDE; no obstante, el MC ONU incluye en la lista de excepciones el artículo 18 (A y B) en relación con los pagos de pensiones y de la seguridad social a fin de tomar en consideración las diferencias que tal precepto presenta frente al artículo 18 del MC OCDE (vid. los Comentarios a este artículo en el presente Manual).[67]

3.5. La posición de la OCDE sobre el uso impropio de los CDI y las medidas específicas para prevenir y combatir la elusión fiscal a través de los CDI

El MC OCDE viene dedicando considerable atención a la problemática del uso impropio de los CDI y a las medidas para prevenir y combatir este tipo de conductas, esquemas contractuales y estructuras.

El MC OCDE 2003, en gran medida, supuso un salto cualitativo en cuanto a la incorporación y el desarrollo de principios y cláusulas antiabuso en el modelo de convenio y, con ello, en los CDI negociados posteriormente; pero posiblemente haya sido el informe final sobre la Acción 6 del Plan BEPS (2015) lo que haya terminado de configurar el actual marco convencional frente al abuso de los CDI a escala internacional.[68]

Los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE y el MC ONU dedican un conjunto de párrafos a la cuestión del uso impropio de los CDI, y allí se explican los principios

60 El artículo 7.3 del MC OCDE requiere que un Estado contratante garantice a una empresa de tal Estado un ajuste correlativo con posterioridad a un ajuste realizado por el otro Estado contratante, con arreglo al artículo 7.2, en relación con la tributación exaccionada sobre los beneficios imputables a los establecimientos permanentes (EP).

61 El artículo 9.2 del MC OCDE requiere que un Estado contratante garantice a una empresa de tal Estado un ajuste correlativo posterior a un ajuste inicial realizado por otro Estado contratante, de acuerdo con el artículo 9.1, en la cuantía gravada sobre los beneficios de una empresa asociada.

62 El artículo 19 del MC OCDE puede afectar a la forma en que un Estado contratante somete a imposición a una persona física residente si tal sujeto obtiene renta en relación con servicios prestados en el otro Estado contratante.

63 El artículo 20 del MC OCDE puede afectar a la forma en que un Estado contratante somete a imposición a una persona física residente si es un estudiante comprendido en el ámbito de aplicación de tal cláusula.

64 El artículo 24 del MC OCDE protege a los residentes de un Estado contratante frente a ciertas prácticas fiscales discriminatorias que pueden llevarse a cabo en el marco del CDI.

65 El artículo 25 del MC OCDE permite a los residentes de un Estado contratante solicitar que la autoridad competente de tal Estado considere casos de imposición no acordes con el CDI.

66 El artículo 28 del MC OCDE puede afectar a la forma en que un Estado contratante somete a imposición a una persona física residente de dicho Estado cuando sea miembro de una misión diplomática o consular del otro Estado contratante.

67 Vid. los párrafos 10-21 de los Comentarios al artículo 1 del MC ONU.

68 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) y G20, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6–2015 Final Report*, París: OCDE; 2015.

generales antiabuso de CDI y las medidas internas y convencionales que pueden articularse para prevenir y contrarrestar o neutralizar las operaciones abusivas.

El punto de partida es el reconocimiento de que los contribuyentes pueden realizar un uso impropio o contrario a la finalidad principal de los CDI (eliminar la doble imposición y distribuir el poder tributario entre los Estados contratantes favoreciendo la inversión y el comercio de bienes y servicios internacional). Tal uso impropio consiste en estructuras u operaciones articuladas específicamente para la obtención de los beneficios fiscales derivados de las disposiciones del CDI y de la legislación interna de los Estados contratantes en modo contrario a la finalidad de las mismas.[69]

La OCDE detalla las distintas cuestiones referidas al uso impropio de los CDI a partir de una serie de temas que, de acuerdo con la práctica internacional, guardan gran relevancia y traen aparejadas implicaciones de fondo, a saber:

1. Tratamiento de la elusión fiscal a través de los CDI. Los Comentarios advierten que, como consecuencia de los estándares mínimos establecidos en esta materia por la Acción 6 del Plan BEPS, el artículo 29.9 del MC OCDE 2017 (vid. infra los Comentarios a este precepto) contiene una cláusula tipo general frente al uso impropio de los CDI, pero tal cláusula convencional antiabuso (PPT) no opera de forma exclusiva ni excluyente en relación con otras disposiciones antiabuso convencionales.

Del mismo modo, en este contexto se plantea la cuestión relativa a los CDI que no incluyen una cláusula antiabuso general como la que contiene el artículo 29.9 del MC OCDE. Muchos países consideran que tal abuso de convenio puede neutralizarse a través de cláusulas contra la elusión fiscal nacionales; se argumenta que, en la medida en que los impuestos se establecen a través de la legislación interna, el abuso de CDI que termina regulando la aplicación de estos impuestos debería poder neutralizarse o excluirse a través de cláusulas antiabuso domésticas aplicadas en el contexto y con arreglo a las disposiciones de los CDI: tal y como se explica en los párrafos 66-80 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE, como regla, no habrá conflicto entre tales medidas antiabuso internas y las disposiciones de los CDI. Otros Estados consideran que determinados abusos afectan específicamente a los convenios, y que no coinciden con el concepto de elusión fiscal respecto de la legislación interna. De alguna forma, se considera que el concepto de abuso de CD tiene un significado y un contexto propios, que se conecta con la obligación de interpretar de buena fe los tratados internacionales, en función de su objeto y su finalidad (artículo 31 de la CVDT). En ambos casos, se contempla que los Estados

69 Vid. los párrafos 54-56 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE. Los Comentarios al artículo 1 del MC ONU a este respecto siguen en lo esencial lo contemplado en el MC OCDE.

contratantes no tienen que conceder la aplicación de las ventajas fiscales derivadas de los CDI respecto de esquemas, montajes o transacciones abusivas.

Ahora bien, los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE advierten que tal medida de exclusión de la aplicación de un CDI únicamente procede en casos en los que se presenten una serie de circunstancias que permiten calificar una operación o estructura como abusiva. Tal calificación se realizaría de acuerdo con el denominado principio guía (*guiding principle*) con arreglo al cual: los beneficios derivados de un CDI no deberían concederse allí donde el propósito principal para realizar una operación o más de una fuera obtener una posición fiscal más ventajosa en circunstancias tales que sería contrario al objeto y la finalidad de las disposiciones que serían de aplicación. Este principio produce efectos de forma independiente de las disposiciones recogidas en el artículo 29.9 del MC OCDE, que se limitan a confirmarlo, aunque existe alguna diferencia menor de redacción entre el principio guía y el artículo 29.9 mencionado[70] (vid. infra los Comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE).

La incorporación de cláusulas antiabuso a los CDI, a su vez, es necesaria y recomendable en relación con situaciones o estrategias específicas de abuso más o menos estereotipadas, o bien cuando la legislación interna antiabuso no ha sido desarrollada o resulta insuficiente para abordar estos casos de elusión fiscal o como complemento de las cláusulas de limitación de beneficios añadidas en los CDI (vid. los Comentarios al artículo 29 del MC OCDE).

2. Lucha contra la elusión fiscal a través de cláusulas antiabuso y jurisprudencia interna. Estas cláusulas y la jurisprudencia interna pueden utilizarse tanto para contrarrestar el uso impropio de las disposiciones de los CDI como el de montajes o transacciones que persigan la elusión de la normativa nacional, siendo igualmente de aplicación un CDI junto con la normativa interna. La principal cuestión que se plantea con motivo de la aplicación de estas cláusulas internas y de la jurisprudencia nacional pasa por delimitar su compatibilidad con determinadas cláusulas convencionales.

Los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE (párrafos 68 y ss.) se refieren precisamente a esta última cuestión e introducen observaciones respecto de medidas generales, específicas y doctrinas jurisprudenciales:

» **Cláusulas específicas antiabuso**:[71] Hay un cierto número de disposiciones antiabuso específicas (SAAR, por su sigla en inglés) configuradas de tal forma que operan tanto en un contexto donde no se aplica un CDI como allí donde tal convenio opera plenamente; puede citarse el caso de las cláusulas contra

70 Vid. el párrafo 61 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

71 Vid. los párrafos 68-75 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

la subcapitalización o *anti-dividend stripping*, aplicables en los dos tipos de contextos jurídicos. Lo mismo sucede cuando el CDI requiere que se haga valer la legislación interna de un Estado contratante a la hora determinar la concurrencia de un condicionante o concepto, lo cual incluye las medidas antiabuso domésticas configuradas para dotar de consistencia e integridad a tal regulación; por ejemplo, el concepto de residencia fiscal, de dividendo o de propiedad inmobiliaria, o simplemente la regla de remisión de términos no definidos en el CDI incluida en el artículo 3.2 del MC OCDE. La importancia de las SAAR reside en el hecho de que tienden a ser más objetivas y mecánicas que las cláusulas generales antiabuso domésticas (GAAR, por su sigla en inglés) o convencionales (artículo 29.9), de modo que proporcionan un mayor nivel de seguridad jurídica a los operadores económicos y es posible que se genere un menor nivel de litigiosidad sobre su aplicación. La OCDE considera que, en caso de conflicto entre las disposiciones materiales de los CDI y las cláusulas antiabuso especiales domésticas (SAAR), prevalecen las primeras de acuerdo con los artículos 26 (*pacta sunt servanda*) y 60 de la CVDT. El problema, cuya solución no resulta del todo clara a estos efectos, tiene lugar cuando surge un conflicto de normas en tal sentido, de suerte que una de las claves del análisis casuístico que procede realizar pasa por determinar en qué medida el texto y la finalidad de la cláusula del CDI que resulta afectada por la aplicación de una SAAR interna resulta infringido y fruto de ello se produce un resultado no acorde con las disposiciones y fines del CDI.[72] Nótese que, en muchos casos, el propio CDI ya autoriza la aplicación de las SAAR[73] o bien estas resultan "moduladas" por la propia normativa interna cuando se aplican en el marco de un CDI.

» **Cláusulas generales antiabuso:**[74] Los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE ponen de relieve que rara vez pueden originarse conflictos entre las cláusulas generales antiabuso (GAAR) y las disposiciones de los CDI. En particular, no podría haber ningún conflicto allí donde la cláusula antiabuso doméstica se aplica en términos consistentes o alineados con la cláusula del artículo 29.9 del MC OCDE o con el denominado principio guía (párrafo 61 de los Comentarios al

72 En este sentido, la cláusula antiabuso doméstica no puede limitar la aplicación de los beneficios o de la regulación prevista en el Convenio, exigiendo requisitos materiales adicionales (sustancia económica mínima, prueba del beneficiario efectiva) no incluidos en el CDI; vid. en esta línea la sentencia del Federal Court of Appeal de Canadá en el caso Alta Energy (2020 FCA 43) o la doctrina del TS español en el caso Colgate Palmolive (STS del 23 de noviembre de 2020, RJ2020, 4011).

73 La red de CDI española contiene un cierto número de CDI que articulan la compatibilidad de SAAR y GAAR con el CDI; pueden consultarse, por ejemplo, los CDI concluidos por España con Andorra, Catar, Costa Rica, Finlandia, Jamaica, Panamá, Singapur y Uruguay, entre otros. Esta fórmula podría resultar excesivamente amplia y permitir una erosión de los fines y cláusulas del CDI, a través de cláusulas antiabuso domésticas que tienden a expandirse con posterioridad a la firma de un CDI, por lo que deben interpretarse también de conformidad con el principio guía o el principio de buena fe.

74 Vid. los párrafos 76-77 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

artículo 1), allí donde el CDI no contiene una PPT. Por consiguiente, la cuestión remite no tanto a la compatibilidad conceptual de una GAAR con lo dispuesto en un CDI, sino a la forma en que se aplique tal cláusula general antiabuso en el marco de un CDI.[75]

» **Doctrina jurisprudencial antiabuso:**[76] Los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE resaltan cómo los diferentes países han desarrollado doctrinas jurisprudenciales y principios de interpretación que operan como medidas o enfoques antiabuso (sustancia vs. forma, *fraus legis*, sustancia económica, simulación, motivos económicos válidos, etc.). Tales enfoques de interpretación o aplicación de las normas domésticas también pueden operar a los efectos de la hermenéutica de las disposiciones convencionales, sin que ello colisione *prima facie* con los CDI ni con los métodos de interpretación de los CDI (artículos 31 a 33 de la CVDT). No obstante, aquí se plantea la misma tensión que con las cláusulas antiabuso especiales y generales, de manera que no existirá colisión con los CDI siempre que operen en consonancia con los principios presentes en el artículo 29.9 y el párrafo 61 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE (principio guía), por más que en estos casos tenga sentido poner especial celo a la hora de aplicar estas doctrinas jurisprudenciales en el marco de un CDI, considerando su origen y su falta de configuración legal cerrada. Podría tener sentido, en términos de una buena gobernanza administrativa, que una comisión consultiva bilateral de composición mixta conociera y se pronunciara *ex ante* sobre este tipo de casos en los cuales se aplican estas doctrinas jurisprudenciales o una cláusula antiabuso general doméstica en el marco de un CDI.

» **Compatibilidad del régimen de transparencia fiscal internacional con los CDI.** Los actuales Comentarios al artículo 1 del MC OCDE cierran filas en cuanto a la compatibilidad de los regímenes de transparencia fiscal internacional (*CFC regimes*) con los CDI, por lo menos en relación con aquellos que se proyectan sobre empresas de base extranjera (*foreign base companies*) con el fin de prevenir la erosión de sus bases imponibles.[77] La OCDE pone de relieve que el Estado contratante de residencia del accionista, a través del régimen de transparencia fiscal internacional (TFI), estaría ejerciendo su derecho a someter

75 A su vez, la OCDE ha aclarado que la aplicación de una GAAR por un Estado contratante no puede fundamentar una restricción de acceso al procedimiento amistoso previsto en el artículo 25.1 del MC OCDE (informe final de la OCDE y el G20, BEPS, Acción 14, 2015).

76 Vid. los párrafos 78-80 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

77 El informe de la OCDE y el G20 sobre la Acción 3 (*Designing effective controlled foreign company rules*, 2015) no aborda de forma detallada la cuestión de la compatibilidad de los regímenes de TFI-CFC con los CDI, por más que reconoce que en algunos casos (método de exención convencional) el CDI puede limitar la aplicación del referido régimen; el informe no resulta especialmente concluyente; antes bien, dejó abiertas muchas cuestiones, por más que parece dominar un enfoque de TFI que se proyecta sobre la renta pasiva extranjera.

a imposición a sus residentes en línea con lo dispuesto en el artículo 1.3, sin contravenir los artículos 7 y 10 de los CDI.

La cuestión de la compatibilidad del régimen de TFI con los CDI no puede decirse que resulte una cuestión cerrada ni totalmente pacífica, ya que existen pronunciamientos de distintos tribunales que cuestionan tal compatibilidad en determinadas circunstancias, por no mencionar las condiciones de compatibilidad a la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (UE) ha sometido la aplicación del régimen de TFI en los Estados miembros de la UE.[78] A este respecto, la práctica convencional internacional revela cómo un buen número de CDI incluyen cláusulas dirigidas a compatibilizar la aplicación del régimen interno de TFI con las disposiciones del convenio, por más que tales cláusulas estén formuladas de forma excesivamente vaga y respondan a intereses principalmente administrativos. Esta misma tendencia empieza a manifestarse en relación con las medidas de tributación internacional mínima que resultan del denominado Pilar 2 del Plan BEPS (el cual es objeto de análisis en otro epígrafe de este Manual).[79]

3. Restricción de la aplicación de los beneficios derivados de un CDI en relación con una renta que está sujeta a determinados regímenes especiales en el otro Estado contratante.[80] La OCDE se refiere a la posibilidad de que los Estados contratantes restrinjan la aplicación de los beneficios del CDI a entidades residentes de un Estado contratante que se acojan a (o estén cubiertas por) determinados regímenes especiales que determinan la aplicación de una exención o un régimen fiscal preferencial, debido a que los riesgos de doble imposición son menores en estos casos, al tiempo que pueden propiciar esquemas de planificación fiscal agresiva.

Los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE contemplan varias cláusulas tipo que pueden introducirse en los CDI a efectos de limitar la aplicación de estos cuando los contribuyentes se benefician, en un Estado contratante (en general, el de residencia del contribuyente), de un régimen fiscal especial que reduce significativamente la tributación sobre la renta cubierta por un CDI y que es objeto de una reducción de imposición en la fuente establecida en el convenio.[81] De acuerdo con la cláusula tipo de la OCDE, quedarían fuera de esta restricción las reducciones impositivas derivadas de deducciones estandarizadas, como las resultantes de la

78 Vid. la sentencia del TJUE del 12 de septiembre de 2016, C-196/04, en el asunto Cadbury Schweppes, y jurisprudencia concordante.

79 Vid., por ejemplo, los CDI firmados en 2023 por Alemania con Suiza y Austria, o el CDI Francia-Suiza (2023).

80 Vid. los párrafos 82 y ss. de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE; vid. también los Comentarios al artículo 21.1 del MC OCDE en esta obra.

81 Vid. los párrafos 85-100 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

aplicación del régimen de amortización acelerada, el de grupo fiscal, el de deducción por doble imposición de dividendos, el de compensación de pérdidas, etc. La aplicación de deducciones por actividades de I+D+i o de un *patent box* no parece plantear problemas ni justificar una restricción de este tipo, allí donde se trate de medidas no perniciosas en el sentido de la Acción 5 del Plan BEPS (2015).

Tampoco se considera que tenga sentido imponer estas restricciones a determinadas entidades que aplican un régimen especial cuyo fundamento de política fiscal atiende a las funciones que desempeñan tales entidades (fondos de pensiones, instituciones de inversión colectiva, entidades sin fines de lucro, entre otras). Los REIT suelen ser objeto de cláusulas específicas que ordenan su régimen tributario en el marco de los CDI, para lo cual se toma en cuenta la legislación interna del Estado contratante donde están constituidos. La aplicación de una medida fiscal dirigida a favorecer el financiamiento con recursos propios (*equity*) a través deducciones nocionales (*notional interest deductions*) es objeto de una cláusula tipo específica prevista para casos de calificaciones asimétricas en cuyo caso puede generarse doble no imposición.[82]

Del mismo modo, la OCDE contempla de forma separada la aplicación de los regímenes de imposición sobre la base de remesas (*remittance-based-taxation*) en el marco de los CDI, para lo cual atiende la posibilidad de que los Estados contratantes limiten, a través de una cláusula *ad hoc*, la aplicación de determinadas disposiciones del convenio en tanto y en cuanto la renta no se haya remitido ni gravado en la sede del Estado contratante que regula tal régimen.[83]

Esta cláusula tipo, que restringe la aplicación de los CDI a entidades que se beneficien de determinados regímenes fiscales especiales en un Estado contratante, puede operar tanto en casos en los cuales el referido régimen especial ya existía al momento de firmarse el CDI como cuando tal régimen especial se introduce o modifica con posterioridad a la entrada en vigor del CDI.

En esta misma línea, los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE observan otro tipo de situaciones en las que uno de los Estados contratantes, con posterioridad a la conclusión de un CDI con otros países, modifica medidas generales que determinan una reducción impositiva significativa en términos tales que podría haber motivado que los otros Estados contratantes no hubieran firmado un CDI en tales circunstancias.[84] Por ejemplo, la OCDE se refiere a supuestos de exención total de renta extranjera o a la reducción del tipo de gravamen del impuesto sobre sociedades por debajo del 60% del tipo general del Impuesto sobre Sociedades aplicable

82 Vid. el párrafo 107 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

83 Vid. el párrafo 108 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE. Nótese que la OCDE advierte de los problemas prácticos que plantea la aplicación de este tipo de cláusulas, ya que normalmente la tributación en el Estado de residencia se produce con posterioridad a la imposición en la fuente.

84 Vid. los párrafos 101-106 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

en el otro Estado contratante. La cláusula tipo recogida en los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE establece que, cuando se realicen modificaciones sustanciales a medidas generales, los Estados contratantes deben abrir consultas con el fin de reequilibrar las disposiciones del CDI a las nuevas circunstancias, de suerte que, si no se alcanzare un acuerdo, el otro Estado contratante pueda notificar por vía diplomática la inaplicación de lo dispuesto en los artículos 10, 11, 12 y 21 del convenio.

3.6. Aspectos procedimentales sobre las limitaciones de la tributación en la fuente derivadas de los CDI

Los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE completan su glosa de esta cláusula con la inclusión de algunas consideraciones sobre los procedimientos que pueden establecerse a nivel interno a efectos de aplicar las limitaciones contenidas en determinadas disposiciones de los CDI (v. gr., los artículos 10, 11 y 12).[85]

La OCDE pone de relieve que los Estados contratantes pueden regular esta materia a través de su legislación interna, siempre y cuando el CDI no regule esta cuestión (lo cual no suele ser habitual, ya que los CDI se abstienen de regulan las técnicas de exacción de los impuestos a los que se refieren o de aplicar los límites que regulan).

Básicamente, existen dos fórmulas para determinar los límites de tributación en la fuente establecidos en el CDI, a saber:

1. El método de aplicación directa de la limitación de gravamen derivada del convenio en el Estado de la fuente, de manera que el retenedor o el propio contribuyente aplican directamente la tributación reducida por el convenio, sujeta a posterior comprobación por las autoridades fiscales de tal Estado (*relief at source*).

2. El sistema de retención plena y devolución posterior (*retain full and refund*), en cuyo caso la limitación de la tributación en la fuente no se hace efectiva en el momento del pago de la renta, sino que el contribuyente debe solicitar su aplicación a través de un procedimiento de devolución en los términos previstos en la legislación interna del Estado de la fuente.

La OCDE se muestra partidaria o considera preferible el sistema de aplicación directa de las limitaciones del CDI a efectos de la tributación en la fuente.

La práctica internacional revela que las dos fórmulas plantean problemas, aunque de diferente alcance y naturaleza. Es bastante habitual que el sistema de imposición directa de la limitación de la tributación en la fuente quede condicionado

85 Vid. el párrafo 109 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

al hecho de que el contribuyente presente , a los efectos del CDI, un certificado de residencia fiscal expedido por las autoridades fiscales del correspondiente Estado contratante; tal certificado no tiene un valor absoluto para las autoridades del otro Estado contratante, en el sentido de que pueden cuestionarlo y denegar la aplicación del CDI, siempre y cuando tal decisión estuviera debidamente fundada en hechos y en derecho.[86]

Es posible que el modelo de aplicación directa también sea más acorde a la filosofía de los CDI como instrumentos canalizadores de inversión extranjera, pero plantea desafíos importantes para las autoridades de los Estados a efectos del control fiscal respecto del uso impropio de CDI. El sistema de *retain full and refund* resulta menos eficiente desde la perspectiva de los inversionistas y genera mayores costes de cumplimiento para todas las partes, por más que en los últimos tiempos algunos países (Alemania, China, Finlandia) han articulado procedimientos digitalizados de *clearing* que reducen tales costes y permiten un control fiscal *ex ante.*

3.7. Medidas complementarias del artículo 1 del MC OCDE y el MC ONU incluidas en la MLI en relación con el tratamiento de entidades transparentes

El artículo 3 de la MLI puede considerarse una cláusula complementaria de la que se incluye en el artículo 1.2 del MC OCDE y el MC ONU, ya que se refiere a situaciones de entidades híbridas, en el sentido de que uno o ambos Estados contratantes tratan a la entidad como total o parcialmente transparente a efectos fiscales.

Con arreglo al artículo 3.1 de la MLI, la renta obtenida por o a través de una entidad que es tratada total o parcialmente como transparente con arreglo a la legislación de un Estado contratante únicamente será considerada obtenida por un residente en la medida en que, a efectos fiscales, tal Estado la trate como renta obtenida por un residente del Estado contratante.

El artículo 3 de la MLI constituye una cláusula que se aplica en lugar o en ausencia de una disposición existente en un CDI comprendido en el ámbito de aplicación

86 Los tribunales de algunos países han puesto de relieve cómo los certificados de residencia fiscal a los efectos de los CDI generan una suerte de presunción *iuris tantum* a favor de la aplicación *bona fide* del convenio en relación con los contribuyentes; vid. la sentencia del Tribunal Supremo de India en el caso Azadi Bachao Andolan (sentencia del 07/10/2003, 263 ITR 706/132, Taxman 372/184 CTR 450 SC) y la jurisprudencia concordante (High Court of Delhi, en efecto el 30 de enero de 2023, 2023/DHC/000634, asunto Blackstone Capital Partners vs. ACIT), entre otras; vid. también en esta línea la sentencia del TS español del 12 de junio de 2023, rec.915/2022).

de la MLI (*covered tax agreements*, CTA). No se trata de un estándar mínimo, de manera que los firmantes de la MLI pueden optar por excluir su aplicación (*opt out*).[87]

En relación con esta cláusula, los comentaristas han puesto de relieve cómo expande el enfoque adoptado en el informe de la OCDE sobre *partnerships* (1999), que dio lugar a las modificaciones del MC OCDE 2000, hacia otro tipo de entidades (no solo sociedades de personas), con el objeto de eliminar determinadas asimetrías que pueden resultar en ausencia de imposición en el Estado de residencia, en línea con el informe final del Plan BEPS sobre la Acción 2 (Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, 2015).

A este respecto, cabe llamar la atención sobre la complejidad técnica de la cláusula, de suerte que su aplicación por parte del Estado de la fuente (considerando la tributación en el Estado de residencia) determina el otorgamiento o la denegación de los beneficios del CDI (en ambos Estados), y puede generar conflictos de aplicación que resulten en doble imposición; es posible que ello explique la limitada incorporación de esta cláusula en los CDI a través de la MLI, y que se prefiera abordar la problemática de las entidades híbridas a través de cláusulas bilaterales negociadas en el marco de CDI de este tipo.[88]

87 Cabe mencionar que 43 países firmantes de la MLI han reservado su derecho de no aplicar el artículo 3 de la MLI a sus *covered tax agreements* (CTA): Alemania, Austria, Bulgaria, Burkina Faso, Canadá, China, Chipre, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Egipto, Eslovenia, Finlandia, Francia, Gabón, Georgia, Grecia, Guernsey, Hong Kong, Hungría, India, Indonesia, Isla de Man, Islandia, Italia, Jersey, Kuwait, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Malta, Pakistán, Portugal, República Checa, República de Corea, San Marino, Senegal, Serbia, Seychelles, Singapur, Suecia y Suiza. Nótese que, en Europa, la Directiva 2017/952 (ATAD 2), por la que se modifica la Directiva 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países, obliga a los Estados miembros de la UE a introducir medidas inspiradas en la Acción 2 del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE (Plan BEPS), más allá de lo establecido en los CDI.

88 Vid., por ejemplo, el CDI entre España y Reino Unido (2013, artículo 4.4).

4. EL ARTÍCULO 2 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: IMPUESTOS COMPRENDIDOS

4.1. Cuestiones generales, funcionalidad y alcance de la cláusula del artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU

El artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU cumple la finalidad de definir el ámbito de aplicación objetivo del conjunto de disposiciones de los CDI (aunque hay ciertas excepciones que se comentarán al hilo de los artículos 24, 26 y 27 del MC OCDE y el MC ONU). En tal sentido, la funcionalidad del artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU reside en identificar los impuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de los CDI.

Esta disposición también puede entenderse como una cláusula con una funcionalidad negativa que delimita los impuestos que forman parte del sistema tributario de los Estados contratantes que quedan extramuros del CDI. En este sentido, los CDI que siguen lo dispuesto en el artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU, como regla, no se aplican a impuestos sobre sucesiones y donaciones, ni tampoco a impuestos indirectos sobre el consumo, aduanas, impuestos especiales o a contribuciones obligatorias a la seguridad social. No obstante, a título excepcional, cabe apuntar que existen disposiciones convencionales que pueden resultar aplicables a tales otros tributos, en la medida en que su ámbito de aplicación va más allá de lo dispuesto en el artículo 2 (v. gr, los artículos 24, 26 y 27 del MC OCDE y el MC ONU). Allí donde la legislación de los Estados contratantes no hubiera creado un impuesto sobre la renta o el patrimonio de los no residentes, de modo que la legislación que ordena la imposición sobre la renta o el patrimonio comprenda tanto el gravamen de los sujetos residentes como de los no residentes (con o sin EP), el tributo sobre la renta obtenida por los sujetos no residentes, en tanto caiga en la definición del artículo 2.2 del MC OCDE y el MC ONU o se le pueda aplicar la cláusula de impuestos similares del artículo 2.4 del MC OCDE y el MC ONU, estaría igualmente comprendido en el ámbito de aplicación del CDI, aunque no se mencionara expresamente en la lista del artículo 2.3 del convenio.

El modelo de gestión tributaria (declaración, declaración-liquidación) o de recaudación (retención en la fuente definitiva sobre la renta bruta) de los impuestos no afecta a su calificación como impuestos cubiertos por el CDI. La misma conclusión vale en relación con los sujetos activos de los referidos impuestos cubiertos, de manera que no resulta relevante a estos efectos que un impuesto cubierto sea exaccionado por el Estado o por una subdivisión política del mismo (salvo si el CDI expresamente excluye los impuestos exigidos por niveles de gobierno distintos del Estado central, como ocurrió durante años con la práctica de Estados Unidos).

La lista de impuestos presente en el apartado 3 del artículo 2 del MC OCDE, pese a no ser exhaustiva o cerrada, permite aclarar cuáles son los impuestos que

quedarían comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio, sin perjuicio de que los Estados contratantes puedan sustituirlos por otros sustancialmente equiparables e incluso añadir gravámenes complementarios sobre la renta y el patrimonio.

La práctica convencional revela una serie de casos y situaciones específicas que deben considerarse a la hora de negociar el contenido del artículo 2 de un CDI.

En virtud de la relevante funcionalidad que posee esta cláusula, que delimita el ámbito objetivo de aplicación del CDI, se considera que esta disposición debe configurarse de la forma más clara, detallada y precisa que sea posible, con mención de todos los impuestos sobre la renta y el patrimonio cubiertos por el convenio, lo cual debe hacerse con especial consideración de la realidad e impuestos vigentes en los Estados contratantes en el momento de firma del CDI.

4.2. Estructura de la cláusula del artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU: examen de los cuatro apartados del precepto

El artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU consta de cuatro apartados que responden a la funcionalidad antes indicada de perfilar con el máximo grado de detalle el ámbito objetivo de aplicación de los CDI.

4.2.1. La definición general de impuestos cubiertos del apartado 1 del artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU

La cláusula establecida en el apartado 1 del artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU define el ámbito objetivo de aplicación del convenio empleando una fórmula genérica y amplia que se refiere a los impuestos sobre la renta y el patrimonio exigibles por cada uno de los Estados contratantes, o sus subdivisiones políticas o entidades locales, cualquiera que sea su sistema de exacción.

Esta fórmula genérica para definir el ámbito de aplicación del CDI se concreta a través de lo dispuesto en los apartados 2 a 4 del artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU, aunque no puede dejar de destacarse el hecho de que tal fórmula no aporta un modelo preciso en términos de seguridad jurídica a los efectos de definir el ámbito de aplicación del CDI.[89]

En este sentido, cabe subrayar que los MC evitan referirse a las categorías de "impuestos directos e indirectos", debido a su imprecisión. También se obvia la referencia a "impuestos ordinarios" o "impuestos extraordinarios", de suerte que, con carácter general se entienden incluidos, siempre que su hecho imponible pueda

89 El MC OCDE no establece un concepto claro de "impuesto" a los efectos del artículo 2 o de otras cláusulas convencionales (artículos 24, 26 y 27 del MC OCDE). No parece que tal falta de definición convencional deba resolverse con arreglo a la legislación doméstica de los Estados contratantes (artículo 3.2 del MC OCDE).

encuadrarse en la definición del artículo 2.2, y no se haya establecido una cláusula convencional en otro sentido.[90]

Los Comentarios al artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU, en línea con el propio tenor del precepto, resaltan que carecen de relevancia las autoridades por cuenta de las cuales se exigen los impuestos sobre la renta o el patrimonio.

Esta cláusula está configurada de manera flexible y considera cómo en algunos países tales impuestos pueden estar exaccionados o ser competencia de autoridades federales, estaduales o locales; de hecho, puede ocurrir que en ciertos Estados las autoridades públicas que ostentan poder tributario a nivel federal, regional o estadual exijan de forma concurrente la imposición sobre la renta; en este caso, el convenio normalmente precisa en qué medida los impuestos sobre la renta federales, estaduales, regionales o locales están o no comprendidos en el ámbito de aplicación del CDI.[91]

El hecho de que un país no haya establecido un impuesto sobre el patrimonio en el momento de concluir el convenio no debería conducir a excluir tal gravamen de su ámbito de aplicación, por lo cual tiene sentido incluir tal impuesto sobre el patrimonio en el artículo 2 del CDI; de esta forma, queda abierta la posibilidad de su implantación en el futuro, sin que ello determine que quede extramuros del convenio. No obstante, es cierto que la articulación de cláusulas asimétricas es bastante frecuente en este y otros casos, de suerte que tal asimetría puede reflejarse en el propio texto de las cláusulas de los artículos 2 y 22 del CDI. En este sentido, tampoco es infrecuente encontrar cláusulas que diferencian entre la entrada en vigor y la aplicación de las disposiciones relativas al impuesto sobre el patrimonio al momento en el que ambos Estados cuentan con tal impuesto, de manera que la asimetría se elimina hasta que se dé el presupuesto de hecho de la cláusula (vid., por ejemplo, el párrafo 14 del Protocolo al CDI España-México).

En principio, el artículo 2 se aplica tanto a impuestos estatales como regionales o locales, del modo en que lo aclara expresamente el párrafo 1 del citado precepto, aunque existen Estados que tienen como práctica la exclusión del ámbito del CDI de los impuestos exigidos por autoridades infraestatales (así ocurría en la práctica en Estados Unidos; vid. artículo 2.1 del MC EE. UU. 2016), lo cual puede producir doble imposición en relación con impuestos no exigidos por las autoridades centrales.

En este mismo orden de cosas, cabe considerar los impuestos sobre la renta o el patrimonio que pueden exaccionar las autoridades fiscales de territorios dependientes de un Estado contratante (concepto distinto de autoridades regionales

90 Vid. el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 2 del MC OCDE.

91 En caso de que no se hubieran incluido los impuestos "estatales" o "locales" sobre la renta o el patrimonio, puede generarse doble imposición en el marco del CDI. Ello sin perjuicio de que el Estado de residencia del contribuyente pueda permitir, con arreglo a su legislación, la deducción de un impuesto sobre la renta extranjero exaccionado por una autoridad estatal o local, a pesar de que tal gravamen no esté comprendido en el ámbito de aplicación del CDI (vid., por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo español de 15 de diciembre de 2011).

o municipales), por lo cual, en principio, no estarían comprendidos en el ámbito de aplicación de un CDI (salvo cláusula en contrario), ya que tales territorios dependientes no forman parte del Estado contratante, al menos si se limita a responsabilizarse de sus relaciones internacionales con otros países (vid. el párrafo 190 del manual de Naciones Unidas para la negociación de tratados bilaterales de 2019). A estos efectos, conviene conectar el artículo 2 con la definición de territorio del Estado en cuestión que contenga cada CDI, de manera que este se aplicará a los impuestos definidos en el artículo 2 y en el territorio al que sea aplicable el CDI (vid., por ejemplo, el CDI España-Estados Unidos, el párrafo 3 del Protocolo, que aclara que el CDI no se aplica a Puerto Rico; o las definiciones de territorio que algunos Estados y CDI incluyen en el artículo 3 o el artículo 30 del MC OCDE).

Como ya se señaló, el modelo de gestión tributaria o la fórmula para la exacción del impuesto no resulta relevante a estos efectos, ya que puede tratarse de un impuesto gestionado por declaración o liquidación, o que sea objeto de retenciones en la fuente, o puede ser un recargo o un gravamen complementario a un impuesto sobre la renta federal o estatal.

4.2.2. La definición de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio del apartado 2 del artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU

El apartado 2 del artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU contiene una cláusula conceptual general que delimita lo que debe entenderse por impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, en el entendido de que gravan la totalidad sobre la renta o el patrimonio, o elementos de uno u otro. Tal definición incluye impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de la propiedad mobiliaria o inmobiliaria, tributos sobre los importes totales de los sueldos o salarios pagados por las empresas, y también gravámenes sobre las plusvalías latentes.

Los Comentarios al apartado 2 del artículo 2 del MC OCDE indican a estos efectos que el Estado, que tiene poder tributario, puede aplicar los impuestos establecidos por su legislación junto con cualesquiera cargas o derechos accesorios, como recargos, gastos, intereses, etc., de suerte que en la aplicación de los tributos las cargas accesorias siguen las mismas reglas que la obligación principal. No obstante, la mayoría de los países de la OCDE no considera que los intereses ni las sanciones tributarias accesorias a impuestos comprendidos en el artículo 2 estén incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 2, con todo lo que ello conlleva a los efectos de la aplicación del CDI por los dos Estados contratantes.[92]

92 Vid. el párrafo 4 de los Comentarios al artículo 2 del MC OCDE. Nótese, no obstante, cómo los intereses y sanciones exaccionados en relación con la liquidación de impuestos cubiertos que son "redeterminados" en el marco de un procedimiento amistoso deberían ajustarse correlativamente, aunque un buen número de países no sigue esta posición.

Ciertamente, este apartado 2 del artículo 2 del MC OCDE, en particular si se conecta con los otros apartados del mismo precepto, permite determinar cómo otros impuestos (por ejemplo, los que gravan las transmisiones a título lucrativo o el impuesto al valor agregado y los gravámenes aduaneros), quedan extramuros del CDI.

Sin embargo, la práctica internacional pone de relieve que, en este contexto, pueden surgir dificultades relacionadas con el impuesto sobre la nómina,[93] considerando las distintas prácticas nacionales sobre su exacción, y en tal sentido se viene recomendando abordar esta cuestión en las negociaciones de los CDI y trasladar su resultado al artículo 2 del convenio.[94]

Más problemática puede ser la cuestión relativa a los impuestos híbridos (v. gr., algunos impuestos sobre determinados servicios digitales) o gravámenes contra la elusión fiscal (v. gr., los *diverted profit taxes*), de suerte que actualmente no existe consenso a este respecto (por más que presenten características de impuestos sobre la renta en muchos casos), aunque debería poder utilizarse el procedimiento amistoso para resolver los problemas que podrían plantearse con motivo de la aplicación de tales tributos en el marco de un CDI. En cierta medida, la problemática (controversia y unilateralismo fiscal) que resulta de la articulación de este tipo de impuestos "sintéticos" o "híbridos" a través de los cuales los Estados tratan de evitar la aplicación de los CDI –situándolos extramuros de estos convenios– revela, además de la excesiva indeterminación del concepto de impuesto cubierto por el CDI con arreglo a la cláusula del artículo 2 del MC OCDE, la propia fragilidad del sistema tributario internacional construido sobre la base de categorías y fórmulas que requieren ser actualizadas, debido a que los problemas de inseguridad jurídica y de doble imposición derivados del actual sistema van en aumento, y generan

93 La doctrina y la práctica internacional revelan cómo los diferentes impuestos sobre la nómina, a pesar de constituir prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza financiera que sostienen las empresas y que pueden contribuir a financiar la seguridad social o entidades públicas similares, podrían estar comprendidos en el artículo 2.2 del MC OCDE. No obstante, existen muchas más dudas sobre las contribuciones que deben hacer los empleados a la seguridad social, de suerte que el parecer mayoritario se inclina por su exclusión del ámbito del artículo 2.2 del MC OCDE, al menos allí donde tales contribuciones financien directamente la seguridad social. Una fórmula adecuada para resolver esta cuestión pasa por incluir o excluir expresamente las contribuciones a la seguridad social del ámbito de aplicación de un CDI, tal y como acontece en sentido negativo en los CDI concluidos por España con Alemania, Brasil, Estonia, Finlandia, Letonia, Marruecos, Noruega, Suecia y Suiza, entre otros países, y en sentido positivo en los CDI con Kenia y Luxemburgo. En último análisis, todo parece indicar que las distintas fórmulas de cotización a la seguridad social –a través de figuras tributarias– que estén ligadas a su financiamiento en principio quedarían extramuros del artículo 2, salvo que un CDI estableciera otra cosa, considerando entre otras razones que lo normal es que tales cotizaciones estén comprendidas en el ámbito de aplicación de otros instrumentos internacionales reguladores de las cotizaciones a la seguridad social en situaciones transfronterizas (v.gr., *totalization agreements*), los cuales pueden excluir su exacción en determinadas condiciones, de modo que prevalezcan, en principio, sobre lo dispuesto genéricamente en un CDI al tratarse de *lex specialis*.

94 Los Comentarios al artículo 2.2 del MC OCDE (párrafo 3) indican que las cotizaciones a la seguridad social u otras cargas similares no se considerarán impuestos sobre el importe total de los salarios cuando exista una relación directa entre la exacción y los beneficios individuales recibidos en contrapartida. Asimismo, en los Comentarios al apartado 3 del artículo 2 se indica que, allí donde se opte por no incluir los apartados 1 y 2 de dicho artículo, la lista de impuestos cubiertos no comprenderá las cotizaciones a la seguridad social; vid. lo detallado en la nota al pie anterior.

riesgos de fragmentación y unilateralismo fiscal contrarios al buen funcionamiento del propio sistema y de su funcionalidad.

En otros casos, se incluyen en los CDI aquellos impuestos con características híbridas y se regulan disposiciones específicas para ellos (así ocurre con los gravámenes sobre ciertos sectores específicos, como el sector petrolero, o cuando existen características especiales, como ocurría con el Impuesto sobre Sociedades regional italiano).

4.2.3. Impuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio en el sentido previsto en el apartado 3 del artículo 2 del MC OCDE

El apartado 3 del artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU contiene una lista de los impuestos vigentes al momento de la firma del convenio que estarían comprendidos en su ámbito de aplicación.

Tal lista, en principio, constituirá una relación completa de los impuestos establecidos por cada Estado y cubiertos por el CDI en el momento de la firma.[95] No se trata de una lista cerrada ni exhaustiva, sino enunciativa, declarativa e ilustrativa. De esta forma, la evolución de la legislación tributaria de los Estados contratantes (piénsese en casos de modificaciones sustantivas de la regulación de un impuesto o de la supresión de un impuesto y su sustitución por otro de la misma naturaleza) no plantea problemas de cara a la correcta aplicación de los CDI, considerando la fórmula utilizada en el artículo 2 del MC OCDE.

El carácter ilustrativo de la lista del apartado 3 del artículo 2 del MC OCDE puede servir también de referencia para la aplicación del CDI cuando se modifiquen de manera profunda la legislación y el sistema fiscal de un Estado contratante, con el establecimiento de nuevos impuestos que no figuraban en la lista elaborada al momento de firmar el CDI. En este sentido, el CDI debería aplicarse a los impuestos de naturaleza idéntica o análoga, esto es, impuestos idénticos o sustancialmente similares que respondan a la definición general del artículo 2.2, de suerte que, a efectos de determinar tal equivalencia sustancial, la lista del apartado 3 del mismo precepto puede resultar de gran ayuda interpretativa, por lo que no debería prescindirse de ella, ni del apartado 2 del artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU.

95 La presunción de "lista completa" a los efectos de una interpretación contextual y sistemática de los apartados 2 y 3 del artículo 2 del MC OCDE permite defender que las contribuciones a la seguridad social quedan, como regla, extramuros del ámbito de aplicación de los CDI que sigan al MC OCDE y el MC ONU.

4.2.4. La cláusula del apartado 4 del artículo 2 del MC OCDE: el sistema de notificación de modificaciones significativas de la legislación fiscal de los Estados contratantes

La cláusula del apartado 4 del artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU establece una suerte de sistema de notificación que acuerdan realizar las autoridades competentes de los Estados contratantes en relación con las modificaciones significativas de su legislación fiscal, en la medida en que puedan afectar a la aplicación del CDI que hayan concluido.

Básicamente, tal cláusula lo que pretende es favorecer la aplicación del CDI sin que se generen problemas derivados de cambios introducidos en la legislación que ordena cualquiera de los impuestos detallados en la lista enunciativa del apartado 3 del artículo 2.

A través del sistema de notificación, los Estados contratantes pueden evitar estos problemas o llegar a acuerdos en el seno del artículo 25 del CDI, aclarando que determinados impuestos que hayan sido modificados sustancialmente o reemplazados por otros estarán comprendidos en el ámbito de aplicación del convenio; en determinados casos, puede ser necesario concluir un protocolo y dar nueva redacción al artículo 2 del CDI.

La falta de cumplimiento con la obligación de notificación que resulta del apartado 4 del artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU no debería en sí misma afectar a la calificación de un impuesto nuevo o sustancialmente modificado como "impuesto idéntico o análogo" a los efectos del artículo 2.

SECCIÓN TERCERA:

DEFINICIONES

Capítulo 3.

El artículo 3 del MC OCDE y el MC ONU: definiciones generales e interpretación de los términos no definidos en el CDI

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIONALIDAD E IMPLICACIONES DERIVADAS DEL ARTÍCULO 3 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

1.1. Objeto y funcionalidad del artículo 3 del MC OCDE y el MC ONU

El capítulo 2 del MC OCDE y el MC ONU está dedicado a compilar una serie de definiciones de términos que se utilizan de forma recurrente en el modelo, a efectos de establecer un significado uniforme y común de cara a entender el alcance y aplicar las distintas disposiciones del convenio.

En efecto, los artículos 3, 4 y 5 contienen una serie de definiciones generales, en tanto que otras cláusulas del MC OCDE y el MC ONU incluyen definiciones o conceptos más específicos (v. gr, el concepto de dividendo del artículo 10.3). Estas definiciones poseen gran relevancia para determinar la distribución del poder tributario entre los Estados a través del convenio y, en tal sentido, debe prestarse atención a su negociación, así como evaluar la conveniencia de introducir definiciones adicionales, aclaraciones o desviaciones de los conceptos contenidos en las cláusulas tipo del correspondiente MC, considerando su impacto interpretativo sobre los convenios de doble imposición (CDI) que se concluyan.[96]

No obstante, la funcionalidad del artículo 3 del MC OCDE y el MC ONU va más allá de incluir una serie de definiciones generales, pues comprende una cláusula general de interpretación convencional que ostenta gran trascendencia para el

96 Vid., en este sentido, los párrafos 2 y 3 de los Comentarios al artículo 3 del MC ONU. El manual de Naciones Unidas para la negociación de tratados bilaterales (Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, párrafo 201, Nueva York: Naciones Unidas; 2019) pone de relieve el hecho de que suelen incluirse definiciones que determinan el ámbito geográfico-territorial al que se aplica el CDI en relación con cada Estado contratante, con la introducción de referencias a la plataforma continental o a la zona económica exclusiva. Ello puede requerir el involucramiento del ministerio de Asuntos Exteriores en las negociaciones de los CDI.

correcto funcionamiento y la adecuada aplicación del "sistema convencional", aunque su aplicación será subsidiaria con respecto a otras reglas más específicas que el CDI defina (por ejemplo, la definición de dividendos del artículo 10.3 y su remisión a la legislación interna) .

1.2. Estructura sistemática del artículo 3 del MC OCDE y el MC ONU

Volviendo a la cláusula del artículo 3 del MC OCDE y el MC ONU, resulta conveniente explicar cómo su estructura interna, articulada a través de dos apartados, no solo responde a razones sistemáticas, sino que, además, revela su funcionalidad y su conexión con otras cláusulas del MC OCDE, como el propio artículo 25.

El apartado 1 del artículo 3 contiene definiciones generales de términos ampliamente utilizados a lo largo del MC OCDE y el MC ONU), entre ellos, "persona", "sociedad", "nacional", etc.[97]

El contenido del artículo 3 del MC OCDE 2017 y el MC ONU 2021 en materia de "definiciones generales" resulta sustancialmente coincidente. No obstante, el MC ONU presenta algunas diferencias con la cláusula del artículo 3.1 del MC OCDE, ya que actualmente (tras la modificación del año 2000) este último modelo no contiene el artículo 14 del MC ONU, dedicado a la tributación de servicios profesionales independientes, pues su fiscalidad se integró en el artículo 7; tal circunstancia también motiva que el apartado 1, letras c y h del artículo 3 del MC OCDE incorpore una definición de empresa (que comprende la realización de cualquier negocio) y de negocio (que incluye la prestación de servicios profesionales y otras actividades de carácter independiente).

El apartado 2 del artículo 3 del MC OCDE y el MC ONU persigue varios objetivos. Por un lado, regula los casos en los cuales el CDI utiliza un término que no define y el mismo no puede definirse en atención al propio texto del CDI; la regla, en estos casos, consiste en tratar de extraer del propio convenio un significado contextual del término a los efectos de la aplicación de la cláusula de que se trate, para ello es necesario recurrir a las normas clásicas de interpretación de los tratados internacionales (artículos 31-33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [CVDT] de 1969) en relación con las disposiciones del CDI. Tal interpretación contextual (convencional autónoma) de los términos del CDI debe ser prevalente, ya que favorece una lectura común y bilateral del contrato firmado entre los dos Estados, en tanto que el recurso al significado derivado de la legislación interna del Estado que aplica el Convenio puede fácilmente dislocar su aplicación o articular un enfo-

97 Un grupo minoritario de países ha propuesto que el artículo 3.1 incluya una definición y comentarios sobre el concepto de beneficiario efectivo a los efectos de los artículos 10, 11, 12, 12A y 12B, considerando las diferentes posiciones que existen al respecto a la vista de la práctica internacional; vid. el párrafo 4 de los Comentarios al artículo 3.1 del MC ONU.

que unilateral ajeno a la finalidad de la cláusula convencional o incluso distorsionar el funcionamiento del CDI.[98] Allí donde se acudiera a la legislación interna de un Estado, prevalecerá el significado derivado de la legislación fiscal vigente (con eficacia jurídica) al momento de aplicar el convenio.

Como ya se indicó en el capítulo introductorio, epígrafe 7, la regla del artículo 3.2 del MC OCDE y el MC ONU es subsidiaria con respecto a otras que imponga el CDI, por ejemplo, en relación con las remisiones directas a la legislación de un Estado que impongan un artículo del CDI (tal es el caso de los artículos 6 o 10.3 del MC OCDE y el MC ONU). Asimismo, debe tomarse en consideración que, en ocasiones, la falta de definición de un término en el CDI no necesariamente lleva a la aplicación en bloque de la legislación de uno de los Estados contratantes, sino que habrá que tener en cuenta también que esa remisión puede venir matizada por el propio contexto (así ocurre, por ejemplo, con la expresión beneficios empresariales del artículo 7, que se define por referencia a la normativa interna, pero que excluye otro tipo de rentas definidas en el CDI, como, por ejemplo, los intereses o los cánones de los artículos 11 y 12 del MC OCDE y el MC ONU).

El MC OCDE 2017 también incluye en el artículo 3.2 una mención al procedimiento amistoso interpretativo del artículo 25, en el sentido de que allí donde las autoridades competentes resuelvan cuestiones interpretativas a través de este procedimiento, tal guía o aclaración prevalecerá sobre el significado local de un término utilizado en el convenio. El artículo 3.2 del MC ONU no incluye tal mención al artículo 25 (procedimiento amistoso), pero en los Comentarios al artículo 3 del MC ONU el Comité en cuestiones de tributación de Naciones Unidas destaca el alineamiento con la posición de la OCDE introducida en 2014, en el sentido de que los acuerdos interpretativos sobre términos no definidos en el CDI que pudieran alcanzarse en el marco del artículo 25.3 deberán tomarse en cuenta a los efectos de la interpretación de tales términos.[99]

Si se quisiera aclarar la aplicación del convenio respecto de determinado tipo de entidades de inversión como fondos de pensiones,[100] instituciones de inversión colectiva (IIC), fondos soberanos o fondos de inversión inmobiliarios (REIT, por su sigla en inglés), deben incluirse en el artículo 3 las definiciones correspondientes a tales entidades. También es posible incorporar dichas definiciones al protocolo final del convenio, tal y como lo revela la práctica convencional de algunos países.

98 De hecho, la noción de "contexto" busca indagar sobre la intención común de las autoridades competentes a la hora de utilizar un término no definido en el marco de una cláusula convencional. Tal noción incluye, por ello, el significado de tal término con arreglo a la legislación interna del otro Estado, precisamente para incorporar el principio de reciprocidad en el que se basa el convenio (párrafo 14 de los Comentarios al artículo 3 del MC ONU 2017, que sigue en este punto al MC OCDE).

99 Vid. el párrafo 22 de los Comentarios al artículo 3 del MC ONU.

100 Los Comentarios al artículo3 del MC ONU advierten como existen posiciones divergentes sobre la definición y alcance del término "fondos de pensiones", a los efectos de limitar su cobertura por los CDI; vid. los párrafos 15-19 del MC ONU.

Del mismo modo, allí donde las autoridades competentes de los Estados contratantes desearan aclarar el significado de un término o de una cláusula a partir de los Comentarios al MC OCDE y el MC ONU, pueden optar por articular, a través del protocolo del convenio, una remisión específica de carácter interpretativo a los correspondientes párrafos de tales comentarios, identificando la versión del modelo de que se trata.

2. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA CLÁUSULA TIPO DEL ARTÍCULO 3 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: DEFINICIONES RELEVANTES E INTERPRETACIÓN DE TÉRMINOS NO DEFINIDOS

2.1. El contenido de la cláusula establecida en el apartado 1 del artículo 3 del MC OCDE y el MC ONU

Como ya se adelantó, el artículo 3 del MC OCDE contiene dos párrafos con una redacción bien distinta, pero, en cualquier caso, enlazados por una finalidad común: se trata de reglas interpretativas especiales que, como tales, tienen prioridad sobre otras normas de interpretación (v. gr., con carácter general, en relación con las peculiaridades en materia de interpretación de los CDI; vid. el capítulo introductorio de este Manual, epígrafe 6).

Lógicamente, cabría preguntarse por la relación entre los dos párrafos, habida cuenta de que ambos establecen reglas de interpretación especiales. El artículo 3.1 del MC OCDE constituye una norma especial de interpretación (términos definidos de manera convencional) en relación con la regla general del artículo 3.2 (interpretación de términos no definidos de manera convencional) y este, a su vez, contiene una norma de interpretación de los CDI que prevalece sobre las reglas generales de interpretación de los tratados internacionales (según la CVDT) y sobre las previstas en la legislación interna de los Estados contratantes, pero que debe ceder ante otras reglas más específicas previstas en el propio CDI (por ejemplo, las remisiones a la legislación interna de algunos preceptos, como el artículo 6 en relación con las rentas inmobiliarias o el artículo 10.3 del MC OCDE y del MC ONU en relación con los dividendos) del mismo modo, los apartados 1 y 2 del artículo 3 del MC OCDE contienen una referencia al contexto del CDI que determina que las normas que dichos apartados establecen sean excluidas o dejadas a un lado cuando deba prevalecer una interpretación contextual.

El artículo 3.1 del MC OCDE abarca una serie de definiciones cuya virtualidad y efectos, "salvo que el contexto imponga otra interpretación", se extienden a todo el MC OCDE (o un CDI concreto). En virtud de la naturaleza y la funcionalidad de este Manual, no resulta posible desarrollar el significado de cada una de las definiciones expuestas en el artículo 3.1 del MC OCDE, pero sí es preciso puntualizar que, cuando el MC OCDE y el MC ONU hacen una referencia específica a alguno de los conceptos definidos en el artículo 3.1 del MC OCDE, se debe acudir a él para determinar su significado. Y, en la mayor parte de los casos, se debe aplicar la definición del artículo 3.1 del MC OCDE (con las aclaraciones de los Comentarios al artículo 3 del MC OCDE). Las definiciones más relevantes del artículo 3.1 del MC OCDE son las siguientes:

- **El término "persona"** comprende las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas. Es decir, a efectos del CDI, tanto las personas físicas como las jurídicas u otros entes sin personalidad pueden tener acceso al convenio (obviamente, si cumplen con las especificaciones definidas en los artículos 1 y 4 del MC OCDE).

- **El término "sociedad"** abarca cualquier persona jurídica o entidad que se considere o trate como una persona jurídica a efectos impositivos. El rasgo fundamental de esta definición se encuentra en que la caracterización usual de sociedad propia de los ordenamientos mercantiles internos no es la que mejor refleja el concepto de "sociedad convencional", ya que en el CDI la noción de sociedad se conecta con sujetos pasivos o contribuyentes reconocidos a efectos de la legislación tributaria, lo cual determina que entidades sin personalidad (v. gr., un fondo de inversión), puedan, sin embargo, ser sociedades a efectos del CDI. El MC OCDE aprobado en julio de 2014 modificó el párrafo 3 del Comentario al artículo 3 en relación con el concepto de sociedad, y estableció que el término también incluye cualquier otra unidad económica susceptible de imposición (*any other taxable unit*) que sea tratada como una entidad por la legislación fiscal del Estado contratante de residencia (en lugar del Estado de organización o constitución). El MC OCDE 2017 actualizó el apartado 1 del artículo 3 del modelo para introducir una nueva letra i, que contiene una definición específica dedicada a "fondos de pensiones reconocidos" con el objeto de asegurar la aplicación de los convenios a aquellos fondos que cumplan los requisitos para ser considerados personas residentes con arreglo al artículo 4.1 del MC OCDE (que también es objeto de una ligera modificación simétrica); el MC OCDE 2017 incorpora nuevos comentarios en relación con este cambio (párrafos 10.3 a 10.18 de los Comentarios al artículo 3); y el artículo 3.1.g del MC ONU 2021 contiene una cláusula que se refiere a "fondos de pensiones reconocidos" en el mismo sentido que el MC OCDE 2017.

- **El término "empresa"** se aplica al ejercicio de toda actividad empresarial o profesional o de negocios. Este concepto debe interpretarse en conexión con la expresión "actividad empresarial o profesional" y con el vocablo "negocio" que el propio artículo 3.1 del MC OCDE define en su último párrafo. Si bien el concepto de empresa es autónomo en el CDI, existe una cierta dependencia de la legislación interna de los Estados contratantes a la hora de definirlo. No obstante, debe tomarse en cuenta que, en el marco del CDI, el concepto de empresa no será idéntico al de actividad empresarial, puesto que en el MC OCDE la calificación de una renta, por ejemplo, en el artículo 11 (intereses) o en el artículo 12 (cánones) excluirá su calificación como renta empresarial (propia del artículo 7

del MC OCDE), por más que quien la obtenga sea una empresa a efectos del CDI y que la legislación interna incluya los cánones en la renta derivada de una actividad empresarial.[101]

» **Las expresiones "empresa de un Estado contratante" y "empresa del otro Estado contratante"** se refieren, respectivamente, a una empresa explotada por un residente de un Estado contratante y a una empresa explotada por un residente del otro Estado contratante.

» **La expresión "tráfico internacional"** comprende todo transporte internacional efectuado por un buque o aeronave, explotado por una empresa cuya sede de dirección efectiva esté situada en un Estado contratante, salvo cuando el buque o la aeronave sean explotados únicamente entre puntos situados en el otro Estado contratante. Esta definición resulta especialmente relevante a los efectos de los artículos 8, 13.3, 15.3 y 22.3 del MC OCDE. Hay que tener en cuenta que el 12 de abril de 2004, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE revisó los Comentarios a los artículos 3.1.e) y 8 del MC OCDE y alteró el significado de la expresión "tráfico internacional". En el MC OCDE 2005 se modificaron los Comentarios al artículo 3 (párrafo 6.3) al objeto de aclarar que la definición de tráfico internacional no se aplica al transporte que realiza una empresa que tiene su sede de dirección efectiva en un Estado contratante cuando el barco o la aeronave operen entre dos lugares en el otro Estado, incluso si parte del transporte tiene lugar fuera de tal Estado. Así, un crucero que se inicia y termina en el otro Estado sin realizar ninguna escala en un puerto extranjero no constituye un transporte internacional de viajeros. Finalmente, el MC OCDE 2017 articuló una nueva redacción para la letra e del artículo 3.1, y eliminó de tal definición la referencia "operado por una empresa que tiene su sede de dirección efectiva en otro Estado contratante"; la versión de 2017 del MC OCDE también modifica la coletilla final de manera que ahora se establece lo siguiente: "excepto cuando un barco o aeronave sea operada entre dos lugares en un Estado contratante y la empresa que opera el barco o aeronave no sea una empresa de tal Estado". Los Comentarios al artículo 3.1 del MC OCDE 2017 (párrafo 6.1) explican que tal cambio persigue garantizar que la definición se aplique a transportes por barco o aeronave operados por una empresa de un tercer país; de esta forma, el cambio introducido no afectaría a la aplicación del artículo 8, que solo se refiere a beneficios de una empresa de un Estado contratante, pero permite la aplicación del artículo 15.3 a un residente de un Estado contratante que obtiene una

101 El MC ONU no incluye las letras c y h del artículo 3.1 del MC OCDE, lo cual puede deberse a que el primero sigue manteniendo la cláusula del artículo 14 (servicios profesionales independientes).

remuneración de un empleo ejercido a bordo de un barco o de una aeronave operados por una empresa de un tercer país. El MC ONU 2021 (artículo 3.1.d) está alineado en este punto con el MC OCDE 2017.

» **La expresión "autoridad competente"** contempla expresamente qué órgano o departamento de la administración tributaria ejerce tal función de autoridad a efectos del CDI.

» **El término "nacional"** se aplica como sigue:[102]

- A toda persona física que posea la nacionalidad o ciudadanía de un Estado contratante.

- A toda persona jurídica, sociedad de personas o asociación constituida conforme a la legislación vigente en un Estado contratante.

» **El término "negocio"**, letra h del artículo 3.1 del MC OCDE, incluye la ejecución de servicios profesionales y la realización de otras actividades de carácter independiente. Como ya se señaló, este vocablo es relevante en relación con las definiciones de empresa, empresa de un Estado contratante y empresa del otro Estado contratante, para precisar su significado, algo de especial importancia tras la supresión en el año 2000 del artículo 14 del MC OCDE, de tal forma que ahora resulta claro que la actividad empresarial incluye también la realización de actividades profesionales.[103]

102 Esta definición cobra relevancia en relación con los artículos 4, 19 y, especialmente, 24 del MC OCDE. La letra f del artículo 3.1 del MC ONU está alineada con el MC OCDE.

103 El MC ONU no contiene la letra h del artículo 3.1 del MC OCDE, toda vez que mantiene la cláusula del artículo 14 que fue eliminada del MC OCDE en el año 2000.

2.2. Contenido e implicaciones derivadas de la cláusula establecida en el apartado 2 del artículo 3 del MC OCDE y el MC ONU: interpretación de los términos no definidos en el convenio

2.2.1. Comentarios al modelo de CDI y función del artículo 3.2 del MC OCDE y el MC ONU

El artículo 3.2 del MC OCDE es una regla de interpretación que dispone que, en relación con la aplicación de un Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, los términos no definidos en el mismo tendrán, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del convenio, *prevaleciendo el significado atribuido por la legislación fiscal sobre el que resultaría de otras ramas del derecho de ese Estado.*

A pesar de que esta es una de las disposiciones cuya interpretación ha generado más problemas y debates en el contexto del MC OCDE, los Comentarios al artículo 3.2 del MC OCDE no le dedican una atención excesiva. Básicamente, las aclaraciones de los Comentarios son las siguientes:

- El artículo 3.2 del MC OCDE constituye una regla de interpretación general (párrafo 11). Como ya se comentó más arriba en esta misma sección y en el epígrafe 7 del capítulo de introducción, esta regla general debe ceder ante otras más específicas del CDI.

- En el marco del artículo 3.2 del MC OCDE, la referencia a la legislación interna podría generar dudas sobre si se debe tomar en cuenta la legislación interna en vigor en el momento de aplicar el CDI (interpretación ambulatoria o dinámica) o en el momento en que este se celebró (interpretación estática). El párrafo 11 de los Comentarios al artículo 3.2 del MC OCDE aclara que, de acuerdo con las conclusiones del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, debe prevalecer la interpretación dinámica (de la legislación doméstica) y en 1995 dicho Comité modificó el artículo 3.2 del MC OCDE para aclarar este aspecto.

- Sin embargo, el párrafo 12 aclara que la regla del artículo 3.2 del MC OCDE solo se aplica "a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente". Tal contexto se encuentra determinado en particular por la intención de las partes en el momento de la firma del CDI y también por el significado del término en cuestión en la legislación del otro Estado contratante ("una referencia al principio de reciprocidad en el que se basa el convenio"). El párrafo citado

añade que la redacción de esta cláusula permite a las autoridades competentes un cierto margen de maniobra o discrecionalidad técnica.

» En consecuencia, según el párrafo 13 de los Comentarios al artículo 3.2 del MC OCDE, la redacción del párrafo 2 asegura un equilibrio adecuado entre, por una parte, la necesidad de garantizar la permanencia de las obligaciones asumidas por los Estados al firmar un CDI (no se debe permitir a un Estado que haga inoperante el CDI reformando con posterioridad el significado y el alcance de los términos no definidos en él) y, por otra, la necesidad de aplicar el CDI de una forma conveniente y práctica con el paso del tiempo (debe evitarse la referencia a conceptos desfasados).

» El párrafo 13.1 de los Comentarios al artículo 3.2 del MC OCDE intenta explicar el alcance de una de las modificaciones realizadas en 1995. El párrafo aclara que, a los efectos del artículo 3.2 del MC OCDE, el significado de los términos no definidos en el CDI debe ser determinado por referencia al significado del término en el derecho interno, tributario o no. Sin embargo, cuando el término en cuestión adopte un significado distinto en las diferentes ramas del derecho interno, debe prevalecer sobre otros el significado que atribuyan las normas que regulan los tributos comprendidos dentro del ámbito del CDI, incluido el que otras normas tributarias asignen al concepto. Los Estados que puedan celebrar procedimientos amistosos sobre la base, en particular, del artículo 25.3 del MC OCDE, para establecer el significado de términos no definidos en el CDI, deben tomar en cuenta los acuerdos entre las autoridades competentes al interpretar estos términos.[104]

A este respecto, debe destacarse cómo el MC OCDE 2017 modificó el tenor literal del artículo 3.2 a efectos de establecer que, a la hora de aplicar el convenio cualquier término no definido, tendría que interpretarse con arreglo al contexto o *a lo acordado por las autoridades competentes con arreglo al artículo 25 del MC OCDE*. Los Comentarios al artículo 3.2 del MC OCDE 2017 (párrafo 13.2) parecen indicar que la posición dominante en cuanto a la propia interpretación de esta cláusula pasa por considerar que el recurso a la legislación interna a efectos de dotar de significado a un término no definido aplica únicamente allí donde el contexto no requiere otra interpretación (o el término ya está definido), o cuando las autoridades competentes en el marco del artículo 25 del MC OCDE han acordado un significado

104 El MC ONU 2021 se hace eco de este principio en el párrafo 22 de los Comentarios al artículo 3.2. No obstante, el MC ONU 2021 no ha incorporado la modificación que el MC OCDE 2017 introdujo en el tenor de la cláusula del artículo 3.2 para reforzar el valor jurídico de las interpretaciones acordadas en el marco del procedimiento amistoso del artículo 25 del MC OCDE. Esta sería la principal diferencia entre el MC OCDE y el MC ONU en cuanto al artículo 3.2.

específico (siempre que resulte compatible con el texto e, incluso, el contexto del CDI); de esta forma, el recurso a la legislación interna de los Estados –como fuente de interpretaciones asimétricas– quedaría, en principio, más limitado. Nótese que esta modificación del artículo 3.2 del MC OCDE 2017 deriva del informe final de la Acción 14 del Plan BEPS (2015). Por otra parte, debe destacarse que la remisión del artículo 3.2 del MC OCDE y el MC ONU es distinta de la que contienen otras reglas del CDI (por ejemplo, los artículos 6 y 10.3 del MC OCDE y del MC ONU) que convierten la legislación de un Estado en contexto del propio CDI.

Por lo que respecta a la función del artículo 3.2 del MC OCDE, en parte ya se ha aclarado anteriormente, pero puede resumirse de la siguiente forma:

- El artículo 3.2 del MC OCDE es una regla general del CDI en materia de interpretación que solo será aplicable cuando no exista en el propio CDI una regla especial de interpretación (como, por ejemplo, el artículo 3.1 del MC OCDE). Tal carácter general se predica no solo frente a las normas del CDI que contengan definiciones autónomas de la legislación interna, sino también en relación con los preceptos del CDI que remitan a la legislación interna (v. gr., la definición de residente del artículo 4 del MC OCDE).

- Como regla de interpretación propia del CDI, el artículo 3.2 es de aplicación prioritaria sobre las reglas generales de interpretación de los tratados internacionales (los artículos 31 a 33 del CVDT), aunque estas últimas operan de manera complementaria y serán relevantes para interpretar las disposiciones de los CDI que traspongan el artículo 3.2 del MC OCDE, o del derecho interno.

- Tradicionalmente, el artículo 3.2 del MC OCDE había servido para solucionar problemas de calificación; sin embargo, en la actualidad, los Comentarios al MC OCDE tratan de resolverlos en el seno del artículo 23 del MC OCDE, por lo que parecen haber ganado terreno las soluciones que proponen que, en definitiva, el artículo 3.2 del MC OCDE es sobre todo una regla de interpretación dirigida al Estado de la fuente.[105]

En el marco de las cuestiones generales de interpretación de los CDI –y muy particularmente de la interpretación contextual convencional autónoma–, debe considerarse la relevancia central de la interpretación finalista de la norma (con los límites, obviamente, del tenor literal de la misma), de suerte que solo cuando se tiene en cuenta tal finalidad desde una perspectiva bilateral y convencional se

105 Vid., sobre este punto, los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE.

logra una correcta aplicación del convenio.[106] A este respecto, cabe destacar cómo el Comité de Asuntos Fiscales ha reconocido expresamente la necesidad de llevar a cabo este tipo de interpretaciones contextuales y autónomas de los términos no definidos en el CDI para evitar las disfunciones resultantes de interpretaciones asimétricas de acuerdo con la heterogeneidad de las legislaciones internas de los Estados contratantes.[107] Un buen ejemplo de tal reconocimiento lo aportan los Comentarios introducidos en el artículo 15.2 del MC OCDE 2010, que establecen una interpretación contextual autónoma del término "trabajador". De esta forma, la interpretación convencional autónoma, correctamente utilizada, permite evitar aquellos casos en que los Estados contratantes puedan incurrir en la derogación del tratado (*treaty overriding*) mediante la modificación de la legislación interna en relación con los términos no definidos por el CDI.[108]

2.2.2. Precisiones sobre el ámbito de aplicación del artículo 3.2 del MC OCDE y el MC ONU: términos no definidos en el CDI, legislación interna e interpretación estática versus dinámica

Como ya se señaló, el artículo 3.2 del MC OCDE será aplicable en los casos de términos no definidos en el CDI, de modo que el término convencional adquiera el significado que tenga en la legislación del Estado que debe aplicar el CDI. La interpretación del concepto de "término" no debe ser excesivamente estricta, ya que ello permite acudir a la legislación interna no solo en el caso de palabras aisladas empleadas sin definir en el CDI, sino también en supuestos de grupos de palabras o expresiones no determinados en el propio CDI. Si bien en algunos casos la ausencia

106 Resulta reseñable la sentencia del Tribunal Supremo de Reino Unido en el caso Anson vs. HMRC (del 1 de julio de 2015, UKSC44), en cuyo caso el más alto tribunal británico estableció una relevante doctrina sobre interpretación del CDI; por un lado, declaró que la interpretación del CDI debe realizarse con arreglo al sentido ordinario de las palabras y en su propio contexto, superando interpretaciones técnicas restrictivas que puedan frustrar el objetivo fundamental de un CDI consistente en la eliminación de la doble imposición internacional; por otro lado, también apeló a la necesidad de que se realice una interpretación internacional de los CDI, evitando interpretaciones basadas en la legislación interna (material-fiscal) del Estado que aplica el CDI, de modo que prevalezca la aplicación contextual de los términos utilizados en el CDI, sin sobrepasar su tenor literal y que se considere de forma prevalente la finalidad del convenio, de acuerdo con el artículo 31.1 de la CVDT, lo cual conduce a minimizar el impacto aplicativo del artículo 3.2 de los CDI en relación con el recurso a la legislación fiscal interna.

107 Vid. los párrafos 13 y 13.1 de los Comentarios al artículo 3.2 del MC OCDE. A este respecto, se ha destacado cómo los tribunales alemanes y suizos realizan una interpretación de los CDI estática y contextual, basada en los términos utilizados en las cláusulas convencionales, con uso limitado de los Comentarios al MC OCDE, al considerar que estos constituyen una fuente administrativa y no legal producida por la OCDE, que no es una administración nacional; en este sentido, tal interpretación convencional contextual y, sobre todo, gramatical se basa en la teoría de la separación de poderes y en la falta de legitimación democrática de la OCDE y sus comentarios desde una perspectiva de legalidad tributaria. La jurisprudencia del *Bundesfinanzhof* alemán también estaría evolucionando hacia la interpretación contextual autónoma basada en el texto de la cláusula convencional en aras de lograr una interpretación común y simétrica de los CDI, evitando el recurso mecánico y principal a una interpretación que atienda a la legislación interna del Estado de la fuente (vid.: BFH del 21 de junio de 2016, I R 49/14).

108 Vid. el párrafo 13 de los Comentarios al artículo 3.2 del MC OCDE.

de definición en el derecho interno de un término empleado en el CDI permitirá acudir a su equivalente funcional, no deben buscarse equivalencias artificiales, de tal manera que lo usual será que la ausencia de definición en el derecho interno de un término o expresión empleado en el CDI haga al intérprete decantarse por la búsqueda de una solución contextual, de conformidad con las reglas generales de interpretación de CDI.

La regla del artículo 3.2 del MC OCDE impone que el término no definido adquiera el significado que tiene en la legislación del Estado que debe aplicar el CDI, con lo cual se plantea el problema de determinar qué cabe entender por legislación. En 1977 la versión inglesa del MC OCDE sustituyó *laws* por *law*, y la francesa cambió *législation* por *droit*. Desde entonces, si bien puede argumentarse que en el primer caso no ha habido una modificación del significado, puesto que *law* puede referirse también a la legislación, la terminología del francés parece adoptar un significado más amplio, ya que ha dejado de aludir a la legislación para remitirse al derecho. Cabe plantearse si la legislación comprende también los CDI firmados con otros Estados que definan un término cuyo significado no está claro en el CDI interpretado. Ciertamente, los CDI constituyen legislación del Estado que interpreta el CDI, pero es probable que el principio de efecto relativo de los CDI imponga que la definición de un CDI no se traslade automáticamente a otro. Es cierto, como se ha visto más arriba, que los CDI paralelos pueden ayudar como elemento interpretativo a definir el contexto de otro CDI, pero esta idea es distinta de que la regla del artículo 3.2 del MC OCDE imponga una remisión automática de un CDI a otro.

En relación con el significado del término "legislación" surge otra duda, ¿se trata de la legislación relativa a los impuestos cubiertos por el CDI, la legislación tributaria o la legislación en general? Los Comentarios al MC OCDE, en la versión anterior a 1995, exigían que el sentido de los términos no definidos en el CDI se determinara por referencia al significado que le atribuyera la legislación de este Estado contratante relativa a los impuestos cubiertos por el CDI. A partir de 1995, según expresan tanto el artículo 3.2 como los Comentarios al artículo 3.2, párrafo 13.1, queda claro que, para establecer el significado de un término no definido en el CDI, no solo se puede acudir a las normas internas relativas a los impuestos cubiertos por el CDI, sino a cualquier otra norma del ordenamiento interno (tributaria o no) que delimite el significado del término no definido. No obstante, el párrafo 13.1 de los Comentarios al artículo 3 del MC OCDE aclara que la norma que regula el impuesto en cuestión debe primar por sobre cualquier otra si el término estuviera definido en ella y en otras reglas del ordenamiento jurídico. Ahora bien, no debe desconocerse que, a pesar de la opinión que expresan los Comentarios en el párrafo 13.1, en relación con CDI que sigan la versión del MC OCDE anterior o posterior a 1995, la ausencia del término no definido en el CDI en la legislación interna relativa a impuestos cubiertos por el CDI no permitiría acudir a otras normas tributarias o de

otras ramas del derecho para buscar el significado. Esto es, la aplicación de la regla de interpretación del artículo 3.2 del MC OCDE exigiría que, al menos, la legislación relativa a los impuestos cubiertos por el CDI emplee el término no definido en el CDI, aunque sean otra norma del derecho tributario u otras ramas del derecho las que contengan la definición.

Al definir el término "legislación" del Estado que aplica el CDI, se plantea lógicamente si por tal debe entenderse la propia del momento de firmar el CDI (interpretación estática) o aquella que esté en vigor en el momento de aplicar el CDI (interpretación dinámica o ambulatoria). Desde 1995, los Comentarios al artículo 3.2 del MC OCDE aclaran que es preferible la interpretación dinámica o ambulatoria, pero esta tiene ciertos límites, a saber:

1. La siguiente salvedad mencionada en el artículo 3.2 del MC OCDE: "a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente", puesto que la legislación en vigor en el momento de la celebración del CDI puede ser considerada como contexto relevante.

2. El límite inherente a todo tratado internacional, en el sentido de que los Estados contratantes deben respetar el equilibrio por él logrado (principio de buena fe).

Nótese que la interpretación a la luz de la legislación vigente en el momento de aplicar el CDI puede colisionar con una interpretación contextual autónoma de la norma convencional, en cuyo caso el artículo 3.2 del CDI excluye tal remisión a la normativa nacional.

En este orden de cosas, tal y como ya se señaló, cabe destacar que el MC OCDE 2017 modificó el tenor literal del artículo 3.2 a efectos de establecer que a la hora de aplicar el convenio cualquier término no definido tendría que interpretarse con arreglo al contexto *o a lo acordado por las autoridades competentes con arreglo al artículo 25 del MC OCDE*. Los Comentarios al artículo 3.2 del MC OCDE 2017, párrafo 13.2, especifican que el recurso a la legislación interna a efectos de dotar de significado a un término no definido aplica únicamente allí donde el contexto no requiere otra interpretación (o el término ya está definido), o si las autoridades competentes, en el marco del artículo 25 del MC OCDE, han acordado un significado específico (siempre que resulte compatible con el texto del CDI).

2.2.3. El artículo 3.2 del MC OCDE y el MC ONU y la exclusión de la referencia a la legislación interna cuando el contexto imponga una interpretación diferente

El artículo 3.2 del MC OCDE indica que la referencia a la legislación interna será precisa "a menos que el contexto imponga una interpretación diferente", por lo que, para excluir la referencia a la legislación interna habrá que aclarar cuál es el significado del contexto al que se refiere el artículo 3.2 del MC OCDE y qué lugar ocupa el contexto con respecto a la legislación interna (es decir, si primero debe acudirse a la legislación interna o, por el contrario, antes de acudir a ella hay que buscar una interpretación contextual que excluya el recurso a la normativa interna de uno de los Estados contratantes). Por otra parte, cabe recordar que en el artículo 3.1 del MC OCDE se utiliza la misma expresión, si bien no para excluir la referencia a la legislación interna, sino para no tomar en cuenta las definiciones que el propio artículo 3.1 del MC OCDE emplea.

El contexto del artículo 3.2 (o del artículo 3.1) del MC OCDE no coincide exactamente con el definido en el artículo 31.2 de la CVDT, que únicamente comprende el llamado contexto intrínseco. Existe un contexto extrínseco que incluiría dentro de su definición todos aquellos materiales a los que se refieren los artículos 31.3 y 4 y 32 de la CVDT. En la medida en que los artículos 31 a 33 de la CVDT no constituyen normas jerárquicas, sino reglas que operan en conjunto, todos los materiales que en ellos se definen podrán ser considerados relevantes y a todos ellos debe recurrirse a la hora de fijar el contexto "en sentido amplio" del artículo 3.2 del MC OCDE (y, por extensión, del artículo 3.1 del MC OCDE).

En definitiva, el contexto relevante del artículo 3.2 del MC OCDE podría estar constituido por los siguientes elementos:

1. Los Comentarios al artículo concreto del MC OCDE (si el artículo sigue el MC OCDE o no se aparta sustancialmente de él) en la versión en vigor al momento de celebrar el CDI y que ha sido la que usaron los negociadores, o en versiones posteriores (salvo que se hayan introducido cambios sustanciales en los Comentarios, cuestión que será tratada con detalle en el epígrafe siguiente).

2. Los materiales, incluso unilaterales, publicados en relación con el CDI de forma contemporánea al mismo, pero no los posteriores, salvo que hayan sido aceptados por la otra parte contratante (incluso, en relación con los materiales unilaterales contemporáneos debe existir algún indicio de su aceptación por la otra parte contratante). Dentro de estos materiales posteriores pueden tener una cierta importancia las decisiones de la administración o las sentencias de

los tribunales comunicadas a la otra parte y sobre las que no se hayan presentado objeciones.

3. Los acuerdos amistosos de naturaleza interpretativa que, con arreglo al artículo 25, pueden ser concluidos entre las autoridades competentes;[109] estos acuerdos interpretativos pueden considerarse como práctica posterior en el sentido del artículo 31.3 de la CVDT, aunque en la actualidad su relevancia deriva directamente de la propia equiparación de tales acuerdos con el contexto del CDI que realizó el MC OCDE 2017.

4. La práctica seguida por los mismos Estados en materia de CDI de la misma época de aquel que está siendo interpretado.

Este listado no debe interpretarse como una calificación jerárquica, puesto que algunos elementos serán más relevantes en unas ocasiones y otros lo serán en otras, ni constituye una clasificación cerrada, puesto que los artículos 31 a 33 de la CVDT no excluyen la relevancia interpretativa de medios complementarios no citados en ellos o de trabajos preparatorios que puedan ser relevantes en el proceso interpretativo.

Una vez delimitado el significado del término "contexto", procede aclarar cuál es su relación con la legislación interna a la que remite la regla del artículo 3.2 del MC OCDE. *A priori* podría pensarse que se debe acudir siempre al contexto con fin de evitar la aplicación de una ley interna, pero la redacción del artículo 3.2 del MC OCDE parece imponer, más bien, en primer lugar, el recurso a la ley interna y, solo si el contexto tiene la suficiente fuerza, se excluirá la aplicación de dicha ley. Por un lado, ni el contexto ni el recurso a la legislación interna operan en abstracto: será necesario comprobar cuál es el resultado de una interpretación basada en la legislación interna y de una interpretación contextual antes de decantarse por una u otra. Por otro lado, del propio contexto de la OCDE cabe inferir una cierta preferencia por la necesidad de acudir al contexto frente a la legislación interna, por el propio valor que la OCDE otorga a aquel en el proceso de interpretación de los CDI. De forma adicional, puede decirse que existe una cierta tendencia en la administración, los tribunales y los propios contribuyentes a acudir directamente a los propios comentarios o materiales que puedan constituir el contexto del CDI, a fin de delimitar el significado de los términos no definidos, lo cual, en la mayoría de las ocasiones, puede contribuir a que las soluciones contextuales tiendan a imponerse sobre el

109 En el caso de que la cláusula de interpretación de términos no definidos incluida en un CDI siguiera la cláusula tipo del artículo 3.2 del MC OCDE 2017, resulta más dudoso considerar que los acuerdos interpretativos alcanzados en el procedimiento amistoso entre las autoridades competentes de los dos Estados contratantes formen parte del contexto del convenio, ya que tal cláusula habría elevado su relevancia jurídica a estos efectos.

recurso a la ley interna. Obviamente, la determinación del significado de un término por referencia al contexto requiere que los argumentos que sostengan el significado contextual sean coherentes y lo suficientemente fuertes como para excluir la referencia a la legislación interna, y no deberían basarse en el deseo del intérprete de encontrar un lenguaje común en el CDI o de crearlo. Además, la primacía de la interpretación contextual contribuye a reducir los conflictos de calificación que pudieran surgir entre los dos Estados contratantes, puesto que el término no definido adquirirá el mismo significado para ambas partes del CDI.

A este respecto, también debe destacarse cómo las cuestiones de interpretación y las de calificación están estrechamente relacionadas. La OCDE ha desarrollado, sobre todo a partir del año 2000, una serie de principios dirigidos a evitar los problemas de doble imposición y doble no imposición que surgen como consecuencia de diferencias o conflictos de calificación fiscal; en algunos casos, en el marco de los Comentarios al artículo 23A y B del MC OCDE, la entidad hace primar la calificación fiscal con arreglo a la legislación fiscal del Estado de la fuente:[110] sin embargo, tal principio –que erosiona la interpretación convencional autónoma– plantea un buen número de cuestiones a las que se hará referencia en los Comentarios al artículo 23A y B del MC OCDE; téngase igualmente en cuenta cómo, a su vez, los conflictos de calificación no solo afectan a la calificación de la renta y al derecho de gravamen con arreglo al CDI, sino que también pueden hacer que los Estados determinen una atribución diferente de la renta a distintos contribuyentes.

110 Vid. los párrafos 32.1 a 32.8 de los Comentarios al artículo 23A y B del MC OCDE.

Capítulo 4.
El artículo 4 del MC OCDE y el MC ONU: la residencia fiscal

1. COMENTARIOS GENERALES AL ARTÍCULO 4 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: SU TRIPLE FUNCIONALIDAD

El artículo 4 del MC OCDE y el MC ONU regula la residencia fiscal de las personas físicas y de las entidades a los efectos de la aplicación de los convenios de doble imposición (CDI). Se trata de un concepto clave (y "llave") para la aplicación de un CDI.

La cláusula comprendida en el MC ONU resulta prácticamente idéntica a la prevista en el MC OCDE, aunque existe alguna diferencia terminológica que se refleja en el apartado 1 del artículo 4 del MC ONU, al incluirse el "lugar de constitución" como criterio determinativo de la condición de residencia fiscal de una entidad; a su vez, los Comentarios al artículo 4 del MC ONU contienen algunos posicionamientos que no resultan plenamente convergentes con los que se exponen en los Comentarios al MC OCDE.

El concepto de "residente de un Estado contratante" contenido en la cláusula del artículo 4 del MC OCDE y el MC ONU posee una triple funcionalidad a los efectos de la aplicación de los CDI, a saber:

- Está al servicio de la determinación del ámbito personal o subjetivo de aplicación de un CDI (apartado 1 del artículo 4).

- Está conectado con la resolución de casos de doble imposición derivados de situaciones de doble residencia fiscal (apartados 2 y 3 del artículo 4).

- Se relaciona con la resolución de casos de doble imposición generados por la tributación de la misma renta y contribuyente por los Estados contratantes de la fuente y de la residencia de este (apartado 1 del artículo 4, en combinación con la cláusula del artículo 23A y B).

Por consiguiente, la definición de residente del artículo 4.1 del MC OCDE y el MC ONU resulta clave a los efectos de regular el ámbito subjetivo de aplicación del CDI. Solo las personas residentes pueden invocar las disposiciones del este último, aunque tal condición no resulta suficiente en determinadas ocasiones, ya que se exigen requisitos adicionales por las cláusulas de que se trate (v. gr., la condición de "beneficiario efectivo" o la existencia de estructuras o acuerdos que no tengan acceso al CDI de conformidad con la regulación del artículo 29 del MC OCDE y el MC ONU, ya sea por no cumplir con las condiciones de las cláusulas de limitación de beneficios, con las relativas a estructuras triangulares del artículo 29.8 del MC OCDE y el MC ONU o con la cláusula de propósito principal y antiabuso del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU).

Asimismo, la cláusula del artículo 4 –apartados 2 y 3– está configurada para evitar casos de doble imposición que normalmente solo pueden resolverse a través de un CDI, como las situaciones de doble residencia fiscal. La regla de desempate (*tie-breaker rule*) del apartado 2 en relación con la doble residencia fiscal de personas físicas, y lo dispuesto en el apartado 3 respecto de personas que no sean personas físicas esto es, entidades, permiten resolver estos casos de doble imposición en el marco del CDI. Tales cláusulas tienen también una conexión directa con el artículo 21 del MC OCDE y el ONU, el cual impide, junto con ellas, la doble imposición en los casos de doble residencia.

Las diferentes reglas de distribución del poder tributario que establecen los CDI que siguen estos modelos de convenio (artículos 6 a 22 del MC OCDE y el ONU) pivotan sobre los conceptos de residencia fiscal versus fuente de la renta (incluida la existencia de un establecimiento permanente [EP]), de manera que el Estado contratante de la fuente, en un buen número de ocasiones, puede someter a gravamen la renta generada en su territorio (nexo territorial), de forma plena o limitada, de acuerdo con determinadas disposiciones del CDI, y en consecuencia, en estos casos, el otro Estado contratante (residencia) está obligado a eliminar la doble imposición que se ha generado en el marco de la aplicación del convenio.

La condición de residencia fiscal a los efectos del CDI se determina a partir de lo establecido en la legislación interna de los Estados contratantes, de manera que el convenio no armoniza ni crea las condiciones para que un sujeto sea residente fiscal en un Estado contratante. El estatus o la condición de residencia fiscal deriva plenamente de la legislación interna, aunque con ciertas matizaciones. En efecto, por un lado, el artículo 4 establece algunos condicionantes relativos a la residencia (vid. la segunda frase del artículo 4.1) y también puede determinar que tal sujeto sea considerado residente del otro Estado contratante a los efectos del CDI; por otro, en situaciones donde concurran una serie de circunstancias que evidencien la aplicabilidad de los elementos del artículo 29 del MC OCDE, el otro Estado contratante

podría excluir la aplicación del CDI a tal sujeto, a pesar de haber invocado el CDI con el aporte de un certificado de residencia fiscal a los efectos del CDI.[111]

En la medida en que no armoniza ni coordina plenamente la aplicación de las legislaciones fiscales de los Estados contratantes que determinan el momento a partir del cual un sujeto deviene residente o no residente, el artículo 4 del MC OCDE y el MC ONU no contiene reglas específicas a este respecto (ni en materia de impuestos de salida), de manera que deben aplicarse las establecidas en sus tres apartados y, en ocasiones, es necesario el recurso al procedimiento amistoso para integrar las normas de residencia de los distintos Estados contratantes (por ejemplo, si uno de ellos reconoce períodos de residencia inferiores al año, pero el otro regula en su legislación interna períodos anuales).

111 La condición de residencia fiscal a los efectos de un convenio de doble imposición (CDI) puede acreditarse de forma documental a través de diversas fórmulas, en cuyo caso la más extendida y fiable es la presentación de un certificado de residencia fiscal emitido por las autoridades competentes del Estado contratante de que se trate. La invocación de un CDI con el aporte de un certificado de residencia fiscal válido, a los efectos del CDI, en principio debe ser aceptada por las autoridades fiscales del otro Estado, salvo que se acreditara que se trata de un documento falso, inexacto o que ha sido emitido por autoridades no competentes, o bien se comprobara que carece de determinado contenido mínimo (firmas de las autoridades competentes, etc.). También cabe excluir la aplicación de un CDI en este tipo de casos (mediando el certificado de residencia fiscal), allí donde las autoridades fiscales prueban de forma suficiente la concurrencia de una situación abusiva, aunque en estos casos el sujeto afectado debería poder acceder al procedimiento amistoso del artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU; vid., en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo (TS) español 778/2023.

2. ESTRUCTURA DE LA CLÁUSULA DE RESIDENCIA FISCAL Y EXAMEN DE LAS REGLAS PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN EN CASOS DE DOBLE RESIDENCIA FISCAL

Como ya se indicó en el epígrafe precedente, el artículo 4 del MC OCDE y el MC OCDE consta de tres apartados que contribuyen de forma distinta a la triple funcionalidad que posee esta cláusula, a saber:

- La cláusula general del apartado 1 está dedicada al concepto de residencia fiscal a los efectos de delimitar el ámbito personal o subjetivo de aplicación de un CDI.

- La cláusula del apartado 2 contiene la denominada regla de desempate (*tie-breaker rule*) y tiene por objeto resolver los casos de doble residencia fiscal de personas físicas.

- La cláusula del apartado 3 se refiere a las situaciones de doble residencia fiscal de entidades y establece un mecanismo para resolver tal situación generadora de doble imposición.

2.1. La cláusula del apartado 1 del artículo 4 del MC OCDE y el MC ONU

El apartado 1 del artículo 4 del MC OCDE y el M ONU define la expresión "residente de un Estado contratante" a partir de lo establecido en la legislación interna de los Estados contratantes, de manera que los criterios que tal legislación utilice para determinar la residencia fiscal o la sujeción fiscal de una persona física o de una entidad por toda la renta o el patrimonio mundial imputable a la misma, en principio resultan válidos a estos efectos.

El artículo 4.1 menciona alguno de esos criterios, pero no de forma exhaustiva. En particular, tal cláusula hace referencia a los criterios que, en principio, deben revelar un nexo territorial subjetivo y estable entre la persona física o la entidad y el Estado contratante de que se trate; estos criterios de conexión territorial suelen ser distintos para personas físicas que para entidades, aunque el artículo 4.1 los enuncia de forma conjunta: el domicilio, la residencia, la constitución con arreglo a la legislación civil o mercantil,[112] la sede de dirección efectiva o cualquier otro criterio de similar naturaleza.

112 Este criterio se menciona en el artículo 4.1 del MC ONU, pero no en el del MC OCDE.

Lo relevante es que el Estado contratante, cuando califique a una persona como residente fiscal, lo sujete a imposición de forma subjetiva y omnicomprensiva por toda la renta mundial (sujeción fiscal plena o *full tax liability*), sin perjuicio de aplicar exenciones objetivas en relación con determinadas categorías de renta (dividendos) o por su origen (renta obtenida a través de un EP en el extranjero). Los Comentarios al artículo 4.1 del MC OCDE y el MC ONU destacan que el régimen de residencia fiscal ex lege (*deemed tax residence*), aplicable a diplomáticos y otras personas al servicio del gobierno de un Estado contratante, también se considera aplicable a los efectos del artículo 4.1, al estar estas personas sujetas a gravamen por su renta o patrimonio mundial.[113]

En principio quedan extramuros de la definición de "residente fiscal" a los efectos del artículo 4.1 del MC OCDE y el MC ONU los casos en los cuales, con arreglo a la legislación fiscal de un Estado contratante, un sujeto, a pesar de poder ser calificado como residente fiscal en tal Estado, solo es gravado de forma parcial o limitada en relación con la renta o el patrimonio que tengan su fuente en su territorio (*limited tax liability, source-based taxation*). En este sentido, los casos de sujeción fiscal parcial que limitan el gravamen a ciertas categorías parciales de renta (v. gr, renta del ahorro o pensiones) encuentran dificultades para encajar en el concepto de residencia fiscal del artículo 4.1 del MC OCDE y el MC ONU, salvo que se establezca otra cosa en el CDI. Los regímenes territoriales, *stricto sensu,* presentan elementos diferenciales y pueden ser muy diversos. En algunos casos, estos regímenes pueden operar de forma similar a gravámenes ilimitados por renta mundial, aunque ello dependerá del concepto de "renta territorial"; en este sentido, dichos regímenes suelen encontrar encaje en los CDI,[114] aunque es posible que se planteen dudas sobre la aplicación del artículo 4.1 de los MC OCDE y el MC ONU y, en tal sentido, se entiende que es conveniente aclarar la cuestión acerca de qué personas residentes en Estados con regímenes territoriales tienen acceso al CDI en el marco de su negociación. Lo mismo ocurrirá en relación con los regímenes privilegiados para ciertas personas físicas y para entidades. Las sociedades conductoras (bajo control extranjero) que, de acuerdo con un régimen especial, disfrutan de una exención plena de la renta extranjera, pueden, en determinados casos, no estar comprendidas en el concepto de residencia fiscal del artículo 4.1 del MC OCDE, al igual que las sociedades doblemente residentes que, de acuerdo con el CDI con un tercer país, se califican como residentes de este último.[115]

El artículo 4 del MC OCDE fue modificado en 1995 para especificar que el gobierno de cada Estado, así como sus subdivisiones políticas y sus autoridades locales,

113 Vid. el párrafo 8 de los Comentarios al artículo 4 del MC OCDE.

114 Vid. el párrafo 8.3 de los Comentarios al artículo 4.1 del MC OCDE.

115 Vid. el párrafo 8.2 de los Comentarios al artículo 4.1 del MC OCDE.

califican como residentes a estos efectos. Tal conclusión se extiende a los fondos soberanos que constituyan una parte integral de tal Estado, en tanto que, en otros casos donde ello no resulte claro, pueden plantearse dudas sobre si califican como "persona" que está "sujeta a gravamen", y en tal sentido resulta recomendable aclarar este tema en las negociaciones bilaterales de los CDI o en el marco de un procedimiento amistoso, sin perjuicio de lo indicado en los Comentarios al MC OCDE.[116]

Los fondos de pensiones reconocidos de un Estado contratante se hallan en el apartado 1 del artículo 4 del MC OCDE 2017, de suerte que anteriormente los comentarios a este precepto reflejaban una posición general a favor del reconocimiento como sujetos residentes a estos efectos.[117] Ahora bien, la cobertura convencional de los fondos de pensiones reconocidos no es absoluta, sino que se limita a aquellos que cumplan una serie de condicionantes que se desprenden de la propia definición presente en el artículo 3.1.i del MC OCDE.[118] Con todo, en el caso de que un Estado deseara incluir los fondos de pensiones (o los fondos soberanos, las instituciones de inversión colectiva [IIC], los fondos de inversión inmobiliarios [REIT], etc.) en el ámbito de aplicación del CDI, resulta recomendable hacer referencia a estos fondos de pensiones calificados o reconocidos en el artículo 4.1, junto con la correspondiente definición del artículo 3.1.[119]

La expresión "sujeto a gravamen" o *liable to tax* que se utiliza en el artículo 4.1 del MC OCDE no requiere efectiva exacción del gravamen o de la tributación efectiva del sujeto de que se trate, a efectos de poder calificar como sujeto residente en este contexto. De hecho, determinadas entidades, como fundaciones u organizaciones sin fines de lucro o *charities*, pueden estar exentas en el impuesto por la renta obtenida en relación con actividades relacionadas con su fin de interés general, pero están sujetas (subjetivamente) al impuesto y deben cumplir una serie de condicionantes a tal efecto para poder disfrutar de tal exención. El incumplimiento de dichas condiciones determina la aplicación del impuesto, y deja a un lado la exención derivada del régimen especial o propio de estas entidades. En estos casos, la mayoría de los países considera que se cumplen los condicionantes del artículo 4.1 del MC OCDE.[120] No obstante, otros países opinan que tales entidades, subjetivamente exentas, no están sujetas a gravamen y, en tal sentido, no califican como residentes a los efectos del artículo 4.1 del MC OCDE, por lo cual se aconseja incluir este tema en las negociaciones de los CDI.

116 Vid. los párrafos 8.5 y 8.11-8.12 de los Comentarios al artículo 4.1 del MC OCDE y los párrafos 50 a 53 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

117 Vid. el párrafo 8.6 de los Comentarios al artículo 4.1 del MC OCDE.

118 Vid. los párrafos 8.7-8.10 de los Comentarios al artículo 4.1 del MC OCDE.

119 Vid. en este sentido el párrafo 209 del Manual de Naciones Unidas para la negociación de tratados bilaterales (Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, Nueva York: Naciones Unidas; 2019).

120 Vid. el párrafo 8.11 de los Comentarios al artículo 4 del MC OCDE.

En línea con lo dispuesto en el artículo 1.2 del MC OCDE, los Comentarios al artículo 4.1 del MC OCDE aclaran que allí donde un Estado contratante no reconoce y trata a una sociedad de personas (*partnership*) como una entidad fiscalmente transparente, sometiendo a imposición a gravamen a los partícipes por la parte de la renta obtenida a través de la sociedad de personas, tal entidad (*partnership*) no puede ser calificada como residente fiscal en tal Estado contratante.[121] No obstante, el referido artículo 1.2 del MC OCDE especifica que el CDI puede aplicar a la sociedad de personas en relación con la renta obtenida a través de la misma que tribute en manos de sujetos (*partners*) residentes en tal Estado contratante. Dicho tratamiento puede aplicar igualmente a otras entidades o contratos (trust) que sean fiscalmente transparentes de acuerdo con la legislación fiscal de un Estado contratante.[122]

2.2. La regla de desempate del apartado 2 del artículo 4 del MC OCDE

El apartado 2 del artículo 4 del MC OCDE y el MC ONU establece una regla para eliminar los supuestos de doble residencia fiscal de personas físicas que se planteen en el marco de un CDI. Esta norma, denominada *tie-breaker rule* o regla de desempate, debe determinar la asignación a la persona física en cuestión de la residencia fiscal a un Estado contratante, a los efectos de la aplicación del convenio.

La cláusula del artículo 4.2 del MC OCDE se aplica únicamente cuando se plantea un caso de una persona física que es calificada como residente fiscal por parte de ambos Estados contratantes de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 4 del referido MC, en el sentido de que resultará sujeto a imposición de forma global de acuerdo con el artículo 4.1 del MC OCDE, esto es, por su renta mundial en ambos Estados.

El MC OCDE y el MC ONU aportan una solución bilateral en relación con este supuesto de doble imposición internacional a través de la tie-breaker rule del artículo 4.2 de los CDI. Este precepto está formulado de manera que posee efecto directo (direct effect/self-executing) y resulta llanamente aplicable por el contribuyente y las autoridades fiscales de que se trate. No hace falta, por lo tanto, acudir en todo caso al procedimiento amistoso que incluye el CDI (artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU) para resolver este problema de doble residencia, a menos que exista discrepancia a la hora de aplicar los criterios del artículo 4.2 por parte de las autoridades fiscales de los Estados contratantes.

121 Vid. el párrafo 8.13 de los Comentarios al artículo 4 del MC OCDE.

122 Vid. los párrafos 2 a 16 de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE.

El principal efecto derivado del artículo 4.2 del MC OCDE se limita a que el contribuyente sea considerado residente fiscal en uno de los dos Estados contratantes. Tal regla, sin embargo, solo despliega efectos de cara a la aplicación del CDI y, por consiguiente, cualquiera de los dos Estados contratantes puede seguir calificando al contribuyente como residente fiscal a otros efectos (por ejemplo, en relación con impuestos no cubiertos por el CDI o en relación con rentas no afectadas por el convenio, aunque las procedentes de terceros Estados e incluidas en el ámbito del CDI sí pueden estarlo por efecto del artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU). En este sentido, el MC OCDE no elimina la situación de doble residencia del contribuyente, sino que esta se excluye únicamente a los efectos de la aplicación del CDI entre los dos Estados contratantes.

El artículo 4.2 del MC OCDE determina una serie de criterios que se aplican en cascada y de modo sucesivo a efectos de resolver el problema de la doble residencia fiscal. Los puntos de conexión establecidos por el MC OCDE son similares a los criterios utilizados por los Estados para fijar la residencia de una persona física en su territorio, aunque deben interpretarse de manera autónoma, con los criterios propios del derecho internacional público y los Comentarios al artículo 4 del MC OCDE y el MC ONU. Estos atienden tanto a elementos de carácter material (vivienda permanente a disposición, centro de intereses vitales, lugar de morada) como de carácter formal (nacionalidad).

Las reglas que establece el CDI buscan dar preferencia al Estado contratante con el que el contribuyente presenta el vínculo o nexo territorial más fuerte, atendiendo a una serie de factores y elementos fácticos, jurídicos y económicos.

Los criterios de preferencia que se presentan en el artículo 4.2 del MC OCDE apuntan a eliminar cualquier género de dudas, de forma que la persona afectada por la situación de doble residencia cumpla las condiciones requeridas por estos criterios solamente en un Estado. Asimismo, estos criterios de preferencia se han configurado con el fin de reflejar una vinculación (nexo jurídico-territorial) de naturaleza cualitativa que justifique la atribución del derecho de gravamen al Estado en cuestión que lleva aparejada la condición de residente, sin que ello signifique que el otro Estado contratante pierda todo derecho de gravamen sobre tal sujeto en el marco del CDI o extramuros del mismo.

La aplicación sucesiva de los diferentes criterios opera siempre que concurran claramente sus presupuestos (vivienda permanente a disposición en los dos Estados) y, cuando existan dudas sobre la concurrencia de los criterios, se aplicará el criterio siguiente (por ejemplo, si no puede determinarse dónde tiene el centro de intereses vitales una persona, se pasa al criterio siguiente de atribución de la residencia al lugar donde viva tal persona habitualmente).

Para llevar a cabo una correcta aplicación de los criterios empleados en el artículo 4.2 del MC OCDE a fin de eliminar las situaciones de doble residencia fiscal, es necesario delimitar su alcance o significado.

Como quiera que el MC OCDE y el MC ONU no definen el alcance de los criterios fijados en el artículo 4.2 para resolver los casos de doble residencia fiscal, en función del contexto y la finalidad de la cláusula, se considera más adecuado realizar una interpretación convencional autónoma de tales criterios, toda vez que una interpretación unilateral a la luz de la regulación de cada Estado normalmente no resolvería la situación de doble residencia fiscal de forma simétrica o bilateral. A tal efecto, los Comentarios al artículo 4.2 del MC OCDE aportan una valiosa guía interpretativa que las distintas administraciones y los tribunales a nivel internacional vienen aplicando, de cara a lograr sus objetivos de forma consistente con su finalidad.[123]

La interpretación de los referidos criterios sobre los que pivota la *tie-breaker rule* del artículo 4.2 del MC OCDE, a la luz de los Comentarios a tal cláusula, podría sintetizarse de la siguiente forma, a saber:

1. El criterio de la vivienda permanente a disposición (*permanent home available to the taxpayer*) (artículo 4.2.a). Se considera que el hecho de que el contribuyente posea una vivienda permanente a su disposición en un Estado determina una conexión territorial subjetiva que justifica la asignación de la residencia fiscal a favor de tal Estado. Los comentarios elaborados por la OCDE en relación con este criterio ponen énfasis en las condiciones de disponibilidad (permanente vs. temporal), habitabilidad, duración de las estancias, etc.

2. El criterio del centro de intereses vitales (*State with which his personal and economic relations are closer; centre of vital interests*). Cuando el contribuyente posea una vivienda permanente a su disposición en los dos Estados contratantes, se considerará residente del Estado con el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas (*centre of vital interests*). Los comentarios elaborados por la OCDE en relación con este criterio resaltan que debe analizarse de forma conjunta una serie de hechos y circunstancias que sean reveladores del vínculo subjetivo y estable con el territorio a través de lazos de naturaleza económica, patrimonial, cultural, social, personal y familiar con un determinado país.

123 Nótese que los Comentarios al artículo 4.2 del MC OCDE se modificaron en 2017 para matizar los criterios de preferencia relativos a vivienda disponible de forma permanente (*permanent home*) del artículo 4.2.a, y lugar donde mora o habita (*habitual abode*) del artículo 4.2.c del MC OCDE. Vid. los párrafos 13, 17, 19 y 19.1 de los Comentarios al artículo 4.2 del MC OCDE 2017, a los que se aplicaron dichos cambios.

3. El criterio del lugar donde viva o more habitualmente el contribuyente (*State in which he/she has an habitual abode*) del artículo 4.1.c del MC OCDE. En el caso en que (1) el contribuyente posea una vivienda permanente (*permanent home available*) a su disposición en los dos Estados contratantes y no pueda determinarse el Estado en el que tiene el centro de sus intereses vitales, o cuando (2) el contribuyente carezca de una vivienda permanente disponible para él en ambos Estados contratantes, se considerará que es residente fiscal del Estado en el que "viviera habitualmente" (*habitual abode*). Los comentarios elaborados por la OCDE en relación con este criterio subrayan cómo en los dos casos o situaciones planteadas la intensidad de la presencia o permanencia en el territorio de un Estado es el factor que altera el equilibrio en favor de tal Estado.[124]

4. El criterio de la nacionalidad (*nationality*). Este criterio resulta operativo y determina la residencia del contribuyente en el Estado respecto del que es nacional, allí donde el contribuyente viviera habitualmente (*has an habitual abode*) en los dos Estados contratantes o no viviera habitualmente en ninguno de ellos.

5. La resolución de la doble residencia fiscal a través del procedimiento amistoso (*mutual agreement procedure*). Cuando el contribuyente sea nacional de los dos Estados contratantes o de ninguno de ellos, las autoridades competentes de los Estados contratantes tienen la obligación de poner en marcha el procedimiento amistoso previsto en el artículo 25 del MC OCDE a fin de resolver la cuestión de la residencia fiscal del contribuyente a los efectos del convenio.

2.3. La cláusula del apartado 3 del artículo 4 del MC OCDE referida a las situaciones de doble residencia fiscal de entidades: apuntes en relación con la cláusula del artículo 4 de la MLI

El apartado 3 del artículo 4 del MC OCDE contiene una cláusula que posee la misma funcionalidad que el apartado 2 del mismo precepto. No obstante, la cláusula del artículo 4.3 del MC OCDE se diferencia de la regla de desempate del apartado 2 en varios aspectos. Por un lado, la cláusula del apartado 3 del artículo 4 ya no contiene una *self-executing rule*, pues ahora, tras la modificación introducida en este punto por el MC OCDE 2017, ya no figura la sede de dirección efectiva como criterio que permite resolver la situación de doble residencia fiscal de una entidad y asignar la residencia fiscal de la misma a un Estado contratante a los efectos del CDI. Por otro

124 Los nuevos comentarios introducidos en 2017 (párrafos 19 y 19.1) al artículo 4 del MC OCDE matizan que el concepto de *habitual abode* o lugar donde se habita o mora habitualmente no puede reducirse a un análisis mecánico de cómputo de días de presencia en un país, de manera que deben tenerse en cuenta también la frecuencia, la duración y la regularidad de las estancias.

lado, la versión posterior al Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE (Plan BEPS) (2017) del artículo 4.3 del MC OCDE, remite al procedimiento amistoso para resolver la situación de doble residencia fiscal a los efectos de la aplicación del CDI.

Las autoridades competentes de los Estados contratantes están obligadas a poner en marcha el procedimiento amistoso, normalmente como consecuencia de la solicitud cursada por un contribuyente afectado,[125] pero no están obligadas a llegar a un acuerdo a tal efecto.

A su vez, el artículo 4.3 del MC OCDE 2017 menciona una serie de criterios que pueden emplear las autoridades competentes a efectos de resolver la situación de doble residencia, entre ellos, la sede de dirección efectiva y el lugar donde se ha constituido una entidad, sin que tales criterios sean los únicos que puedan emplearse a tal efecto, ya que se mencionan otros factores relevantes, como el sitio donde se reúne habitualmente el consejo de administración, o la estancia donde el CEO o los ejecutivos de mayor rango realizan regularmente sus actividades, entre otros.[126]

En ausencia de un acuerdo en el marco del procedimiento amistoso que resuelva tal situación de doble residencia, la entidad no podrá invocar ninguna exención ni disposición que determine una minoración tributaria que resulte del CDI, excepto en la medida y la forma en que lo acuerden las autoridades competentes de los Estados contratantes.

Se considera que la versión de la cláusula del artículo 4.3 que contiene el MC OCDE 2017 puede resultar menos garantista que la incluida en versiones anteriores del MC OCDE, desde la perspectiva del contribuyente, ya que la nueva redacción no asegura ni garantiza la eliminación de este supuesto de doble imposición en este tipo de casos, cada vez más frecuentes. Y en este sentido, los Comentarios al MC OCDE incluyen una cláusula alternativa que reproduce la versión anterior del artículo 4.3 del MC OCDE (previo a 2017), que atiende a la sede de dirección efectiva como criterio para resolver las situaciones de doble residencia de entidades.[127] A efectos de evitar un potencial riesgo de aplicación abusiva de esta cláusula, tal criterio podría definirse en el marco de las negociaciones de los CDI que incorporaran esta versión.

En este orden de cosas, cabe poner de relieve que la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI) de 2016 contiene una cláusula en línea con el artículo 4.3 del MC OCDE 2017, ya que ambos

125 Vid. el párrafo 24.2 de los Comentarios al artículo 4 del MC OCDE.

126 Vid. el párrafo 24.1 de los Comentarios al artículo 4 del MC OCDE.

127 Vid. el párrafo 24.5 de los Comentarios al artículo 4 del MC OCDE.

instrumentos responden a la actualización de los CDI en línea con los informes (2015) del Plan BEPS.

En el caso de resultar de aplicación, el artículo 4 de la MLI modifica las reglas para la determinación de la residencia fiscal de entidades a los efectos de los CDI, allí donde se plantee una situación de doble residencia. Con arreglo a esta cláusula, la residencia fiscal de una entidad doblemente residente se establecerá a través del procedimiento amistoso (o *mutual agreement procedure*) a partir de un eventual acuerdo de las autoridades competentes de los dos Estados. Estas no están obligadas a alcanzar un acuerdo que resuelva tal situación de doble residencia, de suerte que la entidad doblemente residente en ausencia del tal acuerdo MAP, con arreglo al artículo 4 de la MLI, no ostenta derecho alguno a obtener reducciones de tributación o exenciones derivadas del CDI, excepto allí donde lo acordaran las autoridades competentes de los Estados afectados.

El artículo 4 de la MLI constituye una cláusula que se aplica en lugar de o en ausencia de una disposición existente en un CDI cubierto por la MLI. No se trata de un estándar mínimo, de manera que los firmantes de la MLI pueden optar por excluir su aplicación (*opt out*). En este sentido, un buen número de países, como, por ejemplo, España, han formulado una reserva absoluta rechazando la aplicación de tal cláusula en los CDI cubiertos por ella, de modo que preservan la *tie-breaker rule* del artículo 4.3 de sus CDI, que elimina casos de doble residencia fiscal de entidades por referencia al criterio de la sede de dirección efectiva; así, se protege en mayor medida la seguridad jurídica frente a estos casos de doble imposición por doble residencia de entidades que, de otra manera, quedarían a expensas de un acuerdo en el marco del procedimiento amistoso.

Capítulo 5.
El artículo 5 del MC OCDE y el MC ONU: establecimiento permanente

1. LA FUNCIÓN DEL CONCEPTO DE EP Y SUS ELEMENTOS DE POLÍTICA TRIBUTARIA

1.1. El EP como pieza central de los CDI y umbral de imposición de los beneficios empresariales de una firma del otro Estado contratante

El concepto de establecimiento permanente (EP) es una de las piezas fundamentales de los convenios de doble imposición (CDI), en cuanto que actúa como umbral de gravamen para los beneficios empresariales en el Estado donde un contribuyente (persona física o jurídica) no residente desarrolla una actividad de carácter empresarial: si se cumplen los requisitos para que el no residente cuente con un EP, sus beneficios serán gravados en el Estado donde se obtienen, por lo general, de acuerdo con el principio de renta neta (ingresos menos gastos). Lo anterior no quiere decir que la obtención de ingresos por un no residente en un país derivados de su actividad empresarial no pueda resultar gravada de conformidad con otras disposiciones de los CDI si no cuenta con un EP en el Estado de la fuente (por ejemplo, el artículo 12, cánones, o 12A, servicios técnicos, si siguen el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU), suponen un umbral de gravamen para los beneficios empresariales que no requiere un EP). Sin embargo, en el sistema del CDI, la existencia de un EP será el factor de nexo que permita, en el contexto de los CDI que sigan el modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE), al Estado de la fuente ejercer su jurisdicción tributaria sobre los beneficios empresariales que obtenga en su territorio un residente del otro Estado. En el MC ONU, el EP permitirá al Estado de la fuente ejercer su jurisdicción tributaria sobre los beneficios empresariales más allá de lo que establezcan en este sentido y de forma limitada otros preceptos del CDI (por ejemplo, si siguen el artículo 12 o 12A del MC ONU).

Entre el artículo 5 del MC OCDE y el del MC ONU existen diferencias muy marcadas que se explicarán al hilo del estudio de los distintos elementos del concepto de EP y que deben ser consideradas por los negociadores de los CDI. Sobre todo, si estos desean incrementar los derechos de gravamen del Estado de la fuente, es preciso que presten atención detallada a la redacción del artículo 5, ya que también en la escena internacional existen tipos de EP más allá de los definidos en el MC ONU (por ejemplo, EP de equipos, EP de ciertas actividades de corta duración etc.).

Los elementos centrales del concepto de EP son relativamente sencillos de explicar, pero complejos de aplicar en la práctica, ya que su apreciación dependerá de (1) los hechos particulares que se verifiquen en cada situación práctica específica, (2) la configuración del concepto de EP, que puede variar de unos CDI a otros, y (3) la interpretación que se haga en el país en particular, no siempre pacífica y uniforme, de los elementos necesarios para considerar que existe un EP. La evolución de los Comentarios al MC OCDE sobre el artículo 5 no ha sido tampoco clara ni completamente pacífica, lo que añade un grado de dificultad.

A continuación, se describen los cuatro elementos esenciales de la definición del concepto de EP presentes en el artículo 5 del MC OCDE:

- La existencia de un lugar fijo de negocios a través del cual una empresa no residente desarrolla toda o parte de su actividad.

- De forma complementaria, en caso de no haber un lugar fijo, la existencia de un agente dependiente con ciertas características (que han variado de forma relevante en los CDI en función de si están adaptados o no a la Acción 7 del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE [Plan BEPS] o al MC OCDE 2017).

- Una cláusula de exclusión para actividades auxiliares o preparatorias que se desarrollan a través de un lugar fijo de negocios en el Estado de la fuente o son llevadas a cabo por un agente dependiente.

- Una cláusula aclaratoria que excluye, en principio, que una filial o empresa del mismo grupo mercantil o contable pueda ser un agente dependiente de otra firma perteneciente al mismo grupo societario.

Tales elementos y sus dificultades interpretativas, junto con los cambios que realizaron la Acción 7 del Plan BEPS y de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI), se mencionarán al hilo de cada uno de los elementos del concepto de EP estudiados en las secciones sucesivas.

Por otra parte, como indica el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE, a pesar de que la legislación sobre el impuesto al valor agregado (IVA) (o los impuestos indirectos sobre las ventas) pueda usar un concepto idéntico o similar, la interpretación del artículo 5 del MC OCDE no es necesariamente idéntica a la que pueda hacerse en el ámbito de los impuestos indirectos, de manera que podría ocurrir que un contribuyente tenga un EP a efectos del IVA pero no lo mismo en relación con el artículo 5 del MC OCDE. Esta reflexión, obviamente, se aplica también en relación con el artículo 5 del MC ONU.

1.2. La relación entre el concepto de EP (artículo 5), el concepto de beneficios empresariales (artículo 7) y otros artículos del CDI

La delimitación del concepto de EP del artículo 5 del MC OCDE requiere, en primer lugar, que se haga referencia al artículo 7 del MC OCDE (beneficios empresariales), ya que ambos preceptos están entrelazados y resultan interdependientes: el concepto de EP se refiere, *a priori*, al de beneficios empresariales, y modula y excluye la atribución de jurisdicción exclusiva al Estado de residencia de la empresa en relación con este tipo de rentas que realiza el artículo 7 del MC OCDE. De acuerdo con este último, los beneficios de una empresa de un Estado contratante solo serán gravables en ese Estado a menos que tal empresa desarrolle en el otro Estado (fuente) su actividad mediante un EP allí situado, en cuyo caso, los beneficios atribuibles a tal EP resultarán gravables en el Estado en que se sitúe el EP. Es decir, el artículo 7 establece dos reglas que determinan el efecto del artículo 5:

1. El Estado de ubicación del EP solo puede gravar los beneficios empresariales de un residente del otro Estado si existe tal EP, lo cual no excluye el gravamen de otras rentas que obtenga en su territorio sin EP si otro artículo del CDI se lo permite (por ejemplo, artículos 10 y 11 del MC OCDE).

2. El gravamen de los beneficios empresariales en caso de que exista un EP se limita a los que resultan atribuibles al EP de acuerdo con el artículo 7, lo cual excluye que el EP atraiga todas las rentas que el contribuyente no residente obtenga o derive del Estado donde el EP está presente (es decir, se excluye el principio de fuerza de atracción).

Ambos preceptos, artículos 5 y 7, hacen referencia a dos términos, "empresa" (*enterprise*) y "actividad empresarial" (*business*), que resultan definidos en el artículo 3.1, letras c y h del MC OCDE o en el párrafo 42 de los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE, de manera que incluyen tanto la actividad empresarial *strictu sensu*, como la prestación de servicios y cualquier actividad de carácter independiente.

Tal definición amplia es relevante para aclarar, sobre todo, en aquellos CDI que no contienen el equivalente del artículo 14 del MC ONU (antiguo artículo 14 del MC OCDE, suprimido en el año 2000), donde se indica que el concepto de "beneficios empresariales" también se aplica a las prestaciones de servicios. Sin embargo, la definición amplia de actividad empresarial, por remisión a las definiciones del artículo 3.1 del MC OCDE, es equívoca, ya que, como aclaran los Comentarios al artículo 3.1.h, en última instancia, el concepto depende de la definición de tal expresión en el Estado que aplica el CDI (y esta cuestión genera algunas dificultades en la implementación de los CDI, como, por ejemplo, que ciertas rentas que para unos países serían empresariales, para otros no lo sean y traten por ello de aplicar a ellas otros preceptos del CDI).

El lugar en el cual la empresa del otro Estado debe llevar a cabo la actividad empresarial para que el Estado de la fuente adquiera jurisdicción tributaria es el EP, esto es, el lugar fijo de negocios de la empresa o aquel donde el agente dependiente desarrolla la actividad en ese Estado, ya que una actividad económica en el otro Estado no vinculada al EP no desencadenará la aplicación del artículo 5, sino que la renta sea gravable en el Estado de residencia. Esto quiere decir que el concepto de "actividad empresarial" está vinculado al Estado de la fuente y, más directamente, al tipo de EP en dicho Estado. Por ello, la menor o mayor amplitud con la que se defina el EP en un CDI es crucial para delimitar la jurisdicción del Estado de la fuente sobre las rentas empresariales. Al mismo tiempo, la jurisdicción del Estado de la fuente cuando exista un EP determinará que el Estado de residencia tenga que aplicar el método de eliminación de la doble imposición previsto en el artículo 23 del MC OCDE (exención o imputación), con exclusión de la jurisdicción que, de forma exclusiva, atribuye a este Estado el artículo 7 sobre los beneficios empresariales de forma primaria.

En relación con la interacción entre los artículos 5 y 7 del MC OCDE, es necesario precisar que el concepto de beneficios empresariales al que se dedica el artículo 7 depende también de las definiciones de otros artículos del MC OCDE (por ejemplo, el artículo 12, cánones), las cuales tienen prioridad sobre el propio artículo 7 por efecto del artículo 7.4 del MC OCDE. Esto es, las definiciones de otros preceptos de los CDI (por ejemplo, dividendos, intereses, cánones, servicios técnicos) pueden limitar el concepto de renta empresarial. En ausencia de EP, la regla de prioridad de otros conceptos del CDI sobre la disposición general relativa a los beneficios empresariales no plantea problemas cuando el artículo 7 y el otro precepto (por ejemplo, el artículo 12 del MC OCDE, que no grava en la fuente los cánones) produzcan las mismas consecuencias (si las consecuencias son diversas, se produce un problema relevante de calificación, como ocurrirá, por ejemplo, cuando un CDI permita gravar ciertos servicios sin que exista un EP, donde la calificación como servicio incluido o no en el concepto de renta empresarial puede llevar a resultados

distintos). Sin embargo, allí donde exista un EP en el Estado de la fuente de acuerdo con el artículo 5, se volverá a aplicar dicho artículo, por lo que las rentas de otros preceptos del CDI se atraerían hacia el EP como beneficios de este, reconociendo jurisdicción sobre dichas rentas al Estado del EP (tal es el efecto, por ejemplo, de los artículos 10 y 11, párrafo 4; 12, párrafo 3; 13, párrafo 2, o 21, párrafo 2 del MC OCDE).

Otros artículos, sin embargo, atribuyen jurisdicción al Estado de la fuente sin atender al concepto de EP (artículo 6 o 17 del MC OCDE), y tienen prioridad sobre este, por lo que, en estos casos, la forma en que resulte gravada la renta en el ordenamiento interno no dependerá, en sentido estricto, de la existencia o no de un EP. Por ejemplo, el artículo 6 atribuye jurisdicción al Estado de la fuente sobre las rentas inmobiliarias al margen de que exista o no un EP en su territorio y, si hay un EP, lo normal será que tribute como tal (también para evitar vulneraciones del artículo 24.3 del MC OCDE). En estos casos, como indica el párrafo 9 de los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE, la existencia de un EP o no puede ser relevante en relación con la determinación de la fuente de una renta vinculada a la gravada en otro artículo del CDI. Por ejemplo, un Estado puede gravar la renta derivada de un inmueble, exista o no EP en su territorio, de acuerdo con el artículo 6 del MC OCDE; no obstante, la existencia de EP puede ser categórica para que pueda gravar intereses pagados y vinculados a ese EP en función de los artículos 11.4 y 5 del MC OCDE. Incluso en otros supuestos, la presencia o no de un EP establece la posibilidad de que tributen en la fuente rentas pagadas a otras personas por el propio EP (así se expresa en el artículo 15.2 del MC OCDE).

La relación con el artículo 8 (empresas de navegación marítima y aérea internacional) del MC OCDE también es particular, ya que este precepto se aplicará a las empresas y rentas cubiertas con independencia de que exista un EP o no en el otro Estado.

1.3. Otras funciones del concepto de EP: la regla de determinación de la fuente de una renta y la no discriminación

El concepto de EP es también relevante para determinar los derechos de gravamen del Estado de la fuente en relación con dividendos (artículo 10.4), intereses (artículo 11.5) u otras rentas (artículo 21.2) y, en su caso, si el CDI sigue el MC ONU, cánones (artículo 12.5) y servicios técnicos (artículo 12A.5) o servicios digitales automatizados (artículo 12B.9). Al mismo tiempo, la existencia de un EP permite el acceso, en el Estado de la fuente, a la cláusula de no discriminación del artículo 24.3 del MC OCDE.

1.4. Los fundamentos de política tributaria del criterio del EP: tendencias y opciones

1.4.1. La relevancia del lugar fijo de negocios como umbral para el ejercicio de la jurisdicción tributaria sobre las rentas empresariales

Originariamente, la atribución de jurisdicción tributaria a los Estados de la fuente cuando existiera un EP se vinculó, en parte, a una opción de política tributaria y, asimismo, a principios que permitieran defender la razonabilidad de tal umbral de tributación. Por lo que respecta a la opción de política tributaria, es sobradamente conocido el sesgo que los primeros modelos de convenio de los años veinte del siglo XX en el contexto de la Sociedad de las Naciones tuvieron a favor de los Estados exportadores de capitales y coloniales, lo que determinó la priorización de la jurisdicción para los Estados residencia de las empresas que operaban en otros países con menor tejido empresarial, escasez de tecnología, etc. El concepto de EP permitía limitar la tributación de esas empresas en los lugares en los que operaban, manteniendo toda la jurisdicción tributaria sobre sus beneficios en los lugares donde se encontraba habitualmente la sede de esas empresas (la historia tanto del concepto de EP como del artículo 12 del MC OCDE es muy ilustrativa de estas ideas).

Desde la perspectiva de los principios, el concepto de EP también se vinculó con la certeza y la posibilidad de administrar los impuestos de forma razonablemente sencilla. En primer lugar, la existencia de un lugar fijo de negocios, como se menciona en el artículo 5.2 del MC OCDE, parece relativamente sencilla de observar, por lo que resulta posible conocer cuándo, al menos en algún caso, un no residente realiza una actividad económica en un territorio.

En segundo lugar, la presencia estable en un territorio o Estado implica un mayor vínculo con él también a la hora de presentar declaraciones tributarias o responder a requerimientos de su administración tributaria. Es probable que en los albores del siglo XX este último factor resultase muy relevante, ya que era difícil que el no residente sin ningún vínculo ni activos en el Estado donde obtuviera rentas pudiera responder ante la administración del Estado de la fuente en casos en los que se estimara que existía una deuda tributaria mayor que la declarada, al carecer elementos patrimoniales en ese Estado.

Estos argumentos ya estaban en discusión en el momento en que nació el concepto de EP: algunos Estados consideraban que la aplicación de retenciones en la fuente sin que existiera un lugar fijo de negocios para actividades realizadas en un Estado por un no residente resultaba adecuada para gravar la actividad de los no residentes en un determinado país, lo cual dio lugar al surgimiento del concepto de cánones en el MC OCDE. Sin embargo, la mayor tensión para el concepto del EP se produjo en tiempos relativamente recientes, debido a la posibilidad de operar en

los distintos Estados de forma remota (a través de Internet y la economía digitalizada) y de llevar a cabo una actividad económica en un territorio de forma recurrente sin tener presencia en él con un lugar fijo o un agente dependiente en el sentido del artículo 5 del MC OCDE.

Sin embargo, la posibilidad de llevar a cabo una actividad económica o empresarial en un Estado a distancia no es nueva tampoco del contexto de la economía digitalizada: ya estaba presente a principios del siglo XX en los conceptos de intereses y cánones (artículos 11 y 12 del MC OCDE) o en la voluntad de muchos Estados de gravar los servicios técnicos en el Estado donde se encuentra el pagador del servicio o donde este tuviese un EP, o al tratar de ampliar la definición del concepto de EP para superar el umbral tradicional del lugar fijo de negocios o el agente dependiente, a fin de gravar ciertas actividades de corta duración o con presencia física, pero que no se realizan a través de un lugar fijo (por ejemplo, exploración de recursos, presencia de equipos móviles etc.). No obstante, en la última década la digitalización de la economía ha generado cambios sobresalientes en la fiscalidad internacional, siempre en la dirección de tratar de reconocer más jurisdicción al Estado en el que se desarrolla una actividad, ya sea de prestación de ciertos servicios, digitalizados o no, o donde se comercializan ciertos productos, también digitalizados o no. A esta dinámica responden el artículo 12A del MC ONU 2017, la revisión del concepto de EP derivada de la Acción 7 del BEPS (2017) y el llamado Pilar 1 (y su alternativa, el artículo 12B del MC ONU 2021), o los impuestos sobre servicios digitales.

En definitiva, la vinculación del concepto de EP con un lugar fijo como umbral para gravar la renta obtenida en un Estado, si bien originalmente podía explicarse por razones administrativas, también en el momento de la formulación del concepto esto resultaba controvertido, tendencia que se hizo más marcada con el advenimiento y el desarrollo de la economía digitalizada.

1.4.2. El agente dependiente como refuerzo del concepto de lugar fijo de negocios

Ya en los primeros debates sobre los modelos de CDI anteriores al MC OCDE se reconoció que el concepto de lugar fijo de negocios no permitía al Estado de la fuente gravar las rentas vinculadas al ejercicio de una actividad económica en su territorio cuando tal actividad la ejerciera no el titular no residente de la empresa por sí mismo, sino un agente dependiente. Por ello, se añadió el artículo 5.5 del MC OCDE, que la Acción 7 del Plan BEPS de la OCDE reformó en profundidad (aunque esta Acción ha tenido efectos limitados en relación con los distintos CDI que se firmaron antes o después de dicha acción). No obstante, con diversos matices a lo largo de los años (sobre todo, tras la Acción 7 del Plan BEPS de la OCDE), el umbral para el agente dependiente se situó en la firma habitual por un agente de contratos en el

Estado de la fuente que pudiesen vincular a la empresa no residente con los clientes allí situados y estuvieran conectados con la actividad principal de dicha empresa.

Si bien el fundamento de la figura del agente dependiente del artículo 5.5 del MC OCDE como refuerzo del lugar fijo de negocios podía resultar claro, lo cierto es que su aplicación no ha sido pacífica, sobre todo por la vinculación de dicho concepto a parámetros fácticos y jurídicos difíciles de comprobar (firma habitual de contratos relacionados con la empresa no residente o realización de la actividad principal que conduzca a la firma de tales contratos) o debido a otras dificultades técnicas propias del agente dependiente (por ejemplo, atribución de beneficios en algunos casos).

1.4.3. La exclusión de las actividades auxiliares o preparatorias del concepto de EP

En ciertos casos, cuando a través del lugar fijo se desarrollan actividades auxiliares o preparatorias o los poderes del agente dependiente están vinculados a este tipo de actividades, se excluye la existencia de un EP (artículo 5.4 del MC OCDE). Los casos de actividades auxiliares o preparatorias no implican que no exista un lugar fijo de negocios o un agente dependiente del no residente, sino, más bien, que tales actividades no se consideran de suficiente intensidad como para otorgar un derecho de gravamen al Estado de la fuente. El párrafo 58 de los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE parece situar la justificación de esta excepción en la dificultad de atribuir beneficios a esas actividades. Sin embargo, da la impresión de que la justificación de esta excepción debe situarse, más bien, en el hecho de que no se considera que, en estos casos, el grado de involucramiento del no residente en el ejercicio de una actividad económica en el Estado donde se encuentra el lugar fijo de negocios o el agente dependiente pueda ser suficiente para activar la posibilidad de gravamen en ese Estado del no residente, con la carga administrativa y de gestión que ello conlleva.

Por otra parte, a lo largo de los años, la cláusula de las actividades auxiliares o preparatorias ha generado dificultades notables, ya que permitía que las empresas o los grupos de empresas fragmentasen dichas actividades de manera que se evitara la tributación con EP en el Estado de la fuente. No obstante, tal cláusula fue revisada de una forma tímida en relación con la Acción 7 del Plan BEPS y el artículo 13 de la MLI, por lo que los distintos Estados deben estar atentos a su redacción específica y a si ha sido o no actualizada al resultar aplicable la MLI en sus relaciones con otros Estados.

1.4.4. El concepto de EP, la atribución de rentas al EP (incluido el concepto de fuerza de atracción) y la pluralidad de EP de una misma persona

La relación especial que existe entre los artículos 5 y 7 del MC OCDE establece que, cuando un no residente tenga un EP en el Estado de la fuente donde realiza la actividad económica a través de un lugar fijo o un agente dependiente, la renta sobre la que puede ejercer su poder tributario sea únicamente la vinculada con ese EP, según los principios propios del artículo 7, y no otra distinta obtenida por el no residente en el mismo territorio. El rechazo en el contexto internacional (en realidad, en la OCDE) al principio de fuerza de atracción (párrafo 12 de los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE) determina este resultado, aunque el artículo 7.1 del MC ONU sí admite un principio limitado de fuerza de atracción.

El corolario de este principio de determinación de los beneficios del EP vinculados a la actividad del propio EP tiene como consecuencia que una misma persona pueda contar con diversos EP en un Estado. En efecto, el concepto de EP del artículo 5 del MC OCDE (y también del MC ONU) no está vinculado a una persona, sino, más bien, a los elementos constitutivos de su definición, el lugar fijo en cuestión a través del cual se desarrolla una actividad o el agente dependiente. Por ello, es perfectamente posible que un mismo contribuyente no residente tenga dos o más EP en el mismo Estado si cuenta con varios lugares fijos (aunque estén próximos entre sí) a través de los cuales realiza en dicho Estado toda su actividad o parte de ella, o que cuente con algún lugar fijo y agentes dependientes. Este principio no se ve obstaculizado por el hecho de que, en algunos Estados, esté permitido que el contribuyente no residente presente una única declaración correspondiente a todos sus EP en el territorio.

La decisión de si el EP se encuentra sujeto a gravamen por el principio de renta mundial o por el principio de renta territorial (solo la obtenida en ese Estado) dependerá de la legislación interna de cada Estado contratante, sin que tenga que ver con el concepto de EP del artículo 5 del MC OCDE. A fin de evitar asimetrías y posibilidades de planificación, el EP debería tributar como una sociedad del Estado donde se encuentre (principio que estaría en línea con el artículo 24.3 del MC OCDE), sin que los artículos 5 o 7 del MC OCDE impongan, no obstante, ninguna opción a estos efectos.

1.4.5. El concepto de EP y su vinculación a la empresa individual y no al grupo societario o mercantil (artículo 5.7 del MC OCDE)

El MC OCDE y el MC ONU asumen como punto de partida la aplicación de sus disposiciones a las empresas individuales (personas físicas o sociedades), sin tomar en consideración, con alguna salvedad (por ejemplo, en la cláusula de las actividades auxiliares), la tributación del grupo mercantil, fiscal o contable de sociedades. Por esta razón, el artículo 5.7 del MC OCDE aclara que el hecho de que una sociedad

residente en un Estado controle o sea controlada por otra sociedad residente del otro Estado no determinará que una sociedad sea EP de la otra.

1.4.6. Falta de asimilación completa del EP a una filial en el Estado donde el no residente cuenta con un EP

Ni el artículo 5 ni el artículo 7, salvando también los matices del artículo 24.3 del MC OCDE, imponen la total asimilación de un EP a una filial en el Estado donde tal EP existe (vid. en este sentido los Comentarios al artículo 7 de este Manual). La existencia del EP determinará, en el contexto del CDI, que deba acudirse al artículo 7 y que tengan que aplicarse los sistemas de atribución que, de acuerdo con este precepto y el resto de las disposiciones del CDI, resulten admitidos.

1.4.7. Variantes del concepto de EP en la escena internacional

Si bien el artículo 5 del MC OCDE contiene la definición paradigmática del concepto de EP, este no es homogéneo en la escena internacional. En primer lugar, el artículo 5.5 del MC ONU contiene diferencias significativas y determina un umbral más bajo de tributación para el Estado donde el no residente realiza una actividad económica. Esto último resulta más favorable para el Estado de la fuente, ya sea por la vía del reconocimiento de nuevos supuestos en los que puede surgir un EP, no previstos *strictu sensu* en el MC OCDE (por ejemplo, el EP de servicios o de seguros de los artículos 5.3.b y 5.6, respectivamente, del MC ONU) o mediante la modificación de elementos relevantes del concepto de EP del MC OCDE, siempre a favor del Estado de la fuente (por ejemplo, la reducción del plazo de 12 a 6 meses que determina que un proyecto de instalación, construcción o montaje se considere como EP, o la definición más reducida del concepto de actividades auxiliares o preparatorias que excluyen la tributación en el Estado de la fuente).

En la red internacional de CDI, y debido a las políticas de determinados países, también es posible encontrar definiciones de EP ampliadas, que contienen cláusulas propias y peculiares que expanden el concepto de EP en supuestos concretos.

Las cláusulas generadoras de un EP en casos distintos a los previstos en el MC OCDE se mencionan más adelante, en el epígrafe 9. Aquellos países que deseen expandir la posibilidad de gravar las rentas empresariales deberán considerar tales variaciones con respecto al MC OCDE, aunque, al mismo tiempo, también tendrán que ponderar si en las negociaciones de CDI específicos resultan admisibles opciones como la adopción de los artículos 12, 12A y 12B del MC ONU 2021.

Asimismo, debe subrayarse que la interpretación del concepto de EP no es tampoco uniforme en los distintos países y que, antes de decantarse por interpretaciones

agresivas, poco ortodoxas, los Estados deben ponderar el efecto nocivo sobre la seguridad jurídica y la aplicación de los CDI que de aquellas se pueden derivar.

1.4.8. La ampliación del concepto de EP con la Acción 7 del BEPS y la MLI, y la Acción 1 del BEPS y el Pilar 1

Las peculiares características del concepto de EP, en sus versiones del MC OCDE hasta 2017, y su naturaleza de concepto que, en definitiva, minimizaba la atribución de rentas a los Estados donde se realiza una actividad económica, determinaron que, en el contexto del Plan BEPS de la OCDE (2013) se considerara una modificación del artículo 5 del MC OCDE que contribuyera a atacar ciertas estructuras generalizadas de planificación fiscal utilizadas por grupos multinacionales. En particular, se situaron en el punto de mira de la Acción 7 del Plan BEPS las llamadas estructuras de comisionista (que evitaban que apareciese la figura del agente dependiente en el Estado donde este se encontraba mediante el recurso de impedir que firmara contratos que vincularan a la empresa no residente), las estructuras de fragmentación de actividades (que, sobre la base del artículo 5.4 del MC OCDE y las cláusulas de actividades auxiliares o preparatorias, minimizaban o evitaban completamente la tributación en el Estado de la fuente) o las estructuras de división artificial de contratos (para evitar que se alcanzase el umbral temporal relativo a las actividades de construcción).

El informe final de la Acción 7 del Plan BEPS (2015) propuso cambios que han supuesto un ataque a las estructuras más evidentes, pero no una variación significativa y radical en el umbral de gravamen reconocido al Estado de la fuente en el MC OCDE o el MC ONU. En particular, dicho informe supuso modificaciones en la redacción de los artículos 5.5 y 5.6 (estructuras de comisionista), 5.4 (fragmentación de actividades) y 5.3 (fragmentación artificial de contratos) incluidas en el MC OCDE en 2017 y en los artículos 12 a 14 de la MLI.

Los cambios realizados, cuya dimensión se explicará en este Manual en apartados específicos, así como la imposibilidad de cerrar la Acción 1 del Plan BEPS, lógicamente no satisficieron los intereses de aquellos países preocupados por el hecho de que la digitalización de la economía permitiría realizar una actividad económica en su territorio sin que apareciese el umbral de tributación que constituye el EP, de modo que el debate continúa hasta hoy. En este contexto, las propuestas sobre el Pilar 1 giran en torno a un concepto distinto, que permitiría que los Estados de la fuente, exista o no en ellos un EP, graven una pequeña parte de los beneficios residuales derivados por un número muy reducido de grupos multinacionales por la realización de una actividad económica (ventas de bienes y servicios) en su territorio (vid. el último capítulo de este Manual). Si finalmente se aplicara, el Pilar 1 supondrá abandonar de manera muy tímida el concepto de EP como punto de conexión con un determinado Estado a favor del concepto de realización de actividades de ventas

en él, y una separación del concepto de empresa individual de la cual se predica que existe un EP a favor de la consideración más global de las actividades del grupo multinacional considerado en su conjunto. El artículo 12B del MC ONU 2021 ha tomado un cariz similar. Como se ha indicado, debido a la modestia de los cambios, aquellos países que deseen incrementar sus derechos de gravamen como Estado de la fuente deben tomar en cuenta la ampliación de la definición del concepto de EP en sus CDI o incluir artículos que les permitan ejercer su jurisdicción tributaria sobre actividades con proyección en su territorio, como, por ejemplo, el artículo 12 del MC ONU (cánones) o el artículo 12A del MC ONU (servicios técnicos).

1.4.9. La necesidad de verificar el concepto de EP en cada CDI

Las conclusiones de los párrafos anteriores determinan que el concepto de EP pueda variar de un CDI a otro. Lo mismo ocurre con la evolución histórica del concepto de EP, que ha sufrido cambios desde la redacción del Proyecto de Modelo de Convenio de la OCDE de 1963 (PMC OCDE) hasta la actualidad (por ejemplo, los derivados de la Acción 7 del Plan BEPS). Por esta razón, quienes interpretan y aplican un CDI deben atender a la redacción específica del precepto en cada convenio y no trasladar a este último conclusiones o los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE y el MC ONU que no estén acompasados y sean aplicables en atención a la redacción del precepto que debe ser interpretado.

2. EL EP COMO LUGAR FIJO DE NEGOCIOS Y EJEMPLOS DE LUGARES FIJOS (ARTÍCULOS 5.1. Y 5.2 DEL MC OCDE Y EL MC ONU)

2.1. El artículo 5.1 del MC OCDE

De acuerdo con el artículo 5.1 del MC OCDE, un EP es "un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa desarrolla toda o parte de su actividad".

Si bien el artículo mencionado utiliza como criterio de nexo la presencia estable (lugar fijo) en el Estado de la fuente en tanto punto de conexión y elemento fundamental para garantizar el derecho de aquel a gravar la renta, tal criterio se acompaña de otros requisitos. Tales requisitos, de compleja interpretación y aplicación, han sufrido una evolución temporal importante, con modificaciones muy relevantes, sobre todo, en los Comentarios del artículo 5 del MC OCDE en distintas fechas y actualizaciones, que determinarán que el intérprete deba decidir si tienen encaje en relación con CDI anteriores a las nuevas versiones de los Comentarios. Los requisitos son los siguientes:

1. **El lugar fijo de negocios (actividad empresarial) debe servir para la realización de la actividad de "una empresa".** El artículo 5.1 requiere que el contribuyente no residente realice una actividad económica en el Estado de la fuente a través del lugar fijo de negocios allí situado. Dos de las expresiones empleadas en el artículo 5.1, "empresa" y "actividad económica" (o "actividad de la empresa", según las distintas traducciones y los diversos CDI), se definen en el artículo 3.1, letras c y h, del MC OCDE (el concepto de actividad empresarial no se incluye en el artículo 3.1 del MC ONU), aunque realmente la definición concreta de "actividad empresarial" dependerá del derecho interno. A estos efectos, debe tomarse en consideración también que la realización de ciertas actividades que en el contexto del CDI pueden no generar "beneficios empresariales" sí puede determinar que exista un EP en el Estado de la fuente al que se atribuyan rentas que, de otra forma, no tendrían la calificación de "beneficios empresariales" en el CDI (por ejemplo, una actividad que produce cánones como contraprestación cuando se cumplen los requisitos del artículo 5 del MC OCDE y los mismos están vinculados a un EP).

   Las distintas fórmulas de colaboración empresarial (por ejemplo, subcontratación, *joint ventures* y contratos de colaboración empresarial, *partnerships* y sociedades de personas) plantean toda una problemática (generalmente vinculada a quién realiza la actividad y de qué forma) que los Comentarios al MC OCDE, artículo 5, desarrollan de forma específica (vid., a estos efectos, los párrafos 40, 42 y 43).

Normalmente, las filiales de grupos de empresas multinacionales llevan adelante una actividad empresarial propia y diferenciada de otras empresas del grupo, como pone de manifiesto el artículo 5.7 del MC OCDE.[128]

2. **La actividad de la empresa debe desarrollarse en un "lugar de negocios".** La primera nota del EP se encuentra en la vinculación del concepto a la expresión "lugar fijo", la cual comprende, en primer lugar, los locales de la empresa o las instalaciones que se utilizan para desarrollar la actividad (párrafo 10 de los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE). A estos efectos, los ejemplos del artículo 5.2 del MC OCDE también pueden resultar orientativos. El carácter de lugar fijo tiene dos componentes (geográfico o de ubicación y temporal) que se detallan a continuación, en los puntos 3 y 4.

3. **El lugar de negocios debe ser fijo en ubicación (aspecto geográfico).** Si bien en primera instancia el carácter de fijo del EP remite a un inmueble, la característica principal del lugar fijo se halla en el vínculo existente entre la actividad de la empresa y un lugar o punto geográfico determinado dentro del territorio del Estado. En este sentido, los Comentarios al artículo 5 no exigen una vinculación rígida a un punto del territorio de un Estado, sino que basta con que, simultáneamente, se verifique una coherencia comercial y geográfica con un punto específico del Estado, de modo que no sea completamente indeterminado o resulte más o menos concreto en un espacio físico (por ejemplo, una obra que se desplaza de un lugar a otro, una mina, un sitio de explotación forestal, un barco que opera en un lugar geográfico preciso, etc.). Al mismo tiempo, no basta con que la actividad se desarrolle en un Estado, en su territorio en general (por ejemplo, servicios prestados en ese Estado), para cumplir con este requisito.

   El requisito de coherencia comercial debe apreciarse al mismo tiempo que la coherencia geográfica y conectada con esta, de manera que, si existe actividad de la empresa en un lugar fijo, pero no coherencia comercial (por ejemplo, diversos proyectos para clientes distintos en un mismo edificio), podría no cumplirse este requisito. De igual forma, si no existe coherencia geográfica, pero sí comercial, podría ocurrir que tampoco haya un lugar fijo (por ejemplo, la prestación de servicios de consultoría por una misma persona en diversos puntos de un Estado podría no generar un EP, por falta de lugar fijo, aunque estén todas las prestaciones de servicios vinculadas desde el punto de vista comercial).

128 De manera no coincidente con el artículo 5.1, para combatir estructuras de planificación, cierta jurisprudencia con repercusiones internacionales en España ha atribuido la actividad de filiales españolas a matrices no residentes (vid. las SSTS del 12 de enero de 2012, caso *Roche Vitaminas Europe*, rec. 1626/2008, del 18 junio de 2014, *Borax*, rec. n. 1933/2011, y del 20 de junio de 2016, *Dell*, rec. 2555/2015). Tal jurisprudencia no resulta coherente con la práctica internacional más ortodoxa o con los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE.

Lo cierto es que los requisitos de coherencia geográfica y comercial, importados, en cierta forma, del artículo 5.3 del MC OCDE, plantean una serie de dificultades que no todos los Estados aceptan o interpretan de la misma manera, ya que limitan fuertemente el número de casos en los que puede considerarse que existe un EP en un determinado Estado y dan un amplio margen de planificación a los contribuyentes para fragmentar sus actividades (incluso tras los cambios en el artículo 5.4 del MC OCDE derivados de la Acción 7 del BEPS).

Los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE, párrafo 10, aclaran que el lugar fijo de negocios tiene que estar "a disposición" de la empresa (en sentido amplio, esto es, a disposición de cargos directivos, empleados, personas sobre las que la empresa tiene poder de dirección, como un subcontratista al que se envía al lugar, etc.). Tal requisito, que fue introducido en los Comentarios de 1977 y desarrollado con ejemplos en 2003, resulta muy controvertido. Los Comentarios, párrafos 14 y ss., dan una serie de ejemplos que se consideran ilustrativos de "la disposición del lugar", aunque han generado gran controversia (sobre todo uno relativo al pintor). El intérprete del CDI, en consecuencia, deberá prestar atención a los hechos específicos, a la actividad que se lleva a cabo, a su duración, a las facultades para ocupar el lugar, pero también ser cauto y no convertir el requisito de la disposición de un lugar en otro distinto, un test de nexo por presencia física que no admite (ni está vinculado con) el concepto de EP en el MC OCDE (sí en el MC ONU en relación con el artículo 5.3.b).

4. **El lugar de negocios debe ser fijo en duración (aspecto temporal).** La determinación de si existe un lugar fijo de negocios debe realizarse en un marco temporal concreto (no necesariamente un período impositivo), sin atención a lo que ocurrió en períodos anteriores o posteriores, en los que las circunstancias fácticas de la empresa y el despliegue del negocio pueden haber cambiado (párrafo 8 de los Comentarios al artículo 5). Además, para que un lugar sea fijo, debe tener un cierto grado de permanencia (como el propio nombre de EP sugiere), sin que, por su naturaleza, pueda ser temporal (párrafo 28). Los Comentarios no indican de forma taxativa durante cuánto tiempo debe prolongarse la actividad empresarial para entender que se verifica una permanencia suficiente como para que se trate de un EP, aunque un punto de referencia habitual, en la práctica, es el plazo de seis meses (a estos efectos, será también relevante la legislación del Estado que aplica el CDI). La falta de taxatividad en la fijación de un plazo mínimo se explica por la necesidad de valorar las circunstancias concretas del caso y el hecho de que podrían existir supuestos según los cuales el EP podría surgir sin alcanzar dicho plazo temporal mínimo (quienes negocian un CDI pueden, no obstante, establecer dicho plazo en el artículo 5.1).

El EP comienza a existir en el mismo momento en que la empresa empieza a desarrollar su actividad en el lugar fijo, incluidas las acciones previas a la realización de tal actividad y sin contar la preparación del lugar para organizar o realizar tal actividad (por ejemplo, obras de acondicionamiento). Si inicialmente la actividad no se iba a prolongar por el tiempo necesario para hacer que surgiera un EP, pero se supera tal umbral, se considerará que existe un EP con efectos retroactivos (párrafo 34).

El cese del EP se produce cuando la empresa ya no dispone del lugar de negocios o con el cese de la actividad realizada en él (Comentarios al artículo 5, párrafo 44). Las interrupciones temporales (vacaciones, huelgas, mal tiempo etc.) no son equiparables al cese de la actividad, por lo que deben computarse dentro del período de referencia para considerar que existe un EP (párrafos 32 y 44). Y, en el caso de uso sucesivo del mismo lugar para idéntica actividad por personas vinculadas a fin de evitar la existencia del umbral temporal, debe considerarse la posibilidad de aplicar la normativa antiabuso del CDI o interna (Comentarios al artículo 5, párrafo 33).

5. **La actividad de la empresa debe desarrollarse "a través del lugar fijo de negocios" de forma total o parcial.** Para que exista un EP, la actividad de la empresa no residente tiene que llevarse a cabo "a través" del lugar fijo (lo cual no ocurrirá si la empresa solo cuenta con equipos en una jurisdicción o con empleados que realizan la actividad, por ejemplo, para una filial bajo su poder de dirección). La conexión de este requisito con los relativos a la coherencia geográfica y comercial o la necesidad de que el lugar esté "a disposición" de la empresa no es del todo clara en los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE y ha generado interpretaciones contradictorias en distintos países. En primer lugar, como se deriva del requisito de coherencia geográfica, el lugar a través del cual se desarrolla la actividad de la empresa no necesariamente debe ser estático, y el requisito debe interpretarse con flexibilidad (por ejemplo, en el caso de una firma que debe arreglar una carretera, el lugar a través del cual desarrolla su actividad sería precisamente la propia carretera). En segundo lugar, si se conectan las expresiones "a través del cual" y "a disposición" parecería que la existencia de un EP exigiría algo más que la utilización de un lugar para la mera realización de una actividad específica de la empresa (por ejemplo, una actividad a favor de un cliente, como la entrega de mercancías), de modo que tal lugar debería poder usarse en relación con el objeto de la empresa en sentido amplio y sin limitaciones. En esta interpretación, la expresión "a través" matizaría el requisito de "a disposición". Sin embargo, según otras interpretaciones, el significado de "a disposición" y "a través" es similar, y una expresión no matiza a la otra. Ambas interpretaciones

han generado casos contradictorios en los distintos países. Sin embargo, la interpretación que se deriva de los Comentarios está más próxima a la consideración de que la actividad de la empresa se realiza a través de un lugar fijo cuando tiene presencia en él, de una forma continuada, la empresa del otro Estado, aunque no tenga autonomía para llevar adelante allí cualquier actividad propia.[129]

Lo anterior no equivale a asimilar el requisito de realización de la actividad "a través de un lugar" con el requisito de presencia física para que surja un EP, ya que, como cabe recordar, según el artículo 5.1, el EP demanda la presencia de los requisitos de coherencia geográfica y comercial. En consecuencia, no basta, por ejemplo, con que un consultor o empleado preste servicios en un Estado; tiene que prestarlos en un lugar específico y vinculados a un proyecto concreto para que surja el EP del artículo 5.1, lo cual es diferente, como se verá, a la prueba de presencia física del artículo 5.3.b del MC ONU.

2.2. El artículo 5.1 del MC ONU

Entre el artículo 5.1 del MC OCDE 2017 y el del MC ONU 2021 no hay diferencias de redacción, y la mayoría de los Comentarios al artículo 5.1 del MC OCDE 2017 han sido aceptados en el MC ONU 2021, aunque es preciso tomar en cuenta que la existencia del artículo 5.3.b (EP de servicios) o del artículo 14 (servicios profesionales independientes) en el MC ONU puede provocar resultados diversos (aunque el concepto de base fija del artículo 14 del MC ONU es muy similar al concepto de EP) o que los Comentarios al artículo 5 del MC ONU reflejan opiniones minoritarias de ciertos Estados que suponen modulaciones de la establecida en los Comentarios al artículo 5.1 del MC OCDE, en la mayoría de los casos referidas a los aspectos más controvertidos ya señalados, como la interpretación de "a disposición de" y los ejemplos, la vinculada a aspectos temporales o la que atañe a los requisitos de coherencia geográfica y comercial.

129 Por ejemplo, el Tribunal Federal de Apelaciones Canadiense, en su decisión del 24 de febrero del año 2000, Dudney v. Her Majesty the Queen [2000] 2 CTC 56 (FCA), concluyó, con cita a casos de otros países (Bélgica, Noruega) que la prestación de servicios de un ingeniero de Estados Unidos en la sede de una compañía canadiense (en diversos locales dentro de ella) no generaba un establecimiento permanente (EP) (el caso se refería al concepto de base fija que se interpretó en línea con el propio de EP), ya que su acceso se limitaba al objeto del contrato, durante las horas de oficina, y sin que pudiera realizar otras actividades allí. Algunas decisiones de tribunales de India contienen pronunciamientos similares por razones idénticas (vid., por ejemplo, la decisión del Income Tax Appelate Tribunal (Delhi Special Bench), del 22 junio de 2005, Motorola Inc., Erisson Radio vs. Deputy C.I.T. 96, TTJ Delhi 1). Sin embargo, el párrafo 15 de los Comentarios al artículo 5.1 del MC OCDE da un ejemplo muy similar al del caso Dudney, con una conclusión contraria, y poniendo énfasis en el elemento temporal de disposición de la oficina más que en la autonomía de la actividad que puede desarrollar el prestador del servicio en las oficinas de su cliente.

2.3. El artículo 5.2 del MC OCDE y el MC ONU

El artículo 5.2 del MC OCDE contiene un listado de ejemplos (sedes de dirección, sucursales, oficinas, fábricas, talleres, minas, pozos de petróleo o gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales) que, de forma típica, constituyen EP de conformidad con el artículo 5.1 del MC OCDE. Es decir, en lo que respecta a los lugares mencionados en el artículo 5.2, para que exista un EP, se exigirán los requisitos del artículo 5.1 del MC OCDE. Al mismo tiempo, si la actividad que se despliega en los lugares fijos utilizados a título ilustrativo es del tipo de la descrita en el artículo 5.4 del MC OCDE, se aplicará esta disposición.

No es infrecuente encontrar CDI que mencionen supuestos distintos a los incluidos en el listado del artículo 5.2 del MC OCDE (por ejemplo, granjas, explotaciones agrícolas, etc.). Tales ejemplos no tienen más que naturaleza aclaratoria, ya que, como se ha indicado, deben cumplir con las condiciones del artículo 5 (aunque, cuando la renta esté comprendida en el artículo 6 del MC OCDE, como en el caso de las explotaciones agrícolas o los ejemplos del artículo 5.1.f, el concepto de EP adquirirá prioridad en la determinación de la forma de gravamen de la renta sobre el artículo 6 del MC OCDE).

En ocasiones, en el artículo 5.2 de los CDI se suelen encontrar ejemplos que pretenden ampliar el efecto del artículo 5.1 del MC OCDE y aclarar que existe un EP incluso en casos en los cuales no se cumplen las condiciones de este precepto de alguna forma (v. gr., se puede indicar que las actividades de exploración de recursos naturales determinarán que exista un EP si se prolongan más de 30 o 90 días). Tal práctica supone que, en definitiva, se añadan al artículo 5.2 del MC OCDE casos en los que no se aplicaría el artículo 5.1 por no estar presentes sus elementos estructurales (por ejemplo, fijeza, permanencia, coherencia geográfica o comercial) y que son inconsistentes con el resto de los ejemplos. Para evitar problemas interpretativos y aclarar que se trata de ficciones de EP de lugar fijo vinculadas a condiciones distintas de las especificadas en el artículo 5.1, o que se modifica alguno de los requisitos de dicho artículo en supuestos concretos (por ejemplo, la duración temporal), este tipo de disposiciones se deberían agregar en un precepto aparte (por ejemplo, el artículo 5.3). En este sentido, en el PMC OCDE, las actividades de construcción, instalación y montaje se incluían en el artículo 5.2 como vinculadas a un componente temporal distinto del relevante para la existencia de un lugar fijo según el artículo 5.1. Debido a ello, y por el hecho de que los trabajos de construcción no son fijos, se llevaron a un párrafo separado, el artículo 5.3, a fin de resaltar sus diversas condiciones de aplicación con respecto a los EP del artículo 5.1 del MC OCDE.

La exploración de recursos naturales puede generar algunas dudas. Por un lado, no es una de las actividades mencionadas en el artículo 5.2.f (que solo se

refiere a la extracción), por lo que estará sujeta a las condiciones del artículo 5.1. Por otro, debido al carácter móvil y de corta duración de este tipo de actividades, en ocasiones algunos Estados añaden disposiciones específicas para ellas que crean ficciones más allá del artículo 5.1, razón por la que se suelen agregar en un precepto aparte, como el artículo 5.3.

El artículo 5.2 del MC ONU es idéntico al artículo 5.2 del MC OCDE, por lo que los comentarios anteriores también se aplican en el contexto del MC ONU.

3. EL EP DEL ARTÍCULO 5.3 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

3.1. Cuestiones generales y diferencias entre el artículo 5.3 del MC OCDE y el MC ONU

El artículo 5.3 muestra diferencias sustanciales entre el MC ONU y el MC OCDE, tanto por sus características como por el tipo de actividades a las que se aplica. En el MC OCDE dicho artículo es una excepción al artículo 5.1, que añade una particularidad en lo que respecta al tiempo necesario para que surja un EP (12 meses), por lo que debe verificarse también el resto de los elementos y de los requisitos del artículo 5.1 del MC OCDE (por ejemplo, coherencia geográfica y comercial) para que surja el EP de lugar fijo además del temporal específico del artículo 5.3 del MC OCDE (de hecho, gran parte de estos requisitos históricamente se establecieron en el contexto de los Comentarios al artículo 5.3 del MC OCDE y luego se importaron al artículo 5.1, lo cual pone de manifiesto la conexión y la naturaleza idéntica de ambos preceptos).

Sin embargo, en el MC ONU la redacción del artículo 5.3 dispone que la expresión EP "también comprende", lo cual implica una extensión con respecto al artículo 5.1, en el sentido de que el EP regulado en este párrafo no necesariamente debe cumplir los requisitos del artículo 5.1 para existir. Es decir, tradicionalmente, el EP de construcción en el MC ONU tiene una naturaleza distinta de la que se refleja en el artículo 5.3 del MC OCDE. Esta disparidad también se advierte en el artículo 5.3.b del MC ONU, que regula un tipo de EP (el llamado "EP de servicios") muy diferente del que puede encontrarse en el artículo 5.1 del MC OCDE en atención a sus presupuestos y requisitos, ya que utiliza el criterio de la presencia física como exigencia para que se verifique este tipo de EP, y no la existencia de un lugar fijo. Por esta razón (por el hecho de que el artículo 5.3, al menos en su versión del MC ONU, aglutine supuestos de EP distintos de los propios del EP del lugar fijo), en muchas ocasiones es fácil encontrar CDI cuyas disposiciones regulatorias del EP expuestas en el artículo 5.3 siguen una metodología y presupuestos diferentes de los del concepto de EP de lugar fijo (por ejemplo, EP para actividades de exploración que exceden un determinado plazo relativamente breve, EP por la presencia de equipos de cierta naturaleza en un Estado, etc.).

Al margen de las diferencias existentes entre el artículo 5.3 del MC OCDE y el del MC ONU, ambos tienen en común que el elemento temporal para que surja un EP en este precepto es fundamental: 12 meses, en el artículo 5.3 del MC OCDE, 6 meses en el artículo 5.3.a del MC ONU, y 183 días en un período de 12 meses, en el artículo 5.3.b del MC ONU. En otros casos añadidos como EP específicos al artículo 5.3, como el uso de equipos o las actividades de exploración, suelen establecerse plazos más cortos (habitualmente, de 30, 60 o 90 días). Puesto que

la concurrencia del elemento temporal no es difícil de evitar, los Comentarios al artículo 5 (párrafos 52 y 53 del MC OCDE; párrafo 11 del MC ONU) se ocupan, especialmente tras la Acción 7 del Plan BEPS, de regular una cláusula (idéntica a la incluida en el artículo 14 de la MLI) por incluir en los CDI, si los negociadores lo desean, que impida la fragmentación artificial de los contratos para evitar el umbral temporal, o que indique la posibilidad de aplicar, en estos casos, el artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU 2017 o las doctrinas o disposiciones internas antiabuso para evitar este tipo de comportamientos abusivos.

Adicionalmente, es relevante que, al momento de concretar los plazos que determinan el surgimiento de un EP de conformidad con el artículo 5.3, los negociadores de los CDI verifiquen que el lapso esté alineado con los plazos regulados en la legislación interna: de nada sirve tener un lapso de 90 días para ciertas actividades en el CDI si la legislación interna regula seis meses como plazo mínimo para surja un EP; al mismo tiempo, si en este caso el CDI regula el método de exención en el Estado de residencia, podrían producirse casos de doble no imposición.

3.2. Los EP de construcción, instalación y montaje del artículo 5.3 del MC OCDE

El artículo 5.3 se aplica a las obras de construcción, o a los proyectos de construcción y montaje, y el párrafo 50 aclara el significado de estos términos, aunque también puede considerarse que otro tipo de actividades no mencionadas en el citado párrafo podrían generar este tipo de EP (por ejemplo, las perforaciones, la exploración de recursos naturales con remoción de tierras o elementos vinculados a un inmueble o el desmantelamiento de estructuras y la limpieza de un lugar de construcción). El artículo 5.3.a del MC ONU incluye, además, las actividades de ensamblaje o supervisión que, en puridad, pueden entenderse como comprendidas también en el artículo 5.3 del MC OCDE.

La vinculación del artículo 5.3 con el artículo 5.1 del MC OCDE determina que cada proyecto o lugar fijo donde se desarrolle la actividad de construcción pueda erigirse en un EP distinto con respecto al cual se realizará el cómputo del plazo de 12 meses (párrafo 51 de los Comentarios al artículo 5.3). El plazo de 12 meses se computará por cada lugar de construcción o proyecto, cada uno de los cuales debe cumplir los requisitos de coherencia geográfica y comercial (como en el caso del artículo 5.1 del MC OCDE). A estos efectos, los Comentarios indican que un lugar de construcción será único incluso si hay una diversidad de contratos, siempre y cuando exista la coherencia comercial, o si las órdenes se realizan por una pluralidad de personas (por ejemplo, una fila de casas). Al mismo tiempo, la actividad de construcción de ciertos proyectos puede no estar vinculada a un sitio único y desplazarse

continuamente (por ejemplo, canales, vías marítimas, oleoductos etc.), lo cual no impide su consideración unitaria.

La aplicación del artículo 5.3 no está ligada a ninguna categoría de sujetos, sino que, más bien, se define por la actividad llevada a cabo. En principio, la persona afectada por esta disposición será el contratista principal que desarrolle las actividades de obras, construcción o instalación. No obstante, debido a las peculiares y complejas formas de colaboración que se presentan en estos proyectos, los Comentarios consideran también la diversa situación de algunos tipos de contratos y de las distintas partes intervinientes en ellos y si para ellas surgen EP: por ejemplo, subcontratistas, *joint ventures, partnerships, joint operating agreements* (vid. los párrafos 54 y 56; no muchos países tienen guías específicas sobre estas cuestiones: una excepción es India, cuya Circular n. 7/2016 puede emplearse como una referencia a estos efectos).

El cómputo del plazo que determina si la obra de construcción, instalación y montaje genera un EP plantea también cuestiones prácticas relevantes relativas al inicio del cómputo, la interrupción y la finalización, que igualmente se consideran en los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE (vid. los párrafos 54 y 55).

Por último, los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE (2010-2017), párrafos 35-37, dedican una cierta atención a la atribución de beneficios para este tipo de EP. Así, remarcan que solo deben atribuirse a los EP aquellos beneficios derivados de las funciones y de los riesgos bajo control del establecimiento, y no los provenientes de las actividades que lleven adelante la casa central u otras partes de la empresa (por ejemplo, si los servicios de planificación y diseño están en manos de la casa central, deben atribuirse a esta y no al EP).

3.3. Diferencias entre el artículo 5.3.a del MC ONU y el artículo 5.3 del MC OCDE

Como ya se ha señalado, el artículo 5.3.a del MC ONU regula una ficción de EP ("también comprende") desconectada del EP de lugar fijo, por lo que no debe cumplir con las condiciones de este último. Esta diferencia no es tan relevante en la práctica, ya que los Comentarios al artículo 5 del MC ONU aceptan los principios de coherencia geográfica y funcional del artículo 5.3 del MC OCDE.

Al mismo tiempo, en el artículo 5.3.a del MC ONU el plazo necesario para generar este tipo de EP es de 6 meses (a diferencia de los 12 meses del MC OCDE). Con respecto al cómputo del plazo de 6 meses, el párrafo 29 de los Comentarios al artículo 5.3 del MC ONU 2021 señala que, para una minoría de Estados, los trabajos de reparación, de formación o de garantía posteriores a la terminación de la obra también deben computarse dentro del plazo (a diferencia de lo que ocurre en el MC OCDE).

Y, por último, el artículo 5.3.a del MC ONU especifica que se aplica a actividades de supervisión o ensamblaje, aunque, de acuerdo con los Comentarios al artículo 5.3 del MC OCDE, tales actividades también están comprendidas en EP de construcción.

3.4. El EP de servicios: el artículo 5.3.b del MC ONU

Una de las diferencias más significativas entre el concepto de EP del MC OCDE y el del MC ONU se encuentra en el llamado EP de servicios. El criterio que determina el surgimiento de este tipo de EP no se relaciona con la existencia de un lugar fijo de negocios o un agente dependiente con capacidad para contratar, sino, más bien, con la prestación de servicios dentro del territorio de un Estado por un determinado período (criterio de presencia física). La adición de este tipo de EP a los CDI de los países en desarrollo resulta relevante, ya que permite ampliar los supuestos en los que surgirá un EP por actividades realizadas dentro de su territorio, aunque la importancia de este tipo de EP para gravar servicios en el territorio de un Estado de la fuente se ha reducido con la inclusión del artículo 12A del MC ONU 2017-2021 (de hecho, la inclusión de este último precepto hace que en el contexto del MC ONU deba replantearse la utilidad de mantener sus distintas disposiciones sobre prestaciones de servicios de forma separada, esto es, el artículo 5.3.b, el artículo 12A y el artículo 14).

En el MC OCDE no existe un EP de servicios, aunque, debido al carácter destacado de las demandas de algunos países, en los Comentarios al artículo 5 (párrafos 132-169) se incluye una disposición de este tipo que puede ser empleada como modelo por los distintos Estados y se presentan comentarios que desarrollan dicha disposición. Esta es de uso menos frecuente que el artículo 5.3.b del MC ONU, el cual regula el EP de servicios de manera que la prestación de servicios por parte de una empresa de un Estado contratante a través de empleados, o personas contratadas para este propósito, determinará que surja tal EP en el otro Estado, pero solo si tales actividades se desarrollan en ese otro Estado por un período o por períodos agregados de más de 183 días en cualquier lapso de 12 meses que comience o termine en el ejercicio fiscal en cuestión. Las principales características del EP de servicios del MC ONU son las siguientes:

1. El artículo 5.3.b del MC ONU se aplica únicamente a servicios ofrecidos en el territorio del otro Estado contratante, no a servicios prestados desde el territorio del Estado de residencia del prestador cuando el perceptor del servicio se encuentre en el otro Estado (como ocurre con el artículo 12A del MC ONU). Si bien algunos Estados no aceptan esta interpretación, la misma se deriva con cierta claridad de su redacción literal y de su interpretación en conexión con el artículo 12A del MC ONU.

2. El artículo 5.3.b del MC ONU solo cubre servicios suministrados a través del personal de la empresa o las personas contratadas a estos efectos, no los servicios independientes prestados por una persona física (estos servicios se incluyen en el MC ONU en el artículo 14). La disposición alternativa del MC OCDE, al no existir en este desde el año 2000 un precepto sobre servicios independientes como el artículo 14 del MC ONU, sí que se refiere a este tipo de servicios (aunque en aspectos relevantes puede diferir de la redacción del MC ONU). Los Estados que no incluyan en sus CDI el equivalente al artículo 14 del MC ONU deben, como hace el EP de servicios del MC OCDE (disposición alternativa), añadir un párrafo adicional al artículo 5 para cubrir los servicios prestados por profesionales independientes del otro Estado si desean gravar los servicios que proporcionen en su territorio a partir de un determinado número de días.

3. Hasta 2017, el artículo 5.3.b del MC ONU requería que los servicios estuvieran conectados "con un mismo proyecto o con proyectos similares", lo cual limitaba el efecto del criterio de presencia física y hacía que fuese fácil de eludir. A partir del MC ONU 2017 tal requisito se suprimió, aunque los Comentarios al artículo 5 añaden que los Estados que consideren que es más fácil de aplicar el precepto si el requisito está presente (para las empresas puede ser más sencillo monitorear la presencia de empleados en el territorio de otro Estado "por proyecto") pueden agregarlo (vid. El párrafo 31 de los Comentarios al artículo 5 del MC ONU 2021). Sin embargo, tal requisito se mantiene en la disposición alternativa sobre EP de servicios del MC OCDE.

4. La redacción el cómputo del plazo (183 días en cualquier período de 12 meses) en lugar de hacer referencia a seis meses (como ocurría hasta 2011 en el MC ONU) responde a la necesidad de dar coherencia a este precepto en relación con el artículo 14 del MC ONU, que emplea términos similares.

4. LA EXCLUSIÓN DE LOS EP QUE REALICEN ACTIVIDADES AUXILIARES O PREPARATORIAS

4.1. El artículo 5.4 del MC OCDE

El artículo 5.4 del MC OCDE excluye el efecto del artículo 5.1 o 5.5 allí donde en el EP se desarrollen actividades auxiliares o preparatorias con respecto a la actividad principal de la empresa. En consecuencia, se trata de una excepción a la regla que indica que un lugar fijo de negocios con las características del artículo 5.1 del MC OCDE o un agente dependiente del artículo 5.5 generarán un EP. Por consiguiente, el artículo 5.4 solo se aplicará allí donde exista un EP con las características del EP de lugar fijo o del EP de agente dependiente (si no existe EP, no puede aplicarse este precepto).

El fundamento de esta exclusión reside en el hecho de que las actividades mencionadas en el artículo 5.4 del MC OCDE no determinarán una atribución de beneficios relevante o estos serán difíciles de cuantificar. Por esta razón, de simplificación administrativa y facilitación de la iniciación de actividades en el otro Estado, se incluye esta cláusula.

Las letras a-d del artículo 5.4 se refieren a actividades específicas, vinculadas al mantenimiento de bienes o mercancías[130] en el Estado donde se realiza la actividad, mientras que las letras e ("cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio") y f ("combinación de actividades referidas en otras letras") están abiertas y permiten mayor flexibilidad interpretativa con respecto a las actividades que incluyen, siempre limitadas por la idea de auxiliaridad o el carácter preparatorio de la actividad principal de la empresa.

La interpretación de esta cláusula ha sido controvertida a lo largo de los años, ya que en las versiones del PMC OCDE, sobre todo, aunque también entre 1977 y 2014, era posible interpretar que, en las letras a-d del artículo 5.3 del PMC OCDE o del artículo 5.4 en versiones posteriores, las actividades mencionadas no estaban limitadas por la idea de auxiliaridad o accesoriedad y constituían exclusiones del concepto de EP por sí mismas. Los distintos Estados no se ponían de acuerdo sobre esta interpretación. Recién a partir de la Acción 7 del Plan BEPS, el MC OCDE 2017 o la MLI (artículo 13), se predica la característica de "auxiliaridad o complementariedad" de todas las letras del artículo 5.4. No obstante, los Comentarios, párrafo 78, todavía contienen una cláusula modelo para aquellos Estados que deseen seguir versiones anteriores a 2017 del artículo 5.4. En consecuencia, los Estados e intérpretes de los CDI deberán revisar qué versión específica sigue el CDI que deban

130 El párrafo 66 de los Comentarios explica que los "bienes" o "mercancías" de las letras a-d se refieren a bienes tangibles (muebles) y no incluyen, por ejemplo, propiedad inmobiliaria (aunque se mantenga para vender) ni datos (aunque los subpárrafos se aplicarán a productos tangibles que incluyan datos, como un CD o un DVD).

interpretar y aplicar, ya que no puede decirse que la modificación operada por el MC OCDE 2017 o la MLI pueda producir efectos interpretativos en relación con CDI que no sigan su redacción.

La determinación de cuándo una actividad es auxiliar o preparatoria es una cuestión de hecho que dependerá de cada caso concreto. El principio guía será si la actividad forma parte del núcleo esencial o principal de actividades de la empresa en su conjunto (párrafos 59 y 60), teniendo tal carácter una actividad que se realiza con vistas a desarrollar la actividad principal (preparatoria) o cuando es una actividad de apoyo de otra crucial para la empresa (auxiliar). Los Comentarios al artículo 5.4 (párrafos 58 y ss.) exponen con cierto nivel de detalle los conceptos de actividad preparatoria y auxiliar, con ejemplos y explicaciones precisas sobre cada una de las letras del citado precepto.

Una condición fundamental para la aplicación del artículo 5.4, letras a-e, es que la actividad efectuada a través del lugar fijo, o las mercancías que se hallen en él, deben estar vinculadas a la actividad de la empresa con respecto a la que predica su carácter auxiliar o preparatorio. Si las mercancías son de otra empresa o la actividad está relacionada con terceros (por ejemplo, prestaciones de servicios a otras empresas), no se aplicarán las letras a-e del artículo 5.4 (párrafos 61 y 65).[131]

La combinación de varias actividades de las descritas en los párrafos a-e del artículo 5.4 en el mismo lugar de negocios determinará que pueda ser de aplicación la letra f, aunque solo podrá mantenerse que no hay EP en estos casos si la actividad en su conjunto continúa siendo auxiliar o preparatoria (párrafo 58 o 73 de los Comentarios al artículo 5). Por ello, si una actividad realizada en el mismo lugar es auxiliar o preparatoria y otra no, en este caso, no se aplicará el artículo 5.4 del MC OCDE a ninguna de las dos.

Puede ocurrir que los lugares donde se desarrollan las actividades incluidas en el ámbito del artículo 5.4 del MC OCDE 2017 cuenten, además, con personal que responda a las características del agente dependiente del artículo 5.5 y que, por ejemplo, sea el encargado de firmar los contratos vinculados a los lugares fijos (como el alquiler de un almacén). La firma de contratos relacionados con la actividad a la que se aplica el artículo 5.4 del MC OCDE, para hacer posible tal actividad, no supondrá que exista un EP del artículo 5.5 (párrafo 75 de los Comentarios).

131 A estos efectos, por ejemplo, la sentencia del TS español 308/2020, del 3 de marzo de 2020, rec. 5448/2018, Stryker, erró en la interpretación del artículo 5.3.e del CDI España-Suiza, al no considerar relevante si la sucursal suiza de una sociedad española hacía una actividad para la casa central española o para terceros.

4.2. La cláusula contra la fragmentación del artículo 5.4.1 del MC OCDE 2017

El artículo 5.4.1 del MC OCDE 2017 añadió una cláusula contra la fragmentación de actividades, de manera que el artículo 5.4 del MC OCDE no será aplicable a un lugar fijo de una empresa si la misma empresa u otra estrechamente relacionada, según la definición del artículo 5.8 del MC OCDE 2017, lleva adelante actividades empresariales en el mismo lugar o en otro lugar del mismo Estado y (1) ese u otros lugares constituyen un EP para la empresa o la empresa estrechamente relacionada o (2) la actividad conjunta que resulte de la combinación de actividades de las dos empresas en el mismo lugar o de la misma empresa o las empresas estrechamente relacionadas en los dos lugares no es de naturaleza auxiliar ni preparatoria, siempre y cuando las actividades empresariales desarrolladas por las dos empresas en el mismo sitio o por la misma empresa o las empresas estrechamente relacionadas constituyan funciones complementarias que formen parte de una actividad empresarial cohesionada.

Este precepto es una cláusula antiabuso y una consecuencia lógica de la limitación del artículo 5.4 a actividades auxiliares o preparatorias: apunta a evitar que las empresas y los grupos con actividad multinacional fragmenten sus actividades en una jurisdicción en uno o varios lugares fijos de negocios o a través de distintos agentes dependientes cuando, si la actividad se considera en su conjunto, supera el carácter de auxiliar o preparatoria. Para que la cláusula se aplique, al menos uno de los lugares donde las actividades se llevan a cabo debe ser un EP (incluida una empresa o filial en el Estado donde se realiza la actividad) o, si este no es el caso, la combinación de actividades debe ir más allá de las meramente preparatorias o auxiliares (párrafo 79). Los Comentarios al artículo 4.1 (párrafos 79-81) explican cómo aplicar esta cláusula y proporcionan ejemplos. No obstante, la cláusula tiene, además de algunos problemas interpretativos, un alcance muy limitado.

4.3. El artículo 5.4 del MC ONU

El artículo 5.4 del MC ONU, en sus distintas versiones, es idéntico al del MC OCDE, con la salvedad de que omite la referencia a la "entrega", en conexión con "bienes o mercancías", en las letras a y d.[132] Tras las modificaciones derivadas de la Acción 7 del Plan BEPS en el artículo 5 del MC OCDE 2017 y el MC ONU 2021, lo cierto es que tal peculiaridad ha perdido gran parte de su importancia. Como se ha puntualizado en apartados anteriores, actualmente el artículo 5.4 excluye la existencia de EP en relación con actividades auxiliares y preparatorias, y aplica la letra e) a cualquiera de ellas, incluida, en consecuencia, la actividad de almacenamiento y entrega de bienes. Al mismo tiempo, cuando tal actividad de almacén no pueda reputarse como auxiliar o accesoria, tampoco podrá beneficiarse del artículo 5.4 del MC ONU. Por ello, la diferencia entre el MC OCDE 2017 y el MC ONU 2021, al omitir las actividades de almacén de bienes o mercancías, no resulta tan relevante hoy en día, en virtud de la actual redacción del artículo 5 (sí lo será si el CDI sigue versiones anteriores del artículo del MC OCDE y el MC ONU 2017).

132 Para una discusión sobre la conveniencia o no de añadir la actividad de almacén en el artículo 5.4, vid. los Comentarios al artículo 5.4 del MC ONU 2021, párrafos 61-62, y considérese que, según un estudio de 1997, un 75% de los CDI de países en desarrollo tendía a seguir el MC OCDE en este punto.

5. EL EP AGENTE DEPENDIENTE

5.1. El artículo 5.5 del MC OCDE

El artículo 5.5 del MC OCDE ("el EP agente dependiente") es una cláusula complementaria del EP del lugar fijo de negocios (artículo 5.1) y entraña el reconocimiento de que no solo se puede realizar una actividad económica y tener vínculo con un Estado a través de un lugar fijo de negocios. También, incluso evitando este requisito, la presencia económica en un determinado Estado puede ser intensa y, en consecuencia, este Estado debería poder gravar los beneficios atribuibles a tal presencia económica, aunque no exista el lugar fijo de negocios. El criterio elegido a estos efectos (discutible y discutido por diversos Estados) para extender el concepto de EP del artículo 5.1 ha sido la existencia de un agente dependiente que desarrolle la actividad a la que se refiere el artículo 5.5, siempre que a las funciones desplegadas por tal agente no se les aplique la excepción del artículo 5.6 (agente independiente) o la cláusula de actividades auxiliares del artículo 5.4.

Desde sus orígenes, el criterio de la firma de contratos que vinculen al no residente como medida de la actividad económica de un Estado ha sido fácil de evadir (artículo 5.5 del MC OCDE, 1963-2014), por lo que la evolución de este concepto a lo largo del tiempo ha girado en torno a la posibilidad de complementar el criterio de la firma de contratos con otros más sustanciales que dificultaran su elusión y tuvieran adecuadamente en cuenta la presencia económica del no residente en un Estado y su actividad. Un par de ejemplos bastarán a estos efectos para entender los problemas del concepto tradicional de EP.

En primer lugar, una empresa podía perfectamente tener una legión de agentes dependientes en un Estado que, si estos no firmaban los contratos y quien lo hacía era la entidad no residente, o bien, si dichos agentes eran al menos independientes desde el punto de vista legal (aunque no económicamente), podían no generar un EP. Así lo refleja la Sentencia del Tribunal Fiscal Canadiense del 16 de mayo de 2008, Knights of Columbus v. Her Majesty The Queen, 2008 TCC 307, según la cual más de 200 agentes de seguros buscaban clientes en Canadá, pero los contratos de seguros se firmaban en Estados Unidos y el 90% de las solicitudes se aceptaba de manera regular, por lo que el tribunal canadiense concluyó que no existía EP en Canadá, de acuerdo con la redacción del artículo 5.5 del CDI Canadá-Estados Unidos.

En segundo lugar, tanto en países de derecho consuetudinario (*common law*) como de tradición civilista, se generalizaron, con distintas variantes, las estructuras de "comisionista", según las cuales una filial residente de un grupo multinacional realizaba contratos con el cliente en su propio nombre, pero por cuenta de una entidad no residente, con el efecto de que, al no existir un vínculo directo y contractual entre la empresa no residente y el cliente final, tal filial no se convertía en EP de la

entidad no residente. Con esta estructura, al ser el comisionista un mero prestador de servicios, la mayoría de los beneficios vinculados con la venta de un bien o un servicio no tributaría en el país donde se hubiere llevado a cabo la operación. Algunas decisiones de máximos órganos jurisdiccionales de algunos países confirmaron que estas estructuras no daban lugar a un EP agente dependiente.[133] Sin embargo, en algún otro caso, con una lectura menos literal de los CDI y del MC OCDE, y también menos apegada a su espíritu o directamente errónea, tales estructuras se consideraron generadoras de un EP.[134]

La Acción 7 del Plan BEPS trató de eliminar el uso de estas estructuras de forma que, cuando las actividades de una persona (el agente dependiente) en un país resultasen en la celebración regular de contratos que deba ejecutar una empresa extranjera, esta última se considerará que tiene un EP del artículo 5.5 en ese país, a menos que la empresa desarrolle tales actividades como agente independiente, concepto que también con esta acción ha sufrido variaciones.

De este modo, conviene determinar si el CDI en cuestión sigue la versión anterior o posterior a 2017 de los artículos 5.5 y 5.6 del MC OCDE, y si se ha visto o no afectado por la MLI (artículo 12), ya que existirán diferencias importantes a estos efectos en relación con los CDI que sigan el MC OCDE 1963-2010 o el MC OCDE 2017 (sin perjuicio de que las estructuras de comisionista pudieran, en su caso, atacarse con anterioridad con principios como "sustancia sobre forma" o normas generales antiabuso).

El concepto de EP agente dependiente exige la concurrencia de una serie de requisitos (acerca de los cuales los Comentarios al artículo 5.5 del MC OCDE presentan explicaciones detalladas en los párrafos 83-101 y otras variantes de redacción), a saber:

1. La existencia de una persona (empleada o no, física o jurídica, residente o no residente) que actúe por cuenta de una empresa de un Estado contratante en el territorio del otro Estado contratante.

2. Que tal actuación se desarrolle con carácter habitual.

3. Que la actuación consista en la celebración de contratos o, alternativamente, que la persona mencionada desempeñe el papel principal que lleve a la firma

133 Tal es el caso de la Sentencia del Consejo de Estado Francés del 31 de marzo de 2010, Société Zimmer Limited, Case No. 304715 y No. 308525, o del Tribunal Supremo de Noruega en su Sentencia del 2 de diciembre de 2011, Dell Products v. The State (Tax East), HR-2011-02245-A (Case No. 2011.755).

134 Vid., por ejemplo, las sentencias del TS español del 12 de marzo de 2012, Roche Vitaminas, o del 20 de junio de 2016, Dell, Caso 2555/2015.

rutinaria de contratos que son ratificados sin modificación material por la empresa no residente.

4. Que los contratos correspondan a una de las siguientes categorías:

   - Se celebran en nombre de la empresa no residente.
   - Se realizan para la transferencia de una propiedad o por el derecho de uso de propiedad de la empresa no residente.
   - Se realizan para la prestación de un servicio por una empresa determinada.

Ahora el artículo 5.5 del MC OCDE 2017 expande la definición de EP agente dependiente para incluir no solo los casos en los que el agente crea una obligación legalmente ejecutable entre el cliente y la empresa no residente a la que el agente representa, sino también los típicos casos de comisionistas, los contratos que crean obligaciones que la empresa no residente desempeñará materialmente aunque solo exista un vínculo contractual entre el agente y el cliente, de manera que, desde el punto de vista sustantivo, la ejecución del contrato dependerá de la entidad no residente.

No obstante, la redacción del artículo 5.5 del MC OCDE 2017, derivada de la Acción 7 del Plan BEPS únicamente permite acabar con las estructuras de comisionista o similares más abusivas, ya que deja abiertas numerosas oportunidades de planificación fiscal y, además, los conceptos a que se refiere presentan ambigüedades y dificultades notables de interpretación. En consecuencia, la definición del artículo 5.5 derivada de la Acción 7 del Plan BEPS determina una atribución muy limitada de jurisdicción al Estado del EP, sobre todo, si se tienen en cuenta los documentos relativos a la atribución de beneficios para este tipo de EP elaborados por la OCDE,[135] por lo que sus efectos son mínimos, y es probable que aquellos Estados que deseen tener más posibilidades de gravar a quienes realicen una actividad económica en su territorio deban tomar en consideración cláusulas de ampliación del concepto de EP o la expansión de la jurisdicción tributaria que confieren otros preceptos del MC ONU (por ejemplo, los artículos 12, 12A y B).

En realidad, el Pilar 1 actualmente en discusión en el contexto de la OCDE y el G20/Marco Inclusivo está muy vinculado a, precisamente, el efecto limitado que la Acción 7 del Plan BEPS ha tenido sobre la jurisdicción de los Estados "mercado" de determinados bienes y servicios.

135 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Additional Guidance on the Attribution of Profits to PEs,* París: OCDE; 2018.

5.2. El artículo 5.5 del MC ONU

De acuerdo con el artículo 5.5.b del MC ONU 2021, también es un EP agente dependiente la persona que mantiene un *stock* de bienes o mercancías en un determinado Estado desde el que proporciona esos bienes o mercancías por cuenta de la empresa no residente. Esta definición es coherente con el artículo 5.4 del MC ONU 2021, que no incluye dentro del concepto de actividad auxiliar o preparatoria la entrega de mercancías desde un lugar fijo en el Estado de la fuente y, en consecuencia, busca un paralelismo entre el concepto de agente dependiente y de lugar fijo de negocios que puedan generar un EP.

6. LA EXCLUSIÓN DEL CONCEPTO DE EP AGENTE DEPENDIENTE PARA LOS AGENTES INDEPENDIENTES

6.1. El artículo 5.6 del MC OCDE

El artículo 5.6 del MC OCDE 2017 opera como una excepción a la regla del agente dependiente del artículo 5.5. En versiones anteriores, la relación entre ambos párrafos resultaba controvertida, aunque podía defenderse que la regla del agente independiente tenía en dichas versiones esa naturaleza. La redacción actual de la regla del artículo 5.6 procede también de la Acción 7 del Plan BEPS, con la idea de reducir la posibilidad de escapar del efecto del artículo 5.5 en el caso de las empresas vinculadas, y comprende novedades significativas con respecto a la configuración anterior.

La regla del agente independiente establece que el EP de agente dependiente no se aplicará cuando la persona que actúa en un Estado por cuenta de una empresa residente del otro Estado contratante desarrolle una actividad empresarial allí como agente independiente y actúe para la empresa en el curso ordinario de esa actividad. No obstante, esta regla resulta limitada por la segunda frase del artículo 5.6: allí donde tal persona actúe exclusivamente o casi exclusivamente por cuenta de una o más empresas con las cuales está vinculada, tal persona no se considerará agente independiente con respecto a cualquiera de esas empresas. La definición de empresa vinculada a estos efectos se encuentra en el artículo 5.8 del MC OCDE (cuando una empresa está controlada por la otra o ambas lo estén por las mismas personas o empresas; se entenderá que estas circunstancias se cumplen automáticamente en los supuestos que tal precepto define).

La configuración como excepción del agente independiente determina que solo se aplique a quienes reúnen las características del artículo 5.5 del MC OCDE. Esto es, pueden existir agentes dependientes que, si no manifiestan las características del artículo 5.5 o si la empresa no tiene un lugar fijo a su disposición en el Estado donde se desarrolla la actividad, no determinarán que pueda existir un EP en el Estado de la fuente, sin necesidad de acudir a la excepción del agente independiente.

La actuación del agente independiente debe realizarse por cuenta propia, en el curso de su propia actividad, y no por cuenta de un tercero, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de un trabajador o el asociado de un *partnership*.

Las particularidades que definen al agente independiente son tres. Su significado se desarrolla con detalle en los párrafos 102 y ss. de los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE. Se trata de las siguientes:

1. La ausencia de dependencia y control.

2. La asunción de riesgos de la actividad.

3. La ausencia de exclusividad y la presunción *iuris et de iure* de dependencia si solo actúa de forma exclusiva o casi exclusiva para empresas relacionadas o vinculadas en el sentido del artículo 5.8 del MC OCDE.

6.2. El agente independiente según el artículo 5.7 del MC ONU

En la actualidad, el artículo 5.8 del MC ONU 2017-2021 presenta la misma redacción que el artículo 5.7 del MC OCDE 2017, aunque tiene un efecto ligeramente distinto, ya que también constituye una excepción al EP de seguros que regula el artículo 5.6 del MC ONU.

En versiones anteriores a 2017 (desde 1999), la cláusula del agente independiente estaba ligada, en los casos en que actuaba para una parte vinculada, a la remuneración que percibía de su mandante, de manera que, si no estaba ajustada a los parámetros de mercado, se consideraba que la independencia no existía y, obviamente, a la inversa, la remuneración a precios de mercado del agente determinaba tal independencia. Tal cláusula, al igual que lo reflejan los Comentarios al artículo 5.8 del MC ONU 2021, párrafo 75, se eliminó, porque el hecho de que la remuneración del agente esté ajustada a los precios de mercado no dice nada acerca de su independencia o no y, además, hacía más sencillo alcanzar la condición de agente independiente en el MC ONU que en el MC OCDE. Aun así, esta cláusula puede encontrarse todavía en un buen número de CDI de la escena internacional.

7. LAS SOCIEDADES DEL MISMO GRUPO SOCIETARIO (ARTÍCULOS 5.7 DEL MC OCDE Y 5.8 DEL MC ONU)

Tanto el MC OCDE como el MC ONU parten del principio básico de que los CDI se aplican a las personas consideradas de manera individual (artículo 1.3.a) del MC OCDE y el MC ONU) y no como grupos, por más que los grupos multinacionales, compuestos por múltiples sociedades, puedan constituir una unidad económica (precisamente, una de las novedades de los pilares 1 y 2, comentados en el último capítulo de esta obra, es que superan este estado de cosas para diseñar reglas aplicables al conjunto de los grupos societarios).

El artículo 5.7 del MC OCDE (o el artículo 5.8 del MC ONU 2021, que es idéntico) no hace más que aplicar este principio básico para afirmar que el hecho de que una sociedad de un Estado contratante controle o sea controlada por una empresa del otro Estado contratante o que desarrolle una actividad en el otro Estado (a través de un EP o de otra forma) no determinará, por sí mismo, que una sociedad sea un EP de la otra (en este punto, no obstante, vid. la definición de agente independiente del artículo 5.6 del MC OCDE, pues excluye la independencia cuando una empresa, en la definición del artículo 5.6, actúa por cuenta de otra con la que está íntimamente relacionada de acuerdo con la definición del artículo 5.8 del MC OCDE). Es decir, la presencia de una filial o subsidiaria de una matriz no residente en un Estado, por el hecho de ser controlada por una sociedad no residente no genera un EP de la misma.

No obstante, los Comentarios, párrafo 116, también reconocen que una empresa del grupo multinacional puede considerarse como un EP de otra empresa del grupo si (1) los locales o las oficinas de una filial están a disposición de otra empresa del mismo grupo no residente (vid., el ejemplo de los Comentarios del MC OCDE al artículo 5.1, párrafo 15) o (2) una filial actúa como agente dependiente de otra empresa del grupo, según la definición del artículo 5.5 del MC OCDE y el MC ONU.

La determinación de si una empresa del grupo es EP de otra debe hacerse de manera individualizada, considerando las relaciones entre las empresas del grupo societario una por una y no en su conjunto, sin que el hecho de que una sociedad preste servicios (incluidos los de gestión) para otra del mismo grupo o que su actividad sea beneficiosa para la actividad de otras entidades del mismo grupo estipule la existencia de EP (Comentarios, párrafo 118). En este sentido, no resulta correcta la Sentencia de la Corte di Cassazione italiana del 7 de marzo de 2002, Philip Morris, No. 3667 y No. 3368, que consideró que una entidad italiana filial de un grupo multinacional generaba un EP en Italia en atención a todas las actividades que, en su conjunto, realizaba para distintas entidades del grupo. Esta decisión llevó a que los Comentarios al artículo 5.7 del MC OCDE se modificaran para dejar claro lo siguiente: (1) que las empresas de un grupo debían considerarse por separado y, por lo tanto, era menester aplicar a cada una de ellas la prueba de EP (lugar fijo

de negocios y agente dependiente del artículo 5.5) y (2) que, cuando una empresa presta servicios a otra del mismo grupo en los locales de la primera y con su propio personal, esa empresa no puede considerarse un EP de la que recibe los servicios, a menos que sus locales estén a disposición de dicha sociedad o que esta actúe como agente dependiente de esa empresa.

Los Comentarios al artículo 5.8 del MC ONU 2021, párrafo 77, se hacen eco de este problema para indicar que la determinación de si existe o no un EP tomando en consideración las entidades de forma separada puede entrañar una vulnerabilidad a los acuerdos abusivos o que, dependiendo del derecho interno de cada Estado, se pueden atacar las estructuras puramente artificiales con reglas que prestan atención a la sustancia en lugar de a la forma. Esto es, nada impide que, en atención al caso planteado, y si se cumplen las premisas de aplicación de las normas generales antiabuso (o de las reglas en materia de precios de transferencia), los países reaccionen frente a las estructuras del grupo societario que puedan considerarse abusivas y limiten de forma sustancial y artificiosa las bases imponibles atribuidas al Estado donde el grupo realiza una actividad sustancial (recuérdese que las citadas sentencias del Tribunal Supremo español en los casos Borax, Roche y Dell no resultaban correctas ni compatibles con el artículo 5 en su interpretación más ortodoxa y que la eventual presencia de elementos abusivos en la estructura habría conducido a la aplicación de normas de esta naturaleza y no a tales interpretaciones heterodoxas).

8. LA DEFINICIÓN DE PERSONA O EMPRESA ESTRECHAMENTE RELACIONADA (ARTÍCULO 5.8 DEL MC OCDE Y 5.9 DEL MC ONU)

El artículo 5.8 del MC OCDE y el 5.9 del MC ONU regulan la definición de persona o empresa vinculada. Tal definición resulta relevante para aplicar los artículos 5.4.1, 5.6 del MC OCDE (5.7 del MC ONU) o la cláusula alternativa relativa al cómputo del período en los EP del artículo 5.3 del MC OCDE y el MC ONU (y podría ser relevante para otros preceptos, como, por ejemplo, las cláusulas alternativas de regímenes especiales de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE, párrafo 85 y ss.).

El concepto de "persona o empresa estrechamente relacionada" es distinto del propio de empresa asociada del artículo 9 del MC OCDE y el ONU: si bien puede ocurrir que ambos coincidan en la misma persona, no son intercambiables o equivalentes.

La definición de persona o empresa estrechamente relacionada se compone de dos partes. Una primera, subjetiva, en cuyo caso la relación surge de la valoración de los hechos y circunstancias con la conclusión de que una persona o empresa controla a otra o están bajo control común. Y una segunda, objetiva, que presume (de forma automática) la relación de control en determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando existe control por más del 50% de los intereses, derechos de voto o económicos de una persona, o cuando otra persona común controla a quienes realizan las operaciones de esta forma).

9. AMPLIACIONES DEL CONCEPTO DE EP

9.1. Consideraciones introductorias

En las secciones anteriores han sido objeto de estudio las cláusulas del EP en el MC OCDE, junto con el EP de servicios (que es una cláusula alternativa en el MC OCDE), y las variaciones que el MC ONU introduce a este respecto. En esta sección simplemente se deja constancia de que, tanto en los Comentarios al MC OCDE como al MC ONU o en la práctica de los CDI, pueden existir ampliaciones del concepto de EP.

Los distintos países deben ser conscientes de la existencia de estas cláusulas, de manera que, si desean ampliar su potestad de gravar rentas derivadas de su territorio y aplicar los mismos principios que al EP, consideren las posibilidades que estas otorgan de forma adicional con respecto al artículo 5 del MC OCDE y el MC ONU. Al mismo tiempo, es preciso mencionar que también otros preceptos que no implican el reconocimiento de un EP pueden ampliar la potestad de un Estado de gravar las actividades económicas que tienen lugar en su territorio, como ocurre con preceptos que prevén retenciones en la fuente y se aplican a actividades empresariales (por ejemplo, los artículos 12 y 12A o 12B del MC ONU).

9.2. Cláusulas adicionales del MC ONU: el EP de seguros

El artículo 5.6 del MC ONU 2021 regula el llamado EP de seguros, de forma que una empresa de seguros de un Estado contratante tendrá un EP en el territorio del otro Estado contratante (salvo si cuenta con agentes independientes según el artículo 5.7 del MC ONU 2021, y excepto en relación con las actividades de reaseguro) cuando cobre primas en el territorio del otro Estado o asegure riesgos situados en el mismo a través de una persona (agente dependiente). Este tipo de EP no se regula en el MC OCDE, aunque el párrafo 115 de los Comentarios al artículo 5 desarrolla tal posibilidad.

El EP de seguros supone el reconocimiento de que las compañías de seguros de un Estado pueden llevar adelante una actividad considerable en el otro Estado sin tener un lugar fijo de negocios según el artículo 5.1 o un agente dependiente que cumpla los requisitos del artículo 5.5 del MC ONU. Con carácter general, el agente de seguros no tiene autoridad para celebrar contratos, por lo cual no cumplirá con las condiciones del artículo 5.5 del MC ONU (aunque la nueva redacción de este precepto, posterior al Plan BEPS, reduce esta posibilidad cuando el agente, sin firmar contratos, negocie los elementos de estos en los términos que define el artículo 5.5).

La posibilidad de que las aseguradoras no residentes realicen actividades a gran escala en el territorio de un Estado escapando del umbral del EP es la razón

por la que algunos Estados incluyen una regulación específica para los EP de empresas de seguros (algunos países, de forma adicional, eliminan la exclusión del agente independiente de esta cláusula en sus CDI; otros simplemente excluyen esta actividad del ámbito del CDI para poder aplicar su legislación interna). A estos efectos, los distintos países deben tomar en consideración cuál es la situación y cuáles los modelos de negocios de los seguros en su país, así como la posibilidad de que en su territorio ya se exijan impuestos específicos para las actividades aseguradoras (y si tales impuestos se incluyen o no en el ámbito de aplicación del CDI definido en el artículo 2).

9.3. Cláusulas adicionales en la práctica convencional: recursos naturales o equipos sustanciales

En la práctica convencional es habitual encontrar cláusulas que amplían el concepto de EP con respecto al artículo 5 del MC OCDE y el ONU, y que suelen añadirse en el artículo 5.3 para remarcar que no necesariamente deben cumplirse las condiciones del artículo 5.1 del MC OCDE y el MC ONU. Son casos en los cuales el no residente tendrá un EP en el Estado donde realiza una actividad económica sin cumplir con los requisitos propios del lugar fijo del artículo 5.1 o del agente dependiente del artículo 5.5 del MC OCDE y el MC ONU. Las cláusulas más utilizadas en la práctica de los CDI son las siguientes:

1. **Cláusulas de EP por exploración y explotación de recursos naturales.** Este tipo de cláusulas está orientado a las empresas que realizan tales tipos de actividades; muy especialmente estas cláusulas se añaden para que el Estado de la fuente pueda gravar las actividades de exploración en tierra o en aguas territoriales de un Estado (ya que es más frecuente que la explotación de recursos naturales genere un EP según el artículo 5.2.f, debido a la existencia de un lugar fijo, o que se aplique el artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU). Estas cláusulas están orientadas a actividades que suelen emplear equipos móviles (barcos, dispositivos de medición o prospección, etc.) en lugares diversos, ya que la exploración puede no realizarse en un lugar fijo, puede durar un período relativamente corto o llevarse a cabo de manera intermitente. Un ejemplo de estas cláusulas puede encontrarse en el artículo 5 (6) del CDI España-Irlanda (1994).

2. **Cláusulas de EP de equipos sustanciales.** Algunos Estados (por ejemplo, Australia) suelen incluir en sus CDI cláusulas que determinan el surgimiento de un EP cuando una empresa del otro Estado no tiene un lugar fijo de negocios en el sentido del artículo 5.1, pero mantiene equipos sustanciales en el territorio del otro Estado por un período determinado (por ejemplo,

12 meses, o lapsos inferiores). Un ejemplo de este tipo de cláusulas puede encontrarse en el artículo 5.4 del CDI España-Australia (1992).

Esta clase de cláusulas suele aplicarse cuando es la propia empresa propietaria del equipo la que utiliza dicho equipo en el Estado de la fuente, o bien cuando presta servicios a terceros con él en ese Estado, o incluso si el equipo resulta arrendado en el territorio de ese Estado con el control de la empresa propietaria de los bienes (los arrendamientos de equipos o la venta se suelen excluir y los arrendamientos de equipos industriales, comerciales y científicos, si el CDI sigue el MC ONU, suelen caer en la definición de cánones).

(En relación con los equipos informáticos o para la prestación de servicios digitalizados, vid. la sección 9.4.)

3. **EP por uso de infraestructura.** Algunos Estados son de la opinión de que las empresas que no son propietarias de cierta infraestructura (por ejemplo, cables, oleoductos etc.), pero las utilizan con derechos sobre la capacidad de transporte también podrían (además de las empresas propietarias) tener un EP en el territorio del Estado en el que usan la infraestructura. Tal posición no se corresponde con la especificada en los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE, por lo que los Estados que la mantengan deberán añadir cláusulas específicas para evitar dificultades de interpretación y aplicación.

Todo este tipo de cláusulas suelen dar lugar a problemas relacionados con la definición de los términos que se emplean en ellas y la interacción con otros preceptos del CDI (por ejemplo, EP de servicios, retenciones en la fuente para servicios técnicos y cánones, etc.) que deben considerarse y resolverse, si es posible, mediante la concreción de sus términos o a través de procedimientos amistosos interpretativos, a fin de facilitar su aplicación. En particular, debe prestarse especial atención a la dificultad de atribución de beneficios a EP en los que no haya una persona que cumpla funciones y controle los riesgos en el territorio del Estado que pretende reclamar que existe tal EP (aunque, por ejemplo, en los arrendamientos de equipos es relativamente sencillo determinar qué renta cabe atribuir al contrato específico y normalmente existirán personas que manejan el equipo citado).

9.4. Los EP y la economía digitalizada

La economía digitalizada permite desplegar una actividad importante en el territorio de un Estado sin tener el tipo de presencia que requiere un EP según el artículo 5 del MC OCDE y el MC ONU.

Los Comentarios al artículo del 5 del MC OCDE, párrafos 122 y ss., mencionan que, para algunos países, la presencia de equipos informáticos o susceptibles de prestar servicios digitalizados y automatizados (con exclusión del *software* o las páginas web como tales, salvo alguna excepción) puede generar un EP si se encuentran en el territorio de un país como lugar fijo de negocios (incluidos servidores, que ocupan un espacio físico). A estos efectos, los Comentarios del MC OCDE, párrafo 125, aplican a los equipos digitales la prueba del lugar fijo del artículo 5.1 (aunque también podrían aplicarse las excepciones del artículo 5.4 del MC OCDE) o del agente dependiente del artículo 5.5 del MC OCDE, y realizan consideraciones relevantes sobre los servidores informáticos que, en ciertas circunstancias, pueden constituir un EP.

Los Comentarios indican que la posibilidad de existencia de un EP puede verificarse incluso si el funcionamiento del equipo informático es completamente automático o automatizado (como ocurre con otros equipos; por ejemplo, una estación de bombeo o la explotación de recursos naturales). Tal posición resulta problemática desde el momento en que la atribución de beneficios a los EP se fundamenta (vid. los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU) en el concepto de ejercicio, a través del EP, de funciones significativas por parte de las personas relevantes de la empresa, ya que no se aclara cómo se atribuirán beneficios en ausencia de tales personas.

La Acción 1 del Plan BEPS[136] realizó un cuidadoso estudio de los desafíos que, para la fiscalidad internacional, presentan las nuevas realidades de la economía digital. Sin embargo, como se ha apuntado en la introducción de este capítulo (sección 1.4.8), si bien se ha discutido bastante a estos efectos y algunos países han incluido en sus legislaciones definiciones de EP digitales (por ejemplo, India), y aunque finamente el 8 de octubre de 2021[137] se llegó al acuerdo sobre el llamado Pilar 1, en la actualidad no está claro si, finalmente, los distintos Estados aplicarán la llamada cantidad A (atribución de un porcentaje de ventas de bienes y servicios al Estado donde se comercializan) ni si habrá un número suficiente de Estados que ratifiquen el acuerdo multilateral en esta materia.

136 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) y G20, *Base Erosion and Profit Shifting Project Action 1 Final Report: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, París: OCDE; 2015; vid. a este respecto también el capítulo final de esta obra.

137 Declaración de la OCDE y el G20, Inclusive Framework on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, 8 de octubre de 2021.

En el ámbito de Naciones Unidas, la falta de satisfacción con la forma de evolución de las cosas en el contexto del Marco Inclusivo de la OCDE ha determinado el surgimiento del artículo 12B (2021), que busca una finalidad similar al Pilar 1, aunque con una disposición con diferencias relevantes con respecto a este. También en el marco de Naciones Unidas se está intentando promover un acuerdo multilateral a estos efectos. La adición al MC ONU del artículo 12A en 2017 o los intentos de modificación de la definición de cánones para expandirla en el artículo 12 en relación con los pagos vinculados a la adquisición de *software* son movimientos en una dirección similar.

Mientras tanto, y a falta de acuerdos concretos, algunos Estados (por ejemplo, España, a través de la Ley 4/2020, así como Reino Unido o Canadá) también han puesto en marcha impuestos sobre servicios digitales, cuya aplicación en muchos casos se congeló como consecuencia de los trabajos del Pilar 1, pero podrían reactivarse si el Acuerdo multilateral del Marco Inclusivo de la OCDE sobre el Pilar 1 no llegara a entrar en vigor. La compatibilidad de estos impuestos con los CDI, si bien todo depende de su estructura, es más que dudosa, aunque muchos Estados no los califiquen como impuestos sobre la renta.

Otros Estados han optado por la creación de impuestos o medidas antiabuso que tratan de atraer hacia sus territorios beneficios empresariales no gravados al evitar la existencia de EP (por ejemplo, Reino Unido con el llamado *diverted profits tax*, o Australia con el EP presunto en su legislación antiabuso: Multinational Anti-Avoidance Law), si bien la aplicación de estos tributos excede el ámbito de la economía digitalizada.

SECCIÓN CUARTA:

REGLAS DISTRIBUTIVAS EN MATERIA DE IMPOSICION SOBRE LA RENTA

Capítulo 6.

El artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU: la tributación de las rentas procedentes de bienes inmuebles

1. FUNCIONALIDAD Y ASPECTOS ESENCIALES DE LA CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 6 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

El artículo 6 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) y el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) regula la distribución del poder tributario entre los Estados contratantes en relación con la renta derivada de la explotación, tenencia o uso de la propiedad inmobiliaria. Este precepto aplica en los casos en que un residente de un Estado contratante obtiene una renta derivada de bienes inmuebles que están situados en otro Estado contratante (*situs state*).[138]

La cláusula tipo está estructurada a partir de cuatro apartados, de los cuales el más relevante y sustantivo es el apartado 1, en tanto ordena la distribución del poder tributario entre los Estados contratantes.

El punto de partida –desde la perspectiva de la política fiscal, que determina la configuración de esta cláusula– pasa por considerar que el Estado de la fuente, donde se ubica el inmueble, posee una conexión económica más fuerte que la del Estado de residencia del contribuyente en relación con dicho bien o con el derecho a su propiedad, y esto justifica un derecho de gravamen ilimitado por parte del Estado de la fuente que impone al otro Estado la necesidad de eliminar la doble imposición (párrafo 1 de los Comentarios al artículo 6 del MC OCDE y párrafo 5 de los Comentarios al artículo 6 del MC ONU).

138 El artículo 6 no define el concepto de renta derivada de inmuebles ni delimita el criterio para imputar dicha renta a un sujeto; tales cuestiones se resuelven de acuerdo con la legislación interna de los Estados contratantes. No obstante, la cláusula convencional no exige la concurrencia del requisito del beneficiario efectivo. Pueden plantearse cuestiones alrededor de estos temas respecto de, por ejemplo, fiducias, usufructos, *pass-through investment funds*, fondos de inversión inmobiliarios (REIT, por su sigla en inglés) o alianzas (*partnerships*) transparentes.

El MC OCDE y el MC ONU configuran la cláusula del artículo 6 en términos coincidentes. La principal diferencia entre ambos radica en que el primero omite la cláusula del artículo 14 (servicios profesionales independientes) desde el año 2000, mientras que el MC ONU la conserva y, por ello, el artículo 6.4 *in fine* de este último contiene una referencia a la utilización de los bienes inmuebles empleados para el ejercicio de servicios personales independientes.

Como ya se dijo, el artículo 6.1 del MC OCDE y del MC ONU asignan derechos ilimitados de imposición al Estado contratante en el que estén situados los inmuebles que generan la renta –es decir, al Estado de la fuente–, el cual se encuentra autorizado para gravarla con el límite de la prohibición de discriminación del artículo 24.3 y, eventualmente, del principio de plena competencia (*open distributive rule*) del artículo 9 del MC OCDE. Esta regla no se aplica a los inmuebles ubicados en el Estado de residencia o a terceros Estados, los cuales quedarán comprendidos dentro del ámbito del artículo 21.

El Estado de la residencia del perceptor de la renta puede igualmente gravar dicha renta, pero se encuentra obligado a eliminar la doble imposición con arreglo al artículo 23.

Se considera que el artículo 6 establece una regla de distribución del poder tributario que prevalece sobre otras potencialmente concurrentes (artículos 7 a 22), aunque no puede dejar de apuntarse cómo la tributación sobre determinadas operaciones sobre inmuebles (distintas del uso o explotación o cesión de derechos sobre bienes inmuebles) también puede estar ordenada por los artículos 7, 10, 11, 13 y 22, concurriendo los presupuestos aplicativos de estas disposiciones.

El artículo 6.2 del MC OCDE contiene una definición convencional "semiautónoma" de bienes inmuebles a los efectos del convenio. Tal definición incluye todos los bienes o derechos comprendidos en la legislación del Estado contratante en que los bienes inmuebles estén situados. Además, el artículo 6.2 recoge una lista de los bienes o derechos que se consideran abarcados en la definición convencional de bienes inmuebles, entre los que destacan los derechos a percibir cánones variables o fijos por la licencia o sublicencia de la explotación o la concesión de yacimientos minerales, fuentes u otras riquezas del suelo.

Los párrafos 3 y 4 del artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU complementan y clarifican el alcance de la regla de asignación de derecho primario de imposición en favor del Estado de ubicación del inmueble; así, se deja claro que tanto el uso como la renta derivada de los derechos sobre bienes inmuebles (cesión de uso, arrendamiento, concesión, explotación de recursos naturales, etc.) puede gravarse en el Estado donde tales inmuebles están situados, con independencia de que dicha renta se obtenga o no a través de un establecimiento permanente (o una base fija de negocios, en el caso del MC ONU). La renta derivada de la revalorización o la transmisión del inmueble quedaría comprendida en el artículo 13 del MC OCDE.

2. EL ARTÍCULO 6 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: APARTADOS ESPECÍFICOS

2.1. La regla de distribución del poder tributario del párrafo 1 del artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU

El párrafo 1 del artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU establece el derecho de gravamen prioritario e ilimitado del Estado de la fuente (donde está situado el inmueble) sobre la renta derivada de bienes inmuebles o derechos sobre los mismos, correspondiéndole al otro Estado contratante la eliminación de la doble imposición internacional. La renta derivada de la transmisión de inmuebles o derechos sobre bienes inmuebles se regula, sin embargo, de acuerdo con el artículo 13 del MC OCDE.[139] El artículo 6 requiere una conexión de la renta con el inmueble, de manera que aquella debe tener su origen o estar vinculada con la utilización del inmueble.

La función del apartado 1 del artículo 6 del MC OCDE también atañe al alcance de esta regla de distribución del poder tributario, aunque es cierto que tal cuestión debe analizarse sistemáticamente con los otros tres apartados de esta cláusula tipo.

Lógicamente, cuando el bien inmueble esté situado en el Estado de residencia del contribuyente, de acuerdo con el artículo 21.1 del MC OCDE le corresponderá a tal Estado el derecho exclusivo de gravamen sobre la renta derivada del inmueble.[140] Asimismo, cabe destacar que el artículo 6.1 no se refiere a inmuebles situados en terceros países; en estos casos, aplicará también lo dispuesto en el artículo 21.1 del MC OCDE, que remite a la tributación exclusiva en el Estado de residencia del contribuyente (párrafo 1 de los Comentarios al artículo 6 del MC OCDE).

La renta derivada de la explotación agrícola o forestal está cubierta por el artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU; no obstante, los Estados contratantes son libres en este caso para acordar la aplicación de lo previsto en el artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU cuando se obtienen beneficios empresariales derivados de una actividad económica. Por lo tanto, el derecho de gravamen que asigna el artículo 6.1 no solo se refiere a la renta derivada de inmuebles en el sentido del artículo 6.2, sino también a la derivada de "actividades agrícolas y forestales",[141] incluyendo los beneficios generados por la venta de productos agrícolas y forestales (y otras actividades accesorias),

139 Nótese que aquí no solo aplicaría el artículo 13.1, sino también el artículo 13.4 del MC OCDE (2017). El artículo 6.1 del MC OCDE podría también ser aplicable en casos de *sale & buy back*.

140 La determinación del lugar de localización de un inmueble normalmente no plantea problemas. No obstante, en el caso de que se suscitaran cuestiones en relación con la situación de los bienes o derechos relativos a bienes inmuebles, debe recurrirse a las normas de conflicto del Derecho Internacional Privado. También se ha indicado que pueden existir bienes tangibles situados donde esté localizado el inmueble, e incluso derechos intangibles asociados con un bien inmueble (licencias, derechos mineros, concesiones).

141 Cabe apuntar que en relación con el alcance de la expresión "explotación agrícola y forestal" se han planteado algunas cuestiones controvertidas; a este respecto, se considera que las explotaciones ganaderas, avícolas, apícolas o piscifactorías quedarían fuera de dicha fórmula.

pero también la renta derivada de la adquisición y transmisión de derechos de emisión allí donde dicha actividad constituya una parte integral de la actividad por resultar necesario estar en posesión de tales derechos (párrafo 2.1 de los Comentarios al artículo 6 del MC OCDE; en relación con la naturaleza de los derechos de emisión, vid. el párrafo 75.1 de los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE).

En la medida en que el artículo 6 no determina o limita la forma de tributación de la renta derivada de bienes inmuebles, se considera que el Estado de la fuente puede gravar la renta bruta o estimada objetivamente, e incluso cabe aplicar, en este contexto, disposiciones que imputan una renta, por ejemplo, por la mera tenencia de un inmueble para uso personal o familiar (párrafo 2 de los Comentarios al artículo 6 del MC ONU). No obstante, la doctrina jurídica viene defendiendo la idea de que resulta más adecuado gravar la renta neta en lugar de la renta bruta, particularmente en el caso de la que proviene de actividades agrícolas y forestales, debido al alto nivel de gastos que implica esta actividad.[142]

En relación con la tenencia de inmuebles a través de sociedades, no han faltado voces que defiendan la tributación con arreglo al artículo 6 de los dividendos pagados por sociedades con sustrato inmobiliario principal, aunque esta posición no se ha incorporado a los modelos de convenio (párrafo 3 de los Comentarios al artículo 6 del MC ONU).[143]

2.2. El concepto de inmueble del párrafo 2 del artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU

El párrafo 2 del artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU contiene una definición de "inmueble" a los efectos de la aplicación del artículo 6 y de otras cláusulas del convenio conectadas con este. La fórmula utilizada para determinar el concepto de "inmueble" tiene un carácter mixto o híbrido, pues combina la definición convencional (semiautónoma) y la definición interna del Estado de ubicación del inmueble. La finalidad de esta cláusula consiste en evitar discrepancias sobre el concepto de bien inmueble, considerando las distintas definiciones que pueden coexistir en los dos Estados contratantes y a nivel internacional.

142 El artículo 6.5 del Modelo de Convenio en Materia de Imposición sobre la Renta de Estados Unidos (MC EE. UU.) de 2016 contiene una cláusula que permite al contribuyente optar por el modelo de tributación neta propia de un establecimiento permanente (EP) (ficticio).

143 El párrafo 4 de los Comentarios también se refiere a la posibilidad de imputar renta por la utilización o disposición del inmueble a través de sociedades, o incluso de expandir el ámbito de aplicación del artículo 22 (impuesto sobre el patrimonio) en este tipo de situaciones.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha optado por dar preeminencia a la definición de bien inmueble de la legislación nacional del Estado contratante donde esté situado el inmueble;[144] no aplica ni se plantean aquí los problemas que pueden surgir cuando opera la regla del artículo 3.2 del MC OCDE. No obstante, la cláusula del artículo 6.2 menciona una serie de bienes o derechos que deben ser calificados como inmuebles de manera autónoma; tal lista se ha elaborado con base en la legislación de los países de la OCDE.

Junto con esta "lista positiva",[145] el referido precepto también contiene una "lista negativa" referida a, por ejemplo, barcos y aeronaves, los cuales no serían "inmuebles" a estos efectos, incluso a pesar de lo previsto en la legislación interna de los Estados contratantes.[146]

Los Comentarios al artículo 6 del MC OCDE indican que no se ha precisado el tratamiento de la renta derivada de préstamos hipotecarios, dado que tal renta se incardina en el artículo 11 del MC OCDE (párrafo 2 *in fine* de los Comentarios al artículo 6 y párrafo 18 de los Comentarios al artículo 11 del MC OCDE).

Las situaciones en que se combinan actividades de explotación o se emplea un inmueble para otras actividades asociadas con la explotación (v. gr., actividades de restauración o plantas de energía) pueden requerir un tratamiento específico, al margen del artículo 6, salvo que sean accesorias o complementarias de las primeras.

144 En muchos países, la legislación civil es la que define el concepto de "inmueble". No obstante, la normativa tributaria también ejerce cierta influencia sobre esta materia, por la vía de la regulación tributaria material, cuando establece, por ejemplo, la tributación separada para cada transmisión inmobiliaria.

145 El artículo 6.2 del MC OCDE se refiere a la propiedad "accesoria a la propiedad inmobiliaria, el ganado y el equipo utilizado en las explotaciones agrícolas y forestales, los derechos a los que sean aplicables las disposiciones de derecho privado relativas a los bienes raíces, el usufructo de la propiedad inmobiliaria y el derecho a percibir pagos fijos o variables en contraprestación por la explotación, o la concesión de la explotación de yacimientos minerales, fuentes y otros recursos naturales". Estos bienes o derechos recogidos en la referida "lista positiva" se califican como "bienes inmuebles" a los efectos del artículo 6 del MC OCDE, con independencia de lo previsto en la legislación nacional de los Estados contratantes. En este sentido, se ha apuntado que, por ejemplo, la mención a los "derechos derivados de la explotación de recursos naturales" del artículo 6.2 podría determinar que una entidad residente de un Estado contratante que ostente la licencia o concesión para explotar una mina situada en otro Estado contratante obtenga una renta (cánones) por la cesión de ese derecho a otra entidad (residente o no de los Estados contratantes), de suerte que tales cánones caerán en el ámbito de aplicación del artículo 6 del convenio para la eliminación de la doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI) entre los Estados contratantes, incluso cuando la legislación nacional del Estado de ubicación de la mina no la califique como un bien inmueble.

146 Tal "excepción" responde a preservar la aplicación prevalente de la regla del artículo 8 del MC OCDE.

2.2.1. La clarificación del artículo 6.3 del MC OCDE y el MC ONU: la forma de explotar los bienes inmuebles

El artículo 6.3 del MC OCDE y el MC ONU aclara expresamente que la regla de tributación establecida en el apartado 1 del mismo precepto aplica a las rentas derivadas de la utilización directa, el arrendamiento o la aparcería, así como a cualquier otra forma de explotación de la propiedad inmobiliaria. Por consiguiente, permite el gravamen al titular del inmueble por su uso propio o particular, así como por la renta derivada de su arrendamiento o cesión de derechos (v. gr., cánones por cesión de concesión minera a otro sujeto).[147]

2.2.2. La clarificación establecida en el artículo 6.4 del MC OCDE y el MC ONU en relación con la tributación de la renta derivada de inmuebles pertenecientes a empresas industriales, comerciales u otras

La cláusula del párrafo 4 del artículo 6 deja claro que las disposiciones de los párrafos anteriores (1 a 3) del mismo precepto se aplican igualmente a las rentas derivadas de la propiedad inmobiliaria de una empresa, sea por uso propio o por la cesión de derechos a terceros.

La tributación de la renta obtenida en un Estado contratante a través de un establecimiento que explote bienes inmuebles está prioritariamente asignada (sin exclusividad) al Estado de ubicación del inmueble, con independencia de que este lo someta a imposición como renta inmobiliaria o empresarial.[148] La regla del artículo 6.4 sería declarativa y confirmatoria de la aplicación prevalente del artículo 6.1 sobre otras potenciales cláusulas concurrentes (v. gr., artículos 7, 8, 10.4, 11.4, 12.3 y 17 del MC OCDE). En el caso del MC ONU, la misma regla se hace extensiva a la

147 Se considera que renta derivada de la explotación de una concesión administrativa minera (o la sublicencia) cae dentro del ámbito del artículo 6 en la medida en que se trata de un derecho real sobre el inmueble oponible *erga omnes*, en tanto que las "opciones de compra sobre inmuebles" no son derechos que impliquen un poder directo e inmediato sobre el bien inmueble; en tal sentido, cabe argumentar que dichas opciones quedarían extramuros de esta cláusula, cuando menos en los casos donde no se encuentren inscriptas en el registro de la propiedad. El caso Royal Bank of Canada v. HMRC (2020, UKFTT 267 TC; TC07751), ilustra el alcance del artículo 6 de los CDI en relación con la renta derivada indirectamente de bienes inmuebles situados en un Estado contratante, ya que el tribunal decidió cubrir la renta derivada de derechos de crédito cuya remuneración estuviera vinculada a ingresos derivados de la explotación de pozos de petróleo situados en un Estado contratante. La explotación de inmuebles a través de fórmulas de *time-share* también puede caer en el ámbito del artículo 6 de un CDI, aunque es frecuente encontrar cláusulas *ad hoc* en los CDI (v. gr., CDI Francia con Reino Unido de 2008, y CDI de España con Reino Unido, Irlanda o Bélgica). La aplicación del artículo 6 en estos casos dependerá de la naturaleza que tenga el derecho de multipropiedad en el ordenamiento en cuestión.

148 Es cierto, no obstante, que la legislación nacional de los Estados contratantes puede someter la renta derivada de la explotación de inmuebles a una imposición distinta que la renta proveniente de actividades empresariales a través de un EP, de suerte que las reglas del artículo 7 de los CDI impactarían sobre la forma de gravamen de los beneficios empresariales. Tal falta de "neutralidad fiscal", derivada de la aplicación de los artículos 6 y 7 del MC OCDE, suscita problemas de delimitación entre los ámbitos de uno y otro; por ejemplo, en el caso de la explotación de hoteles se considera que lo principal es el elemento empresarial y de prestación de servicios, lo cual conduce a la aplicación del artículo 7 del MC OCDE. Las actividades económicas relativas a instalaciones de energía solar, eólica o hidráulica, por caso, no caerían en el ámbito del artículo 6 del MC OCDE.

base fija de negocios del artículo 14 del MC ONU.[149] Debe tenerse presente que, sin embargo, en los casos de transmisiones de bienes inmuebles, la regla aplicable será la que establece el artículo 13.1 del MC OCDE y el MC ONU.

Los Comentarios al artículo 6 del MC OCDE ponen de relieve cómo las distribuciones de beneficios realizadas por REIT plantean cuestiones específicas que se examinan en el hilo de la aplicación del artículo 10 del MC OCDE (párrafo 4 de los Comentarios al artículo 6 del MC OCDE).[150]

149 La cláusula del artículo 14 del MC ONU se explica en la sección 8.4 de este Manual.

150 En relación con los REIT, cabe remitirse al informe de la OCDE de 2007, *Tax Treaty Issues related to REIT*, y a los párrafos 67.1 a 67.7 de los Comentarios al artículo 10, donde la doctrina administrativa española se ha referido a la tributación de los REIT en el marco de la red del CDI española; allí se especifica que los REIT quedan comprendidos con carácter general en el ámbito de aplicación de estos convenios, y que las distribuciones de beneficios son consideradas como dividendos a los efectos del artículo 10 (vid. también las consultas de la dirección general de tributos española V508-16 y V0346-14).

Capítulo 7.
El artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU: los beneficios empresariales

1. LA FUNCIÓN Y EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 7 DEL MC OCDE Y SUS DIFERENCIAS CON EL MC ONU

1.1. La función del artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU y su ámbito de aplicación

El artículo 7 representa una disposición clave en los convenios para la eliminación de la doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI), ya que, en relación con los beneficios de las empresas, distribuye la jurisdicción entre ambos Estados contratantes. Según este artículo, los beneficios de una empresa de un Estado contratante solo se gravarán en el Estado de su residencia, salvo que la empresa tenga un establecimiento permanente (EP) (artículo 5 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [MC OCDE] y el modelo de convenio de Naciones Unidas [MC ONU]) en el otro Estado contratante.

Cuando exista tal EP, el artículo 7 establece los principios según los cuales se le atribuirán beneficios, sin que, a estos efectos, sea posible diferenciar entre beneficios obtenidos en el Estado del EP o en terceros Estados.[151] La atribución de beneficios a un EP en el Estado donde esté situado no impedirá que el Estado de residencia de la empresa los incluya en la base imponible de su jurisdicción, aunque debe eliminar la doble imposición que se pueda generar de conformidad con lo que disponga el propio CDI, normalmente con disposiciones equivalentes al artículo 23 del MC OCDE (2017).

En esta línea, es importante recordar que el artículo 7 contiene una delimitación de la jurisdicción tributaria del Estado de la fuente y una distribución de la misma entre ambos Estados –el de la fuente y residencia–, por lo que las reglas que el CDI contenga deben completarse e integrarse con las propias de la legislación interna. Así, por ejemplo, el hecho de que determinados gastos o ingresos deban atribuirse

151 En el marco de los CDI, ambos tipos de beneficios son atribuibles al EP, con la salvedad del artículo 21.2 del MC OCDE y el MC ONU, aunque esta regla y su aplicación dependerán de si la legislación interna grava los beneficios del EP procedentes de fuera del Estado donde está situado, lo cual no ocurre en todos los países.

al EP no obsta a que puedan existir deducciones, exenciones o tipos impositivos especiales aplicables respectivamente a los gastos o ingresos, ya que son cuestiones que dependen de la normativa interna del Estado que aplica el CDI. Entonces, el artículo 7 no condiciona ni determina cómo deben tratarse las rentas atribuidas al EP, cuestión que corresponde a la legislación interna, siempre respetando, claro está, las disposiciones en materia de no discriminación del artículo 24.3 del MC OCDE y el MC ONU, que sí condicionan el tratamiento del EP en el Estado de ubicación del mismo (por supuesto, en los casos en que el CDI incluya una disposición de este tipo).

Las definiciones de "empresa" y "beneficios empresariales" se encuentran en el artículo 3.1 del MC OCDE, si bien allí solo se expresa que estos últimos incluyen los beneficios derivados de los servicios profesionales (para aclarar que tales rentas están incluidas dentro del concepto de empresa). En el artículo 3 del MC ONU hay alguna diferencia, pues solo se define "empresa" y no el término "empresarial", ya que este marco convenio contiene disposiciones específicas relativas a los servicios (artículos 12A y 14). Cabe plantearse si el concepto de beneficios empresariales está vinculado o no a la definición que realiza la legislación interna de los Estados contratantes. En primer lugar, como se deriva del artículo 7.4 del MC OCDE (2010-2017) se trata de un concepto que se encuentra condicionado por otros preceptos del CDI (v. gr., los artículos 10 a 13; el artículo 17 del MC OCDE, y los artículos 12 y 12A del MC ONU), y cuyo significado está, en consecuencia, influido también por este contexto convencional. Un ejemplo concreto puede ilustrar esta idea: si la definición de "cánones" del CDI en cuestión incluye las rentas derivadas de la explotación de equipos industriales, comerciales y científicos (en línea con el artículo 12 del MC ONU), a pesar de que el objeto de la actividad de la empresa sea la explotación de estos equipos, las rentas derivadas del otro Estado contratante serán consideradas cánones y no beneficios empresariales.

En segundo lugar, al margen del efecto que el contexto del CDI pueda tener sobre la definición de empresa y actividad empresarial, es cierto que la falta de concreción de tales términos en el CDI puede llevar a que se aplique la definición local de "empresa" y "actividad empresarial", que muchas veces puede variar entre los distintos Estados. En algunos, por ejemplo, ciertas rentas pasivas obtenidas en el contexto de la actividad empresarial pueden no estar incluidas en la definición de beneficios empresariales. En esos casos, el artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU –y, en particular, su párrafo 2– cumple una función relevante para alcanzar un resultado equivalente al del artículo 7.

En tercer lugar, la falta de una definición precisa de empresa y actividad empresarial en el CDI no habilita a las partes de un CDI a dejar fuera del ámbito del artículo 7 a determinados tipos de rentas (por ejemplo, servicios, o rentas derivadas de la comercialización de ciertos productos o servicios) que, en líneas generales y en el contexto del CDI, cumplen con las notas características del concepto de actividad

empresarial (vid. a estos efectos los Comentarios al artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU de este Manual y la jurisprudencia allí citada).

La "empresa" (*partnership*, sociedad, empresario individual o cualquier otra modalidad equivalente) que obtiene los beneficios a los que se aplica el artículo 7 se define de forma amplia y puede adoptar la forma de una sociedad de capital, una sociedad de personas o ser una persona física, entre otras modalidades (vid. el párrafo 42 de los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE [2017]).

1.2. La evolución del artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU, y los distintos modelos internacionales de atribución de beneficios a los EP

La evolución del artículo 7 del MC OCDE ha sido compleja y controvertida desde sus inicios debido a que los trabajos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre la atribución de beneficios a los EP se han prolongado durante décadas, lo que ha generado cierta falta de sincronía entre el MC OCDE y los CDI aplicables. Si bien entre 1963 y 2008 el artículo 7 del MC OCDE siguió una línea definida y sin modificaciones esenciales (a excepción de la reforma de los Comentarios de 1994), en 2010 fue modificado de manera sustancial mediante el denominado "enfoque autorizado de la OCDE" sobre la atribución de beneficios a los EP. Los trabajos de definición del modelo de atribución de beneficios a los EP, que cristalizaron en el mencionado enfoque autorizado, habían comenzado en 1998, justo después de las modificaciones a los Comentarios al artículo 7 de 1994 y a las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias* de 1995. A diferencia de lo que ocurría hasta 2008, en el enfoque autorizado el EP presenta una mayor similitud con una sociedad filial, aunque con algunas singularidades importantes, y las "transacciones" entre el EP y su casa central se reconocen de una manera más intensa que en los Comentarios al artículo 7, que reflejan el enfoque tradicional.

Esta modificación del modelo de atribución de beneficios a los EP ya se había anticipado en el contexto de la OCDE y estuvo precedida por el *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de la OCDE de 2008. A pesar de que el Informe de 2008 y los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE (2008) introdujeron novedades relevantes con respecto a los Comentarios al artículo 7 y anteriores, la OCDE pretendió que el Informe de 2008 adquiriera fuerza y efectos interpretativos en relación con los CDI que siguieran el artículo 7 del MC OCDE (1963-2008). Así se reconoció en los Comentarios al MC OCDE (2008), aunque esta posición no siempre ha resultado aceptada por los distintos países y tribunales.

Luego de que, en 2008, se diera este paso, en 2010 se reformó el artículo 7 del MC OCDE para regular el enfoque autorizado de forma plena, vinculando a este

precepto, a los efectos interpretativos, el *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de la OCDE de 2010. No obstante, el MC OCDE vigente (2010-2017) conserva (como anexo) la versión del artículo 7 de 2008 y sus Comentarios, lo cual es indicativo de la falta de aceptación del modelo de atribución de beneficios de 2010 en la práctica convencional.

A pesar de los matices, el enfoque autorizado busca alcanzar una cierta armonía con las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*, de manera que estas se aplicarían a las sociedades filiales y sus relaciones con otras empresas del mismo grupo, así como también con los *Informes sobre la atribución de beneficios de la OCDE*, que están basados en principios similares y se aplicarían a los EP (aunque, en este ámbito, las *Directrices* se aplicarían también con carácter subsidiario). En síntesis, la evolución que ha sufrido la atribución de beneficios al EP en el contexto de la OCDE ha buscado limitar y reducir las diferencias en el tratamiento del EP con respecto a las atribuciones de beneficios a sociedades que se venían produciendo con las versiones del artículo 7 anteriores a 2010, sin que, no obstante, las asimetrías entre el artículo 7 y el artículo 9 del MC OCDE hayan quedado plenamente resueltas o eliminadas. Por la naturaleza del presente trabajo no es posible examinar en detalle las relaciones entre los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE (2008 o 2010), los *Informes* de 2008 y 2010, y las *Directrices* de 2022; baste indicar que los Informes son documentos complejos, voluminosos y detallados que habrá que tomar en consideración junto con los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE (2008 o 2010) y que, subsidiariamente, se deberá considerar si las *Directrices* resultan complementarias de los mismos. Como podrá advertir el lector, se trata de un ejercicio en absoluto sencillo.

No obstante, debido a las preocupaciones que muchos países manifestaron acerca de la posibilidad de que este enfoque condujera a disminuir o erosionar las bases imponibles en sus territorios, el enfoque no fue aceptado en la legislación de muchos países (incluidos miembros de la OCDE) ni en el MC ONU (2017-2021), cuyo artículo 7 sigue el antiguo artículo 7 del MC OCDE (1963-2008) y, en consecuencia, sus Comentarios también están alineados con versiones del MC OCDE anteriores al reconocimiento del enfoque autorizado.

A la vista de la compleja evolución del artículo 7 y sus Comentarios, es relevante subrayar que muchos países no siguen el "enfoque autorizado" de atribución de beneficios regulado en el artículo 7 del MC OCDE (2010-2017) y, de hecho, muchos CDI, especialmente de países en desarrollo, tampoco lo hacen. A ello cabe añadir la dificultad de que, curiosamente, la legislación interna de algunos países –especialmente, en la región de América Latina y el Caribe– sigue un modelo de atribución de beneficios a los EP que asimila a estos últimos con las sociedades de forma casi plena, es decir que dicha legislación se alinea en mayor medida con el enfoque autorizado que con

el abordaje tradicional de la OCDE, incluso a pesar de que esos mismos países firman frecuentemente CDI que, en lugar de emplear el enfoque autorizado, recogen el artículo 7 del MC OCDE (1963-2008). Otros países, sin embargo, no regulan el enfoque autorizado en su legislación interna o lo hacen con diversos matices.

El resultado de esta situación es que la atribución de beneficios a los EP plantea problemas en dos planos distintos. En primer lugar, a la hora de negociar un CDI, los responsables deben ser conscientes de cuál es su regulación interna sobre la atribución de beneficios y verificar si efectivamente el modelo de atribución de beneficios a los EP que están negociando en el CDI encuentra un encuadre en su ordenamiento interno. A estos efectos, la negociación de modelos distintos (enfoque tradicional versus enfoque autorizado) en diversos CDI también puede generar asimetrías y problemas, ya que, dependiendo del país de residencia de la entidad y el CDI aplicable, el modelo de atribución de beneficios podría ser uno u otro.

En segundo lugar, la compleja situación internacional –que lleva a que en el plano de la OCDE convivan tres modelos distintos de atribución de beneficios (el modelo tradicional, el modelo híbrido de 2008 y el enfoque autorizado de 2010) y, en el plano de Naciones Unidas, exista otro diferenciado (pre-2010, con matices)– provoca que no sea infrecuente que el artículo 7 sea interpretado de manera diferente por los distintos países y contribuyentes, una situación que genera niveles preocupantes de inseguridad jurídica.[152] Puesto que este trabajo toma como referencia primaria el MC OCDE y principalmente apunta a los responsables de negociar y aplicar el CDI a partir de los materiales de la OCDE más actuales, en comparación con el MC ONU, el foco estará puesto en el artículo 7 del MC OCDE (2010-2017).

A la anterior situación cabe añadir que, como consecuencia de las modificaciones realizadas al artículo 5 del MC OCDE y derivadas de la Acción 7 del plan de la OCDE en materia de lucha contra la erosión de bases imponibles y la transferencia artificial de beneficios (Plan BEP) (vid. los Comentarios al artículo 5 en esta publicación), la propia OCDE debió llevar a cabo nuevos trabajos sobre la atribución de beneficios a los EP que resultaron igualmente controvertidos; tales son: un primer borrador (*Draft: Attribution of Profits to Permanent Establishments, BEP Action 7, Additional Guidance*) de julio de 2016 y un documento final con variaciones relevantes (*Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments under*

152 Por ejemplo, una de las cuestiones controvertidas ha sido establecer si los distintos CDI determinan o exigen que, de acuerdo con el *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de 2008, debe atribuirse o no capital a los EP, con pronunciamientos muy variados en distintos países. En particular, la sentencia de la audiencia nacional española del caso del Banco ING (10 de julio de 2015, rec. 281/2012) cuestiona la aplicación del enfoque autorizado de la OCDE de 2008 en el marco de un CDI antiguo y en relación con el cálculo de la dotación de capital libre. En un sentido similar se pronunció el Consejo de Estado francés (vid. las sentencias del Consejo de Estado del 11 de abril de 2014, en los casos Societe Banca di Roma n.º 346687, Societé Caixa Geral de Depósitos n.º 359640, y Societé Bayerische Hypo n.º 344990). Sin embargo, la posición en Reino Unido ha sido diametralmente opuesta (vid. la sentencia del UK Tax Appellate Tribunal, Irish Bank Resolution Corporation Ltd & Irish Nationwide Building Society v. HMRC (22 de septiembre de 2017, UKFTT 702/TC), confirmada posteriormente por el Upper Tribunal Tax and Chancery Chamber UK (apelaciones: UT/2017/0178 y UT/2017/0179, 2019 UKUT 277 TCC).

BEP Action 7) de marzo de 2018. Estas guías resultan relevantes en relación con la definición de EP derivada del artículo 5 del MC OCDE (2017), aunque también contienen algunas ideas que se pueden aplicar con carácter general. De hecho, es posible decir que el propósito de estos documentos probablemente consistía, más que en la definición de los EP en sí, en realizar nuevas consideraciones sobre la atribución de beneficios a los EP, como consecuencia de las acciones 8-10 del Plan BEP en materia de precios de transferencia y de las modificaciones que realizaron a las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias* (2022). Sin embargo, el anclaje que estas guías de la OCDE tienen en el "enfoque autorizado" hace que no siempre puedan resultar operativas a la hora de interpretar un CDI que no siga este modelo, incluso aunque incorpore la definición de PE derivada de la Acción 7 del Plan BEP.

A la vista de esta situación (la pluralidad de modelos de atribución de beneficios en el ámbito de la OCDE y Naciones Unidas, y las distintas interpretaciones en los diferentes países), tanto los negociadores como los intérpretes de los CDI deben proceder con cautela, de manera de asegurar que los modelos de atribución de beneficios a EP acordados en los CDI se ajusten a la regulación interna o no sean incompatibles con ella, y, al mismo tiempo, que los CDI sean interpretados sin aplicar retroactivamente modelos que no tengan sustento en la redacción del artículo 7 de los CDI o en las legislaciones internas, o que, de nuevo, sean incompatibles con principios básicos establecidos por el ordenamiento en cuestión. De cualquier forma, entre los países existen disparidades normativas y distintas formas de interpretar el artículo 7 que hacen que este sea un terreno especialmente problemático en términos de seguridad jurídica.

1.3. Las principales diferencias del artículo 7 entre el MC OCDE (2010-2017; 1963-2008) y el MC ONU (1980-2021)

Sin perjuicio de que en los apartados siguientes se examinen con más detalle las diferencias entre el artículo 7 del MC OCDE (2010-2017) y el mismo precepto del MC ONU, en este momento resulta necesario apuntar algunas divergencias fundamentales:

- El artículo 7.1 del MC OCDE (1963-2017) nunca aceptó el llamado principio de "fuerza de atracción", que atrae hacia la base imponible de un EP las rentas obtenidas por el propietario del EP en el Estado de la fuente, que no estén vinculadas con el citado EP. El artículo 7.1 del MC ONU, sin embargo, acepta tal principio de forma limitada, y de ahí las diferencias de redacción con el MC OCDE.

- Si se compara el artículo 7.2 del MC OCDE (2010-2017) con el mismo precepto del MC OCDE (2008) y el MC ONU, se advierte que ambos grupos regulan el llamado "principio de empresa separada", aplicable a los EP,[153] pero con diferencias fundamentales según los distintos modelos de atribución de beneficios que siguen: el enfoque autorizado (MC OCDE [2010-2017]) y el enfoque tradicional (MC OCDE [2008] y MC ONU).

- En sintonía con el no reconocimiento de algunas transacciones entre el EP y la casa central, en el enfoque tradicional de la OCDE (1963-2008), el artículo 7.3 MC ONU regula la deducción de gastos del EP para asimilarlo a una empresa del Estado donde el EP está situado, con la excepción de las transacciones entre el EP y la casa central, que no se reconocen (pago de cánones, tasas y pagos similares, o intereses a la casa central). Puesto que en el enfoque autorizado se equipara el EP a la sociedad filial de una manera más completa, no existe una disposición similar en el artículo 7 del MC OCDE (2010-2017), y su párrafo 3 solo regula una disposición sobre el ajuste correlativo, similar al artículo 9.2 del MC OCDE, de manera de garantizar la simetría en el tratamiento de las atribuciones de beneficios en ambos Estados (casa central y EP).

- El artículo 7.4 del MC ONU (y del MC OCDE hasta 2008) continúa permitiendo que, en los casos en que hubiese sido costumbre que el Estado contratante donde se encuentra el EP se atribuya beneficios de acuerdo con un sistema de reparto proporcional de los beneficios totales de la empresa, dicho sistema pueda seguir siendo aplicable siempre y cuando el resultado sea compatible con los principios que recoge el propio artículo 7. Sin embargo, el artículo 7 del MC OCDE (2010-2017) no permite tal compatibilidad.

- Tanto el artículo 7.5 del MC ONU como el artículo 7.6 del MC OCDE (2008) incluyen una regla de consistencia en la metodología de atribución de beneficios a los EP, de manera que la misma metodología sea aplicable año a año a menos que existan buenas razones para modificarla. Dicha regla no está presente en el artículo 7 del MC OCDE (2010-2017).

- El artículo 7.5 del MC OCDE (2008) dispone que no se atribuirán beneficios a un EP por razón de la mera compra por el EP de bienes o mercancías para la empresa. Tal regla no existía tradicionalmente en el MC ONU (la cuestión se mencionaba en una nota al pie) y tampoco existe en su versión más actual (la

153 Esto quiere decir que deben atribuirse al EP los beneficios que corresponderían a una empresa separada que actúe en condiciones de mercado.

de 2021, que suprimió la citada nota), ni se reconoce en la actualidad en el MC OCDE (2010-2017), ya que resultaría inconsistente con este último o con la nueva redacción del artículo 5.4 del MC OCDE y el MC ONU tras 2017, por lo que tales EP, que desarrollan una función de compras, podrán generar atribuciones de beneficios allí donde la misma no exista (sin perjuicio de la aplicación del artículo 5.4 cuando proceda).

Por otra parte, los Comentarios al artículo 7 del MC ONU (2021) se vinculan, al no aceptarse el enfoque autorizado en el MC ONU, o bien con los Comentarios del artículo en el MC OCDE (2008) o con los de (2005).

1.4. El Acuerdo multilateral de la OCDE/G20, el Marco Inclusivo sobre Plan BEP y su relación con el artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU (2017-2021)

No es el objeto de este capítulo el estudio del Acuerdo multilateral de la OCDE/G20 y el Marco Inclusivo Plan BEP de la OCDE sobre los llamados pilares 1 y 2 y su evolución o impacto sobre el artículo 7, sino simplemente apuntar las interconexiones y relaciones entre aquellas iniciativas y este último (sobre los pilares, vid. el capítulo 33 de este Manual). En primer lugar, y sin que se conozca todavía el incierto destino del Pilar 1, es claro que la asignación de beneficios de los grupos multinacionales al Estado donde comercializan bienes o servicios supone una ruptura con el umbral del EP y, en consecuencia, con el artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU, así como una inclinación hacia una atribución de beneficios bajo una suerte de sistema de reparto proporcional en atención a las circunstancias del grupo multinacional, si bien con efectos limitados para los Estados donde se comercializan dichos bienes y servicios. La ejecución de tal sistema, si finalmente se lleva a cabo, modificará los efectos de los artículos 5 y 7 de los respectivos CDI en vigor. De hecho, el MC ONU (2021) contiene una modificación explícita, el artículo 12B, que, si bien no está alineado con el Pilar 1, pretende alcanzar un resultado similar.

El Pilar 2, con sus distintas reglas (regla de inclusión de rentas [IIR, por su sigla en inglés], regla de tributación de beneficios infragravados [UTPR, por su sigla en inglés] o impuesto mínimo interno cualificado [QDMTT, por su sigla en inglés]), también podría presentar dificultades (discutidas por la doctrina internacional) que, por el momento, están lejos de encontrar una solución válida con carácter universal. Si bien se indica que la IIR, por su parecido con las reglas de transparencia fiscal internacional y por efecto del artículo 1.3 del MC OCDE, podría plantear menos dificultades, la compatibilidad con los CDI de la UTPR resulta menos clara (por los efectos extraterritoriales que puede provocar), todavía no resulta claro cómo se

aplicará esta medida en el ámbito internacional (de hecho, la proliferación de reglas como la QDMTT reducirá sus efectos y puede que no se aplique en algunos Estados). Estas serán cuestiones cuya importancia aumentará en el futuro a medida que los distintos países desplieguen reglas de aplicación del Pilar 2 y a las que tanto los negociadores de los CDI como los intérpretes de los mismos deben dar una debida consideración. De hecho, algunos CDI de Francia, Alemania y Suiza están excluyendo del ámbito de los CDI las medidas del Pilar 2.

2. EL ARTÍCULO 7.1 DEL MC OCDE (2010-2017)

2.1. La tributación en el Estado de residencia

Con carácter general, el artículo 7 del MC OCDE atribuye jurisdicción exclusiva sobre los beneficios empresariales al Estado de residencia de la empresa. Al mismo tiempo, el Estado de residencia no pierde la jurisdicción para gravar los beneficios empresariales por el hecho de que la empresa tenga un EP en otro Estado, cuyos beneficios podrá gravar, en primer lugar, el Estado de ubicación del EP. En estos supuestos, el Estado de residencia podría gravar los beneficios atribuibles al EP, aunque su poder tributario estará sujeto y condicionado a lo dispuesto por el artículo 23 del MC OCDE (2017) en materia de eliminación de la doble imposición (o, en su caso, a las disposiciones más favorables de la legislación interna). De hecho –y así se indica en el artículo 7.2 del MC OCDE (2017)–, el artículo 7 produce efectos (a la hora de atribuir rentas, no de cuantificarlas) tanto en relación con el Estado del EP como para la aplicación del artículo 23 del MC OCDE a fin de considerar qué renta está incluida en el ámbito de este último precepto y eliminar la doble imposición.

El artículo 7 no limita los poderes de un Estado para gravar a sus propios residentes y, en consecuencia, no impide, según la OCDE (párrafo 14 de los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE [2017]), la aplicación de normas de transparencia fiscal internacional. Por ello, el Estado de residencia podrá gravar los beneficios atribuibles a entidades que sus residentes hayan constituido en el otro Estado y que resulten afectadas por las citadas normas. No todos los países siguen esta línea argumentativa, ya que consideran que la inexistencia de un EP de la entidad del otro Estado en el Estado de residencia determinaría que este último no pueda gravar los beneficios que corresponda atribuir a la misma.

2.2. La tributación en el Estado de la fuente cuando un residente del otro Estado tiene un EP

Solo cuando la empresa de un Estado contratante tenga un EP (artículo 5) en otro Estado contratante podrá este último gravar los beneficios atribuibles al mismo de acuerdo con el resto de las disposiciones del artículo 7. Si bien el artículo 7.1 no establece ninguna regla precisa de atribución o método de cálculo de los beneficios atribuibles al EP, sus términos actuales conectan a este párrafo directamente con el artículo 7.2, por lo que cabe entender que la atribución de beneficios al EP debe realizarse de acuerdo con este último precepto y con base en los Comentarios del mismo y el *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de la OCDE de 2010 (con anterioridad, al no existir tal conexión, se planteaban algunas dudas al respecto).

Como se puso de manifiesto en el contexto de los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE y el MC ONU, hay Estados que regulan otros umbrales de atribución de beneficios empresariales al Estado de la fuente, ya sea expandiendo la definición de EP con respecto al MC OCDE y el MC ONU (vid. los Comentarios al artículo 5 en el capítulo 5 de este Manual) o estableciendo límites diferentes al EP para el gravamen de algunas categorías de rentas en el Estado de obtención de las mismas, en el propio artículo 7 o en otros preceptos. La situación particular de cada CDI debe, por ello, ser tomada en consideración.

El artículo 7.1 del MC OCDE no solo indica cuándo un Estado puede gravar los beneficios empresariales (umbral del EP), sino que, además, determina qué beneficios puede gravar, de manera que no será aplicable el principio de fuerza de atracción y no podrán atribuirse al EP los beneficios que una empresa del otro Estado obtenga de su territorio, cuando no estén conectados con dicho establecimiento. En la práctica, esto se traduce en que las distintas fuentes de renta de un residente deben considerarse de manera separada y aplicar a cada una de ellas la prueba (test) del EP o las reglas distributivas del CDI por separado, a no ser que las rentas estén vinculadas funcionalmente con el establecimiento (vid. el párrafo 12 de los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE). Por ejemplo, si se examina la situación de una empresa del sector de recursos naturales, cada lugar que cumpla con las características del EP (pozo petrolífero, pozo de gas, mina, etc.), cuando estén en sitios geográficos diferenciados, debería determinar una atribución de beneficios también específica en atención a las reglas del artículo 7 del MC OCDE (nada impide, no obstante, que en su legislación interna el país donde exista tal pluralidad de EP permita al contribuyente la consolidación de los beneficios o la pérdida de todos ellos).

Desde una perspectiva geográfica, el artículo 7, con ciertos matices derivados del artículo 21.2 del MC OCDE, no limita la capacidad de gravar los beneficios atribuibles al EP en el otro Estado, y pueden proceder del interior del propio Estado o

del extranjero (para ello, la legislación interna también tiene que reconocer que el EP se grava por la renta mundial vinculada con el establecimiento).

2.3. El artículo 7.1 del MC OCDE en versiones anteriores a la de 2010

La redacción del artículo 7.1 en las versiones preliminares a la de 2010 presenta algunas diferencias de redacción con las actuales, y en la actualidad vincula de forma más directa los párrafos 1 y 2 de este precepto. Como ya se indicó, hay que tomar en consideración que el artículo 7.5 del MC OCDE (2008) excluía la atribución de beneficios al EP por razón de la mera compra por ese establecimiento permanente de bienes y mercancías para la empresa. Esta exclusión, que aplicaba tanto para los EP de compras (para exportar) como para los que, además, realizaban otras funciones, se basaba en la idea de que dicha compra no generaba beneficios para la empresa en general. Tal excepción dejó de existir en el artículo 7 del MC OCDE (2010) y el MC ONU (2021), y fue suprimida por no resultar alineada con el entendimiento actual del principio de empresa separada y por la dificultad de atribuir beneficios a esta función y separarlos del resto de las actividades del EP. En la actualidad, sin embargo, todavía es posible encontrar este precepto en bastantes CDI.

2.4. El artículo 7.1 del MC ONU y el "principio de fuerza de atracción limitada"

En primer lugar, el artículo 7.1 del MC ONU (2021) es similar al mismo precepto del MC OCDE, pero no solo admite que el Estado del EP pueda gravar los beneficios que le son atribuibles, sino también los beneficios (no cubiertos por otras disposiciones del CDI)[154] derivados de actividades empresariales en ese Estado; en particular, se especifican los casos de: (1) ventas de mercancías o bienes de la misma o similar clase que los vendidos a través del EP, u (2) otras actividades empresariales idénticas o similares a las realizadas a través del EP. Esto es así por el llamado "principio de fuerza de atracción limitada", que permitirá al Estado de ubicación del EP gravar no solo los beneficios atribuibles a este, sino también aquellos que no se obtengan a través del EP sino de forma directa por la empresa. Este principio no resulta aceptado en los países más desarrollados, pero en otros con menor desarrollo constituye un principio relevante a fin de facilitar la gestión de su sistema y evitar los potenciales abusos (de hecho, algunos CDI limitan la aplicación de este principio a casos de abuso). La aplicación de esta cláusula, de todas formas, es fácil de eludir (bastaría

154 La vinculación del principio de fuerza de atracción con las rentas del artículo 7 del MC ONU hace que el mismo no sea aplicable cuando operan, por ejemplo, las cláusulas del EP de los artículos 11, 12 y 12A del MC ONU, ya que en relación con la atribución de intereses, cánones o servicios técnicos se exige la vinculación efectiva con el EP de los mismos en los citados preceptos.

con que la venta, en lugar de ser realizada por la empresa que tiene el EP, sea hecha por otra empresa vinculada o un agente independiente). *A priori*, no parece que tal principio –y así lo indica el párrafo 10 de los Comentarios al artículo 7 del MC ONU (2021)– pueda aplicarse a los contratos "llave en mano" (*turnkey contracts*), donde los distintos servicios y rentas atribuibles al EP deben considerarse de forma separada. Además, debe tenerse en cuenta que este principio se aplica a actividades realizadas en el país donde se encuentra el EP (lo cual comprende, por ejemplo, los servicios prestados en el interior de dicho Estado y no los servicios prestados desde el Estado de residencia).

Puesto que la redacción del "principio de fuerza de atracción limitada" puede sufrir variaciones en los distintos CDI, habrá que examinar cada caso concreto para determinar su alcance.

Recuérdese que el artículo 7 del MC ONU nunca tuvo una excepción similar a la mencionada en el artículo 7.5 del MC OCDE (2008) para la función de compras de mercancías o bienes, por lo que los beneficios de esta función serán atribuibles al EP de acuerdo con el artículo 7.1 del MC ONU.

3. EL ARTÍCULO 7.2 DEL MC OCDE (2010-2017)

3.1. La ficción del EP como empresa independiente y separada, y la identificación de las operaciones del EP y su valoración

El punto de partida para la atribución de beneficios al EP consiste en la ficción de que constituye una empresa separada e independiente del resto de las partes de la empresa a la que pertenece (casa central u otros EP, aunque con algunas limitaciones que indica el *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de 2010: por ejemplo, el EP y la casa central tendrán la misma "calificación crediticia", salvo en casos muy especiales; el EP no tiene acceso a los CDI del Estado donde está presente). Esta ficción produce una serie de consecuencias que determinan el enfoque de atribución de beneficios al EP en el MC OCDE (2010-2017).

En primer lugar, la atribución de beneficios al EP se realiza con independencia de lo que ocurra en el resto de la empresa a la que pertenece. Esto es, la empresa puede estar en pérdidas, pero, si, a la vista de la ficción de la empresa independiente y separada, el EP debería obtener beneficios, estos se atribuirán al EP con independencia de lo que ocurra en el resto de la empresa.

En segundo lugar, al carecer de personalidad jurídica separada, el EP no realiza transacciones ni firma contratos (en sentido jurídico) con el resto de la empresa o al margen de la personalidad de esta, por lo que, con carácter preliminar, habrá que determinar cuáles son las "operaciones" –entre el EP y terceras personas, el EP y su casa central, y el EP y otros EP– que determinarán la atribución de beneficios. Una vez determinadas dichas "operaciones" atribuibles al EP, hay que valorarlas.

La determinación de las "operaciones" del EP se realiza de conformidad con el enfoque apuntado en el artículo 7.2 del MC OCDE (2010) y desarrollado con detalle en el *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de la OCDE (2010). De hecho, el propósito principal del artículo 7.2 del MC OCDE (2010) es subrayar que la aplicación del principio de la empresa independiente y separada al EP debe hacerse de conformidad con un análisis de las funciones, los activos y los riesgos vinculados al EP, y en línea con las indicaciones del *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de 2010 de la OCDE. Tal informe contiene indicaciones generales, aplicables a todo tipo de empresas, y capítulos específicos para los EP de bancos, empresas que desarrollan global trading de instrumentos financieros o entidades aseguradoras. En esta primera fase, según indica el párrafo 21 de los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE (2010) el análisis fáctico y funcional debe conducir a lo siguiente:

» La atribución al EP, cuando sea apropiado (es decir, si el EP tiene personas con funciones relevantes para controlar los riesgos), de los derechos y obligaciones

vinculados con transacciones entre la empresa del EP, de la cual es una parte, y otras empresas independientes.

- La identificación de las funciones significativas de las personas relevantes para la atribución de la propiedad económica de activos, y, en consecuencia, la atribución de los mismos (propiedad económica) al EP.

- La identificación de las funciones significativas de las personas relevantes para la asunción de riesgos y la atribución de los riesgos al EP.

- La identificación de otras funciones relevantes del EP.

- El reconocimiento y la determinación de la naturaleza de las operaciones entre el EP y otras partes de la misma empresa (porque están contabilizadas y documentadas o porque, a la vista del análisis funcional, responden a una realidad económica).

- La atribución de capital al EP con base en los activos y riesgos que se le atribuyen.

Este análisis presenta diferencias muy relevantes con respecto al realizado en las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*, si bien se apoya en estas últimas con carácter subsidiario. A pesar de que para dichas directrices los contratos entre las distintas entidades del grupo son relevantes a la hora de distribuir funciones y riesgos, en el caso del EP dicha relevancia desaparece, ya que los riesgos siempre siguen a las funciones y personas relevantes que los controlan. Paradójicamente, esto representa una excepción al principio de la empresa distinta y separada, ya que esta siempre puede, a través de contratos, llevar a cabo sus funciones, aunque no siempre asuma los riesgos de las actividades (por ejemplo, una función puede ser encargada a un tercero ajeno a la empresa, entre los que puede encontrarse otra empresa del mismo grupo, con un contrato de "tercerización", y, en ese caso, el control del riesgo siempre corresponderá a la empresa que externaliza la función). En las relaciones entre el EP y la casa central no es posible realizar esta división, ya que el riesgo sigue a las personas, sin que puedan existir relaciones contractuales que produzcan un resultado diverso entre el EP y la casa central.

Una vez identificadas las operaciones atribuibles al EP, estas deberán valorarse siguiendo los principios de las *Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia*, las cuales se aplican de forma directa a las operaciones del EP con otras empresas vinculadas y, por analogía, a las "operaciones" entre el EP y otras partes de la empresa a la que pertenece (casa central y otros EP). Esto último implica la rea-

lización de un análisis de comparabilidad que debe efectuarse como si fueran transacciones entre partes independientes, así como la elección de una metodología de valoración acorde a la naturaleza y características de las mismas, siempre tomando en consideración las funciones realizadas y los activos y riesgos atribuidos al EP.

3.2. Cuestiones específicas de interpretación y aplicación del artículo 7.2 del MC OCDE (2010), en particular, sobre las operaciones del EP

Junto a las anteriores indicaciones generales, los Comentarios al artículo 7 desarrollan algunos aspectos específicos sobre cuestiones interpretativas y la aplicación del precepto que merecen especial mención.

3.2.1. El artículo 7.2 del MC OCDE se aplica a las relaciones del EP con otras empresas vinculadas

Aunque el artículo 7.2 mencione las "operaciones entre el EP y otras partes de la empresa" a fin de enfatizar el principio de la empresa independiente y separada, esta mención no restringe su ámbito de aplicación, que también resulta útil en relación con las operaciones del EP con otras partes vinculadas cuando afecten la atribución de beneficios del EP (por ejemplo, cuando el EP realiza compras o ventas de mercancías a partes o empresas vinculadas) (vid. el párrafo 24 de los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE [2010-2017]). En este caso, el artículo 7.2 del MC OCDE (2010) también autoriza al Estado del EP a efectuar el ajuste por operaciones vinculadas.

3.2.2. La simetría en la atribución de beneficios en el Estado del EP y en el de la casa central

El actual artículo 7.2 del MC OCDE (2010-2017) enfatiza que el principio de la empresa independiente y separada se aplica a los efectos del artículo 7 y del artículo 23A y B del MC OCDE. El Estado de residencia de la empresa tendrá interés en la correcta aplicación del artículo 7.2 del MC OCDE puesto que la eliminación de la doble imposición está directamente relacionada con la atribución al EP de beneficios, y una atribución incorrecta puede generar que exista una doble imposición.

3.2.3. La determinación de las "operaciones" entre el EP y la casa central, y su prueba

El párrafo 26 de los Comentarios al artículo 7 dispone que, a fin de probar las relaciones entre el EP y otras partes de la empresa, un buen punto de partida son los apuntes contables de las transacciones y la documentación contemporánea que acredite que existe una operación que transfiere riesgos económicamente significativos, así como responsabilidades y beneficios. Tal documentación debe ser útil para los contribuyentes a efectos probatorios cuando: (1) sea consistente con la sustancia económica de las operaciones, de acuerdo con el análisis funcional y fáctico; (2) los "acuerdos" no difieran de los propios de una empresa independiente que se comporta con racionalidad económica, o, si existe tal diferencia, no impidan la determinación del precio adecuado, y (3) sea consistente con los principios del *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de 2010 (por ejemplo, no separar los riesgos de las funciones). Este último Informe, párrafos 172 y ss., detalla cómo reconocer tales "operaciones" y da ejemplos de las que se consideran más comunes (cambios en el uso de activos tangibles, desarrollo y uso de bienes intangibles, participación en acuerdos de reparto o distribución de costes, servicios internos).

3.2.4. El alcance de la ficción de la empresa distinta y separada aplicada al EP en las operaciones con la casa central y otras partes de la empresa

Como indica el párrafo 28 de los Comentarios, la aplicación del principio de la empresa distinta y separada está reducida a la atribución de beneficios al EP a efectos de los artículos 7, 23A o 23B del MC OCDE, sin crear rentas ficticias para la casa central o el EP, a las que se puedan aplicar otros artículos del CDI (reglas distributivas de los artículos 6 a 23 del MC OCDE). Tal enfoque, sin embargo, crea ciertas asimetrías, ya que, si bien permite que se reconozcan deducciones por gastos al EP, no existiría un derecho de gravamen correlativo en relación con esa "renta ficticia" para el Estado de ubicación del EP (para muchos Estados, esto determina el reconocimiento de posibilidades notables de erosión de sus bases imponibles a través del EP).[155]

Este enfoque asimétrico determinaría que se vinculen al EP gastos correspondientes a "operaciones ficticias" con la casa central (u otros EP), por ejemplo, por alquileres de inmuebles (cuando pertenezcan a la casa central, pero sea empleados

155 La idea de simetría parece haberse llevado a sus últimas consecuencias en el informe de la Acción 2 del Plan BEPS en el caso de EP híbridos (OCDE [Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos], *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*, París: OCDE; 2015), aunque resta ver si la legislación antihíbridos para estos casos se aplicará en un contexto de CDI que no condicionan la deducción a la sujeción de la misma operación en el otro Estado.

por el EP), préstamos que reciba el EP (tras realizar la operación de atribución de capital) o regalías o cánones por el uso de bienes intangibles que económicamente pertenezcan a la casa central u otros EP. Sin embargo, tales operaciones ficticias no llevarían a que el Estado de ubicación del EP pueda aplicar el artículo 6 para gravar las rentas inmobiliarias, el artículo 11 para gravar los intereses,[156] o el artículo 12 para gravar los cánones que pueda derivar la casa central u otros EP. A estos efectos, debe considerarse que tanto en el enfoque autorizado como en las versiones anteriores del artículo 7 del MC OCDE (hasta 2008), las instituciones financieras (bancos) tenían un tratamiento especial y se consideraba que el EP de un banco podía deducir los intereses vinculados a préstamos concedidos por su casa central.

La regla anterior, no obstante, resulta matizada en un doble aspecto:

- Cuando el gasto (por ejemplo, relativo a intereses o cánones) sea efectuado por la empresa propietaria del EP y esté vinculado a operaciones con terceros (por ejemplo, un banco concede el préstamo u otra empresa otorga una licencia de explotación de patente) que puedan resultar, en todo o en parte, atribuibles a las funciones del EP, es posible vincular dicho gasto al EP a efectos de su deducción y del gravamen de la renta (por ejemplo, aplicando los tipos de retenciones del artículo 11 del MC OCDE o para los cánones, si se establecen retenciones en el CDI en particular). En estos casos en que el pago se realiza a terceros, nada impide que el Estado donde está el EP aplique su legislación y CDI para gravar la renta obtenida por el tercero en su territorio.

- Cuando las operaciones de transferencia de activos entre diversas partes de la empresa son gravadas en el Estado donde se encuentra el EP, ni el artículo 7 ni el 13 impiden la atribución de los beneficios de dichas operaciones al EP ubicado en su territorio.

Si un Estado desea, sin embargo, establecer un régimen distinto (eliminar la asimetría que provoca la deducción de gastos con la casa central, sin gravar la renta vinculada), así lo debe especificar en el CDI (además de regular este aspecto en su normativa interna).

156 El caso de los intereses resulta un tanto singular, ya que el *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de 2010, párrafo 157, aclara que no se reconocerá una operación de préstamo entre la casa central y el EP a menos que sea posible identificar una función de gestión de tesorería en la casa central que permita considerar a esta última como el propietario económico del dinero, lo cual finalmente determina que las deducciones de intereses por lo general estén vinculadas con la deuda de la empresa con instituciones externas, y que en las empresas financiadas íntegramente con capital no sea posible articular "préstamos hipotéticos".

3.2.5. La atribución de capital libre al EP

En coherencia con el principio de empresa independiente y separada, en el enfoque autorizado el EP debe tener una dotación de capital adecuada a sus actividades, funciones y riesgos, de forma que, junto con la determinación de las funciones de las personas relevantes para el control económico de activos o riesgos, la atribución de capital libre es crucial en el primer paso del análisis relativo a los beneficios atribuibles al EP.

Tal dotación de "capital libre" se realizará de acuerdo con lo dispuesto en el *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de 2010 de la OCDE, párrafos 28 y ss. y 105 y ss., que, sin embargo, tampoco reconoce una metodología única a estos efectos. En primer lugar, será necesario determinar el importe total del financiamiento vinculado a las actividades del EP (capital y obligaciones), que estará conectada con las funciones, los activos y los riesgos del EP. En segundo lugar, será necesario, de acuerdo con alguno de los métodos que reconoce la OCDE, determinar qué parte del financiamiento del EP corresponde a "capital" y cual a "deuda".[157] Y, por último, será preciso establecer los intereses potencialmente vinculados a las actividades del EP (tampoco existe una metodología única para determinarlos en el *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes*, párrafos 152 y ss.).

3.2.6. El artículo 7.2 del MC OCDE (2010) cumple la función de atribución de beneficios al EP y su deducción corresponde a la legislación interna de los Estados contratantes

La función del artículo 7.2 del MC OCDE (2010) es determinar qué beneficios (ingresos menos gastos) corresponde atribuir al EP de acuerdo con el principio de empresa distinta y separada (párrafos 30 y ss. de los Comentarios). No obstante, y a partir del respeto del citado principio, la legislación de cada Estado debe regular: (1) si los gastos son deducibles, y (2) las condiciones y cuantía de la deducción, en su caso. En relación con la deducibilidad y cuantías del gasto, el artículo 24.3 del MC OCDE determinará que el EP deba tratarse sin ser discriminado (de forma "no menos favorable") con respecto a los contribuyentes (personas físicas o jurídicas) de ese mismo Estado que realicen el mismo tipo de actividades.

Esto significa que, a pesar de que la legislación interna debe regular las condiciones de atribución de un gasto al EP, su reconocimiento y su cuantía, dicha normativa está condicionada por dos principios que establece el CDI: el principio de la

157 Vid. a este respecto la nota al pie anterior.

empresa independiente y separada (artículo 7.2 del MC OCDE) y el principio de no discriminación de los EP (artículo 24.3 del MC OCDE).

Tales ideas, en teoría no demasiado complejas, no son fáciles de aplicar en la práctica, además de que generan diferencias relevantes (admitidas por el artículo 7.2) en cuanto a la cuantificación del beneficio atribuible al EP en el Estado de ubicación del mismo y de la casa central, ya que ambos Estados normalmente no aplicarán las mismas reglas en materia de amortizaciones, y reconocimientos de deducciones y devengo de gastos, entre otros aspectos. En otras palabras, si bien la atribución de beneficios debe responder a la idea de simetría y a los principios del artículo 7.2, la interacción con la legislación interna determinará que normalmente las cuantías de beneficios atribuibles en términos de base imponible no sean las mismas entre el Estado del EP y el de la casa central (lo cual puede provocar ciertos desajustes, temporales o definitivos, en la aplicación del artículo 23A o B del MC OCDE).

Puesto que la aplicación del principio de no discriminación al EP (artículo 24.3 del MC OCDE) podría ocasionar algunas dificultades, en coherencia con la interpretación del principio de empresa independiente y separada del artículo 7.2 del MC OCDE, los párrafos 33 y ss. de los Comentarios aclaran que tal principio implica que se reconozca al EP la deducción por gastos vinculados con sus funciones (personal contratado) o con operaciones que realice con la casa central, bajo la ficción de su condición de empresa separada (por ejemplo, gastos por funciones de administración desarrolladas en la casa central).

A estos efectos, el párrafo 39 de los Comentarios recuerda que mientras que con la versión previa del artículo 7 del MC OCDE (2008) se admitía la atribución de gastos generales y de administración de la empresa al EP en una proporción razonable, en el enfoque autorizado no debe realizarse una atribución de costos, ya que está debe venir acompañada de un margen de mercado atribuible a la "operación" (servicio ficticio), en coherencia con la ficción del principio de empresa distinta y separada. Precisamente, esta idea se refuerza con la eliminación del artículo 7 del MC OCDE (2010-2017) y del antiguo artículo 7.3 del MC OCDE (2008). La plena coherencia con el principio de la empresa independiente y separada justifica igualmente que no se admitan sistemas de reparto proporcional como los que reconocía el antiguo artículo 7.4 del MC OCDE (2008).

3.3. Una valoración general del artículo 7.2 del MC OCDE (2010-2017)

Las secciones anteriores solo han permitido, por la naturaleza del presente trabajo, una aproximación general a los principios del enfoque autorizado. Sin embargo, en la práctica, el nuevo enfoque de la OCDE plantea numerosos problemas. En primer lugar, determinados aspectos no han terminado de solucionarse –ni en el MC OCDE ni el *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de 2010– y suscitan numerosas dudas interpretativas (por ejemplo, el significado y determinación de la propiedad y control de activos plantea interrogantes relevantes como también la manera de atribuir capital e intereses al EP; la determinación de las "operaciones" entre un EP y la casa central y su calificación no será siempre evidente; la relación y orden de prioridad en la aplicación entre el artículo 9 y los artículos 5 y 7 del MC OCDE no son claros, como tampoco el tratamiento y atribución de beneficios a las filiales que, al mismo tiempo, se consideren EP; la interacción entre el concepto de "funciones significativas de las personas" del artículo 7 del MC OCDE y el concepto de "control de riesgos" en el ámbito de las directrices de precios de transferencia de la OCDE genera dudas sobre, por ejemplo, si ambos conceptos son idénticos o no). En segundo lugar, el enfoque autorizado presenta cierto margen para la subjetividad que puede determinar diversas interpretaciones entre los Estados miembros y, al coexistir con otros modelos (enfoque tradicional, mixto o propio de cada Estado, entre otros), es factible que los principios de unos y otros puedan "entremezclarse" y contaminar su aplicación en los casos concretos y específicos, con resultados divergentes en función del país que pretende atribuir beneficios al EP.

3.4. El artículo 7.2 en conexión con el artículo 7.3 del MC OCDE (2008) y el MC ONU (2021), y las disposiciones vinculadas (párrafos 4 y 6 del artículo 7 del MC OCDE y párrafos 4 y 5 del artículo 7 del MC ONU [2021])

3.4.1. Los principios en los que se basan los párrafos 2 y 3 del artículo 7 del MC OCDE, y su evolución desde 1963

La elaboración de los originarios párrafos 2 y 3 del artículo 7 del Proyecto de Modelo de Convenio de la OCDE de 1963 (PMC OCDE) estaba vinculada a la idea del principio de empresa única, y, por consiguiente, no reconocía las operaciones entre la casa central y el EP con carácter general, y así se refleja en los Comentarios de 1963. Con respecto a los terceros, prevalecía el principio de empresa distinta y separada, el cual presentó menos dificultades en la evolución de los Comentarios.

A partir de 1994, la posición originaria acerca de las relaciones casa central-EP fue matizada en los Comentarios al artículo 7 como consecuencia del *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de 1993, de manera que si las operaciones del EP y la casa central estaban vinculadas a su actividad habitual, era posible atribuirles un margen de beneficio. Este matiz, sin embargo, no significó abandonar el principio de empresa única para las relaciones con la casa central, y, por ello, no se reconocían ciertos servicios prestados entre el EP y la casa central (con alguna excepción), ni tampoco los pagos de cánones o de intereses entre ambas partes de la empresa (con la excepción de los intereses pagados por las sucursales de los bancos a sus casas centrales).

En 2008, los Comentarios fueron nuevamente modificados para incorporar las partes del enfoque autorizado que resultaba posible tomar en consideración en el contexto del antiguo artículo 7 del MC OCDE (1963-2008). Este nuevo enfoque resulta del *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de la OCDE de 2008, cuyas implicancias consistieron en que el principio de empresa única, base de los Comentarios anteriores y de la manera en que se consideraban las operaciones entre el EP y la casa central, se redujera a la mínima expresión, aunque, claro está, el propio texto del artículo 7 limitaba la aplicación del (nuevo) enfoque autorizado (lo que motivó la modificación del artículo 7 en 2010).

Precisamente esta evolución de los Comentarios a lo largo del tiempo es la que ha provocado que diferentes Estados tengan legislaciones diversas, según se aproximen más a una u otra posición, y, sobre todo, que realicen interpretaciones distintas de los CDI que siguen el artículo 7 del MC OCDE, ya que los Comentarios, en sus distintas versiones, no despejen todas las dudas que se plantean en este campo.

3.4.2. Los párrafos 2 y 3 del artículo 7 del MC OCDE (2008), sus Comentarios y las versiones anteriores

La redacción del párrafo 2 del artículo 7 prácticamente no ha variado desde las primeras versiones del PMC OCDE hasta el MC OCDE de 2008. El resultado es que la gran mayoría de los CDI vigentes en la actualidad siguen este precepto y, además, incluyen un párrafo 3 del artículo 7 (en la versión anterior a 2010). La interpretación de los párrafos 2 y 3 del artículo 7 en sus versiones de 1963 a 2008, sin embargo, es objeto de frecuentes conflictos por las modificaciones que los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE han ido sufriendo a lo largo de los años como consecuencia de distintos trabajos en esta materia (1984, 1993, 2008), y, sobre todo, de las divergencias en su interpretación en los distintos Estados.

La redacción del párrafo 2 del artículo 7 del MC OCDE en las versiones anteriores a la de 2010 es similar a esta última, la cual se limita a enfatizar que, con sujeción a las disposiciones del párrafo 3 del artículo 7, cada Estado contratante atribuirá al

EP los beneficios que debería obtener si fuera una empresa distinta y separada que realiza actividades idénticas o similares –y en condiciones iguales o parecidas– a las de la empresa de que forma parte. Vale la pena destacar que el principio de la empresa independiente y separada se aplica tanto en las relaciones del EP con su casa central como con las otras partes de la empresa (cuestión que pueden aclarar los CDI, ya que el artículo 9 podría no aplicar directamente en estos casos) y que, como ahora enfatiza el párrafo 2 del artículo 7 en su versión de 2010, la atribución debe ser simétrica (aunque la cuantificación resultante de aplicar las reglas internas de cada Estado [por ejemplo, sobre amortizaciones o deducciones de gastos] pueda arrojar cifras diferentes).

Probablemente, la mayor diferencia con el artículo 7.2 del MC OCDE (2010) se encuentre en que, en las versiones anteriores, el análisis funcional y el control de activos y riesgos no se incluía en dicho artículo a fin de precisar la metodología para la atribución de beneficios al EP (a pesar de que sí se mencionaba en los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE de 2008, como consecuencia del *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de 2008). Esta metodología no es aceptada por todos los Estados (por ejemplo, no se acepta en el contexto del artículo 7 del MC ONU [2021]).

Al igual que en el enfoque autorizado, aplicable a partir de 2010, en la metodología previa de atribución de beneficios es necesario identificar las operaciones del EP. Sin embargo, en dicha metodología –previa a la aparición de los dos *Informes sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de 2008 y 2010–, la identificación de las operaciones del EP no resultaba tan relevante como la utilización como punto de partida de la propia contabilidad del EP (párrafo 16 de los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE [2008]). A partir de la contabilidad, el principio de empresa separada podía justificar el reconocimiento de ciertas operaciones entre el EP y la casa central, cuando fuesen simétricas, reflejasen funciones asumidas por cada parte de la empresa y no resultaran artificiales. En 2008, la contabilidad como punto de partida pierde importancia a favor del análisis funcional y el control de activos y riesgos por el EP, y, para tal fin, se introdujo la metodología derivada del Informe de 2008, ya esbozada con limitaciones en 1994 (algo que no todos los países aceptan, o no completamente [por ejemplo, en relación con la necesidad de atribuir capital libre al EP]).

La cuestión de cómo calificar las operaciones entre el EP y el resto de la empresa, no obstante, fue siempre controvertida desde los orígenes del MC OCDE, y los Comentarios no proveyeron soluciones determinantes y con aceptación general. Con anterioridad a 2008, y también en 2008, los Comentarios al artículo 7.2 mencionan la problemática derivada de las transmisiones de mercancías o activos desde la casa central al EP, apuntando que algunos Estados pueden exigir el impuesto en el mismo ejercicio en que se produce la transferencia y otros cuando la venta a un

tercero se produzca (es decir, cuando los bienes salen de la empresa). La específica controversia sobre cómo atribuir beneficios a los EP de construcción (artículo 5.3) o de agente dependiente (por ejemplo, filial considerada como EP del artículo 5.5 del MC OCDE) también se desarrolla en los párrafos 23 y ss. de los Comentarios de 2008 mediante algunos principios que los Estados deben tener en cuenta, ya que se trata de casos polémicos: (1) para los EP de construcción solo se podrán atribuir beneficios en relación con funciones, activos y riesgos vinculados al EP, pero no con respecto a otras funciones desarrolladas en la casa central u otras partes de la empresa y (2) para los EP de agente dependiente, la atribución de beneficios a la filial considerada como agente dependiente es distinta y diversa de la que pueda corresponder al propio EP (esta cuestión se desarrolla en la sección D-5 del *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de 2008).

El principio de la empresa distinta y separada reconocido por el artículo 7.2 del MC OCDE (1963-2008) se matiza y concreta con la redacción del artículo 7.3 del MC OCDE (1963-2008), que establece una serie de principios desarrollados en los Comentarios:

» **Atribución de gastos (párrafo 27):** A efectos de la atribución de beneficios, serán gastos del EP aquellos en los que se haya incurrido en interés de dicho establecimiento, con independencia de que se hayan realizado en el Estado de ubicación del EP o en otro lugar. A estos efectos, se reconoce la posibilidad de atribuir al EP una cantidad razonable (por ejemplo, proporcional a su cifra de negocios) de los gastos generales de la empresa, con independencia de su reembolso o no.

» **Deducción de gastos atribuidos al EP (párrafo 28):** La atribución de un gasto al EP no indica nada acerca de su deducibilidad, que estará determinada por lo previsto en la legislación interna y siempre de conformidad con el principio de no discriminación del artículo 24.3 del MC OCDE.

» **¿Cuándo reconocer un elemento de beneficio en las operaciones entre casa central y EP, y cuándo no? (párrafos 29 y ss.):** Los Comentarios reconocen que, en ocasiones, las operaciones entre un EP y la casa central deben incluir un elemento de beneficio, pero, en otras, tiene lógica que únicamente se atribuya un coste al EP o a la casa central. Sin establecer líneas directrices completamente claras, los principios guía de los Comentarios son los siguientes:

  - Si la transferencia se refiere a una actividad habitual de la empresa por la cual habría cargado un componente de beneficio a terceros, tal beneficio también debe reconocerse en la operación entre el EP y la casa central.

Por ejemplo, la transferencia de bienes desde la casa central para ser revendidos por el EP normalmente debe incorporar un elemento de beneficio, al igual que los servicios prestados por un EP cuando forman parte de su actividad habitual. Sin embargo, no sucederá lo mismo cuando los bienes se transfieren al EP para su uso temporal en su actividad, en cuyo caso lo normal es que los costos se distribuyan entre ambas partes de la empresa considerando el uso de dichos bienes (por ejemplo, depreciación de la maquinaria).

- No se permitirá la deducción de pagos de cánones, intereses, comisiones o "gastos generales" entre las distintas partes de la empresa. En estos casos, los gastos vinculados, por ejemplo, con una patente, se distribuirán entre las distintas partes de la empresa que la utilicen sin añadir un componente de beneficio. Lo mismo ocurrirá con los servicios vinculados con la actividad general de la empresa (por ejemplo, gestión de recursos humanos, actividades de formación o servicios legales), en los cuales estará justificado que, por caso, la casa central atribuya costos al EP, pero no que cargue un componente de beneficio.

  Los gastos de administración general de la empresa plantean cuestiones controvertidas ya que la posición de los distintos Estados no es uniforme, y es posible que se genere una doble imposición (cuando el Estado del EP no reconoce la deducción de estos gastos y el Estado de la casa central considera que debe atribuirse a esta última un beneficio vinculado con la actividad de administración general de la empresa) que debe corregir el Estado de la casa central.

  En relación con los intereses, con la excepción de los bancos, no se reconocen los "préstamos internos" entre el EP y la casa central. Sin embargo, sí podrán atribuirse al EP los gastos por intereses en relación con préstamos de terceros.

  El problema se encuentra en cómo vincular el interés o el préstamo con el EP, una cuestión acerca de la cual los Comentarios no dan una solución cerrada (párrafos 44 y ss.). En este punto, los Comentarios al artículo 7 de 2008 optan por la atribución de capital libre al EP, algo que no todos los Estados aceptan como admisible en relación con los CDI que siguen el artículo 7 en su versión anterior a 2010 y que, en el contexto de este último, también resulta, como se ha visto, controvertida.

» **La exclusión del artículo 7.5 del MC OCDE (1963-2008):** Como se indicó, el artículo 7.5 del MC OCDE (1963-2008) impide la atribución de beneficios al EP por razón de la mera compra de bienes o mercancías para la empresa. De acuerdo con el artículo 5.4.d del MC OCDE, el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con la única finalidad de comprar bienes o mercancías para la empresa no genera un EP, por lo que el artículo 7.5 se refiere a aquellos EP que desarrollan funciones de compras y otras relevantes que no caen en el ámbito del artículo 5.4 del MC OCDE. En estos supuestos, no se añadirá a los beneficios del EP una cifra por las compras que realice para la empresa (los gastos vinculados a esta función deben excluirse del cálculo de los beneficios del EP).

» **La admisión de métodos indirectos de atribución de beneficios (párrafo 51 de los Comentarios):** Los Comentarios admiten que, en ciertos casos, las cuentas de las distintas partes de la empresa puedan elaborarse con otros métodos de atribución de ingresos y gastos que sean prácticos y generen resultados equivalentes o similares a los producidos por la atribución directa (dichos métodos pueden aplicarse, por ejemplo, en casos de: pequeñas y medianas empresas; empresas aseguradoras que aplican coeficientes a las primas recaudadas en un territorio; empresas en las que la actividad de la casa central y el EP está tan interconectada que no es posible diferenciar con precisión a qué parte atribuir los ingresos y gastos). Tales métodos se podrán aplicar en general cuando haya sido habitual o costumbre hacerlo en el Estado en cuestión, o, excepcionalmente, en otros casos, cuando sea necesario. Esta metodología solo es compatible con el enfoque autorizado, en los casos en que pueda presentar una solución pragmática que represente una aproximación fiable a la idea de empresa distinta y separada.

3.4.3. El párrafo 4 del artículo 7 del MC OCDE (1963-2008) y su vinculación directa con los párrafos 2 y 3 del artículo 7 del MC OCDE (1963-2008)

Como se ha señalado, el párrafo 3 del artículo 7 (1963-2008) estipula una excepción al principio de empresa independiente y separada, y, por consecuencia de su evolución, no precisa con total claridad cuándo y cómo aplicar dicho principio, si bien brinda algunas directrices generales. En la sección anterior se indicó que el párrafo 51 de los Comentarios al artículo 7 admite, con ciertas limitaciones, la aplicación de métodos indirectos de atribución de beneficios a las distintas partes de la empresa (lo cual no resulta incompatible con el enfoque autorizado que resulta aplicable a partir de 2010, con algunos matices). El párrafo 4 del artículo 7 (1963-2008), sin embargo, establece un principio radicalmente incompatible con el enfoque autorizado y por ese motivo no fue incluido en el artículo 7 del MC OCDE (2010-2017).

Según este párrafo, en los Estados en que fuera costumbre que los beneficios atribuibles al EP se determinen sobre la base de métodos de reparto proporcional (por ejemplo, con fórmulas de reparto vinculadas a ingresos, gastos o la estructura de capital) de los beneficios totales de la empresa entre sus distintas partes, el párrafo 2 del artículo 7 no impedirá la aplicación de tales métodos, siempre y cuando el resultado no colisione con los principios del artículo 7 del MC OCDE (1963-2008).

Sin embargo, los mencionados métodos –que tradicionalmente se han considerado incompatibles con el artículo 9 del MC OCDE– pueden ser diferentes que los métodos indirectos de reparto de beneficios y acercarse más a fórmulas de reparto proporcional similares a la propuesta actual de la OCDE en el contexto del Pilar 1 del Plan BEP (por ejemplo, reparto de beneficios por ventas realizadas o trabajadores empleados). A pesar de que el artículo 7.4 del MC OCDE (1963-2008) vincula las fórmulas con los resultados que deberían obtenerse con la aplicación del principio de empresa separada, es difícil que estas dos modalidades arrojen resultados similares. Así, por ejemplo, los métodos de reparto proporcional suelen partir de la asignación de beneficios globales a partir de ciertas magnitudes predefinidas (primas recaudadas en un territorio para los seguros, trabajadores o activos ubicados en el territorio, etc.), mientras que el artículo 7.2 determinará la atribución de beneficios al EP sin tener en cuenta los resultados globales de la empresa.

3.4.4. La consistencia en la aplicación de los distintos métodos de atribución de beneficios: el artículo 7.6 del MC OCDE (1963-2008)

El artículo 7.6 del MC OCDE (1963-2008) reconoce que la metodología de atribución de beneficios a un EP debe ser consistente entre un ejercicio y otro, y que los mismos métodos deben ser usados en distintos años a menos que haya buenas razones para cambiar dicha metodología. Este precepto se aplica tanto a los métodos de atribución directa de beneficios como a los de atribución indirecta o a los de reparto proporcional. El nuevo artículo 7 (2010-2017) no incluye un párrafo similar, ya que la atribución de beneficios se debe realizar de conformidad con los principios del enfoque autorizado.

3.4.5. Los párrafos 2, 3, 4 y 5 del artículo 7 del MC ONU (2021)

El artículo 7 del MC ONU (2021) sigue en su redacción al artículo 7 del MC OCDE (1963-2008), con algunas variaciones:

1. El artículo 7.3, primera y segunda frase, especifica que no se reconocerán operaciones ficticias relativas a pagos de cánones, intereses (salvo en el caso de bancos) y ciertos servicios entre el EP y la casa central u otros EP. Esta fórmula,

que también utilizan los CDI de algunos países ampliando o restringiendo el tipo de operación al que se refieren, no representa una variación significativa con respecto al MC OCDE (2008), que recoge estos mismos principios en los Comentarios al artículo 7.3.

2. El artículo 7 del MC ONU no presenta un precepto equivalente al artículo 7.4 del MC OCDE (2008), lo que determina que se pueda atribuir beneficios al EP por la función de compras en estos casos. En este punto, existe una mayor alineación del artículo del MC ONU (2021) con respecto al correspondiente al MC OCDE (2010-2017).

3. El artículo 7.4 del MC ONU admite los métodos de reparto proporcional reconocidos en el artículo 7 del MC OCDE y sus Comentarios hasta 2008, así como la necesidad de consistencia en su aplicación (artículo 7.5 del MC ONU).

Lo fundamental es que desde 2009, y en el contexto del artículo 7 del MC ONU (2021), no se ha aceptado el enfoque autorizado de la OCDE derivado del *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de 2008 (esencialmente, no se acepta la posibilidad de que existan operaciones entre el EP y la casa central u otras partes de la empresa, como expresa el análisis funcional propio del enfoque OCDE, si bien se admiten los repartos de gastos entre las distintas partes de una empresa). Por esta razón, tampoco se aceptaron las modificaciones a los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE de 2008, en línea con el citado informe. Allí donde los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE aceptaron, en su versión de 2008, las conclusiones vinculadas con el citado enfoque autorizado, los Comentarios al artículo 7 del MC ONU (2021) se remitieron a los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE en su versión de 2005 (por ejemplo, el párrafo 26 de los Comentarios al artículo 7 del MC ONU se muestra más armonioso, en lo relativo a la determinación de intereses deducibles vinculados al EP, con las soluciones prácticas que defendía el Informe OCDE de 1994 que con la necesidad de atribuir capital al EP que deriva del enfoque autorizado y el Informe de 2008 en todos los casos).

Lo anterior significa que cuando el artículo 7 del CDI particular siga lo establecido en el MC ONU se verifica un indicio de rechazo al enfoque autorizado, incluso en su versión más matizada de 2008 en los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE (2008). Tal dato subraya que, incluso para versiones antiguas del artículo 7 del MC OCDE (1963-2005), la interpretación que consideren los distintos Estados puede no aceptar necesariamente los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE (2008).

4. EL ARTÍCULO 7.3 DEL MC OCDE (2010-2017): LA OBLIGACIÓN DE AJUSTE CORRELATIVO PARA LOS AJUSTES PRIMARIOS DE LA ATRIBUCIÓN DE BENEFICIOS

El artículo 7.3 del MC OCDE (2010-2017) es muy distinto a su predecesor del MC OCDE (1963-2008), ya que, en primer lugar, pretende garantizar una aplicación simétrica de las atribuciones de beneficios en el Estado del EP y la casa central, y, en segundo lugar, contiene un mandato con efectos similares a los de un ajuste correlativo que opera cuando un Estado con un ajuste primario modifica la atribución de beneficios al EP y el otro Estado debe (si lo considera procedente) realizar el ajuste correspondiente para eliminar la doble imposición. Tal ajuste funcionará de forma similar a como lo hace el artículo 9.2 del MC OCDE (2017), aunque en este caso la admisibilidad de los ajustes se vincula con los principios del artículo 7.2 del MC OCDE (2010-2017), es decir sobre cómo aplicar el enfoque autorizado y con qué metodología consideren los dos Estados que resulta más procedente materializarlo. A diferencia de lo que ocurre en el contexto del artículo 9.2, aquí no se plantea la problemática del ajuste secundario, ya que la determinación de los beneficios atribuibles al EP solo es relevante a efectos de la aplicación de los artículos 7, 23A o 23B del MC OCDE.

En rigor, el artículo 7.3 del MC OCDE (2010-2017) solo regula la posibilidad de que el Estado que realice el ajuste correlativo acomode su posición a la adoptada por el Estado que efectúe el ajuste primario, sin entrar a discutir otras cuestiones, para lo cual la segunda frase prevé que las autoridades competentes puedan consultarse a estos efectos. Para los Comentarios al artículo 7.3 del MC OCDE, tales ajustes serán relativamente poco frecuentes cuando ambos Estados reconozcan que se ha seguido el enfoque del artículo 7.2 de una manera simétrica en el Estado del EP y el de la casa central. Algunos Estados pueden preferir que este tipo de casos se resuelva a través del procedimiento amistoso, sin otorgar ninguna preferencia al ajuste primario, de manera que se puedan discutir las razones y los métodos del ajuste de forma completa, y, en su caso, el contribuyente pueda acudir al arbitraje. Para ello, los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE (2010-2017) ofrecen una redacción alternativa que refleja esta idea e impone la obligación de eliminar la doble imposición expresa, de manera que si tal eliminación no se produce (por ejemplo, cuando las autoridades competentes no alcancen un acuerdo en el procedimiento amistoso) existiría una vulneración del CDI (se trata de una obligación más intensa que la impuesta en el artículo 25.2 del MC OCDE).

En sentido estricto, sin embargo, la ausencia de una disposición equivalente al párrafo 3 del artículo 7 del MC OCDE (2010-2017) no impedirá la consideración del caso en el procedimiento amistoso de los párrafos 1 y 2 del artículo 25 del

MC OCDE, y el acceso, en su caso, al arbitraje. De hecho, tal disposición no existe en el artículo 7 del MC OCDE (2008) y nada impide aplicar en estos supuestos el artículo 25 del MC OCDE (2008).

En línea con la naturaleza del artículo 7.2 del MC OCDE (2010-2017) y su aplicación a efectos de la atribución de beneficios, el ajuste no afecta la cuantificación de estos últimos en los dos Estados en términos de cálculo de la base imponible o cuota aplicable al EP (es decir que no se refiere a incentivos, gastos deducibles, beneficios fiscales, etc.).

Como ocurre con el artículo 9.2 del MC OCDE, el artículo 7.3 deja abierto el plazo o período para realizar el ajuste correlativo, por lo que debe aplicarse la misma regla que en los procedimientos amistosos. Se prevé, no obstante, y resulta admitido por el estándar mínimo en materia de resolución de disputas derivado de la Acción 14 del BEP, que los Estados acuerden, al igual que ocurre en el contexto del artículo 9.2, que los ajustes no se realicen luego de un plazo razonable (vid. el párrafo 62 de los Comentarios al artículo 7.3 del MC OCDE).

5. EL ARTÍCULO 7.4 DEL MC OCDE (2010-2017), EL ARTÍCULO 7.7 DEL MC OCDE (2008) Y EL ARTÍCULO 7.6 DEL MC ONU (2021)

El artículo 7.4 del MC OCDE (2010-2017), cuya redacción es idéntica al artículo 7.7 del MC OCDE (2008) y al 7.6 del MC ONU (2021), regula la prioridad de otros preceptos del MC OCDE con respecto al artículo 7 cuando una renta pueda estar incluida en su ámbito de aplicación (sin esta regla, ambos preceptos, el del artículo 7 y el de otras normas [como los artículos, 10, 11, 12 y 13 del MC OCDE que se aplican a las empresas] se solaparían). Más aún, el artículo 7.4 del MC OCDE (2010-2017) expresamente manifiesta el carácter residual de la aplicación del concepto de beneficios empresariales con respecto a otros tipos de rentas reguladas en el resto de las disposiciones distributivas, como los dividendos, los intereses o los cánones de los artículos 10, 11 y 12 del MC OCDE y el MC ONU. No obstante, los tres preceptos citados, al igual que los artículos 12A y 12B del MC ONU, poseen reglas de reenvío al artículo 7 cuando los dividendos, intereses o cánones estén vinculados a un EP, en cuyo caso se aplicarán las reglas del artículo 7 nuevamente. Lo mismo ocurre en el caso del artículo 21.2 del MC OCDE y el MC ONU.

El artículo 7.4 del MC OCDE (2010-2017) no define el concepto de beneficios, aunque debe entenderse que comprende la renta derivada del ejercicio de actividades empresariales (y también profesionales, según la definición del artículo 3.1.h del MC OCDE), siempre y cuando esta no esté comprendida en el ámbito de aplicación de otros artículos del MC OCDE y el MC ONU. A estos efectos, la calificación de una renta en la legislación interna resulta irrelevante (por ejemplo, si una renta cons-

tituye un canon del artículo 12, la legislación interna puede considerarla como un beneficio empresarial). Cuando otro precepto del MC OCDE (o del CDI en particular) no resulte aplicable, se plantea el problema de si es necesario acudir a la legislación interna de los Estados, de conformidad con la regla del artículo 3.2 del MC OCDE. Como ya se mencionó, la definición de "empresa" y "actividad empresarial" puede variar significativamente entre un Estado y otro (por ejemplo, a la hora de determinar si se consideran actividades empresariales las actividades de tipo educacional o asistencial; ciertas presunciones de rentas; la actividad de determinadas entidades, como las de *holding*, las sociedades de tenencia de activos o las sociedades patrimoniales, o ciertos tipos de arrendamientos u obtención de rentas de servicios). Si bien cabe presumir que la inclusión del concepto de "empresa" y "actividad empresarial" en el artículo 3.1 del MC OCDE persigue dotar de autonomía a estos conceptos y, en consecuencia, el ámbito de aplicación del artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU queda bastante limitado, lo cierto es que no es posible excluir la interpretación del concepto de beneficio empresarial por referencia a la normativa de los Estados contratantes (lo cual también dota de cierto sentido al propio artículo 21 del MC OCDE).

En el caso de las rentas inmobiliarias se advierten, no obstante, algunas peculiaridades que ya se han comentado, en particular al hilo de los Comentarios a los artículos 5, 6 y 13 del MC OCDE, y que se pueden sintetizar en la prioridad de los artículos 6 o 13 en relación con el artículo 7 (aunque este tipo de rentas también puedan obtenerse a través de un EP). Conviene ahora mencionar que, si una empresa de un Estado contratante deriva rentas de un inmueble a través de un EP, el Estado de ubicación del EP no puede gravar esas rentas si la propiedad inmobiliaria está situada en el Estado de la casa central o en un tercer Estado (vid. el párrafo 74 de los Comentarios al artículo 7, el párrafo 4 de los Comentarios al artículo 21 del MC OCDE, y los párrafos 9 y 10 de los Comentarios a los artículos 23A y B).

Por otra parte, nunca ha estado completamente claro si el artículo 7 se refería solo a los beneficios o también a las pérdidas. En los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE (2010-2017) existen pasajes (por ejemplo, en el párrafo 20) que parecen vincular este precepto con los beneficios y las pérdidas atribuibles al EP. Por supuesto, nada impide que un Estado restrinja el cómputo de las pérdidas (y gastos) en relación con las rentas no atribuibles al EP (por ejemplo, cuando la casa central presenta pérdidas [de cualquier naturaleza] que no están vinculadas al EP, en el mismo Estado de ubicación del EP).

Es preciso tomar en consideración también que, en el contexto del MC OCDE (no así en el del MC ONU), se produjeron dos importantes reformas que en algunos casos determinaron el desplazamiento de rentas desde otros preceptos del MC OCDE hacia el artículo 7, y por esa razón es pertinente comprobar los términos de cada CDI en particular para determinar su calificación. Tales modificaciones fueron:

- En 1992 se eliminó de la definición de cánones la referencia a "uso o derecho de uso de propiedad industrial, comercial y científica" de manera que los pagos vinculados a estos conceptos caen a partir de entonces en el ámbito del artículo 7 o, en su caso, del artículo 8 del MC OCDE (vid. el párrafo 9 de los Comentarios a este precepto). No obstante, a la hora de aplicar retenciones en la fuente a los cánones, todavía hoy muchos CDI incluyen estas rentas en la definición de cánones, en línea también con el artículo 12.3 del MC ONU.

- En 2000 se suprimió del MC OCDE el artículo 14, dedicado a servicios profesionales y otras actividades de carácter independiente, ya que las actividades a las que se aplicaba también podían encuadrarse en el artículo 7 y no estaba claro cuáles correspondían a uno u otro precepto, además de que el concepto de base fija presentaba problemas de interpretación en relación con la definición de EP. El efecto de tal eliminación ha sido que las rentas del artículo 14 caigan en el ámbito del artículo 7, como confirma la definición del concepto empresa del artículo 3.1.h del MC OCDE, que también fue modificado para aclarar que los servicios están incluidos en los conceptos de empresa y actividad empresarial a efectos del CDI. Por su parte, el MC ONU, al igual que muchos CDI, todavía contiene un artículo 14 dedicado a los servicios profesionales independientes (vid. los Comentarios a este artículo en el capítulo específico sobre peculiaridades del MC ONU).

Capítulo 8.
Disposiciones del MC ONU (2021) con excepciones a los artículos 5 y 7 del MC OCDE

1. INTRODUCCIÓN

Si bien en los comentarios sobre los distintos artículos de este Manual, centrado en el modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE), se han ido exponiendo las diferencias entre el MC OCDE y el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU), con el propósito de que los países de América Latina y el Caribe puedan valorar qué opción les resulta más conveniente, hay ciertos preceptos en el MC ONU (2021) que, por diversas razones (normalmente la voluntad de conceder derechos adicionales de gravamen al Estado donde se origina la renta), no encuentran un artículo similar en el MC OCDE.

El presente capítulo examina de manera sintética tales artículos y las razones de política tributaria que justificarían su adopción por los distintos Estados. En ese sentido, pueden presentarse como "excepciones" al artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU (en conexión con el artículo 5 del MC OCDE y el MC ONU), que, o bien prescinden del umbral del establecimiento permanente (EP), o bien utilizan un concepto similar para cierto tipo de actividades (como base fija o servicios profesionales). Tales excepciones están representadas, básicamente, en los artículos 12A y 12B del MC ONU (2021), mientras que el artículo 14 del MC ONU constituye una peculiaridad del MC ONU que se suprimió del MC OCDE en el año 2000. Cabe mencionar, además, que hay otras singularidades del MC ONU en la definición del concepto de EP que ya fueron examinadas en el capítulo dedicado al artículo 5 del MC OCDE y el MC ONU.

2. EL ARTÍCULO 12A DEL MC ONU (2017-2021): LOS PAGOS POR SERVICIOS TÉCNICOS

2.1. La función del artículo 12A del MC ONU (2017-2021)

Algunos países han entendido que, además de los cánones, los servicios (en particular, los técnicos) deben gravarse en el Estado del destinatario o pagador del servicio, aunque el prestador no tenga una presencia física en su territorio bajo la forma de un EP o base fija. Los medios de comunicación modernos, la proliferación de servicios digitalizados y a distancia, la insatisfacción con el umbral del EP o base fija, y la perspectiva de erosión de la base imponible como consecuencia de la prestación de servicios desde el extranjero se encuentran en el origen de esta política fiscal y de la inclusión del artículo 12A en el MC ONU en 2017.

El artículo 12A (servicios técnicos) del MC ONU (2017-2021) se redactó para atender las necesidades de los países que tenían estas preocupaciones y que tradicionalmente han tratado de gravar los beneficios empresariales más allá del umbral del EP o de la base fija, o de la presencia temporal de personal en su Estado, y que son importadores de servicios técnicos. De esta forma, dicho artículo permite gravar las rentas derivadas de los servicios técnicos prestados en un país, incluso cuando no exista allí presencia de ningún tipo. Tal relajación del estándar admitido en el MC OCDE resulta controvertida para algunos países desarrollados, por lo que es probable que muchos se opongan a la inclusión del equivalente al artículo 12A en sus convenios para la eliminación de la doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI).

El MC ONU (2021) ofrece otras dos opciones de redacción alternativas al artículo 12A para el caso de los países que no acepten este precepto o pretendan circunscribir el gravamen de los servicios a menos categorías, pero, aun así, deseen reconocer más tributación en la fuente para los servicios o limitar las posibilidades de erosión de las bases imponibles. Así, por ejemplo, en los párrafos 33 y ss. de los Comentarios al artículo 12 del MC ONU (2021) se añade una disposición que comprendería en la definición de cánones los "servicios incluidos", esto es, servicios técnicos y de consultoría accesorios y vinculados a la cesión de derechos generadores de cánones, o servicios que supongan la puesta a disposición de conocimientos, habilidades o experiencias, o consistan en el desarrollo de un plan o diseño técnico.[158] Además, los Comentarios al artículo 12A del MC ONU (2021) proponen otra disposición alternativa que se aplicaría a cualquier tipo de servicios (no es necesario

158 Vid. los párrafos 33 y ss. de los Comentarios al artículo 12 del MC ONU (2021) sobre conceptos incluidos y excluidos en esta categoría. Debido a las dificultades en la aplicación de esta disposición alternativa, el párrafo 32 de los Comentarios sobre el artículo 12 del MC ONU (2021) advierte que probablemente se trate de una solución menos apropiada que la que provee el artículo 12A o que otras opciones expuestas en los comentarios a dicho artículo.

que sean técnicos), aunque solo cuando se presten (presencia física) en el territorio de un Estado o sean provistos por personas o entidades vinculadas al pagador desde fuera del Estado del pagador.

Antes de que se incluyera el artículo 12A en el MC ONU (2017-2021), había países que seguían la política de asimilar algunos o todos los servicios técnicos a los cánones, o de incluir un artículo específico en sus convenios fiscales sobre la imposición de los servicios técnicos. Las prácticas a este respecto eran variadas de un país a otro. Por ello, el artículo 12A del MC ONU constituye ahora un modelo para los países que deseen seguir la política de gravar los servicios técnicos en origen, lo cual facilita la inclusión de disposiciones sobre servicios técnicos con un formato más uniforme en la red internacional.

La estructura y la lógica de política tributaria del artículo 12A del MC ONU están muy en consonancia con el artículo 12 (regalías) del MC ONU, por lo que ambos presentan un alto grado de similitud, si bien también tienen diferencias relevantes. El artículo 12A, además, posee una conexión relevante con el artículo 12B (ingresos procedentes de servicios digitales automatizados), al que se dedica el apartado siguiente.

2.2. El artículo 12A.1 del MC ONU: derecho a gravar los pagos por servicios técnicos en el Estado de residencia

Como ocurre con otros preceptos en los que existe una jurisdicción compartida entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente (por ejemplo, los artículos 10 y 11 del MC OCDE, o el artículo 12 del MC ONU), el primer párrafo del artículo 12A (servicios técnicos) del MC ONU (2017-2021) indica que el Estado de residencia de la persona que obtiene la renta derivada de la prestación de servicios técnicos puede gravar dicha renta sin que exista, sin embargo, la obligación de hacerlo; tampoco establece la manera de gravarla en ese Estado (el tratamiento de las pérdidas y de los créditos de impuestos vinculados con el soportado en la fuente también depende de la legislación del propio Estado de residencia).

El párrafo 1 del artículo 12A del MC ONU debe, en primer lugar, conectarse con las obligaciones de eliminación de la doble imposición derivadas del artículo 23A y B del MC ONU, ya que la aplicación de una retención o un gravamen en el Estado de origen (fuente) de la renta determinará que exista la obligación en el Estado de residencia de eliminar la doble imposición (en este caso, por lo general se hará con el sistema de imputación y no con el de exención). Al mismo tiempo, si corresponde vincular la renta derivada de la prestación de servicios técnicos con un EP del otro Estado se aplicará el artículo 12A.4 del MC ONU (2021), lo cual no implica que el Estado de residencia esté impedido de gravar la renta atribuible al EP, sino que debe aplicar el artículo 23A y B del MC ONU y reconocer el hecho de que la renta

se integrará en la base imponible del EP del otro Estado. Sin embargo, si la renta de los servicios técnicos está vinculada a un EP de un tercer Estado, pero se obtiene en el otro Estado contratante, el Estado de residencia todavía puede gravar esa renta (con sujeción a los límites que establezca el CDI entre el Estado de residencia y ese Estado) y el CDI entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente será aplicado por este último, salvo que exista una situación como la regulada en el artículo 29.8 del MC OCDE y el MC ONU.

2.3. El artículo 12A.2 del MC ONU: derecho a gravar los pagos por servicios técnicos a tipos impositivos limitados en el Estado de obtención de la renta

El artículo 12A.2 se ha redactado de forma muy similar al artículo 12.2 del MC ONU (2017-2021), por lo que se plantean cuestiones parecidas desde la perspectiva del país donde se obtiene la renta (fuente). Este precepto permite una imposición limitada de los honorarios pagados por servicios técnicos devengados en el Estado de la fuente de la forma prevista en su legislación interna (normalmente, a través de una retención efectuada por el pagador) y con el límite de los tipos negociados por las partes en el CDI, teniendo en cuenta que el MC ONU no sugiere ningún tipo específico de gravamen en el Estado de la fuente, sino que este debe ser negociado entre los Estados contratantes. A fin de no producir demasiadas distorsiones, los tipos que se establezcan no deberían ser elevados, ya que el impuesto se aplica sobre la renta bruta (algunos CDI admiten la deducción de algunos gastos vinculados con los servicios técnicos de forma directa, aunque también se puede regular este aspecto en la legislación interna).

La aplicación del tipo reducido se condiciona a que el perceptor de los honorarios por servicios técnicos, residente en el otro Estado contratante, sea su beneficiario efectivo o, en su defecto, que el beneficiario efectivo resida en el mismo país del perceptor. Los tipos reducidos que regula el precepto, en consecuencia, no serán aplicables si quien recibe el pago es un agente o nominee y el beneficiario efectivo no reside en el otro Estado contratante (en tal caso, podría aplicarse el CDI entre el Estado de residencia del beneficiario efectivo y el Estado donde los servicios se prestan o reciben). El significado del concepto de beneficiario efectivo de los párrafos 52 y ss. de los Comentarios al artículo 12A.2 del MC ONU se encuentra alineado con el que adopta este término en los Comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE después de 2014 (que no es equiparable a una cláusula antiabuso de amplio espectro, como el artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU).

El artículo 12A.2 del MC ONU se aplica "no obstante lo dispuesto en el artículo 14 (servicios personales independientes)", lo que significa básicamente que las condiciones de imposición de los servicios incluidos en el ámbito de aplicación del

artículo 14 (principalmente el requisito de base fija y el umbral temporal que regula) no se aplican para permitir el gravamen en el Estado de prestación de los servicios técnicos. De esta manera, no es necesario que exista una base fija o presencia física alguna en el Estado del pagador para que este pueda gravar los servicios. Sin embargo, si se cumple la condición de base fija del artículo 14 del MC ONU, este último tendrá prioridad, al igual que ocurre si existe un EP (vid. el artículo 12A.4 del MC ONU). Esto hace que los artículos 5, 7 y 14 del MC ONU constituyan una vía de escape relativamente fácil para acceder a la imposición neta de los servicios técnicos en el Estado de origen: si una persona física o jurídica desea evitar la retención a cuenta sobre los ingresos brutos que regula el artículo 12A del MC ONU, el cumplimiento de los umbrales de los artículos 5, 7 o 14 del MC ONU, normalmente garantizará la imposición neta de los ingresos procedentes de los servicios técnicos en el Estado de origen.

El artículo 12A.2 del MC ONU indica que los artículos 8, 16 y 17 del mismo cuerpo tienen prioridad sobre el propio artículo 12A. Aunque es improbable que se produzca un solapamiento entre esas disposiciones, la aclaración pretende eliminar cualquier incertidumbre. Hay que tener en cuenta que cualquier pago por servicios técnicos no accesorio a los conceptos contemplados en tales preceptos caerá en la órbita del artículo 12A.2 del MC ONU (por ejemplo, servicios de ingeniería de sonido o iluminación vinculados con un evento artístico o deportivo cuando aplique el artículo 17 del MC OCDE y el MC ONU).

2.4. El artículo 12A.3 del MC ONU (2021): el concepto de "honorarios por servicios técnicos"

El artículo 12A.3 del MC ONU (2021), en línea con los CDI que contienen un artículo en esta materia, define los honorarios por servicios técnicos como los vinculados a servicios de gestión, técnicos y de consultoría. Ahora bien, estos últimos conceptos no han sido definidos con precisión en los Comentarios del mismo artículo, aunque se indica que tienen un significado contextual, independiente del que posean en la legislación interna de los Estados contratantes, y se explica su significado a grandes rasgos. A estos efectos, los párrafos 61 y ss. de los Comentarios al artículo 12A.3, señalan cuáles son las notas genéricas distintivas de los servicios técnicos y brindan ejemplos de casos incluidos y excluidos. *A priori,* estos servicios no guardan relación con la posesión de un título específico (por ejemplo, universitario), y alcanza con que se trate de ocupaciones o trabajos especializados.

Dos características relevantes de los servicios técnicos del artículo 12A del MC ONU, que se derivan de los Comentarios al artículo 12A.3 del MC ONU (2021), son las siguientes:

» Se trata de servicios especializados, no rutinarios, que implican la aplicación de conocimientos, habilidades, experiencia o pericia especializados. No será siempre fácil, sin embargo, distinguir los "servicios técnicos" de los "servicios en general", o de los "servicios rutinarios", y pueden existir distintas interpretaciones según los diferentes Estados (los ejemplos de los Comentarios, aunque son ilustrativos, no aclaran todas las dudas).

» En algunos países (por ejemplo, India) el servicio técnico demanda una intervención humana, de manera que muchos servicios digitalizados estarían excluidos de este concepto. Esta misma posición se refleja en los Comentarios al artículo 12A.3 del MC ONU. Precisamente, esta posición, junto con la exclusión del artículo 12A del MC ONU de los pagos por servicios técnicos realizados por particulares, es la que hizo que se añadiera el artículo 12B en el MC ONU (2021) (vid. apartado 8.3.5 en este Manual sobre el concepto de "servicios digitales automatizados"). Esta posición, sin embargo, no es compartida por otros países, que consideran que los servicios digitalizados tendrían cabida dentro del concepto de servicios técnicos, por lo que no sería necesario un artículo 12B del MC ONU (2021) a estos efectos. Las distintas posiciones deberían ser aclaradas expresamente en los CDI o por la vía de procedimientos amistosos de carácter interpretativo para evitar conflictos de calificación.

La cuestión de si la asistencia técnica (servicios vinculados con la cesión de ciertos activos y conocimientos o la puesta en marcha de procesos productivos) está incluida o no en la definición de *cánones* o de servicios técnicos, que constituye un aspecto sumamente controvertido para un buen número de países, pierde relevancia si el CDI de que se trate aplica los mismos tipos de retención a ambas categorías. Cuando no sea este el caso, es conveniente que los CDI distingan o aclaren qué artículo se aplicará a la asistencia técnica, en particular a la vinculada con la cesión de uso de bienes y derechos comprendidos en la definición de cánones (obviamente, cuando esta no pueda reputarse como meramente accesoria o auxiliar a la cesión del derecho).

El artículo 12A del MC ONU excluye de su ámbito de aplicación las siguientes rentas:

1. Los pagos realizados a empleados del pagador. Estos pagos caen en el ámbito del artículo 15 o, en su caso, del artículo 19 del MC ONU.

2. Los pagos por la prestación de servicios de enseñanza en una institución educativa (profesores y personas, físicas o jurídicas, que desarrollan esta función) o los realizados a una institución educativa por enseñar (por ejemplo, empresa que

paga a una institución por enseñanza). Esta exclusión, claro está, tiene una gran dependencia de la definición que se adopte de "institución educativa", cuestión que deberá determinarse de acuerdo con la legislación del país que aplica el CDI, aunque normalmente incluirá instituciones de enseñanza superior.

3. Los pagos realizados por una persona física por servicios de uso personal. La justificación de esta excepción se encuentra en que este tipo de pagos no son normalmente deducibles, y es difícil que un particular que los realice cumpla con estas obligaciones de retención (aunque en el artículo 12 del MC ONU dicha exclusión no existe). En parte, esta exclusión justificó también la inclusión del artículo 12B en el MC ONU (2021) para cubrir los servicios automáticos digitalizados prestados a consumidores finales y para que estos puedan ser gravados en el Estado del pagador.

Los pagos de dietas (como transporte, comidas o alojamiento) estarían incluidos en la cantidad a la que se aplica la retención como servicio técnico. Sin embargo, el reembolso de gastos para quienes prestan servicios técnicos plantea problemas específicos, razón por la cual no se mencionan en el artículo 12A, aunque los párrafos 74 y ss. de los Comentarios, explican esos problemas (por ejemplo, si solo se reembolsan gastos sin que se realice ningún pago, no tiene sentido aplicar una retención; si los reembolsos de los gastos no se incluyen en la base de retención, el importe de dicha retención se aplica sobre un beneficio neto, por lo que el monto puede ser demasiado bajo; sin embargo, si se incluyen, el tipo de retención puede resultar demasiado alto para el beneficio obtenido), y animan a los Estados a proveer soluciones en su legislación interna.

A estos efectos, es importante también señalar que algunos Estados permiten la deducción de ciertos costes (de manera directa o presuntiva) del importe al que se aplicará la retención para los servicios técnicos, ya sea en ciertos CDI o en su legislación interna.

2.5. El artículo 12A.4 del MC ONU (2021): la exclusión de la aplicación del artículo 12A cuando los servicios técnicos estén vinculados con un EP o base fija

El gravamen en la fuente para servicios técnicos, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 12A del MC ONU, se excluye cuando el beneficiario efectivo del pago, residente del otro Estado contratante, tiene un EP o base fija (ex artículo 5 o artículo 14 del MC ONU) en el Estado donde los honorarios por los servicios técnicos tienen su fuente y, a su vez, cuando dichos servicios se encuentran efectivamente conectados con el EP o la base fija, o con las actividades a las que se refiere el artículo 7.1.c del MC ONU.

La existencia del EP o base fija determina entonces que la renta derivada de servicios digitales automatizados, obtenida en el Estado de la fuente y económicamente vinculada con el EP, pase a tributar en dicho Estado (fuente), de conformidad con las reglas del EP o base fija (normalmente, con declaraciones anuales y deducción de gastos, y sujeción a los límites del artículo 24.3 del MC ONU). Para que esto ocurra, los honorarios por servicios técnicos tienen que estar "efectivamente conectados", esto es, ser atribuibles a la actividad del EP o base fija, o que se pueda aplicar el "principio de fuerza de atracción limitada" del artículo 7.1 del MC ONU.

2.6. Las reglas de determinación de la fuente de los honorarios por servicios técnicos: los párrafos 5 y 6 del artículo 12A del MC ONU (2021)

El párrafo 5 del artículo 12A del MC ONU (2021) establece las reglas que determinan la fuente de los pagos por la prestación de servicios técnicos y cuándo, en consecuencia, el Estado del que proceden los pagos puede ejercer su poder tributario. Este párrafo opera con independencia de las normas internas de cada Estado sobre la fuente de los pagos por servicios técnicos y se superpone con ellas (un Estado solo podrá gravar los pagos por servicios técnicos cuando su legislación lo permita y, a la vez, no lo impidan las reglas del CDI). En particular, el párrafo 5 del artículo 12A del MC ONU (2021) establece dos reglas diferenciadas:

- Los pagos por servicios técnicos se considerarán procedentes de un Estado contratante si el pagador reside en ese Estado (con independencia de si los servicios técnicos se prestaron en ese Estado o no). En ocasiones, algunos CDI sitúan la fuente en el Estado del deudor, aunque este concepto jurídico no sea equivalente al de pagador. Es importante realizar esta aclaración porque normalmente el término "pagador" permite que un Estado grave servicios pagados por un intermediario que no necesariamente será el deudor de la renta en sentido estricto.

- Como excepción a la regla anterior, si una persona, sea residente o no de un Estado contratante, tiene un EP (o base fija, si el CDI contiene el artículo 14 del MC ONU) en relación con el cual se incurrió en la obligación de pago, y los honorarios por servicios técnicos son soportados por dicho EP (o base fija), se considera que los honorarios tienen su fuente en el Estado de ubicación del EP o base fija.

La finalidad de ambas reglas, a pesar de la ambigüedad del término pagador, es situar la fuente del pago de los honorarios (y, en consecuencia, la imposición

del artículo 12A) en el Estado donde se pueda producir la deducción del gasto por los servicios técnicos recibidos (Estado del pagador o del EP que sostiene el pago). Los Comentarios, párrafos 108-123, contienen ejemplos y explicaciones detalladas sobre cómo aplicar estos párrafos. Sin embargo, puesto que no todos los Estados emplean como punto de conexión o regla de la fuente el criterio del pago, los Comentarios a los párrafos 5 y 6 del artículo 12A del MC OCDE (2021) ofrecen distintas versiones y variantes (por ejemplo, empleando el criterio del uso, ya que algunos Estados tienen la práctica de gravar los servicios técnicos cuando son utilizados en su territorio, con independencia del lugar desde el que se realice el pago).

La regla positiva de la fuente del párrafo 5 del artículo 12A del MC ONU (2021) está sujeta, no obstante, a la regla "negativa" del párrafo 6 del artículo 12A del MC ONU (2021): no se considerará que los pagos por servicios técnicos tengan su fuente en un Estado contratante cuando el pagador sea residente de ese Estado y tenga un EP o base fija en el otro Estado, y los honorarios por servicios técnicos sean soportados por dicho EP o base fija (podrían considerarse, en principio, pagos deducibles para el EP). Esta regla pretende excluir el efecto "extraterritorial" del párrafo 5 del artículo 12A del MC ONU (2021) cuando, precisamente, un residente de uno de los Estados contratantes tenga un EP o base fija en el otro Estado, de manera que los pagos se consideren vinculados con la actividad de dicho EP o base fija. La regla negativa excluye que el Estado contratante del pagador (casa central) someta a gravamen el pago (tal sería el efecto del párrafo 5 del artículo 12A) y que su fuente se sitúe en el otro Estado contratante, el lugar donde se encuentre el EP o base fija.

Ninguno de los párrafos que establecen la regla positiva o negativa de la fuente del pago eliminan la doble imposición que se puede producir cuando el pagador de los honorarios por servicios técnicos tiene un EP en un tercer Estado al que se vinculan los pagos por servicios técnicos. En este caso, el Estado del pagador y el Estado del EP o base fija (que no es parte en el CDI) podrían gravar el pago. Sin embargo, el párrafo 127 de los Comentarios a los párrafos 5 y 6 del artículo 12A del MC ONU contiene una cláusula alternativa, con una versión ligeramente modificada del párrafo 6 del artículo 12A del MC ONU (2021), que, en estos casos, también eliminaría la doble imposición.

2.7. El artículo 12A.7 del MC ONU (2021): los pagos por servicios técnicos cuando media una relación especial entre pagador y receptor del pago

El artículo 12A.7 del MC ONU es prácticamente idéntico al artículo 12.6 del MC ONU y 12.4 del MC OCDE (disposiciones similares pueden encontrarse también en el artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU), y se ocupa de una forma específica de abuso entre partes vinculadas que consiste en incrementar los importes pagados por honorarios de servicios técnicos con el fin de reducir la base imponible de la entidad pagadora. En casos de pagos que se encuentran por encima del precio de mercado, se realicen entre partes vinculadas y estén conectados con tal vinculación, el artículo 12A del MC ONU solo se aplicará a la parte del pago que se sitúe dentro del límite del precio de mercado (*arm's-length*).

El precepto se aplica a pagos por causa de una "relación especial", que comprende tanto la existente entre partes vinculadas a efectos del artículo 9 del MC ONU como otro tipo de relaciones especiales, por ejemplo, personas físicas relacionadas por vínculos estrechos (como matrimonio o relaciones familiares, cuando ambas realicen actividades empresariales).

Algunos de estos pagos excesivos podrían caer en el ámbito del artículo 29.9 del MC ONU, aunque normalmente se les aplican las reglas sobre operaciones vinculadas y precios de transferencia.

Hay una diferencia relevante entre este precepto y las disposiciones similares de los artículos 11 y 12 del MC ONU y el MC OCDE, y es que mientras que en estos últimos la referencia se realiza únicamente al importe del interés o regalía (canon), el artículo 12A.7 permite la recalificación del pago, y no solo la limitación del gravamen en la fuente al importe de mercado de los servicios técnicos prestados (vid. el párrafo 131 de los Comentarios). No obstante, la recalificación debería tener como consecuencia que se apliquen otras disposiciones del CDI que resulten procedentes cuando esta determine que la renta tiene otra naturaleza. A estos efectos, cuando existan diferencias sobre las disposiciones del CDI que se debe aplicar en el caso de recalificación, deberán considerarse tales diferencias en el seno del procedimiento amistoso del artículo 25 del MC ONU.

3. EL ARTÍCULO 12B DEL MC ONU (2021): LA RENTA DE LOS SERVICIOS DIGITALES AUTOMATIZADOS

3.1. La función del artículo 12B del MC ONU (2021) como alternativa al Pilar 1 y a los ISD

En el contexto del Plan BEP de la OCDE (2013-2015) –y especialmente porque dicho instrumento no termina de cerrar, en la Acción 1 (economía digitalizada), los problemas tributarios de la economía digitalizada–, muchos países comenzaron a argumentar que los actuales CDI, al igual que el MC OCDE y el MC ONU, no permitían el gravamen de empresas que realizaban en su territorio una actividad sustancial y con volúmenes altos de facturación, consistente en la venta de servicios por medios electrónicos y automatizados. En efecto, por lo general tales empresas no disponen de un EP en el territorio en el que se presta el servicio, por lo que no se generaría ningún tipo de gravamen en el Estado donde se desarrolla la actividad, a pesar de tratarse de una labor con intensa proyección en todo el territorio del Estado y de que se obtengan ingresos sustanciales vinculados con la actividad allí efectuada.

Un caso especial en este sentido son las grandes empresas de la economía digital, las redes sociales y las plataformas de intermediación digital, que perciben, por ejemplo, pagos por anuncios personalizados basados en la actividad de los usuarios en los motores de búsqueda por Internet; por alquileres de inmuebles a través de plataformas digitales; por actividades de transporte con intermediación de entidades que ponen en contacto al conductor y al usuario; por suscripción a servicios de plataformas de contenidos digitales sin ningún derecho sobre los contenidos, y por redes sociales que derivan ingentes sumas de dinero a cambio de publicidad u otros conceptos. Tales empresas pueden desarrollar su actividad en un Estado por vía digital (Internet) y sin tener ninguna presencia material –en el sentido de lugar fijo, o empleados o agentes que realicen contratos– en su territorio, es decir, sin disponer de un EP.

Esta situación determinó que los distintos Estados comenzaran a pensar en formas de atribuir al Estado de la fuente (en este caso, el mercado) derechos para gravar parte de las rentas obtenidas o derivadas de su territorio por las empresas digitales. En ese sentido, en la India, como consecuencia de ciertas decisiones de los tribunales que concluyeron que en ese país no resultaban gravables los pagos por publicidad realizados a una gran empresa de la economía digital,[159] se diseñó y puso en vigor el que puede considerarse el primer impuesto sobre los servicios digitales (ISD) (la llamada *equalization levy*). Este tipo de impuestos se popularizó rápidamente

159 Para más información, vid., por ejemplo, la decisión del Income Tax Appellate del tribunal de Calcuta, Right Florists Pvt Ltd v. ATO (12 de abril de 2013, TII-ITAT-KOL-INTL).

en diversos países, lo que puso en peligro el consenso internacional representado por los CDI y su aplicación efectiva,[160] y llevó a que la OCDE reaccionara tratando de limitar su proliferación con los trabajos del Pilar 1 en el contexto de la Acción 1 del Plan BEP (economía digitalizada). Sin embargo, luego de examinar la complejidad de los trabajos sobre el Pilar 1, y anticipando la posibilidad de que estos no pudieran salir adelante (el Acuerdo multilateral de la OCDE sobre el Pilar 1 fue publicado, pero es improbable que se aplique y sea efectivo en un futuro cercano),[161] Naciones Unidas se inclinó por una solución más sencilla, similar a la que proveen los artículos 12 y 12A del MC ONU en su funcionamiento (tipo impositivo aplicado sobre renta bruta o ingresos), que pudiera llevar a integrar los ISD en los CDI, y permitiera superar los problemas de estos últimos (de manera que el principio de renta neta pudiera ser tomado en consideración como alternativa al gravamen de los ingresos brutos). Tal solución vino representada por el artículo 12B del MC ONU (2021), cuyo ámbito de aplicación y estructura difiere notablemente del Pilar 1 de la OCDE.

Es decir que el artículo 12B del MC ONU (2021) es la alternativa que ofrece Naciones Unidas para superar las limitaciones del concepto de EP en el contexto de la economía digitalizada y permitir el gravamen de rentas procedentes de servicios digitales automatizados en el Estado desde el que se pagan tales servicios cuando el prestador no tiene presencia en el mismo (esto es, si las empresas no disponen en el Estado de la fuente de un lugar fijo de negocios, de un agente dependiente con capacidad para contratar o de presencia física alguna).

Repárese, no obstante, en que –a diferencia del Pilar 1, o de muchos de los ISD o de las legislaciones para los EP en el caso de presencias digitales significativas– el artículo 12B del MC ONU no atribuye jurisdicción tributaria al Estado donde se encuentran los usuarios de los servicios digitales (motores de búsqueda por Internet, redes sociales, etc.), sino al Estado desde el que se realiza el pago por los servicios prestados (por ejemplo, por publicidad), que no necesariamente debe coincidir con el Estado del usuario o consumo del servicio. Tal diferencia de fuente podría provocar problemas de doble imposición cuando un Estado emplee, por ejemplo, un ISD que le atribuya jurisdicción debido a la existencia de usuarios o consumo de servicios digitales en su territorio y otro Estado aplique el artículo 12B del MC ONU (2021).

Aun así, el artículo 12B del MC ONU (2021) representa un intento de integrar los ISD en el contexto de los CDI (aunque tiene diferencias con algunos en materia de definición de la fuente), de manera que el gravamen en el Estado de comercialización del servicio, que tendrá una estructura similar al ISD, sea deducible en el Estado de

160 En concreto, es difícil sostener que los ISD sean compatibles con los CDI que siguen el artículo 2 del MC ONU y el MC OCDE.

161 Para más información, vid.: OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *The Multilateral Convention to Implement Amount A of Pillar 1*, París: OCDE; 2013, disponible en: https://www.oecd.org/tax/beps/multilateral-convention-to-implement-amount-a-of-pillar-one.htm (consultado el 30 de octubre de 2023). En la misma página pueden encontrarse los Comentarios al citado Acuerdo multilateral.

residencia de la entidad prestadora y de acuerdo con el artículo 23 del MC OCDE y del MC ONU. De forma adicional, el artículo 12B del MC ONU constituye un esfuerzo por superar la problemática y complejidad del Pilar 1 de la OCDE, aunque deje algunas cuestiones que no han sido desarrolladas en detalle.

En síntesis, la finalidad fundamental del artículo 12B del MC ONU (2021) es ofrecer a los distintos países alternativas de política tributaria a través de sus CDI que sean más simples que el propio Pilar 1 y que superen los inconvenientes de los ISD, aunque el artículo 12B del MC ONU tampoco esté exento, en sí mismo, de dificultades (por ejemplo, falta de desarrollo de aspecto relevantes, potencial solapamiento con figuras similares, falta de delimitación clara y potencialidad para producir conflictos de calificación con los artículos 12 y 12A del MC ONU).

Los países que deseen incluir un artículo 12B en sus CDI deben, no obstante, ser conscientes de que no será fácil que los Estados contraparte lo acepten, especialmente cuando se trate de países desarrollados (no obstante, el CDI Perú-Suiza incluye los servicios digitales dentro del concepto de cánones, lo cual permite aplicar la retención prevista para estas rentas en el Estado de la fuente). De hecho, los propios Comentarios al artículo 12B del MC ONU, en su introducción, ya indican el desacuerdo de una amplia minoría de miembros del Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación de las Naciones Unidas. A estos efectos, alguno de los principales problemas que presenta el artículo 12B del MC ONU y que tales miembros han puesto de manifiesto son, entre otros, que: (1) no necesariamente grava a la entidad de un grupo multinacional que obtiene el beneficio o podría gravar a entidades con pérdidas; (2) en el caso de la publicidad en línea (*online*), se grava a la entidad que paga por ella, pero no necesariamente en el mercado en el que la misma se efectúa o se producen las ventas finales del servicio, y (3) la utilización de parámetros de grupo puede generar inconvenientes cuando los resultados de la entidad contribuyente y los del grupo sean dispares. Una cuestión que se debe tomar en consideración, igualmente, junto a otros problemas que examina la introducción a los Comentarios al artículo 12B del MC ONU, es el hecho de que el gravamen previsto pueda ser trasladado contractualmente a los consumidores de los servicios digitales automatizados, algo que encarecerá su acceso (este fenómeno, no obstante, no es nuevo y puede ocurrir con frecuencia en el ámbito de los artículos 11, 12 y 12A del MC ONU).

La estructura y lógica del artículo 12B del MC ONU es muy similar a la propia de otros preceptos, como el artículo 12 o el artículo 12A del MC ONU. Y, al igual que ocurre con, por ejemplo, los artículos 12 y 12A del MC ONU, la forma de gravar los pagos por servicios digitales automatizados debe ser determinada por el Estado de la fuente (del pagador o donde el pagador tenga el EP o la base fija), de manera que, aunque se establezca la posibilidad de que el Estado de la fuente grave estos

servicios, nada indica en el precepto que sea necesario aplicar una retención en la fuente, aunque esto es, ciertamente, una posibilidad.

En lo que respecta a sus relaciones con otros preceptos, el artículo 12B del MC ONU tiene prioridad sobre los artículos 7 y 14 (salvo que el proveedor de los servicios tenga un EP o base fija en el Estado de la fuente, en cuyo caso se aplicará el artículo 7 o el artículo 14 por así indicarlo el artículo 12B.8 del MC ONU). Cuando, en cambio, los servicios sean rentas que caigan en el ámbito de los artículos 12 o 12A del MC ONU, se aplicarán estos preceptos con prioridad, tal y como indica el artículo 12B.7 del MC ONU (aunque muchas veces no será sencillo delimitar cuándo se aplica uno u otro).

Para los negociadores de CDI, igual que para los contribuyentes, será importante tomar en consideración que la inclusión del artículo 12B del MC ONU en un CDI debe acompañarse de una legislación interna que grave este tipo de servicios y regule los múltiples problemas que plantea la aplicación en cualquier Estado del artículo 12B del MC ONU, ya que, si esta normativa interna no existiera, dicha inclusión podría no servir de nada. Al mismo tiempo, si el Estado en cuestión tiene una legislación sobre ISD, a fin de evitar la doble imposición, el ISD deberá incluirse en el ámbito de los impuestos cubiertos por el CDI o bien no aplicarse cuando en el CDI con otro Estado se haya consignado el artículo 12B del MC ONU.

3.2. El artículo 12B.1 del MC ONU: el derecho de gravamen de los servicios digitales automatizados en el Estado de residencia

Como ocurre en relación con otros preceptos donde hay una jurisdicción compartida entre el Estado de residencia y el de la fuente (por ejemplo, los artículos 10 y 11 del MC OCDE o los artículos 10 a 12A del MC ONU), el primer párrafo del artículo 12B (servicios digitales automatizados) del MC ONU (2021) estipula que el Estado de residencia de la persona que obtenga la renta derivada de la prestación de servicios digitales automatizados, tal y como resultan definidos en el párrafo 5 del mismo artículo, está autorizado a gravarla sin que exista, sin embargo, ninguna obligación de hacerlo ni el párrafo disponga la manera en que esto debe realizarse.

Asimismo, el Estado de residencia, si grava la renta incluida en el artículo 12B del MC ONU, deberá aplicar el artículo 23 del MC ONU para eliminar la doble imposición por el gravamen aplicado en el Estado de la fuente. Puesto que el Estado de la fuente está facultado para gravar dichas rentas, el Estado de residencia debe decidir qué hacer con las pérdidas atribuibles a la actividad y determinar si limita su compensación de alguna forma para los servicios vinculados al Estado del pagador (tarea que corresponderá a la legislación interna, de conformidad con los principios que recogen los Comentarios al artículo 23B del MC OCDE y el MC ONU). Por otra parte, la realización de pérdidas en relación con la actividad extranjera influirá

fundamentalmente en la base imponible del Estado de residencia, limitando la deducción por doble imposición cuando el contribuyente sufriera alguna imposición en la fuente de acuerdo con el artículo 12B del MC ONU (la posibilidad de llevar el crédito fiscal por el impuesto exigido en la fuente a otros ejercicios normalmente está vinculada con lo que disponga la legislación interna).

Como en otros preceptos (artículos 10 y 11 del MC OCDE y el MC ONU, o 12 y 12A del MC ONU), el término "pagos" tiene un sentido amplio, razón por la cual para aplicar el artículo 12B no es necesario que exista un pago físico o en dinero, sino que alcanza con que pueda entenderse que el pago se ha devengado. Por la propia naturaleza del precepto, no es posible que la información que un usuario brinda a un motor de búsqueda o una red social pueda confundirse con un pago, ya que el artículo 12B del MC ONU está vinculado a los pagos por prestaciones de servicios remunerados. Al igual que ocurre con otras normas similares (artículos 10, 11, 12 y 12A del MC ONU), el artículo 12B solo se aplica a pagos por servicios digitales automatizados procedentes del otro Estado, según las reglas acerca de la fuente que establece, y no a los que provengan de terceros Estados MC OCDE). Además, y en la misma tónica que los artículos 10 a 12A del MC ONU, el pago por servicios digitales automatizados realizado a un EP en un tercer Estado podría gravarse en el Estado de residencia del pagador del servicio, aunque la aplicación del CDI en el Estado de la fuente estará sujeta al artículo 29.8 del MC ONU.

3.3. El artículo 12B.2: el derecho a gravar los servicios digitales automatizados en el Estado de obtención de la renta a tipos impositivos limitados fijados en el CDI

El artículo 12B.2 se ha redactado de forma muy similar al artículo 12.2 y 12A.2 del MC ONU, por lo que se plantean cuestiones parecidas desde la perspectiva del país donde se obtiene la renta (fuente). El artículo 12B.2 del MC ONU permite, en el Estado de la fuente, una imposición limitada de los honorarios pagados por servicios digitales automatizados en la forma prevista en la legislación nacional y con el límite de los tipos negociados por las partes del CDI. El MC ONU no sugiere ningún tipo específico de gravamen en el Estado de la fuente, aunque lista una serie de factores que deben tomarse en cuenta a estos efectos (vid. el párrafo 29 de los Comentarios al artículo 12B del MC ONU). A fin de no producir demasiadas distorsiones, los tipos impositivos que se utilicen no deberían ser elevados y aproximarse a los empleados en los ISD, ya que el impuesto se aplica sobre renta bruta y los sectores económicos que involucra muchas veces no tienen márgenes de beneficios elevados, sino que estos vienen dados más bien por el volumen del negocio que se realiza. Aunque el precepto no lo indique, lo normal será que el impuesto se exija mediante un sistema de retención en la fuente.

A diferencia del artículo 12A, y de manera similar al artículo 12 del MC ONU, la imposición en el Estado de la fuente se aplica no solo a los pagos que realicen las empresas, sino también a los efectuados por los particulares. Esto significa que, a pesar de que para los pagos entre empresas las retenciones en la fuente puedan constituir el sistema más adecuado, en las relaciones entre el proveedor de servicios y los particulares que los reciben ese sistema no funciona y debe ser complementado en la legislación interna mediante mecanismos en los que las instituciones financieras o los emisores de tarjetas de crédito sean quienes realicen las retenciones, en su calidad de intermediarios. Otra alternativa sería la imposición de un sistema de registro en el Estado de la fuente para los proveedores de los servicios, al igual que ocurre con ciertas modalidades del impuesto al valor agregado (IVA). Los Comentarios al artículo 12B del MC ONU nada indican sobre cuál es en estos casos el sistema idóneo de gestión, lo que podría provocar problemas cuando un Estado opte por un sistema y un segundo elija otro, algo que también multiplicaría las obligaciones formales de las empresas o los intermediarios. Los Estados que apliquen este artículo 12B deberán reflexionar, en consecuencia, acerca de cuál es el sistema más idóneo y menos inconveniente de aplicación y gestión de este precepto. Dejar fuera a los particulares que realizan pagos de este tipo, como ocurre en el ámbito del artículo 12A del MC ONU, puede ser otra opción, pero no encuadraría con la finalidad del precepto, ya que muchos de estos servicios automáticos digitalizados se prestan a particulares.

La aplicación del tipo reducido del artículo 12B.2 se condiciona a que el perceptor de los pagos por los servicios que reside en el otro Estado contratante sea el beneficiario efectivo de los mismos o a que este último resida en el mismo país que el perceptor. En consecuencia, los tipos reducidos que regula el precepto no serán aplicables cuando quien recibe el pago sea un agente y el beneficiario efectivo no resida en el otro Estado contratante (cuando corresponda, puede aplicarse el CDI vigente entre el Estado de residencia del beneficiario efectivo y el Estado del pagador). El significado del concepto de "beneficiario efectivo" en los Comentarios al artículo 12B.2 del MC ONU, párrafo 52s y ss., se encuentra alineado con el de los Comentarios a los artículos 10 a 12 del MC OCDE posterior a 2014 (y, por consiguiente, no es posible confundirlo con una norma general antiabuso como la prevista en el artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU).

El párrafo 2 del artículo 12B del MC ONU se aplica "no obstante lo dispuesto en el artículo 14" (servicios personales independientes), lo que significa básicamente que las condiciones de imposición de los servicios incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 14 (principalmente, el requisito de base fija y el umbral temporal) no se aplican para admitir la posibilidad de gravamen en el Estado de prestación de los servicios digitales automatizados. Sin embargo, si se cumple la condición de base fija del artículo 14 del MC ONU, este último tendrá prioridad, al igual que sucede

cuando exista un EP (vid. el artículo 12A.8 del MC ONU). La aplicación del artículo 12B.2 del MC ONU también está sujeta a lo dispuesto en el artículo 8 del MC ONU, lo que significa que este último precepto tendrá prioridad cuando una de las empresas incluidas en su ámbito obtenga rendimientos susceptibles de ser incluidos en el artículo 12B del MC ONU (lo cual no constituye algo sencillo, ya que, por ejemplo, los billetes de avión o de barco vendidos a través de una página web, al no tratarse de servicios digitales automatizados, no caerían dentro de su ámbito de aplicación). En la práctica, sin embargo, no será fácil que los artículos 8 y 14 del MC ONU, por un lado, y el artículo 12B del MC ONU, por el otro, puedan solaparse.

Los Comentarios al artículo 12B.2 del MC ONU especifican que, para una minoría amplia de Estados, la aplicación del gravamen por el Estado de la fuente debe someterse a determinados umbrales, ya sea de tamaño de la empresa o de ingresos obtenidos en el territorio del Estado. Tal opinión está vinculada con los umbrales que se reconocen en el contexto del Pilar 1 y que buscan que preceptos como el artículo 12B o el propio Pilar 1 se apliquen solo a empresas o grupos que tengan en el Estado un cierto tamaño y volumen de negocio. Para ello, los Comentarios al artículo 12B ofrecen una disposición alternativa que regula tales umbrales, y nada impide tampoco que sean regulados en la legislación interna de cada Estado.

3.4. Los párrafos 3 y 4 del artículo 12B del MC ONU: la opción por la imposición neta anual, de conformidad con los tipos impositivos del Estado de la fuente

Como alternativa a la imposición regulada en el párrafo 2, el párrafo 3 del artículo 12B del MC ONU concede al residente del otro Estado la posibilidad de optar, previa petición y de conformidad con la legislación del Estado de la fuente, por ser sometido a tributación sobre la renta neta (o más bien, sobre una ficción de esta), para el año completo, en el Estado en el que se obtiene la renta procedente de servicios digitales automatizados. No obstante, el artículo 12B no regula la interacción entre la regla del párrafo 2 (imposición limitada sobre la renta bruta) y la propia del párrafo 3 (imposición sobre una ficción de renta neta), y corresponde a los Estados regular dicha interacción en su normativa interna (por ejemplo, si la opción se debe ejercer con anterioridad a la recepción de los pagos con la emisión de un certificado que exima de la retención, o si se debe aplicar la opción del párrafo 3 *a posteriori* y con deducción en la cuota del impuesto retenido por los pagadores).

Las reglas aplicables cuando el contribuyente opta por la tributación por renta (ficticia) neta serían las siguientes:

- Se determina la cantidad total de ingresos procedentes del Estado de la fuente de acuerdo con las reglas de la fuente de los párrafos 9 y 10 del artículo 12B del MC ONU.

- Se calcula el coeficiente de rentabilidad del contribuyente vinculado a los ingresos por los servicios digitales automatizados. Tal coeficiente (beneficios anuales/ingresos anuales) se determinará atendiendo a las cuentas del contribuyente o del grupo multinacional al que pertenezca (en este caso, tomando en consideración las cuentas de la matriz última). A estos efectos, para el cálculo de los beneficios deberán realizarse los ajustes que indica el párrafo 47 de los Comentarios al artículo 12B del MC ONU, pero que no delimita con claridad y de forma completamente cerrada, por lo que estos también deberán regularse en la legislación de cada Estado.

- El 30% del coeficiente de rentabilidad se considerará como beneficios derivados del Estado de la fuente, y se les aplicará el tipo impositivo que determine la legislación interna. Para algunos miembros del Comité de Naciones Unidas este porcentaje es demasiado alto y en las negociaciones bilaterales debería fijarse uno inferior.

- El coeficiente de rentabilidad estará vinculado a cada segmento de cuentas por sectores de negocio del beneficiario efectivo de la renta.

- Si no existieran cuentas por sectores, se considerará el coeficiente de rentabilidad total del contribuyente.

- Si el contribuyente perteneciera a un grupo multinacional,[162] el coeficiente de rentabilidad aplicable sería el propio del segmento de negocio de la renta sujeta al artículo 12B del grupo multinacional, o el global del grupo multinacional cuando dicho coeficiente fuera superior al propio del contribuyente que deriva la renta como beneficiario efectivo.

- Si el coeficiente de rentabilidad del segmento o el total del grupo multinacional no estuviera disponible para el Estado desde el que se obtiene la renta, se aplicará la imposición sobre renta bruta del artículo 12B.2 del MC ONU. El Estado de la fuente puede obtener tal información del contribuyente o del grupo socie-

162 Según la definición que da el propio párrafo 4 del artículo 12B del MC ONU, un grupo multinacional es un grupo de dos o más empresas con residencia en distintas jurisdicciones, relacionadas a través de una propiedad o control común, que deban preparar cuentas financieras consolidadas a efectos de proporcionar información financiera o que deberían prepararlas si se tratara de sociedades cuyo capital se comercializara en un mercado de valores oficial.

tario, o por intercambio de información con otros países (del *country-by-country reporting* o de las cuentas consolidadas).

En realidad, el sistema de imposición neta parte de la fórmula siguiente:

Cuota = (Ingresos brutos del Estado de la fuente) * (coeficiente de rentabilidad) * (30%) * (tipo impositivo del Estado de la fuente)

En la citada fórmula, el parámetro que variará será el coeficiente de rentabilidad, que depende de si el contribuyente tiene o no cuentas segmentadas y si pertenece o no a un grupo multinacional con cuentas segmentadas o no. Si el contribuyente sufrió alguna retención por la aplicación del artículo 12B.2 del MC ONU, debería admitirse su deducción en la cuota cuando el Estado de la fuente no admita la aplicación del sistema de renta neta con anterioridad a la realización de los pagos comprendidos en el ámbito del artículo 12B del MC ONU del año en cuestión.

Los Comentarios al artículo 12B ofrecen algunas alternativas a la redacción propuesta que reflejan la posición de algunos Estados que desean mejorar o simplificar los cálculos de la renta neta según las reglas del artículo 12B del MC ONU. Por ejemplo, una variante propone utilizar solamente los coeficientes de rentabilidad del contribuyente –y no los del grupo multinacional al que pertenezca–, acompañados de una cláusula antiabuso. Otra opción, que no es incompatible con la anterior, sería la exclusión o eliminación de la doble imposición sobre beneficios rutinarios que ya podrían haber sido gravados en el Estado de residencia o de la fuente, de conformidad con otros preceptos. Como se ha mencionado, también pueden establecerse umbrales mínimos de renta para la aplicación del artículo o la exclusión de las operaciones con particulares.

En lo que respecta al tratamiento de las pérdidas que un contribuyente sufra, lo cierto es que el artículo 12B del MC ONU no indica nada al respecto, aunque la opción del párrafo 3, en caso de pérdidas, impedirá la sujeción a gravamen en el Estado de la fuente (no ocurrirá lo mismo cuando se aplique el sistema de imposición sobre la renta bruta, que puede determinar la existencia de tributación en el Estado de la fuente incluso cuando existan pérdidas). Debe advertirse, no obstante, que el efecto sobre las pérdidas del sistema de renta neta del artículo 12B del MC ONU dependerá de los parámetros utilizados para el cálculo, ya que podría ocurrir que, si el contribuyente individual está en pérdidas, pero se utilizan los parámetros del grupo multinacional al que pertenece, y este último tiene beneficios, también exista tributación en el Estado de la fuente.

3.5. Los párrafos 5, 6 y 7 del artículo 12B del MC ONU: el concepto de servicios digitales automatizados y la regla de priorización de los artículos 12 y 12A del MC ONU

La delimitación del concepto de servicios digitales automatizados se realiza mediante una triple técnica: una definición general (párrafo 5 del artículo 12B del MC ONU), un listado ejemplificativo de servicios de esta naturaleza (párrafo 6 del artículo 12B del MC ONU), más la inclusión de una lista negativa de servicios excluidos en los Comentarios al artículo 12B del MC ONU.

La definición de "servicios digitales automatizados" del artículo 12B.5 del MC ONU contiene dos elementos fundamentales que necesariamente deben estar presentes:

1. Se prestan a través de Internet o cualquier otra red electrónica.

2. Al estar automatizados, requieren una intervención humana mínima desde la perspectiva del proveedor de los servicios.

Esta definición se corresponde con las primeras delimitaciones del ámbito de aplicación del Pilar 1 del Acuerdo multilateral de la OCDE, el G20 y el Marco Inclusivo, que, sin embargo, en su versión final tiene un ámbito de aplicación más amplio (aplicable a las ventas de bienes). La definición general del artículo 12B.5 del MC ONU se aplica a servicios prestados de forma electrónica, es decir que necesariamente se proveen de manera remota, y en los que la intervención humana es mínima o inexistente. Los Comentarios no definen qué se entiende por "intervención humana mínima", pero sí brindan una serie de parámetros generales:

- La existencia de intervención humana mínima se debe medir desde la perspectiva del prestador de los servicios, no del receptor (si desde la perspectiva de este último la intervención humana no es mínima, por ejemplo, para cargar cierta información en los servidores o programas o para obtener un resultado determinado, tal dato es irrelevante).

- La automatización se predica del servicio que recibe el cliente, no desde la perspectiva del mantenimiento, soporte, creación o puesta al día de los equipos o programas que contribuyen a prestar el servicio. La intervención humana y su intensidad en estas fases de creación, mantenimiento o actualización, incluso si es intensiva (con gran cantidad de trabajo, servicios o capital), será indiferente.

- Si el servicio se presta con carácter general de manera automática, pero, en ciertos casos más complejos, se deriva a una ayuda humana, seguirá siendo considerado como automático (sin perjuicio de que la ayuda humana pueda generar un servicio técnico del artículo 12A del MC ONU).

- Un indicador importante de los servicios digitales automatizados es que se puedan prestar a un número más grande de usuarios sin necesidad de una mayor involucración humana, o con una mínima, y sin incurrir en gastos adicionales (es decir que las economías de escala son propias de estos servicios). En los servicios no automatizados, un número más grande de usuarios o una mayor intensidad del servicio suele generar costes adicionales, que no son propios de los servicios digitales automatizados.

La definición general de este tipo de servicios se completa en el párrafo 6 del artículo 12B del MC ONU con un listado ejemplificativo de servicios que pueden considerarse como "digitales automatizados". El listado pretende ser ilustrativo, no exhaustivo, de manera que puede completarse con otros servicios que, cumpliendo con las características de la definición general, no hayan sido mencionados. Al mismo tiempo, si alguno de los servicios listados no reuniera las características propias de la definición general de "servicios digitales automatizados", no podría considerarse incluido en el artículo 12B del MC ONU. Por otra parte, los servicios incluidos en el párrafo 6 del artículo 12B (servicios de publicidad *en línea*, provisión de datos sobre usuarios, motores de búsqueda *en línea*, servicios *en línea* de plataformas de intermediación, redes sociales, servicios de contenidos digitales, apuestas en línea, servicios de nube (*cloud computing*), y servicios de enseñanza estandarizados) como ejemplos de servicios cuyos honorarios caerían en el ámbito del artículo 12B se desarrollan y definen con detalle en el párrafo 58 de los Comentarios a este precepto, donde también se aclara cuándo algunos de los servicios listados podrían caer en el ámbito de otros preceptos (como el artículo 12 o el artículo 12A del MC ONU, por ejemplo, en relación con los servicios de nube o de enseñanza).

Con el propósito de despejar algunas dudas, el párrafo 59 de los Comentarios especifica que en el concepto de servicios digitales automatizados no están incluidos: (1) los servicios profesionales personalizados (por ejemplo, los servicios de un abogado o ingeniero prestados en línea y adaptados a la situación del cliente); (2) los servicios personalizados de enseñanza en línea (cursos adaptados a las necesidades del alumno o grupo de alumnos pero realizados en línea, conferencias para un grupo específico de alumnos); (3) los servicios de acceso a Internet u otras redes electrónicas (conexión, acceso y suscripción a servicios para tener acceso a Internet u otras redes); (4) la venta en línea de bienes o servicios distintos de los servicios digitales automatizados (casos donde la venta del producto o servicio no digital es

lo fundamental y su orden por Internet es accesoria a la venta), y (5) los ingresos procedentes de la venta de un bien físico, con independencia de la conectividad a la red que determine la venta ("internet de las cosas" que implica, en definitiva, la venta de un bien y no tanto de un servicio).

Lo cierto es que la distinción entre servicios automatizados y servicios personalizados no siempre es sencilla y puede que existan conflictos de calificación con relación a los artículos 12 y 12A del MC ONU. Si una renta puede ser calificable como cánones (artículo 12) o servicios técnicos (artículo 12A), el párrafo 7 del artículo 12B del MC ONU otorga prioridad a tales preceptos. Cuando, en cambio, en los paquetes complejos o mixtos de servicios, una parte quede encuadrada en un precepto y otra en otro (por caso, conexión a Internet más contenidos específicos), a cada una se le aplicará el tratamiento que le corresponda, debiendo prorratearse el precio en atención a la importancia de cada servicio o atender a la información que al respecto proporcione el contrato (salvo que tal información no refleje las condiciones reales). Obviamente, habrá que determinar también los casos en que una prestación sea principal y las otras accesorias, lo que comportará que se aplique el tratamiento de la parte principal (por ejemplo, el artículo 12B) a las partes accesorias y que, consideradas independientemente, puedan generar otro tipo de rentas (como la que prevé el artículo 12A del MC ONU para los servicios técnicos).

3.6. El artículo 12B.8 del MC ONU (2021): exclusión de los servicios digitales automatizados cuando estén vinculados con un EP o base fija

El gravamen en la fuente de servicios digitales automatizados (párrafos 1 a 3 del artículo 12B del MC ONU) se excluye cuando el beneficiario efectivo del pago, residente del otro Estado contratante, tenga un EP o base fija (ex artículo 5 o 14 del MC ONU) en el Estado donde los honorarios por tales servicios tienen su fuente y, a su vez, los servicios estén efectivamente conectados con el EP o la base fija, o con las actividades a las que se refiere el artículo 7.1.c del MC ONU (artículo 12B.8 del MC ONU 2021). Se trata de una regla similar a las que se pueden encontrar en el párrafo 4 de los artículos 10, 11, 12 y 12A del MC ONU.

Esto significa que la existencia del EP o la base fija determinará que el contribuyente pase a tributar en el Estado donde tiene su fuente la renta por los servicios digitales automatizados, de conformidad con las reglas del EP o la base fija (normalmente, con declaraciones anuales y deducción de gastos, con un sistema no presuntivo como el propio del artículo 12B.3 del MC ONU, y con las limitaciones que en materia de discriminación impone el artículo 24.3 del MC ONU). Para que esto ocurra, los honorarios por los servicios tienen que estar "efectivamente conectados", esto es, ser atribuibles de forma directa o conectada con la actividad del EP o la

base fija, o, en su defecto, debe poder aplicarse el "principio de fuerza de atracción limitada" del artículo 7.1 del MC ONU.

3.7. Los párrafos 9 y 10 del artículo 12B del MC ONU (2021): la fuente de los pagos por servicios digitales automatizados

El artículo 12B.9 del MC ONU (2021) establece las reglas que determinan la fuente de los pagos por servicios digitales automatizados y, por consiguiente, cuándo podrá ejercer su poder tributario el Estado del que proceden. Este párrafo regula, con independencia de las normas internas de cada Estado, la fuente de los pagos por servicios digitales automatizados, y se superpone con dichas normas; es decir que un Estado solo podrá gravar estos pagos cuando su legislación lo permita y, a la vez, no lo impidan las reglas del CDI. En particular, el artículo 12B.9 del MC ONU (2021) establece dos reglas diferenciadas:

- Los pagos por servicios digitales automatizados se considerarán procedentes de un Estado contratante si el pagador reside en ese Estado, con independencia de que los servicios se presten físicamente allí o no, o de que exista un mercado o grupo de consumidores en ese Estado. El uso del concepto de pagador como fuente de la renta plantea los mismos problemas que en otros preceptos (esto es, la cuestión de si se refiere al pagador o al deudor en sentido estricto), por lo que los Estados que negocien un CDI deben precisar el significado del término en atención a sus normativas internas.

  El uso de este criterio también genera la dificultad de que, si el servicio digital automatizado se presta mediante plataformas digitales de intermediación que cobren a ambas partes de la transacción (comprador y vendedor de un bien, prestador y usuario de un servicio), surgirá la duda acerca de si el Estado desde el que no se genera una corriente de pago también puede o no gravar la renta (el pagador estará pagando la comisión que le corresponde, mientras que el vendedor o prestador normalmente recibirá el precio menos la comisión). En principio, nada impediría que el Estado del vendedor del bien o prestador del servicio grave la parte de la renta vinculada a su territorio (en realidad, el descuento de la comisión del precio entregado será normalmente un pago por compensación entre lo que las partes se deben recíprocamente).

- Como excepción a la regla anterior, cuando una persona, sea residente o no de uno de los Estados contratantes, tenga un EP o base fija en uno de los Estados parte del CDI en conexión con el cual se incurrió en la obligación de pago, y los honorarios por servicios digitales automatizados sean soportados por dicho

> EP o base fija (en virtud del vínculo económico), se considerará que los honorarios proceden del Estado de ubicación del EP o la base fija. En estos casos, la vinculación del pago con el EP o base fija busca situar la fuente del pago en el Estado donde normalmente estos deducirán el pago de los ingresos atribuibles (aunque la no deducción del mismo por cualquier causa [por ejemplo, porque la persona pagadora no tiene obligación de tributar, el pago no es deducible o a determinada persona no se debe aplicar la deducción] no modificará los efectos de esta regla cuando exista un vínculo con el EP o la base fija).

En definitiva, la finalidad de ambas reglas es situar la fuente del pago de honorarios por servicios digitales automatizados (y, en consecuencia, la aplicación del gravamen regulado en el artículo 12B) en el Estado donde, en condiciones normales, se debería producir la deducción del gasto por tales servicios (Estado del pagador o del EP que soporta el pago), aunque hay que recordar que la extensión de la aplicación del artículo a pagos realizados por particulares no determinará que exista, en este caso, un vínculo entre el pago del impuesto que regula el artículo 12B y la deducción en el Estado de la fuente.

La regla de la fuente para aplicar el impuesto en relación con los servicios digitales automatizados difiere de las adoptadas en el contexto de algunos impuestos sobre servicios digitales o incluso del Pilar 1, de manera que la fuente, en el artículo 12B, se sitúa en el Estado del pagador de una renta por la prestación de tales servicios y no donde se encuentra el cliente o usuario. Por esta razón, puede perfectamente ocurrir que el Estado donde, por ejemplo, se encuentran los usuarios de un motor de búsqueda por Internet o de una red social (aunque dicho uso sea gratuito o, más bien, a cambio de datos), y donde se muestra la publicidad relativa a cualquier bien o servicio, no grave ninguna renta derivada de la empresa propietaria del motor de búsqueda y vinculada con la obtención de información sobre los usuarios o la publicidad que se les muestra. Sin embargo, de conformidad con la regla de la fuente del párrafo 9 del artículo 12B del MC ONU (2021), el Estado donde se encuentra la empresa que paga para que su publicidad se muestre a los usuarios de otro Estado sí podrá gravar esos pagos, aunque se trate de un Estado distinto. Lo mismo ocurrirá si el motor de búsqueda recopila datos de usuarios en un Estado A y los vende a una empresa de un Estado B, que paga por ellos una contraprestación económica: mientras que con la regla del párrafo 9 del artículo 12B del MC ONU (2021) el Estado B podría gravar los pagos por la recopilación de datos, el Estado A, donde tales datos se recogen, no tendría derecho a gravarlos. Es decir, que puede producirse una disociación entre el Estado del pagador (que tiene la potestad de gravamen) y el Estado donde se presta el servicio, o se encuentra el usuario o consumidor (en otros casos, el Estado del pagador y el de prestación del servicio pueden ser el mismo).

A efectos de la regla de la fuente del artículo 12B.9 del MC ONU, los Comentarios, en su párrafo 74, aclaran que la provisión gratuita de datos por los usuarios de una red social o un buscador de Internet no puede considerarse como un pago vinculado a la prestación del servicio de uso de la red social o del buscador. Es decir que es posible situar la fuente del pago en el Estado del pagador (o del EP o base fija con el que el pago esté vinculado) del precio (monetario o en especie) por el servicio, sin que el suministro gratuito de datos (o el suministro a cambio del uso del motor de búsqueda o de una red social) pueda confundirse con dicho pago y precio.

La regla positiva de fuente del párrafo 9 del artículo 12B del MC ONU (2021) está sujeta, no obstante, a la regla negativa del párrafo 10 del artículo 12B del MC ONU (2021): no se considera que los pagos por servicios digitales automatizados tienen su fuente en un Estado contratante cuando el pagador es residente de ese Estado y tiene un EP o base fija en otro Estado y los honorarios por dichos servicios sean soportados por tal EP o base fija (podrían considerarse, en principio, pagos deducibles para el EP o base fija). Esta regla pretende excluir el efecto extraterritorial del párrafo 9 artículo 12B del MC ONU (2021) cuando un residente de uno de los Estados contratantes tenga un EP o base fija en otro Estado y los pagos se consideren vinculados con la actividad de dicho EP o base fija. La regla negativa evita que el Estado contratante del pagador (casa central) someta a gravamen el pago y sitúa su fuente en el lugar (Estado contratante) donde se encuentre el EP o base fija.

Ninguno de los dos párrafos que establecen la regla positiva o negativa de la fuente del pago eliminan la doble imposición que puede producirse si el pagador de los honorarios por servicios digitales automatizados tiene un EP en un tercer Estado en el que se vinculan los pagos por estos servicios, o si el Estado del mercado donde efectivamente se prestan los servicios decidiera gravarlos o una parte del beneficio de la operación con otros criterios (por ejemplo, con un ISD o incluso con reglas más similares al Pilar 1).

3.8. El artículo 12B.11 del MC ONU (2021): los pagos por servicios digitales automatizados cuando media una relación especial entre pagador y receptor del pago

Este precepto es prácticamente idéntico al artículo 12.6 del MC ONU y 12.4 del MC OCDE, o al artículo 12A.7 del MC ONU (disposiciones similares pueden encontrarse en el artículo 11.6 del MC OCDE y el MC ONU), y se ocupa de una forma específica de abuso que se produce entre partes vinculadas, consistente en incrementar los importes pagados en concepto de honorarios por la prestación de servicios automáticos digitalizados con el fin de reducir la base imponible de la entidad, EP o base fija pagadora. En estos casos donde se verifican pagos por encima del precio de mercado, entre partes vinculadas y conectados con la existencia de tal vinculación, el artículo 12B.11 del MC ONU solo se aplicará a la parte del pago que esté dentro del límite del precio de mercado (*arm's-length*).

El precepto se aplica a pagos por causa de una "relación especial", que comprende tanto la existente entre partes vinculadas a efectos del artículo 9 del MC ONU como otro tipo de relaciones cualificadas, por ejemplo, entre personas físicas relacionadas por vínculos especiales (como el matrimonio o un vínculo familiar, cuando ambas partes realizan actividades empresariales).

Algunos de estos pagos excesivos podrían caer en el ámbito del artículo 29.9 del MC ONU, aunque normalmente se les aplicarán las reglas sobre operaciones vinculadas y precios de transferencia.

Al igual que ocurría con el artículo 12A.7 del MC ONU (y a diferencia de las disposiciones similares de los artículos 11 y 12 del MC OCDE y el MC ONU), el párrafo 11 del artículo 12B del MC ONU permite la recalificación de la operación y el pago, y no limita la aplicación del artículo 12B del MC ONU al importe de mercado de los servicios digitales automatizados (vid. el párrafo 83 de los Comentarios al artículo 12B del MC ONU). No obstante, la recalificación debería tener como consecuencia la aplicación de otras disposiciones del CDI que resulten procedentes cuando esta determine que la renta tenga otra naturaleza en los pagos realizados entre las partes vinculadas. A estos efectos, en caso de diferencias sobre las disposiciones del CDI que deben aplicarse en el caso de recalificación, deberán considerarse en el seno del procedimiento amistoso del artículo 25 del MC ONU.

4. EL ARTÍCULO 14 DEL MC ONU: LA TRIBUTACIÓN DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES INDEPENDIENTES O POR CUENTA PROPIA

4.1. La función del artículo 14 del MC ONU: objetivos de política fiscal y significado de la cláusula

El artículo 14 del MC ONU ordena el reparto del poder tributario en relación con la renta obtenida por un contribuyente residente en un Estado contratante por la prestación de servicios profesionales independientes en otro Estado, tales como los que se mencionan en su párrafo 2 (v. gr., médicos, abogados, ingenieros, arquitectos, etc.). Esta cláusula del MC ONU no aplica a la renta derivada de actividades industriales, comerciales o empresariales (artículo 7), ni a la renta derivada de un empleo (artículo 15), o a la que obtienen artistas y deportistas (artículo 17) en el territorio del Estado de la fuente.

El MC OCDE no contiene esta cláusula del artículo 14 desde el año 2000, de manera que los CDI que siguen el MC OCDE 2000 y las versiones posteriores (2000-2017) establecen un tratamiento tributario distinto para esta categoría de renta, con lo que se aplica de modo general lo previsto en el artículo 7 del MC OCDE (2000-2017). Tal cambio obligó también a modificar las definiciones del artículo 3.1 del MC OCDE, de manera que ahora el concepto de "empresa" incluye la prestación de servicios profesionales (artículo 3.1.h del MC OCDE).

La supresión del artículo 14 del MC OCDE respondió a que esta cláusula terminaba operando de forma equivalente (o solapándose) con la del artículo 7 del MC OCDE, a pesar de utilizar una terminología distinta, lo que generaba cierta confusión a nivel interpretativo y práctico. En particular, el concepto de "base fija" del artículo 14 del MC OCDE y el MC ONU no coincidía con la noción de establecimiento permanente del artículo 5 del MC OCDE, si bien en la práctica tal concepto se asimilaba a la existencia de un EP y, por consiguiente, se le aplicaban las reglas de tributación recogidas en el artículo 7.[163]

En este mismo orden de cosas, cabe destacar cómo la omisión en un CDI de la cláusula del artículo 14 del MC OCDE (que seguía los modelos de 1963-1997) o del MC ONU posee efectos sobre la aplicación de otras cláusulas convencionales, dado que esto requiere modificar una serie de disposiciones concordantes que toman en consideración su existencia en los correspondientes modelos de convenio que se hubieran seguido para su negociación (párrafo 47).

163 Algunos CDI –por ejemplo, el convenio entre México y España (Protocolo 2015)– contienen una cláusula (artículo 1.2) con arreglo a la cual "se entiende que una base fija será tratada de conformidad con los principios que se aplican a los establecimientos permanentes".

El MC ONU (2021) sigue conservando la cláusula del artículo 14, la cual se considera que aplica a situaciones donde la renta derivada de servicios profesionales es obtenida por personas físicas en lugar de empresas (artículo 7); la práctica convencional de los países emergentes y en desarrollo revela una amplia utilización del artículo 14 del MC ONU. Otros Estados miembros de la OCDE (como España) también continúan haciendo uso, aunque cada vez más limitado, de esta cláusula en algunos de sus CDI más modernos.

4.2. El artículo 14 del MC ONU como expresión del derecho de gravamen del Estado de la fuente de la renta derivada de servicios prestados por personas físicas

El artículo 14 del MC ONU otorga poderes de gravamen al Estado de la fuente de la renta derivada de la prestación de servicios en su territorio por parte de personas físicas residentes de otro Estado contratante. La distribución del poder tributario establecida a través de esta cláusula va más allá de lo dispuesto en los artículos 5 y 7 del MC OCDE, en la medida en que permite la tributación en la fuente de la renta derivada de la prestación de servicios profesionales por personas físicas en casos donde no media un establecimiento permanente en el otro Estado contratante. En otras palabras, el artículo 14 del MC ONU asigna al Estado de la fuente poder de imposición sobre la renta derivada de actividades profesionales realizadas en su territorio, en términos más amplios que el MC OCDE, cuando menos en los casos en que un CDI que siga este último modelo no incorpore la cláusula de "establecimiento permanente de servicios" (comentada en este Manual al hilo del artículo 5 del MC OCDE y el MC ONU).

Con todo, lo cierto es que el artículo 14.1 del MC ONU parte de la potestad exclusiva de gravamen del Estado de residencia del contribuyente sobre la renta derivada de actividades profesionales obtenida por personas físicas, salvo cuando tal renta se obtenga en el territorio del otro Estado a través de una base fija, o cuando el profesional haya permanecido en el territorio del otro Estado durante un lapso superior a 183 días en cualquier período de 12 meses que se inicie o termine en el año fiscal de que se trate. En estos casos, el Estado de la fuente solo podrá gravar la renta derivada o imputable a las actividades desempeñadas en su territorio. Normalmente la tributación en la fuente se calculará sobre una base neta, aunque no se trata de una cuestión cerrada a nivel convencional.[164]

164 La mayoría de los países aplica la regla de la tributación neta en el Estado de prestación de los servicios. No obstante, se recomienda que, en caso de existir dudas, estas se resuelvan durante las negociaciones del CDI y la posición acordada se refleje en el CDI o en un MAP interpretativo (párrafo 481 del manual de negociación de convenios de Naciones Unidas de 2019.

El MC ONU de 1980 contemplaba un tercer supuesto que autorizaba al Estado de la fuente a gravar esta categoría de renta cuando se superaba un determinado umbral cuantitativo en relación con la remuneración, pero en el año 1999 el Grupo de Expertos de las Naciones Unidas consideró que debía ser eliminada considerando su escaso uso en la práctica convencional, así como su capacidad de limitar la importación de servicios (párrafo 8 de los Comentarios al artículo 14 del MC ONU).

A los efectos de la aplicación del artículo 14.1.a, se ha planteado la cuestión del alcance de la expresión "base fija", de suerte que esta se viene entendiendo en sentido equivalente a un "lugar fijo de negocios" (artículo 5.1); de esta manera, el umbral de tributación en la fuente del artículo 14 sería similar al que establecen los artículos 5 y 7 del MC ONU (vid. el párrafo 477 del manual de negociación de convenios de Naciones Unidas de 2019. Huelga decir que el poder de gravamen asignado al Estado de ubicación de la base fija queda limitado a la renta imputable a esta última.

El segundo presupuesto que permite la tributación en la fuente sobre determinada porción de renta derivada de la prestación de servicios profesionales en el territorio del Estado de la fuente (artículo 14.1.b del MC ONU) consiste en una regla de permanencia temporal del profesional (persona física) en el territorio donde se realiza la prestación de servicios transfronteriza: el umbral de presencia física temporal que habilita tal tributación en la fuente está sujeto a la regla que exige una presencia agregada de 183 días en el territorio del país donde se realiza la referida actividad, en términos similares a los que se utilizan en el artículo 15.2.b del MC ONU.

La fórmula empleada en el MC ONU para computar los 183 días en cualquier período de 12 meses que comience o termine en un año fiscal permite al Estado de la fuente conservar su poder tributario sobre esta categoría de renta en supuestos donde el profesional tiene presencia en el otro Estado durante meses que forman parte de dos períodos impositivos.

El párrafo 2 del artículo 14 del MC ONU contiene una definición genérica de servicios profesionales e incluye una lista ilustrativa y abierta de actividades independientes. Esta lista, que no es exhaustiva, comprende la prestación de servicios independientes (por cuenta propia) de carácter científico, literario, artístico o educativo, así como los servicios profesionales realizados por abogados o médicos. Cabría puntualizar, no obstante, que la renta obtenida por un artista o deportista que resulta comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 17 del MC ONU quedaría extramuros del artículo 14, considerando las reglas de prioridad recogidas en el primero.

Asimismo, en el marco del MC ONU, la existencia de la cláusula del artículo 12A (tributación en la fuente de la renta derivada de la prestación personal de servicios técnicos) plantea, como se dijo, la cuestión de la interrelación con lo establecido en el artículo 14. A este respecto, se considera que la concurrencia de los condicionantes

del artículo 14.1 determinan la aplicación de esta disposición, en tanto que allí donde esto no ocurre (v. gr., no media una base fija) aplicaría la cláusula del artículo 12A.

La misma cuestión aparece en relación con el artículo 12B del MC ONU, en situaciones donde el contribuyente profesional presta servicios independientes que pueden calificarse como "servicios digitales automatizados" en el sentido del apartado 5 del referido precepto. En casos donde tales servicios se prestasen a través de una base fija situada en el otro Estado contratante, resultaría de aplicación el artículo 14.1 del MC ONU; por el contrario, en situaciones donde no mediase tal base fija, lo haría la cláusula del artículo 12B del MC ONU.

5. ALGUNOS PROYECTOS DE INTERÉS EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS EN EL CONTEXTO DEL MC ONU: LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS SOBRE IMPOSICIÓN

Si bien el examen y análisis de los proyectos en curso de las diversas organizaciones internacionales no constituye el propósito de este Manual, se considera relevante mencionar que, en la actualidad, el Grupo de Expertos de las Naciones Unidas se encuentra estudiando la posibilidad de refundir el artículo 5.3.b (EP de servicios), el artículo 12A (servicios técnicos) y el artículo 14 (servicios independientes) del MC ONU en un único precepto, de manera de simplificar el gravamen de los servicios y eliminar las diferencias (por ejemplo, de umbrales) que no tienen demasiado sentido (el proyecto también plantea opciones alternativas).[165] Ahora bien, es importante tener en cuenta que a pesar de que la modalidad propuesta permitiría simplificar la aplicación de los CDI, esta no alcanza para eliminar muchas de las asimetrías que existen con el artículo 12 (cánones) o el artículo 12B (servicios digitales automatizados) del MC ONU, probablemente por no existir consenso sobre la inclusión de tales preceptos en esta modificación del MC ONU, puesto que en ese caso constituiría una reforma más amplia y ambiciosa (nada impide, sin embargo, que la mencionada simplificación abarque también a estos preceptos).

165 Para más información, vid.: B. Arnold. Reform Proposal with Respect to the Taxation of Business Profits from Services Under the UN Model Convention, Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, *Taxation Issues Related to the Digitalized and Globalized Economy*, Twenty-seventh session (21 septiembre de 2023). Ginebra: UN Tax Committee; 2023, disponible en: https://financing.desa.un.org/sites/default/files/2023-10/CRP.40%20Combined%20Final.pdf.

Capítulo 9.

El artículo 8 del MC OCDE y el MC ONU: navegación marítima y aérea internacional

1. LA FUNCIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL MC OCDE Y EL MC ONU RELATIVO A LAS EMPRESAS DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA Y AÉREA INTERNACIONAL

La finalidad de este precepto es que las empresas de transporte marítimo y aéreo internacional solo deban tributar en el Estado de la sede de la dirección efectiva o residencia de la entidad, en función de que el convenio para la eliminación de la doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI) siga versiones anteriores, o el modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) 2017 o el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) 2017 en relación con los beneficios derivados de la actividad de transporte internacional. Este precepto refleja la necesidad de simplificar la tributación de estas compañías, una aspiración tradicional de este sector y sus asociaciones,[166] así como de las administraciones tributarias, ya que estas empresas operan simultáneamente en muchos Estados, lo cual puede generar múltiples imposiciones.

El artículo 8 del MC OCDE supone una excepción al principio del establecimiento permanente (EP) del artículo 5 y, en consecuencia, también al artículo 7 del MC OCDE, y a la regla de tributación de los beneficios empresariales en el Estado de residencia salvo que exista un EP en el Estado de la fuente. Es decir que el artículo 8 del MC OCDE atribuye jurisdicción tributaria al Estado de residencia de la entidad, incluso en relación con los beneficios imputables a un EP que esta pudiera tener en el otro Estado contratante.

166 Para más información, vid.: IATA, *Guidelines for Taxation of International Air Transport Companies*, Ginebra: IATA; 2015, disponible en: https://www.iata.org/contentassets/a72d8d3cfaf84529bcdef6b2dc59f224/taxation_intl_air_transport20profits_final.pdf. Tales directrices establecen reglas específicas tanto en ausencia como en presencia de un CDI. Por ejemplo, en ausencia de CDI, las *Directrices* sugieren que se empleen los métodos de reparto proporcional para distribuir beneficios entre un EP y su casa central.

El precepto se aplica a los beneficios derivados de la explotación de los barcos y aviones en el "tráfico internacional." Esta expresión se define en el artículo 3.1.e del MC OCDE (artículo 3.1.d del MC ONU) y comprende cualquier transporte en avión o barco, si bien específicamente excluye el transporte interno entre dos puntos de un Estado contratante realizado por una empresa residente del otro Estado. Tal definición tiene la peculiaridad –aunque no afecta directamente a la aplicación del artículo 8– de que también cubre el transporte internacional realizado por empresas de terceros Estados, lo cual resulta relevante a efectos del artículo 15.3 del MC OCDE.

El concepto de tráfico internacional marca, en consecuencia, el ámbito objetivo del artículo 8, que no se aplicará a las rentas que carezcan de esta naturaleza o a las derivadas del empleo de otros medios de transporte distintos de los barcos o aviones. A las rentas no incluidas se les debe aplicar el resto de las disposiciones del CDI (por ejemplo, el artículo 7 del MC OCDE, en relación con el artículo 5 del mismo cuerpo, para los casos en que se posea un EP destinado a gestionar vuelos nacionales en el otro Estado o que se presten servicios no incluidos en el ámbito del artículo 8). Algunos Estados suelen expandir el ámbito de aplicación del artículo 8 al transporte internacional por carretera o al transporte ferroviario, fluvial o lacustre interior, en cuyo caso deberán realizarse las correspondientes modificaciones en la definición transporte internacional del artículo 3.1.e del MC OCDE.

El artículo 8 del MC OCDE y el MC ONU fue modificado en 2017 a fin de reflejar la realidad de la red internacional de CDI de manera más fidedigna:

- Mientras que el artículo 8 de ambos modelos de convenio, en sus versiones anteriores a 2017, asignaba jurisdicción tributaria exclusiva al Estado de la sede de la dirección efectiva de la entidad que realiza la actividad cubierta, las versiones posteriores le otorgan tal jurisdicción al Estado de residencia de la entidad. Por esta razón es muy posible encontrar CDI que en su artículo 8 se refieran a "sede de dirección efectiva" y no a "residencia", especialmente cuando se hayan negociado antes de 2017. Para aquellos Estados que prefieran emplear la antigua redacción, los Comentarios al artículo 8 del MC OCDE, párrafo 2, contienen una disposición alternativa que sigue la versión anteriormente vigente y otra complementaria para los supuestos en que la sede de la dirección efectiva pueda encontrarse a bordo de un barco.

- Se eliminó el párrafo 2 del artículo 8, acerca de los beneficios procedentes de la explotación de embarcaciones dedicadas al transporte por aguas interiores, ya que no se trata de una disposición que afecte con carácter general a los Estados (salvo a aquellos que compartan cauces de ríos o lagos) y no es muy usada en la práctica internacional. Tales beneficios, en consecuencia, caerán en el ámbito de aplicación del artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU. Los párrafos

15 y ss. de los Comentarios al artículo 8 del MC OCDE contienen una disposición alternativa para los Estados que deseen regular esta cuestión.

En este campo, es preciso poner de manifiesto que algunos Estados regulan, en su normativa interna, exenciones (con un ámbito de aplicación variable, en función de la legislación) que pueden producir un efecto similar al artículo 8, o suscriben acuerdos o tratados internacionales específicos que se aplican a las empresas de navegación aérea o marítima, o a ambas, y que, si son anteriores, por lo general resultarán derogados por los CDI posteriores que contengan una disposición de este tipo.

El artículo 8 debe conectarse con el artículo 6 (que excluye los barcos y aeronaves del concepto de propiedad inmobiliaria) o el artículo 13.3 del MC OCDE y el MC ONU (que aplica la misma regla que el artículo 8 [tributación en el Estado de residencia], a las enajenaciones de barcos o aeronaves, y a los bienes y derechos a estos vinculados).

2. EL ARTÍCULO 8.1 DEL MC OCDE: RENTAS Y EMPRESAS A LAS QUE SE APLICA

El artículo 8.1 del MC OCDE establece la regla fundamental, en el sentido de que los beneficios de una empresa de un Estado contratante, derivados de la utilización de barcos o aviones en el tráfico internacional, pueden gravarse únicamente en el Estado de residencia.

Los Comentarios al artículo 8.1 del MC OCDE aclaran tres cuestiones:

» **Rentas cubiertas por el artículo 8 del MC OCDE:** Las rentas de las empresas de navegación internacional cubiertas por el artículo 8 del MC OCDE son aquellas que derivan del ejercicio de dicha actividad, las que están directamente conectadas con la actividad de transporte internacional por barco o avión, y las consideradas como auxiliares o accesorias a dichas actividades. Mientras que la primera categoría está clara (rentas derivadas del ejercicio de la actividad internacional de transporte de pasajeros o carga en avión o en barco, con independencia de que los barcos sean o no propiedad de la empresa), las otras dos pueden generar más dudas. Por esta razón, los Comentarios al artículo 8 del MC OCDE, párrafos 4.1 y ss., definen estas dos categorías y brindan ejemplos ilustrativos acerca de a qué tipo de rentas se puede aplicar el precepto por existir una conexión directa con la actividad o tratarse de rentas auxiliares. Los Comentarios amplían notablemente el ámbito de aplicación de esta norma; de hecho, algunos Estados no la aplican a algunas de estas actividades por considerarlas excluidas de su ámbito objetivo y estar en desacuerdo con los Comentarios. Particular relevancia reviste el caso de las rentas derivadas del alquiler de aviones o barcos que, cuando se producen sobre la base de contratos de fletamento (*charter*) completamente equipados, con la tripulación y el carácter de prestación de un servicio al arrendatario, y sin control del avión o barco por parte de este último, caerán en el ámbito del artículo 8. Sin embargo, si se trata de arrendamientos "a casco desnudo" se aplicaría el artículo 7 del MC OCDE; si el CDI sigue el artículo 12 del MC ONU, se tratará de arrendamiento de equipos industriales, comerciales y científicos que generan cánones, excepto cuando se trate de actividades auxiliares de la empresa a que se aplica el artículo 8 del MC OCDE.

» **Embarcaciones a las que se aplica el precepto:** Con respecto al concepto de barcos, el párrafo 17 de los Comentarios al artículo 8 precisa que el término se usa en sentido amplio, como comprensivo de cualquier embarcación (pequeña o grande) empleada para la navegación en el agua. Claro está que el artículo 8 no se aplica a las rentas derivadas de la utilización de barcos que, en principio,

no sean aptos para el transporte en alta mar (como los barcos pesqueros o de drenaje, o los que se utilizan como grúa o para investigación), si bien los Estados pueden estipular en sus CDI que se extienda el ámbito de aplicación del precepto a este otro tipo de actividades. Aunque los Comentarios no indican nada con respecto al concepto de aeronave, resulta lógico aplicar el mismo enfoque, de manera que también los helicópteros, drones y globos aerostáticos, entre otros, que permitan transportar personas o carga resulten comprendidos en el precepto.

» **Aplicación del artículo 8 del MC OCDE a empresas no dedicadas a la navegación marítima o internacional:** Por otra parte, de la redacción del artículo 8 se deriva que este no se aplica solo a las empresas que exclusivamente se dedican al transporte internacional de carga o pasajeros de un Estado a otro, sino también a otro tipo de empresas (es decir, con un objeto social distinto) que realicen esta actividad. A estos efectos, los Comentarios al artículo 8, párrafos 19 a 22, indican cómo aplicar dicho precepto a las empresas que, por su propia actividad, realizan tareas de transporte internacional (por ejemplo, compañías petroleras u otras dedicadas a las materias primas).

3. EL ARTÍCULO 8.2 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: LA COLABORACIÓN ENTRE EMPRESAS CON ACTIVIDAD DE NAVEGACIÓN AÉREA Y MARÍTIMA INTERNACIONAL

El artículo 8.2 del MC OCDE extiende los beneficios del artículo 8.1 a los "procedentes de la participación en un *pool*, en una explotación en común o en un organismo de explotación internacional." Esta disposición tiene naturaleza aclaratoria y simplemente precisa que el artículo 8.1 también se aplica a las distintas fórmulas de colaboración y reparto de resultados en el sector de la navegación aérea y marítima. Lógicamente, este precepto está vinculado a la proporción de beneficios que corresponde a cada empresa partícipe, aspecto que, como indican los párrafos 23 a 24 de los Comentarios al artículo 8.2 del MC OCDE, los Estados pueden aclarar añadiendo una precisión específica en los CDI.

4. EL ARTÍCULO 8 DEL MC ONU: VARIACIONES CON RESPECTO AL ARTÍCULO 8 DEL MC OCDE

El artículo 8 del MC ONU recoge dos versiones de este precepto. El artículo 8A es idéntico al artículo 8 del MC OCDE, aunque debe tomarse en consideración que las relaciones de este precepto con otros artículos del MC ONU plantean algunas singularidades, ya que el artículo 8A del MC ONU se aplicará con prioridad al artículo 12A o B del MC ONU y, en el caso del artículo 12 del MC ONU, los arrendamientos a casco desnudo de aviones o barcos caen en el ámbito de este último (vid. el capítulo relativo al artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU).

Por su parte, el artículo 8B del MC ONU, poco usado en la práctica (probablemente, por las dificultades administrativas que entraña para los Estados contratantes), permite al Estado de la fuente gravar los beneficios de las empresas de navegación marítima en ciertas circunstancias (casos de "actividades más que ocasionales") y en las condiciones que acuerden los Estados contratantes (reparto proporcional adecuado con ciertas reducciones). Las empresas de navegación aérea estarían sujetas a las mismas reglas que con el artículo 8A (tributación exclusiva en residencia), lo que significa que en el artículo 8B son tratadas de forma distinta que las empresas de navegación marítima internacional. Tal distinción entre empresas de navegación aérea y empresas de navegación marítima en la opción B no parece tener un fundamento sólido, aunque muy probablemente responda al hecho de que estas últimas, por su menor regulación, tienen una mayor movilidad que las primeras y pueden establecerse con más facilidad en jurisdicciones de conveniencia o beneficiarse de regímenes especiales (los llamados *tonnage taxes*). Resulta evidente que, en caso de aplicarse la opción B, las mismas disposiciones que diferencian entre empresas de navegación aérea y marítima se aplicarían a las distintas formas de colaboración de empresas de transporte aéreo y navegación marítima internacionales, de manera que las primeras solo serían gravadas en el Estado de residencia y las segundas tendrían una tributación compartida entre ambos Estados, siempre que se verifiquen las condiciones indicadas (vid. el artículo 8B.3 del MC ONU).

Capítulo 10.
El artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU: empresas asociadas

1. LA FUNCIÓN DEL ARTÍCULO 9 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

El artículo 9 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) y el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) recoge el denominado "principio de imposición a precios de mercado" (*arm's-length*) en las relaciones entre empresas "asociadas" de un mismo grupo ("precios de transferencia"). Este precepto tiene una función doble: por un lado, sirve como regla de distribución de la jurisdicción tributaria (cada Estado puede gravar los beneficios empresariales en su territorio por el importe determinado), y, por el otro, funciona como norma antielusión, al atribuir al Estado de residencia de una empresa –con respecto a las relaciones de esta última con otras empresas asociadas del otro Estado contratante– la renta que le correspondería si ambas empresas estuvieran relacionándose como partes independientes (principio de plena competencia) no solo en relación con la valoración de las operaciones sino también por la posibilidad de desconocerlas o recalificarlas.[167] Además, el artículo 9 es una de las pocas disposiciones de los convenios para la eliminación de la doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI) que tiene una función de eliminación de la doble imposición económica.

En puridad, el artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU simplemente regula la posibilidad de que uno de los Estados contratantes realice un ajuste (primario) que incremente los beneficios atribuibles a una empresa cuando, como resultado de condiciones que no sean de mercado, los beneficios atribuidos a esa empresa sean inferiores a los que resultarían de relaciones entre partes independientes. Es importante precisar que la razón que motive el ajuste primario no debe ser otra que adecuar los beneficios de la empresa asociada a las condiciones normales de mercado,

167 Originariamente, el artículo 9 tenía una función de distribución de la jurisdicción tributaria. La evolución de las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias* y de la legislación de algunos Estados (por ejemplo, España), que determina la posibilidad de recalificar operaciones y no solo de valorarlas, ha contribuido a acercar estas normas a las tradicionales herramientas de lucha contra el abuso del derecho o incluso de lucha contra el fraude.

es decir que no es necesario que existan operaciones elusivas o abusivas, sino que alcanza con que los beneficios declarados no se ajusten al principio de imposición a precios de mercado.

Con el fin de eliminar la doble imposición económica que se podría producir, el artículo 9.2 del MC OCDE y el MC ONU permite (no obliga) que el otro Estado contratante elimine la doble imposición económica que provocaría el ajuste primario. Tal eliminación se realizará a través de un nuevo ajuste (correlativo) en la otra empresa a la que se atribuyó la renta como consecuencia del ajuste primario.

No obstante, para resultar operativo, el artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU depende de los siguientes elementos:

1. **Su desarrollo a través de otros documentos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y Naciones Unidas:** La determinación de los precios de transferencia entre empresas asociadas es mucho más compleja de lo que la redacción del artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU o sus Comentarios pueden reflejar y, si actualmente no se encontrase en desarrollo, daría lugar a muy diversas manifestaciones, interpretaciones o aplicaciones del principio de imposición a precios de mercado en los diversos países o entre los Estados contratantes. Por esta razón, la OCDE, desde 1979, viene desarrollando progresivamente las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias* ("las *Directrices* de la OCDE"),[168] que fueron revisadas, principalmente, en 1995, 2010 y 2022. Las Directrices, con vocación de aplicación dinámica, explican y desgranan la aplicación del principio de imposición a precios de mercado con el propósito de crear un estándar internacionalmente aceptado; por esa razón, constituyen un complemento necesario del artículo 9. A efectos interpretativos, las Directrices plantean idénticas dificultades que los Comentarios al MC OCDE y al MC ONU a la hora de determinar su eficacia. Su impacto en los distintos Estados puede transcender más allá de los CDI y adquirir efectos relevantes, con carácter general, a la hora de interpretar la legislación interna en materia de operaciones vinculadas y precios de transferencia. Asimismo, cuando en los distintos CDI se aplique el artículo relativo a empresas asociadas, las *Directrices* representarán un punto de referencia inexcusable, como reconocen los Comentarios al artículo 9 del MC OCDE (párrafo 1) y el MC ONU (párrafos 3 y 4). Para países en desarrollo también tiene una gran relevancia el *Manual práctico de Naciones Unidas sobre precios de transferencia*

168 Para acceder a las directrices, visítese el siguiente enlace: https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm.

para países en desarrollo, cuya última edición es de 2021,[169] que busca coincidir con las *Directrices* de la OCDE (párrafo 4 de los Comentarios al artículo 9 del MC ONU), aunque también subraya ciertas peculiaridades de la práctica de algunos de estos países con relación a las *Directrices*.

2. **La regulación de las operaciones vinculadas y la determinación del precio de mercado en los CDI está directamente vinculada con la legislación interna de los Estados contratantes (el artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU requiere normas internas para ser operativo):** El artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU "habilita" la actuación de las administraciones tributarias de una determinada forma (ajuste primario y correlativo), para lo cual la administración debe contar con una legislación interna que regule la manera de realizar el ajuste en términos de procedimiento, metodología, y ámbito subjetivo y objetivo de la norma, siempre dentro del límite que pueda representar el CDI. En este sentido, el artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU no otorga a la administración tributaria potestades habilitantes que esta no tenga en su legislación interna, ni puede servir como fundamento autónomo para realizar ajustes a las empresas asociadas más allá de la regulación interna (si bien puede modular o corregir dicha regulación). En particular, si la norma interna de los Estados contratantes no permite a la administración tributaria más que realizar valoraciones de las operaciones vinculadas entre empresas asociadas, sin disponer de facultad para recalificarlas (como sugieren las *Directrices* de la OCDE), el CDI no podrá habilitar a la administración tributaria a "desconocer" su propia normativa interna (la cual, por ejemplo, podría establecer procedimientos o normas especiales para la recalificación de operaciones o su declaración como simuladas).[170] Sin embargo, esta interpretación, plenamente aplicable con respecto al artículo 9.1, debe matizarse con respecto al artículo 9.2, que admite la posibilidad de fundar el ajuste correlativo que debe seguir al primario exclusivamente en este precepto (como indican los Comentarios al artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU, incluso se admite que tales ajustes se realicen en CDI que solo contienen el artículo 9.1, aunque, en este caso, en el seno del procedimiento amistoso que regulan).

169 Para acceder al manual, visítese el siguiente enlace: https://desapublications.un.org/publications/united-nations-model-double-taxation-convention-between-developed-and-developing-0.

170 La jurisprudencia española así lo ha concluido, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Supremo que admitieron regularizaciones basadas en el artículo 9 de los CDI (del 18 de julio de 2012, rec. 3779/2009; 5 de noviembre de 2020, rec. 3000/2018), reclamando la aplicación conjunta de las normas de recalificación, fraude de ley o simulación para recalificar operaciones realizadas entre empresas vinculadas. Se trata de sentencias referidas a legislación interna española en vigor hasta 2014, ya que, desde 2015, la normativa local en materia de operaciones vinculadas admite la posibilidad de que la administración tributaria recalifique operaciones entre partes vinculadas sobre la base de la norma de operaciones vinculadas (artículo 18.10 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades), y sin acudir a normas generales antiabuso o de simulación, una posibilidad que antes no existía.

Por último, el artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU no regula los llamados ajustes secundarios, que implican una recaracterización (por ejemplo, como aportaciones de capital, dividendos o préstamos) de los fondos o rentas trasvasados entre empresas asociadas como consecuencia del ajuste primario y correlativo. En otras palabras, el artículo 9 ni prohíbe ni permite estos ajustes (párrafos 8 y 9 de los Comentarios al artículo 9 del MC OCDE). Por último, es conveniente aclarar que no todas las jurisdicciones realizan ajustes secundarios, pues algunos casos plantean problemas serios a la hora de determinar la transacción correctamente realizada y pueden generar una doble imposición económica o, incluso, jurídica, que será difícil corregir (por esa razón algunos Estados permiten la repatriación de fondos, cuando estos quedan en la jurisdicción "equivocada" como consecuencia de ajustes primarios y correlativos).[171]

171 Sobre la problemática de los ajustes secundarios y las repatriaciones, vid. los párrafos 4.68 a 4.78 de las *Directrices* de la OCDE.

2. EL ARTÍCULO 9.1 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: AJUSTES PRIMARIOS EN LAS OPERACIONES ENTRE EMPRESAS ASOCIADAS

El artículo 9.1 del MC OCDE y el MC ONU permite a las autoridades de uno de los Estados contratantes, a través de un ajuste primario, corregir los beneficios atribuidos entre empresas vinculadas cuando, en virtud de dicha relación, la atribución se haya apartado del principio de imposición a precios de mercado.

Se exigen, en consecuencia, varias condiciones para aplicar este precepto:

» **La condición de "empresa":** La definición de este término se realiza en el artículo 3.1.d del MC OCDE (en el MC ONU hay ciertas particularidades debido a la inclusión del artículo 14 del mismo cuerpo), si bien en principio este concepto se encuentra relacionado con el desarrollo de actividades de carácter empresarial o, lo que es lo mismo, actividades independientes (con asunción de los riesgos de la actividad), incluyendo las prestaciones de servicios. En conexión con diferentes normas, como los artículos 11.4 y 12.4 del MC OCDE, podría interpretarse que el ajuste primario también puede afectar a otras rentas (las mal llamadas "pasivas" [aunque nada tienen de ello], como los intereses recibidos por un banco o los cánones que percibe una empresa por ciertos conceptos incluidos en estos preceptos).

» **La condición de "empresas asociadas":** El concepto de "empresas asociadas" se encuentra determinado por dos circunstancias definidas de forma muy amplia: (1) la participación (sin importar en qué porcentaje) directa o indirecta de una empresa en la gestión, el control o el capital de otra empresa del otro Estado contratante, y (2) el hecho de que las mismas personas participen (de nuevo, sin importar en qué porcentaje) directa o indirectamente en la gestión, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y una empresa del otro Estado contratante.

  El artículo no define con precisión el concepto de "empresas asociadas", más allá de las dos circunstancias genéricas citadas, precisamente porque su voluntad es admitir, en el contexto del CDI, las diferentes definiciones de la relación de vinculación que los Estados contratantes puedan hacer en su normativa interna. En cualquier caso, este concepto es distinto de otros similares empleados en el MC OCDE y el MC ONU (por ejemplo, las empresas "estrechamente relacionadas" del artículo 5.8 o la "relación especial" de los artículos 11.4 y 12.4 del MC OCDE, y de disposiciones análogas del MC ONU).

  Resulta llamativo que el concepto de empresas asociadas requiera que estas sean residentes de uno y otro Estado contratante, de manera que el artículo no

aplicaría cuando las operaciones a precios que no se ajusten a los de mercado se desarrollen entre dos no residentes, aunque tengan repercusión en el Estado que realizaría el ajuste y donde se sitúa la fuente de la renta (por ejemplo, tal sería el caso si dos empresas vinculadas no residentes, en una misma operación o contrato con un residente del Estado de la fuente, distribuyen los pagos que reciben de forma no ajustada a mercado para evitar retenciones). En estos casos, los mismos principios del artículo 9 del MC OCDE podrían aplicarse recurriendo a las disposiciones sobre relaciones especiales de los artículos 11 y 12 del MC OCDE, al artículo 7 (operaciones entre establecimientos permanentes [EP]), a las reglas internas de calificación y valoración de las rentas, o, incluso, al procedimiento amistoso, cuando procediera.

» **La existencia, en las relaciones, de condiciones que difieran de las normales entre partes independientes:** El presupuesto de aplicación del artículo 9.1 es la existencia de relaciones y condiciones en las operaciones realizadas entre empresas asociadas que difieran de las previstas entre partes independientes, esto es, que tales condiciones no se ajusten al principio de imposición a precios de mercado (*arm's-lenght*). No es preciso que se produzca un resultado elusivo o fraudulento, sino que basta, para este fin, con que las condiciones impuestas difieran de las que gobernarían una relación entre partes independientes.

Ni el precepto ni los Comentarios se refieren al procedimiento para realizar el ajuste o la metodología de valoración, cuestiones sobre las que las *Directrices* de la OCDE son, indudablemente, el punto de referencia, aunque su aplicación podría estar condicionada por la legislación interna. El precepto tampoco limita otras consecuencias o requisitos que pueda establecer la normativa interna y que resulten aplicables a las relaciones en partes vinculadas (por ejemplo, en materia de normas antiabuso, presunciones o ficciones). Por otra parte, la aplicación del artículo 1.3 (*saving clause*) en relación con el artículo 9 permite que el Estado que realiza un ajuste pueda exigir ciertas condiciones especiales en materia de precios de transferencia (por ejemplo, acerca de la documentación o la inversión de la carga de la prueba), siempre y cuando se respeten los límites del artículo 24 del MC OCDE, que, entre otros aspectos, puede condicionar la aplicación de la normativa en materia de subcapitalización, cuando esta no se ajuste al principio de imposición a precios de mercado. No obstante, en relación con la interacción entre el mencionado artículo 9.1 y el 24 del MC OCDE (acerca de la normativa sobre precios de transferencia), también debe considerarse que es difícil que la imposición de condiciones especiales para las operaciones vinculadas (como la prueba o la documentación) pueda estar limitada por el artículo 24 del MC OCDE o del MC ONU y su clausulado.

3. EL ARTÍCULO 9.2 DEL MC OCDE Y EL MC ONU, Y EL ARTÍCULO 17 DE LA MLI: EL AJUSTE CORRELATIVO PARA LAS OTRAS PARTES DE LA OPERACIÓN VINCULADA

El artículo 9.2 del MC OCDE y el MC ONU, o el artículo 17 de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI, por su sigla en inglés), se ocupa de las consecuencias que puede tener un ajuste primario realizado por uno de los Estados contratantes (el llamado "ajuste correlativo"). Cuando uno de los Estados realiza un ajuste primario relativo a una de las empresas asociadas para adaptar sus beneficios a las condiciones del principio de imposición a precios de mercado, el otro Estado contratante debe realizar el correspondiente ajuste en los beneficios de la otra empresa, de manera que se evite la doble imposición económica.

Normalmente, tales ajustes se realizarán en el contexto del procedimiento amistoso, que regula el artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU, razón por la cual los Comentarios de este precepto admiten que el ajuste se realice incluso en CDI que no contengan el equivalente al artículo 9.2 del MC OCDE y el MC ONU. Sin embargo, la inclusión del artículo 9.2 permite que los Estados realicen tales ajustes correlativos al margen del procedimiento amistoso y de manera unilateral, cuando consideren que se encuentre justificado. Esta es también la razón que llevó a que en la Acción 14 del Plan BEP[172] se recomiende, como buena práctica, la inclusión del artículo 9.2 en los CDI que no lo tengan, y a que en el artículo 17 de la MLI se regule la posibilidad de incluirlo en CDI anteriores que no lo hubieran hecho, ya que ante su ausencia no será posible normalmente efectuar ajustes correlativos unilaterales cuando se considere justificado, sino que estos deberán realizarse en el contexto del procedimiento amistoso (bilateral).

El ajuste que regula el artículo 9.2 no es automático, sino que solo debe realizarse cuando el Estado que debe aplicarlo considera que la corrección efectuada por el otro Estado (el ajuste primario) se ha hecho de manera conforme con el principio de imposición a precios de mercado, o, en otras palabras, cuando el ajuste primario se encuentre justificado "en principio y por lo que respecta a la cantidad".[173]

Desde 2017, los Comentarios al artículo 9.2 del MC OCDE mencionan que este párrafo también se aplica en los casos en los que es el contribuyente (una de las

172 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) y G20. *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, BEPS Action 14: 2015 Final Report*. París: OCDE; 2015.

173 Esto es, responde al principio de imposición a precios de mercado desde una perspectiva conceptual y aplicativa de este criterio, y se realiza mediante una metodología y un procedimiento que conducen a un resultado de esta naturaleza.

empresas asociadas) quien realiza el ajuste primario (*self-initiated adjustment*) en el Estado de residencia de la entidad, y se vuelve preciso efectuar un ajuste correlativo en el otro Estado, donde la autoridad competente podrá admitir dicho ajuste primario si lo considera justificado. Se trata, no obstante, de un supuesto que puede determinar el inicio del procedimiento amistoso del artículo 25 del MC OCDE para comprobar si el ajuste realizado por el contribuyente efectivamente cumple con el principio de imposición a precios de mercado y si el otro Estado debe aplicar el artículo 9.2 del MC OCDE (aunque para algunos Estados no es posible iniciar el procedimiento amistoso con ajustes realizados por el propio contribuyente, ya que consideran necesaria la existencia de una liquidación administrativa que redetermine el impuesto pagado).

Hay que recordar que la metodología de elaboración del ajuste (recalculo de la base imponible de la otra empresa afectada o posibilidad de eliminar la doble imposición de acuerdo con el artículo 23 del MC OCDE y el MC ONU) no se encuentra regulada en el propio artículo 9 (ni tampoco en las *Directrices* de la OCDE), por lo que esta dependerá de los Estados contratantes.

Sumado a lo anterior, el precepto no ha establecido un plazo para la realización del ajuste correlativo en el otro Estado y ha dejado abierto el momento en el que puede efectuarse. Esta situación (falta de límite temporal) ha generado cierta comodidad para algunos Estados, pero, en otros, puede presentar algunos problemas. Por ese motivo, aquellos Estados que no quieran dejar abierta la posibilidad de que el ajuste correlativo se plantee muchos años después del período impositivo relevante pueden añadir un límite temporal para hacer el ajuste correlativo o una cláusula alternativa que limite temporalmente la posibilidad de realizar el ajuste primario (vid. el párrafo 10 de los Comentarios al artículo 9 del MC OCDE); esta opción está admitida por el "estándar mínimo" en materia de resolución de disputas derivado de la Acción 14 BEP (vid. el apartado 25.2.3 en este Manual).

Como se ha indicado, las disputas sobre la procedencia o cuantía del ajuste serán sustanciadas a través del procedimiento amistoso del artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU, cuyos Comentarios establecen, además, principios y directrices relevantes a los efectos de la interpretación y aplicación del artículo 9 (vid., en particular, los párrafos 10 a 12, 33, 34, 40 y 41 de los Comentarios al artículo 25).

Con carácter general, los Comentarios al artículo 9.2 del MC ONU aceptan los realizados en el ámbito del mismo precepto del MC OCDE, si bien reflejan la posición de algunos Estados que pueden tener reservas a la hora de realizar ajustes correlativos (dicha postura no estaría plenamente alineada con la necesidad de eliminar la doble imposición económica ni con las recomendaciones y estándares derivados de la Acción 14 de BEP).

Es preciso indicar también que el artículo 17 de la MLI contiene en el párrafo 1 una regla idéntica al artículo 9.2 del MC OCDE. La idea básica de este precepto

es que aquellos Estados que deseen añadir a sus CDI en vigor una norma acerca de la posibilidad de realizar un ajuste correlativo, puedan hacerlo (por lo general, el artículo 9.2 no se encuentra presente en los CDI negociados antes de la publicación del MC OCDE [1977], que añadió este párrafo). Como los Comentarios al artículo 17 de la MLI explican, la adición de este artículo, que permite el ajuste correlativo, es una práctica recomendada en la Acción 14 del Plan BEP, pero no forma parte del estándar mínimo que dicha acción define en materia de resolución de disputas. A pesar de esto, el estándar mínimo (elemento 1.1 de la Acción 14 del Plan BEP) sí incluye la necesidad de considerar –y, en su caso, realizar– los ajustes correlativos en el contexto del procedimiento amistoso del artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU, incluso cuando no exista en el CDI un equivalente al artículo 9.2 del MC OCDE y el MC ONU. Esta situación explica por qué el artículo 17.2 de la MLI permite a los distintos Estados reservar la posibilidad de incluir una disposición sobre ajuste correlativo (artículo 17.1) en sus CDI anteriores, puesto que tal posibilidad está condicionada a que el Estado se comprometa a realizar este tipo de ajustes cuando resulte pertinente, o a que sus autoridades competentes resuelvan estos casos en el contexto del procedimiento amistoso (y realicen los ajustes en este procedimiento) del artículo 25 del MC OCDE.

4. EL ARTÍCULO 9.3 DEL MC ONU (2021)

El artículo 9 del MC ONU (1999-2021) añade un párrafo 3, que no tiene equivalente en el MC OCDE. De conformidad con este párrafo, el ajuste correlativo no se aplicará cuando, en el contexto de un procedimiento administrativo, judicial o de otro tipo, exista una decisión final que califique los comportamientos a los que se podría referir el ajuste como fraudulentos, dolosos o gravemente negligentes.

Es decir que la calificación del comportamiento dentro de una de las anteriores categorías excluirá la obligación de efectuar el ajuste correlativo. Los Comentarios al MC ONU (2021) puntualizan que esta disposición puede generar que los comportamientos así calificados sean objeto de una doble sanción, la propia interna y la exclusión del ajuste correlativo, lo cual podría ser excesivamente rígido (aunque los propios Comentarios admiten que esto solo sucederá en situaciones excepcionales, no rutinarias).

Lo cierto es que los Estados deberán verificar si su normativa de orden constitucional –y, en general, su ordenamiento interno– admite este tipo de sanciones. Por último, vale la pena mencionar que se plantean algunas dudas respecto de la compatibilidad de esta cláusula con el estándar mínimo y de buenas prácticas derivado de la Acción 14 del BEP.

Capítulo 11.
El artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU: los dividendos

1. LA FUNCIÓN DEL ARTÍCULO 10 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

Junto con los artículos 11 (intereses) y 12 (cánones o regalías) del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) y el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU), y 12A del MC ONU, el artículo 10 (dividendos) del MC OCDE y el MC ONU es uno de los que más diferencias generan en la negociación de los convenios para la eliminación de la doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI) entre los dos Estados contratantes, en particular cuando uno de ellos es un país desarrollado y el otro un país en desarrollo. El artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU regula la tributación de los dividendos, esto es, la renta que recibe una persona por poner determinado capital a disposición de una compañía en calidad de accionista o partícipe (algo que normalmente conlleva el riesgo de perder dicho capital).[174] El precepto se aplica a las distribuciones de beneficios que realiza una compañía o entidad de un Estado contratante a sus accionistas o partícipes residentes en el otro Estado, y que, además, son beneficiarios efectivos de los mismos.

El artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU define el concepto de dividendos en su párrafo 3, dejando en claro que la remuneración que se recibe de una sociedad o entidad en calidad de accionista o partícipe está comprendida en esta definición, aunque también existe una remisión a la normativa interna del Estado que aplica el CDI y que pudiera tener el efecto de asimilar determinados rendimientos al tratamiento que reciben los dividendos, si bien en sentido estricto no son tales

174 De manera preliminar, los párrafos 1 a 3 de los Comentarios al artículo 10 del MC OCDE (2017) explican que normalmente el término "dividendos" designa la distribución de beneficios a los accionistas de las compañías por acciones (sociedades anónimas), sociedades comanditarias por acciones, sociedades de responsabilidad limitada o sociedades de capital. Todas ellas tienen personalidad jurídica propia, de manera diferenciada del accionista (lo que las diferencia de los llamados *parnerships* o de las sociedades de personas, que no tienen personalidad en la mayoría de los países y cuyos beneficios normalmente se atribuyen a los socios [transparencia]). La posición en las sociedades de capital es diferente, porque el socio no realiza ninguna actividad económica y los beneficios no son suyos hasta el momento de la distribución (aunque, en ciertas jurisdicciones, algunas sociedades se pueden tratar como transparentes). Para el accionista de una sociedad, los dividendos constituyen una renta que proviene del capital, y no del desempeño de una actividad económica.

(por ejemplo, por aplicación de una normativa interna sobre infracapitalización, o por asimilación de ciertos contratos o entidades que no generan dividendos a lo previsto para las sociedades, que efectivamente los pagan). Esta última parte de la definición de dividendos, que se puede caracterizar como "abierta", podría afectar al ámbito de aplicación de otros artículos del CDI, en particular a los artículos 11 (intereses) o 13 (ganancias de capital), como se verá en las páginas siguientes.

El mencionado precepto está basado en el principio de jurisdicción compartida entre el Estado de la fuente y el de la residencia en relación con los dividendos, de manera que el Estado donde reside la sociedad que distribuye los dividendos a un residente del otro Estado contratante podrá gravar tales dividendos a los tipos limitados que negocien las partes del Convenio (artículo 10.2), y el Estado de residencia podrá igualmente incluir el dividendo en la base imponible de la persona receptora según indica el artículo 10.1 (salvo que, en el precepto equivalente al artículo 23 del MC OCDE y el MC ONU se regule un método de exención para los dividendos, lo cual no es frecuente).[175] Sin embargo, la jurisdicción limitada sobre los dividendos del Estado de la fuente, y compartida con el Estado de residencia, solo se aplicará cuando los dividendos no estén vinculados a un establecimiento permanente (EP) en el propio Estado de residencia de la sociedad que los distribuye, en cuyo caso se aplicará el artículo 10.4 del MC OCDE y el MC ONU.

Los fundamentos de política tributaria del artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU se encuentran en que el Estado de la fuente (o de residencia de la sociedad) debe tratar de gravar lo menos posible los dividendos, ya que también puede aplicar un impuesto sobre la renta en relación con los beneficios que obtiene la entidad que los distribuye. Por esta razón, se entiende que el gravamen pleno de los dividendos corresponde al Estado de residencia del accionista, mientras que, al mismo tiempo, se trata de limitar la potestad del Estado de la fuente para efectuar dicho gravamen, como un medio para eliminar (cuando es posible) o atenuar la doble imposición en materia jurídica y económica.

La única diferencia relevante entre el artículo 10 del MC OCDE y el del MC ONU reside en que mientras el primero especifica los tipos impositivos aplicables a los dividendos en el Estado de la fuente (entre el 5% y el 15%, según el caso), el segundo deja abierta la fijación de los mismos en las negociaciones entre las partes. Por lo demás, la estructura del artículo 10 es idéntica en ambos modelos de convenio.

En esta primera sección es importante subrayar que el MC OCDE y el MC ONU, en materia de dividendos, está basado o adopta un sistema clásico en el que no hay integración entre la imposición de la entidad que obtiene el beneficio y la del accionista. Ahora bien, a nivel global los sistemas de integración son múltiples y

175 Aun así, existen algunos ejemplos de países que lo han hecho en la red de CDI internacional, como es el caso del CDI España-Brasil, artículo 23.3; el CDI España-Turquía, artículo 22.1.b, y el artículo 11 de la Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones.

variados, por lo que los negociadores de los CDI deben analizar si el artículo 10 (en relación con el artículo 23, relativo a la eliminación de la doble imposición fundamentalmente jurídica) encaja bien con sus sistemas internos o produce distorsiones. Al mismo tiempo, la diferenciación sin justificación entre situaciones externas e internas puede dar a los accionistas argumentos para invocar los diversos tratados (por ejemplo, de protección recíproca de inversiones o de libre comercio) que establecen obligaciones de trato idéntico (el artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU no produce estos efectos). En este sentido, si el Estado de la sociedad distribuidora de los dividendos elimina completamente la doble imposición económica sobre estos en su normativa interna, debería considerar también trasladar esta política al artículo 10 de sus CDI o, si sus CDI reconocen la posibilidad de aplicar retenciones en la fuente para los dividendos, prever (en su legislación local) la posibilidad de eliminar la doble imposición económica sobre el no residente.

La redacción del artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU ha sido bastante estable a lo largo del tiempo, aunque es cierto que ha habido una evolución en sus Comentarios, fundamentalmente para reflejar la interacción de este precepto con ciertas normas antiabuso o, a partir de 2017, para modificarlo como consecuencia de la Acción 6 del Plan BEP, con el fin de añadirle, precisamente, alguna cláusula antiabuso (vid. la sección 11.3.2.1 en este capítulo).

2. EL ARTÍCULO 10.1 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: EL GRAVAMEN DE LOS DIVIDENDOS EN EL ESTADO DE RESIDENCIA

El artículo 10.1 tiene una redacción idéntica en el MC OCDE (2017) y el MC ONU (2021): los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden ser gravados en este último Estado, además de también puedan serlo en el Estado de residencia de la sociedad pagadora (en el caso de dividendos pagados a un establecimiento permanente [EP] de un residente del otro Estado contratante, se aplicaría el artículo 10.4 del MC OCDE y el MC ONU). Entonces, este artículo tiene una doble función: por un lado, contiene una regla de la fuente y determina a qué tipo de renta se aplica el precepto (dividendos distribuidos por una sociedad del otro Estado contratante; si se trata de una sociedad de un tercer Estado se aplica el artículo 21 del MC OCDE); por el otro, indica que, además del Estado de la sociedad que distribuye dividendos, el Estado de residencia también puede gravarlos. Aunque durante bastante tiempo existió la discusión teórica sobre si la inclusión del término "pagados" (con el significado amplio de "fondos puestos a disposición del accionista") en el artículo 10.1 del MC OCDE y el MC ONU limitaba los derechos de gravamen del Estado de residencia al momento del pago, tal discusión ha quedado sin efectos como consecuencia de la adición de la cláusula de salvaguardia (*saving clause*) del artículo 1.3 del MC OCDE (2017) y el MC ONU (2021). Con esta *saving clause*, el Estado de residencia no se encuentra limitado por el artículo 10.1 y, por consiguiente, puede gravar también rentas presuntas o incluso devengadas pero no pagadas. Tal discusión era, como se dijo, un tanto teórica, incluso en las versiones anteriores del MC OCDE y el MC ONU, ya que la utilización del término "pagados" en el artículo 10.1 está vinculada al artículo 10.2 y no tanto a la posibilidad o no de que el Estado de residencia vea limitado su poder tributario (cuestión que ahora ya no plantea polémica alguna).

Asimismo, es preciso conectar el artículo 10.1 del MC OCDE (2017) y el MC ONU (2021) con el artículo 23 de los mismos cuerpos, ya que el Estado de residencia se verá obligado a eliminar la doble imposición que se produzca sobre los dividendos gravados en el Estado de la entidad que los distribuya, de conformidad con la metodología establecida en el CDI específico (que, por lo general, consistirá en la imputación y deducción en cuota del impuesto pagado en el Estado de la sociedad distribuidora de conformidad con el artículo 10.2). Como se ha indicado, si bien normalmente los CDI solo se ocupan –en la disposición equivalente al artículo 23 del MC OCDE y el MC ONU– de la eliminación de la doble imposición jurídica, no es infrecuente encontrar CDI que también regulan la supresión de la doble imposición económica con el efecto de que, en esta ocasión, el Estado de residencia deba o bien eximir de gravamen a los dividendos procedentes de sociedades de otro

Estado (método de exención) o bien reconocer, con los límites convencionales o de la legislación interna, la posibilidad de deducir en la cuota, además del impuesto pagado por el propio accionista que recibe el dividendo (crédito directo) en el Estado de la sociedad distribuidora, el que corresponde pagar a las sociedades por tal dividendos (crédito indirecto).

También puede ocurrir que los dividendos derivados de un Estado contratante (Estado R) o de terceros Estados sean atribuibles a un establecimiento permanente (EP) que un residente de ese mismo país tenga en el otro Estado contratante (Estado EP). Resulta claro que el Estado EP puede gravar los dividendos atribuibles al EP y que el Estado R puede también aplicar el artículo 23 (exención o imputación) a los beneficios atribuibles al EP en el Estado EP.

Tal EP podría incluso derivar dividendos de entidades residentes en el Estado R. Desde un punto de vista técnico, el artículo 10 no podría aplicarse en esta situación sin que antes los Estados lo adaptaran para cubrir estos casos (vid. el párrafo 9 de los Comentarios al artículo 21 y especialmente los párrafos 9 y 9.1 del artículo 23). Además, hay que señalar que si el Estado de residencia aplica el método de exención a los beneficios atribuibles al EP, la combinación de los artículos 7 y 23 determinaría que el Estado de residencia no pudiera gravar los dividendos, a pesar de que estos tengan su fuente en su territorio (pero sí podría aplicarse la cláusula del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU si se verifican sus presupuestos).

Por otra parte, en el caso de que una sociedad de un Estado contratante (Estado S) distribuya dividendos procedentes de beneficios derivados de un EP que tenga en el otro Estado contratante (Estado R), y que, a su vez, estos sean distribuidos a un residente del Estado R, tendría lugar una aplicación sucesiva de varios preceptos: de acuerdo con el artículo 7 (y no con el artículo 10.1), el Estado R tendría derecho a gravar los beneficios del EP, mientras que la distribución por la entidad del Estado S generará el derecho de este país a aplicar el artículo 10.2, así como el correspondiente al Estado R para gravar tales dividendos de acuerdo con el artículo 10.1 del MC OCDE y el MC ONU. La eliminación de la doble imposición se realizará respecto de la sociedad del Estado S, aplicando el artículo 23 para los beneficios vinculados al EP; y para la sociedad del Estado R, se hará lo propio con el artículo 23 también para los dividendos gravados en el Estado S.

3. EL ARTÍCULO 10.2 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: EL GRAVAMEN DE LOS DIVIDENDOS EN EL ESTADO DE LA SOCIEDAD QUE LOS DISTRIBUYE (FUENTE)

3.1. Derecho de gravamen limitado sobre los dividendos para el Estado de residencia de la sociedad distribuidora

El artículo 10.2 del MC OCDE y el MC ONU admite la posibilidad de que el Estado de residencia de la sociedad que distribuye los dividendos pueda gravarlos, aunque su derecho se limitará a los tipos reducidos especificados en el CDI cuando el beneficiario efectivo de la renta sea residente del otro Estado contratante.

Precisamente, a efectos de aplicar los tipos reducidos, el artículo 10.2 del MC OCDE y el MC ONU diferencia entre inversiones directas (participaciones sustantivas, por encima de un determinado umbral) e inversiones de cartera (participaciones más pequeñas, por debajo del umbral). Algunos Estados, para no tener problemas con la administración de dos tipos impositivos diferenciados, optan por aplicar en sus CDI un tipo único para cualquier distribución de dividendos. En relación con esto, debe considerarse que la falta de consistencia en la negociación de tipos o la negociación de tipos diferenciados en distintos CDI puede incentivar los intentos de uso impropio de los CDI, de manera que los residentes de los Estados que recibirían dividendos gravados en el Estado de la fuente de un modo más oneroso tengan incentivos para establecer sociedades intermedias en los Estados cuyos CDI posean tipos más bajos. Huelga decir que este tipo de comportamientos pueden atacarse con el artículo 29.9 del MC OCDE (2017). Por otra parte, la determinación del importe de los tipos impositivos para dividendos; la existencia de dos o más tipos, y su umbral máximo, y la existencia o no de simetría entre los tipos exigibles por ambos Estados contratantes obligan a tomar en consideración toda una serie de argumentos de política tributaria que se desarrollan en los Comentarios al artículo 10 del MC ONU (2021), párrafos 10-14.

La manera de aplicar los tipos reducidos para los dividendos del artículo 10.2 (retención por el pagador, aplicando directamente el CDI, o sistema de devolución), según indica la penúltima frase y los Comentarios al MC OCDE de este precepto (párrafos 18-19), dependerá del derecho interno de los Estados contratantes y de los acuerdos que adopten las autoridades competentes.

Es preciso aclarar que el artículo 10.2 del MC OCDE y el MC ONU se refiere a la imposición sobre los dividendos que se exige al accionista, y no afecta a la empresa que los distribuye (párrafo 13 de los Comentarios al artículo 10.2 del MC OCDE). Esto quiere decir que la aplicación de tipos incrementados en sede de la sociedad para las distribuciones de beneficios (como hacen algunos Estados) no determinaría que se vulnere este precepto, aunque en ese caso habría que considerar que los

límites del artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU podrían ser aplicables (dependiendo de la configuración de tal gravamen) y que podría cuestionarse la buena fe del Estado que establece dicho tributo cuando solo pretenda alcanzar a ciertas entidades controladas por no residentes o a las distribuciones a no residentes.

3.2. La diferenciación de los tipos de gravamen para inversiones directas o de cartera (*portfolio*), y casos especiales

3.2.1. La inversión directa (artículo 10.2.a del MC OCDE y el MC ONU): umbral de participación en el capital de la sociedad que paga los dividendos y cláusula antiabuso

La razón que lleva a diferenciar y aplicar un tipo de gravamen más bajo en la fuente para los dividendos de inversiones sustantivas –definidas como la participación del beneficiario efectivo en al menos el 25% del capital de la sociedad distribuidora– se encuentra en que la aplicación de impuestos sobre dividendos de cadenas de sociedades podría generar una múltiple imposición.

Por otro lado, este tipo reducido fomenta la inversión directa (de hecho, no es infrecuente que algunos CDI establezcan un tipo 0 para los dividendos derivados de inversiones sustantivas; en la Unión Europea [UE], incluso, la Directiva 2011/96/UE ha eliminado este tipo de retenciones en los pagos de dividendos dentro de su territorio, siempre que se cumplan ciertas condiciones). El tipo de retención aplicable para inversiones directas en el artículo 10.2.a del MC OCDE (2017) es del 5% (si bien los Estados pueden establecer otro porcentaje), mientras que en el MC ONU (2021) dicha proporción se deja librada a las negociaciones bilaterales.

Las condiciones para el acceso al tipo reducido son las siguientes:

- **Porcentaje de participación:** De acuerdo con el artículo 10.2.a del MC OCDE (2017) y el MC ONU (2021), el tipo reducido se aplicará cuando una sociedad tenga una participación directa en el capital de la sociedad que distribuye el dividendo de, al menos, el 25% del capital. Tal umbral puede reducirse en el CDI, por ejemplo, al 5% o 10%, sobre todo cuando en el derecho interno este umbral sea inferior para los regímenes de eliminación de la doble imposición económica de dividendos. Antes de 2017, el MC ONU empleaba un porcentaje de participación del 10%.

- **Participación en el capital:** El acceso al tipo reducido está vinculado a una participación en el capital de la sociedad que distribuye los dividendos (aunque algunos CDI se vinculan la participación al derecho de voto). El párrafo 15 de los Comentarios al artículo 10 del MC OCDE (2017) explica que el término

"capital" se emplea en el mismo sentido que en el derecho societario, y brinda indicaciones adicionales sobre su significado (no consideración de las reservas y vinculación al valor nominal de las acciones, sin que deba diferenciarse entre tipos de acciones). No obstante, allí donde a efectos de la normativa fiscal se considere que una distribución constituye un dividendo, pero, por aplicación del derecho societario, no sea tratada como tal (por ejemplo, porque se aplica una normativa sobre subcapitalización o se asimila un préstamo a una contribución de capital), también se aplicaría el artículo 10.2.a (el valor del préstamo o contribución se asimilaría al capital). Ahora bien, si la entidad no tiene un capital en el sentido del derecho societario, el capital estará representado por el total de contribuciones del socio o partícipe que se tomen en consideración a efectos de la distribución de beneficios.

» **Período de tenencia de la participación (cláusula antiabuso añadida como consecuencia de la acción 6 del BEP):** Con anterioridad a 2017, el párrafo 17 de los Comentarios al artículo 10 del MC OCDE indicaba que la reducción del artículo 10.2.a no debía concederse en casos de abuso de esta disposición (como, por caso, cuando una compañía con menos del 25% de participación la incrementaba pocos días antes de la distribución del dividendo para beneficiarse del tipo reducido). La Acción 6 del Plan BEP propuso la actual redacción del artículo 10.2.a del MC OCDE, en la que la aplicación del tipo reducido se condiciona a que la sociedad que reciba el dividendo mantenga, de forma directa o indirecta, una participación de, al menos ,el 25% del capital de la compañía que lo distribuye durante un período de 365 días, incluyendo el día de la distribución del dividendo (a efectos del cómputo del período no se tendrán en cuenta las reorganizaciones empresariales, como una fusión o escisión de la propietaria de las acciones o de la entidad que paga los dividendos). Esta redacción posibilita que el cumplimiento del período de 365 días incluya días anteriores y posteriores a la distribución del dividendo.

  Para los CDI anteriores a 2017, el artículo 8 de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI) permite que se añada una cláusula antiabuso específica relativa al período de tenencia de la participación cuando los Estados contratantes opten por esta posibilidad.

» **Condición del beneficiario y sociedades de personas (párrafos 11 y 12 de los Comentarios al artículo 10 del MC OCDE [2017]):** Con anterioridad a 2017, el artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU excluía la aplicación del tipo reducido del párrafo de la letra A a las participaciones que se tuvieran a través

de sociedades de personas (alianzas o *partnerships*). Sin embargo, tal exclusión no tiene justificación si el Estado donde reside tal entidad la trata como una sociedad a efectos del Impuesto sobre Sociedades (IS), con independencia de que para el Estado de la entidad pagadora pueda tener la condición de "transparente". Al mismo tiempo, la redacción del artículo 10 posterior a 2017 asegura que cuando una entidad transparente para el Estado de residencia de la misma reciba el dividendo, también pueda aplicarse el párrafo de la letra A –en la parte del dividendo que corresponda– a los residentes de ese Estado, en su calidad de beneficiarios efectivos. En este último caso, a efectos del cómputo del porcentaje del 25%, deberá considerarse qué participación tiene determinado socio de la entidad transparente en la entidad que reparte el dividendo, de la misma forma en que habitualmente se computan las participaciones indirectas, añadiendo, además, otras participaciones directas que pueda tener. En relación con el cómputo del plazo de participación de 365 días, deben tenerse en cuenta tanto la participación de la entidad transparente en la que reparte los dividendos como la propia del socio de la entidad transparente en esta última. El Comentario al artículo 10.2.a del MC OCDE (2017) contiene un ejemplo de disposición para aclarar este aspecto que puede emplearse en los CDI, aunque no será necesario añadirla cuando se acepten los Comentarios sobre entidades transparentes y la aplicación del artículo 10.2.a.

3.2.2. La inversión de cartera (artículo 10.2.b del MC OCDE y el MC ONU)

En los casos en que no se pueda aplicar el tipo reducido del artículo 10.2.a del MC OCDE por no cumplirse las condiciones del citado precepto (por ejemplo, quien recibe los dividendos es una persona física, o tratándose de una sociedad, esta no alcanza los umbrales de participación en términos de porcentaje o de período de tenencia), se aplicará el artículo 10.2.b del MC OCDE, con la consecuencia de que el tipo impositivo se incrementará hasta el 15%. A estos efectos, el MC ONU no indica un porcentaje específico, el cual deberá ser concretado por los Estados negociadores. No obstante, los Estados deben considerar si tipos superiores (o incluso el 15% propio de los dividendos) no supondrían un efecto negativo para la inversión en las sociedades de los residentes del otro Estado.

3.2.3. Las situaciones específicas de fondos de inversión y planes de pensiones, y otros vehículos especiales

Muchas veces los Estados establecen disposiciones específicas relativas a entidades que están exentas en su Estado de residencia y gozan de regímenes especiales (por ejemplo, fondos de inversión mobiliaria o inmobiliaria, y planes de pensiones, instituciones de inversión colectiva, el otro Estado contratante o entidades controladas por este), de manera que estas también queden exentas o tengan acceso a los tipos del artículo 10 en el Estado desde el que se pagan los dividendos, o que se aplique el artículo 10 a las distribuciones por entidades de este tipo (vid. los párrafos 22 y ss. de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE o el párrafo 67.1 y ss. de los Comentarios al artículo 10).

Cuando esto no ocurra, habrá que verificar si tales entidades, o las distribuciones que realicen, tienen acceso al artículo 10.2 del MC OCDE y el MC ONU en atención a sus circunstancias específicas (los Comentarios al artículo 1 y 10 explican distintas alternativas y problemas acerca de este tipo de entidades).

3.3. La base imponible de los tipos reducidos del artículo 10.2 del MC OCDE y el MC ONU

Tanto para inversiones directas como de cartera, el tipo reducido del artículo 10.2 del MC OCDE y el MC ONU se aplica sobre el importe bruto del dividendo pagado. En la mayoría de los países, la técnica para exigir el tipo reducido aplicable a los dividendos consistirá en la retención en la fuente, por lo que adoptar como base el importe bruto del dividendo (dividendo declarado) facilitará el gravamen y la retención a la entidad pagadora.

3.4. La vinculación de los tipos reducidos con el pago al beneficiario efectivo residente en el otro Estado contratante y la conexión con el artículo 29.9 del MC OCDE

Por sí mismo, el pago de los dividendos a un residente del otro Estado contratante no alcanza para generar el derecho a aplicar los tipos reducidos del artículo 10.2 del MC OCDE y el MC ONU. Sucede así porque, para que se apliquen los tipos reducidos, dicho pago debe realizarse al beneficiario efectivo de los dividendos, quien, además, debe cumplir la condición de ser residente en el otro Estado contratante.

Desde su introducción en el MC OCDE en 1977 (artículos 10, 11 y 12), el concepto de beneficiario efectivo ha generado polémica acerca de su significado. A lo largo de su evolución, y especialmente desde los cambios de 2014 y 2017, el MC OCDE ha dejado en claro que el concepto de beneficiario efectivo no es equiparable a una

cláusula general antiabuso, ya que tal cláusula se encuentra ahora regulada en el artículo 29.9. El concepto de beneficiario efectivo solo ataca ciertos comportamientos de interposición de personas para percibir rentas, pero deja afuera muchos otros, los cuales deberán enmarcarse, precisamente, en el artículo 29.9 del MC OCDE (2017) y el MC ONU (2021). El concepto de beneficiario efectivo tampoco posee el mismo significado que en materia de derecho de trust o de blanqueo de capitales (o relativo a los registros de beneficiarios efectivos).

Sin embargo, los Comentarios al artículo 10, párrafos 12-12.7, continúan generando ciertas dudas interpretativas sobre el sentido de este término, aunque la mejor interpretación es aquella que vincula su significado con el concepto legal de "propietario de la renta" (persona que puede decidir y usar la renta, sin obligación legal o contractual de pasarla a otra persona cuando tal obligación de trasladar la renta a esa otra persona esté vinculada de forma directa a la propia recepción de la renta), de manera que solo si de los hechos y circunstancias del caso, o de la documentación legal, cabe presumir que quien recibe una renta no es su propietario, este quede excluido de tal condición. Por el contrario, cuando quien recibe la renta pueda ser considerado su propietario jurídico (con independencia de lo que ocurra a nivel económico), también será reputado como su beneficiario efectivo. La interposición de una sociedad holding en el otro Estado contratante para recibir dividendos determinará que se considere si esta última es o no el beneficiario efectivo, aunque normalmente lo será cuando tenga órganos societarios que funcionen de una forma razonablemente independiente (con independencia de cuál sea el resultado de aplicar el artículo 29.9 del MC OCDE [2017] y el MC ONU [2021], si procede hacerlo).

La ausencia en el perceptor de la condición de beneficiario efectivo (la percepción de la renta como un agente, o sociedad intermediaria fiduciaria y no propietaria de la renta) tendrá como consecuencia que no se apliquen los tipos reducidos. Sin embargo, en los casos en que el perceptor, sea residente en un Estado contratante o no, reciba el pago del dividendo, pero pueda probarse que el beneficiario efectivo es residente del otro Estado contratante, no habrá problema en reconocer tal condición desde la perspectiva del pagador y aplicar el tipo reducido para los dividendos. Los Comentarios al artículo 10 del MC OCDE fueron modificados en 1995 y 2014 a fin de aclarar este aspecto.

El significado limitado del término beneficiario efectivo determina que los Comentarios también aclaren que, en general, el fenómeno de la interposición de sociedades en el otro Estado contratante para tener acceso a los tipos reducidos del artículo 10 deba conectarse, cuando exista una cláusula de limitación de beneficios, con el artículo 29 del MC OCDE, y en particular con el artículo 29.9 (cláusula general antiabuso). Igualmente, la aplicación al perceptor de regímenes especiales en materia de IS podría llevar a considerar que se deberían añadir al CDI disposiciones

específicas del tipo de las mencionadas en los párrafos 82 y ss. de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE (2017). No obstante, debe tomarse en consideración que la eliminación de la doble imposición económica en el Estado de residencia del perceptor del dividendo no es, en principio, una disposición que deba determinar la aplicación de ninguna medida antiabuso o cláusula que excluya la posibilidad de eliminar esta última. De forma adicional, es posible que existan casos en los que el Estado de la sociedad distribuidora quiera aplicar una cláusula de sujeción a impuestos en el Estado de residencia, esta cuestión se deberá tratar en las negociaciones bilaterales (párrafo 20 de los Comentarios al artículo 10 del MC OCDE).

4. EL CONCEPTO DE DIVIDENDOS DEL ARTÍCULO 10.3 DEL MC OCDE (2017) Y EL MC ONU (2021)

La definición de dividendos es idéntica en los artículos 10.3 del MC OCDE (2017) y el MC ONU (2021). En ambos casos la definición es válida a efectos del artículo 10, por lo que cuando otros preceptos (en especial, el equivalente al artículo 23 del MC OCDE) utilicen esta expresión habrá que determinar si lo hacen con el mismo significado. El concepto de dividendos tiene cuatro elementos que en parte son independientes de la legislación del Estado que aplica el CDI, y en parte no. La definición abierta de dividendos refleja la diversidad de normativas internas de los países en esta materia y la imposibilidad de alcanzar un consenso sobre un concepto aplicable a todos.

En primer lugar, como se deriva de los párrafos 1 y 3 del artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU, la noción de dividendos está vinculada a la distribución realizada por las "sociedades", término definido en el artículo 3.1.b del MC OCDE y el MC ONU. La conexión entre ambos artículos determina que puedan ser calificadas como dividendos las distribuciones a personas que tengan la cualidad de socio o partícipe en acuerdos o entidades que, desde el punto de vista mercantil, no tienen personalidad jurídica, pero gozan de subjetividad tributaria (ciertas sociedades de personas, trust, fundaciones, etc.) y están sujetas a tributación en el Estado que aplica el CDI (artículo 4.1 del MC OCDE y el MC ONU). De hecho, los tres elementos que contiene la definición de dividendos del artículo 10.3 –y que seguidamente se examinan– sugieren que el artículo 10 abarca tanto las distribuciones de sociedades en las que los socios participan en el capital como las realizadas por entidades en las que sus miembros participan de alguna manera, pero sin que exista un capital en sentido estricto, sino una cotitularidad del patrimonio de la entidad.

En segundo lugar, para que una renta pueda considerarse como dividendo debe encuadrarse en alguna de las tres categorías a las que alude el artículo 10.3 del MC OCDE y el MC ONU:

1. **Renta derivada de acciones y otros derechos específicos (acciones o bonos de disfrute, y las partes de minas y de fundador):** La definición de dividendos incluye, *a priori*, las rentas derivadas de la tenencia de acciones. Esta referencia podría hacer pensar que solo están cubiertas las acciones de las sociedades anónimas o públicas. Lo que ocurre es que en muchos países se denomina "acciones" también a otro tipo de participación en entidades, lo cual puede generar algún solapamiento con la segunda o la tercera parte de la definición de dividendo. Las acciones o bonos de disfrute, y las partes de minas y de fundador, son títulos de propiedad que no tienen las características de una deuda, razón que lleva a su inclusión en esta parte de la definición de dividendos.

2. **Renta derivada de otros derechos que habilitan para participar en los beneficios de la sociedad:** La segunda parte de la definición de dividendos se refiere, en general, a otros derechos que, sin tener las características de deuda, también habilitan para participar en los beneficios de la sociedad. Si bien los Comentarios parecen sugerir que la referencia a "otros derechos" está conectada con títulos físicos o emitidos por la sociedad, *a priori* no existiría una justificación para esta limitación en el texto del artículo 10.3 del MC OCDE y el MC ONU. Para algunos países este párrafo se refiere a las participaciones en entidades que no se pueden considerar como sociedades anónimas o públicas (así ocurre en ciertos países con las sociedades limitadas, en las que normalmente el socio tiene participaciones que no son acciones en sentido estricto, aunque ambos títulos sean análogos). Sin embargo, para aquellos países donde tal distinción no exista, el párrafo puede resultar un tanto redundante.

3. **Renta derivada de otros derechos corporativos sujeta al mismo tratamiento que la renta derivada de acciones en la legislación del Estado de la sociedad que realiza la distribución:** Se trata de la única parte de la definición que es abierta, y remite a la legislación del Estado de la sociedad que distribuye la renta (por lo tanto, lo que ocurra en el Estado de residencia es indiferente). Esta parte de la definición admite asimilar ciertas categorías de rentas a dividendos, si bien no permite excluir del concepto de "dividendos" las rentas comprendidas en las dos primeras partes de la definición (categorías anteriores). El primer problema interpretativo que aquí se plantea se encuentra en determinar el significado de "derechos corporativos", y si para su aplicación es necesario que quien recibe la renta tenga un derecho de esta naturaleza en la entidad que distribuye el dividendo. El tenor literal del artículo, así como su contexto, objeto y fin, parecen apuntar en la dirección de que la cualidad de accionista o partícipe de la entidad que distribuye no es necesaria para que se pueda aplicar el artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU, ya que la perspectiva que adopta el precepto no es la propia de quien recibe la renta, sino la de la entidad que la distribuye. Esta última posición también permitiría incluir en el ámbito del precepto los pagos de beneficios asimilados a dividendos en la legislación interna, aunque no exista ningún derecho corporativo atribuible a quien lo recibe (por ejemplo, ciertos tipos de préstamos donde exista un interés vinculado al beneficio obtenido por el acreedor o contratos de cuentas en participación). Tal posición no está exenta de controversia, lo que ha llevado a que algunos países eliminen la expresión "derechos corporativos" de la definición de dividendo.

Una nota común de las tres partes de la definición de dividendo se encuentra en que todas ellas se refieren a "rentas" y no solo a "distribuciones de beneficios". La utilización de este concepto amplio sugiere que, además de esta última categoría, existe otro tipo de rentas que puede estar cubierta por el artículo 10.3, y así lo confirma el párrafo 28 de los Comentarios al artículo 10.3 del MC OCDE, que aclara que en el concepto de dividendos se pueden incluir no solo las distribuciones de beneficios en sentido estricto, sino también "cualquier beneficio en dinero o evaluable económicamente" (los llamados *constructive dividends*, como las condonaciones de deudas, o el uso o transferencia de activos a un precio inferior a mercado), las acciones liberadas o con *bonus*, los beneficios derivados de la liquidación de la entidad (que, en la legislación interna de muchos países, pueden calificarse como ganancias de capital) o la recompra de acciones. No obstante, tales rentas solo se podrán calificar como dividendos si caen dentro de la tercera parte de la definición y son asimiladas a los primeros por la legislación interna del Estado de residencia de la sociedad. En este caso, el artículo 10 tendría prioridad sobre el artículo 13 (ganancias de capital), cuando proceda. Los Comentarios al artículo 10 del MC OCDE disponen, sin embargo, que "normalmente" las distribuciones de una sociedad que tienen como consecuencia reducir los derechos del partícipe o accionista (por ejemplo, pagos por reducciones de capital) no serán consideradas como dividendos (lo cual tampoco parece excluir que este tipo de rentas sean asimiladas a dividendos en la legislación interna, como lo confirman los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE, párrafo 31).

En otro orden, la definición de dividendos plantea problemas notables de potencial solapamiento con la propia de intereses. Si bien las dos primeras partes excluyen de la definición los pagos que tengan las características de deuda (que serían intereses), tal referencia no aparece en la parte tercera, que, además, se refiere a rentas derivadas de derechos corporativos asimiladas a dividendos por la legislación interna (lo que parece excluir los instrumentos de deuda que no puedan calificarse como "derechos corporativos"). Los Comentarios al artículo 10 tampoco aclaran este punto, ya que el párrafo 25 indica que el precepto se aplica no solo a los dividendos como tales, sino también a los "intereses de préstamos en tanto que el prestamista efectivamente comparta los riesgos de la compañía, esto es, cuando el repago dependa fundamentalmente del éxito o no del negocio". El problema se encuentra en que el propio párrafo 25 parece aludir a una calificación material y no formal, para lo cual brinda una serie de factores que permiten decidir cuándo esto ocurre (entre los que también se describen situaciones de infracapitalización). A estos efectos, el párrafo 24 de los Comentarios al artículo 10 y el párrafo 19 de los Comentarios al artículo 11 del MC OCDE (2017) explica que los intereses de los bonos u obligaciones que impliquen participaciones en beneficios no deberían ser considerados dividendos, como tampoco los bonos u obligaciones convertibles

en acciones hasta el momento de la conversión. Sin embargo, el párrafo 19 de los Comentarios al artículo 11 también expresa que tal interés podrá ser considerado dividendo si el préstamo efectivamente comparte el riesgo del negocio del deudor (remitiéndose al párrafo 25 de los Comentarios al artículo 10). A estos efectos, los Comentarios al artículo 10 y 11 consideran que, en situaciones de infracapitalización, es posible que los intereses sean tratados como dividendos a efectos del artículo 10 y de acuerdo con la normativa del Estado de la sociedad que realiza el pago. Para todas estas situaciones en las que puede existir un solapamiento entre los artículos 10 y 11, lo deseable sería que se estableciera una regla de prioridad del artículo 10, de manera de excluir de la definición de intereses cualquier pago incluido en la definición de dividendos.

Es decir, los Comentarios parecen indicar que el mero hecho de que un préstamo tenga un interés vinculado a los beneficios de la compañía no debiera determinar la aplicación del artículo 10, sino del 11. Ahora bien, habrá que considerar las circunstancias del caso y la naturaleza del título emitido, esto es, si el préstamo tiene características de contribución de capital, cuál es el tratamiento que recibe en la legislación interna (si se asimila o no a dividendos), o si resulta aplicable la legislación sobre subcapitalización. Puesto que se trata de un campo que puede generar varios problemas interpretativos, los negociadores de CDI deberían tratar de aclarar, en la medida de lo posible, las reglas de prioridad y aplicación de ambos preceptos (por ejemplo, dando prioridad al artículo 10).

Por último, el Comentario al artículo 10.3 del MC OCDE indica que los beneficios propios de la titularidad de acciones o participaciones habitualmente se confieren, con carácter exclusivo, a los accionistas o partícipes; sin embargo, cuando tales beneficios se otorgan a no accionistas, podrían gravarse como dividendos si: (1) las relaciones entre quien recibe el beneficio y la compañía se asimilan a las propias del accionista (*concealed holdings*), y (2) la persona que recibe el dividendo está conectada de forma estrecha con un accionista (por caso, un familiar o una entidad del mismo grupo).

En relación con el artículo 10.3, los Comentarios al MC ONU (2021) no presentan ninguna diferencia significativa con los recogidos en el MC OCDE (2017).

5. EL ARTÍCULO 10.4: LA EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10 DEL MC OCDE Y EL MC ONU CUANDO LOS DIVIDENDOS ESTÉN VINCULADOS A UN EP

La aplicación de las retenciones en la fuente para dividendos (párrafos 1 y 2 del artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU) se excluye cuando el beneficiario efectivo del pago, a su vez residente del otro Estado contratante, tenga un EP (o base fija, si el CDI tiene un artículo similar al artículo 14 del MC ONU) en el Estado donde los dividendos tienen su fuente (residencia de la sociedad pagadora) y dichos dividendos estén efectivamente conectados con el EP (o la base fija). En estos casos, el Estado de la fuente no se verá limitado por los tipos impositivos del artículo 10.2 del MC OCDE y el MC ONU, y podrá gravar los dividendos como beneficios atribuibles al EP (o la base fija) sin limitaciones (más allá de las propias del artículo 24.3 del MC OCDE y el MC ONU).

Para que esto ocurra y se aplique el artículo 10.4 del MC OCDE y el MC ONU, la participación que genera los dividendos debe estar efectivamente conectada con el EP o, en el MC ONU, con la base fija (si el CDI tiene el artículo 14 del MC ONU). Por lo general, en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) se aplicarán a estos efectos los principios del *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de la OCDE 2008 y 2010, a fin de determinar si el EP es el propietario económico de la participación.

6. EL ARTÍCULO 10.5 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: LAS PROHIBICIONES DE GRAVAMEN DE BENEFICIOS DE LAS SOCIEDADES DEL OTRO ESTADO PARA EL ESTADO DE LA FUENTE

6.1. Introducción

El artículo 10.5 del MC OCDE y el MC ONU, y sus Comentarios, contienen una serie de consideraciones y reglas que pretenden garantizar que el Estado de la fuente no grave las distribuciones de beneficios por sociedades del otro Estado o los beneficios no distribuidos de sociedades del otro Estado, aunque tengan su origen en el propio Estado de la fuente. Al mismo tiempo, los Comentarios realizan una serie de consideraciones sobre la posibilidad por parte del Estado de residencia del accionista de la sociedad de aplicar su legislación sobre transparencia fiscal internacional (entidades extranjeras controladas [CFC, por su sigla en inglés]). A estas cuestiones se dedican los apartados siguientes.

6.2. La prohibición de gravar en el Estado de la fuente al accionista de una sociedad del otro Estado por los dividendos que reciba y la no exclusión de gravámenes sobre dividendos cobrados en el territorio del Estado de la fuente

Los principios básicos de los CDI establecen que un Estado puede gravar a sus residentes, los EP o las bases fijas en su territorio, o a las distribuciones de beneficios que hagan las sociedades de su territorio, pero no a los accionistas de sociedades del otro Estado en relación con los beneficios que reciban de entidades en el territorio de este último. En este sentido, el artículo 10.5 del MC OCDE y el MC ONU dispone que un Estado contratante no puede gravar las distribuciones de beneficios que realice una sociedad del otro Estado contratante, incluso aunque hayan sido obtenidos en su territorio (con o sin EP), excepto cuando tales dividendos se paguen a un residente de su territorio, o a un EP o base fija en su territorio que tenga una conexión efectiva con la participación. Por ejemplo, en el caso de una sociedad del Estado A que tiene un EP u obtiene rentas en el Estado B, este último país no podrá gravar a los accionistas o partícipes del Estado A por los dividendos que reciban, aunque procedan de actividades realizadas en el Estado B a través del EP. El Estado B únicamente podría gravar la distribución de dividendos que realiza la sociedad del Estado A, derivados de rentas obtenidas en el Estado B, cuando tal distribución se realice a favor de un residente del Estado B, o de un EP o base fija allí situado, en relación con los cuales la participación se encuentre efectivamente conectada.

El artículo 10.5 del MC OCDE y el MC ONU no impide, sin embargo, el gravamen de dividendos distribuidos por una sociedad del otro Estado contratante que un residente del otro Estado pueda haber cobrado en su territorio cuando el hecho imponible del gravamen no constituya el origen del beneficio de la sociedad, sino el mero hecho del cobro o pago del dividendo. En estos casos, para evitar dicha imposición el residente del otro Estado contratante (el mismo desde el que se distribuyen los dividendos) podría reclamar la aplicación del artículo 21 del MC OCDE.

6.3. La prohibición para el Estado de la fuente de gravar beneficios no distribuidos por sociedades del otro Estado, aunque tengan origen en su territorio (en particular, la imposición sobre sucursales)

El artículo 10.5 del MC OCDE y el MC ONU contiene una segunda prohibición: los beneficios no distribuidos de una sociedad del otro Estado contratante tampoco pueden someterse a ningún tipo de imposición, incluso aunque procedan del otro Estado contratante.

En algunos Estados se regula un impuesto sobre sucursales (*branch tax*) que trata de igualar los EP a estas, de manera que los beneficios que un EP obtiene sean sometidos a gravamen de forma similar a lo que acontecería si se tratase de sucursales (imposición sobre la sociedad y también sobre el accionista, en los pagos de dividendos). La forma que adoptan tales impuestos es variada: en algunos casos, el impuesto se exige cuando el EP remite los beneficios a su casa central; en otros, mediante la aplicación a los EP de un tipo impositivo más elevando, que asimile la carga tributaria que tendría una filial, e incluso a través de un impuesto exigible sobre la renta neta del EP a tipos similares que los de los pagos de dividendos.

Ni el MC OCDE ni el MC ONU se ocupan expresamente de este tipo de impuestos en el artículo 10, aunque podría entenderse que están comprendidos en la prohibición para el Estado de la fuente de gravar beneficios no distribuidos derivados en su territorio por sociedades del otro Estado contratante a través de un EP. Los Comentarios al artículo 10 del MC ONU (2021), párrafos 24 y ss., dedican atención a este tipo de impuestos y proponen "disposiciones modelo" para su regulación en los CDI. En este sentido, los Estados que desean exigir este tipo de impuestos suelen incluir menciones expresas en el artículo 10.5, de manera que se regule expresamente que el CDI no impide la exacción de los *branch taxes*. Otros Estados añaden menciones en el equivalente al artículo 24.3 (no discriminación del EP) del MC OCDE y el MC ONU, ya que, de por sí, los *branch taxes* serían de cualquier forma contrarios a este precepto. Normalmente, la admisión en el equivalente al artículo 10.5 de un impuesto sobre sucursales (*branch tax*) determinará que se deba interpretar que el artículo sobre no discriminación de EP del CDI no impide su exacción.

Aquellos Estados que incluyan este tipo de impuestos en sus CDI deben considerar qué efectos producirá sobre el artículo 7 (beneficios empresariales) y si, consecuentemente, se pueden reconocer al EP determinados gastos por ciertos tipos de pagos o transacciones que realice con su casa central (en línea con el enfoque autorizado de la OCDE sobre atribución de beneficios al EP [artículo 7]).

En este sentido, resulta interesante el reciente *Ruling* 1380/2023 (13 de septiembre) de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) de Colombia,[176] por el que dichas autoridades tributarias concluyen que, a los efectos del CDI Colombia-España, las transferencias de beneficios de un EP a su casa central no pueden ser consideradas como dividendos del artículo 10 y, en consecuencia, no pueden ser sometidas a gravamen en Colombia. El concepto de dividendo de este CDI, como se ha indicado más arriba, está vinculado a la existencia de un derecho corporativo en una entidad y a las distribuciones que esta realiza en favor de sus accionistas. Tales notas no se encuentran presentes en los pagos que la sucursal colombiana realiza a su casa central española, por lo que, independientemente del texto de la legislación interna colombiana, que permitiría la exacción de este impuesto, el CDI debe prevalecer.

6.4. El artículo 10.5 del MC OCDE y el MC ONU, y la normativa sobre SEC o TFI ("*CFC rules*")

En línea con el artículo 1.3 del MC OCDE y el MC ONU, los Comentarios al artículo 10.5 del MC OCDE y el MC ONU, párrafos 37 y ss., aclaran que este precepto está dirigido al Estado de la fuente (donde se obtiene un beneficio) y no al Estado de residencia de la sociedad que obtiene tal beneficio, de forma que no limita el poder de los distintos Estados de aplicar su normativa sobre sociedades extranjeras controladas (SEC) o transparencia fiscal internacional (TFI) ("*CFC rules*") a las personas físicas o jurídicas que sean accionistas o partícipes de entidades extranjeras. La aplicación de esta normativa puede tener efectos sobre el artículo 23 del MC OCDE, dependiendo de cómo esté configurada por el Estado de residencia: si se considera la atribución al accionista de rentas de la sociedad del otro Estado asimilada a un dividendo ficticio y, a su vez, el CDI regula el método de exención de dividendos para regular la doble imposición económica, podría argumentarse que el artículo 23 limita la aplicación de la norma de TFI o SEC, si bien los Comentarios expresan reservas sobre este tema (algo que, sin embargo, no explican ni fundamentan adecuadamente).

176 Para acceder al *ruling*, visítese el siguiente enlace: https://www.ochgroup.co/norma/concepto-numero-1380-del-13-de-septiembre-de-2023-13-09-2023-de-la-direccion-de-impuestos-y-aduanas-nacionales-dian/.

Al mismo tiempo, el párrafo 38 de los Comentarios al artículo 10 del MC OCDE también expresa que, si la normativa de TFI no aplica la presunción de dividendo distribuido, cada categoría de ingreso debería tratarse de acuerdo con la naturaleza que tenga (beneficio empresarial, intereses, cánones).

En los CDI que regulen el método de imputación para eliminar la doble imposición, el problema que se plantea sería qué hacer o cómo tratar las distribuciones por la sociedad extranjera de rentas ya imputadas en ejercicios anteriores. Lo razonable sería que, en la medida en que tales rentas ya fueron imputadas, no sean incluidas en la base imponible del Estado que realizó la imputación con su normativa de TFI/SEC. Sin embargo, si el Estado de la sociedad aplica una retención sobre el dividendo en el momento de distribución, podría producirse una doble imposición. Los Comentarios al artículo 10.5 del MC OCDE, párrafo 39, aunque subrayan la necesidad de considerar cómo se eliminará la doble imposición, expresan dudas sobre si en estos casos, en los que se ha aplicado una legislación antiabuso como la normativa TFI/SEC, debe eliminarse la doble imposición y cómo hacerlo. No obstante, dicha conclusión tampoco parece bien fundada cuando la finalidad del CDI es eliminar la doble imposición (la aplicación de cláusulas antiabuso no debe suponer un resultado distinto, ya que entonces equivaldría a que la no eliminación de la doble imposición en estos casos tenga un componente sancionador).

Capítulo 12.
El artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU: los intereses

1. LA FUNCIÓN DEL ARTÍCULO 11 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

Junto con los artículos 10 (dividendos) y 12 (cánones o regalías) del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) y el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU), y 12A del MC ONU, el artículo 11 (intereses) del MC OCDE y el MC ONU es uno de los que más diferencias generan en la negociación de los convenios para la eliminación de la doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI) entre los Estados contratantes, en particular cuando uno de ellos es un país desarrollado y el otro un país en desarrollo. El artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU regula la tributación de los intereses derivados de un Estado contratante por un residente del otro Estado (para el caso de intereses derivados del propio Estado de residencia o de terceros Estados, se aplicaría el artículo 21). Con carácter general, el artículo 11 incluye como rentas cubiertas la remuneración de los préstamos en sus distintas modalidades, ya sea que estén vinculados a una actividad empresarial o hayan sido obtenidos como resultado de la inversión de fondos en productos que generan un rendimiento para el capital cedido en uso.

El artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU, a pesar de que presenta similitudes notables con el artículo 10 (dividendos), también exhibe diferencias significativas, a saber:

- La definición de intereses del artículo 11.3 del MC OCDE y el MC ONU, a diferencia de la definición de dividendos, es cerrada y no remite a la legislación interna. No obstante, existen CDI en los que puede encontrarse, en la definición de intereses, una remisión a tal normativa local. Por lo general se trata de CDI antiguos, que siguen el artículo 11 del Proyecto de Modelo de Convenio de la OCDE de 1963 (PMC OCDE), aunque todavía hoy se encuentran Estados que prefieren la vieja definición a fin de ampliar la categoría de rentas incluidas en el concepto de intereses, y de esa manera aplicarles las correspondientes retenciones.

» Los dividendos tienen una problemática muy distinta a los intereses, que debe ser considerada con atención por los negociadores del CDI. Mientras que con los dividendos se puede generar una doble imposición económica, la cual debe considerarse a la hora de fijar los tipos de retención para estas rentas, con los intereses se producen fenómenos distintos:

- **Doble imposición jurídica:** Los intereses (salvo que se apliquen restricciones cada vez más comunes, como las normas sobre híbridos o las "barreras" de intereses vinculados con las acciones 2 y 4 del Plan BEP de la OCDE) serán normalmente deducibles para el pagador, por lo que la aplicación de la retención sobre estas rentas determinará que el perceptor (prestamista) sufra una doble imposición jurídica, cuando el interés sea gravado en el Estado de la fuente y en el de residencia. Si se toma en consideración que el gravamen en el Estado de la fuente se aplica sobre la renta bruta, puede perfectamente ocurrir que la doble imposición no se elimine en el Estado de residencia, y que los beneficios de la operación para el prestamista sean nulos, lo cual provocaría dificultades para el acceso a financiamiento.

  Un ejemplo sencillo ayudará a entender esta situación: si un banco del Estado R presta $100 a un residente del Estado F, a cambio de recibir unos intereses del 10% ($10) y se asume un tipo de retención sobre intereses del 15%, la retención en la fuente sería de $1,5. Si el banco obtiene el dinero también de préstamos, y paga un interés del 9%, esto significa que tendría que afrontar un interés de $9 como gasto de la operación, frente a un ingreso de $10 y un impuesto en la fuente de $1,5. En este caso, el efecto de la retención genera una pérdida para el banco: $10 [interés cobrado] – $1,5 [retención] = $8,5, que es el ingreso, frente a un gasto de $9. Así las cosas, el banco no tendrá, razonablemente, el más mínimo interés en realizar la operación de financiamiento. En esta operación, no debería existir tributación en el Estado de residencia, ya que el rendimiento neto ($10 – $9 = $1) se incluirá en su base imponible y, por efecto del artículo 23B del MC OCDE y el MC ONU, la tributación en residencia será $0, aunque sin eliminar el efecto total de la retención, que grava la renta bruta. De darse este caso, el banco subiría el tipo de interés exigido a quien recibe el préstamo, pero este tendría que ser lo suficientemente alto como para que la tributación que paga el banco entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia le deje un beneficio.

  Tal efecto de doble imposición jurídica, junto con el hecho de que las retenciones se aplican sobre importes brutos, puede dificultar el acceso a financiamiento de prestamistas en el Estado de la fuente, razón que explica por

qué algunos Estados no aplican retenciones a los intereses (vid., por ejemplo, el artículo 11 del Modelo de Convenio en Materia de Imposición sobre la Renta de Estados Unidos [MC EE. UU.]) o eximen ciertas categorías (vid. el apartado más abajo sobre el artículo 11.2 del MC OCDE y el MC ONU).

- **Traslación de la retención al pagador por contrato o pacto entre prestador y prestamista:** Cuando se aplican retenciones a los intereses no es infrecuente encontrar que el prestamista condiciona el acceso al financiamiento al hecho de que el prestatario asuma la retención aplicable, de manera que, por contrato, se le traslade a este último. Esto encarecerá el acceso al financiamiento de quien recibe los fondos, ya que deberá soportar la retención. Situaciones de esta naturaleza son habituales en las operaciones de financiamiento (igual que en relación con los cánones), por lo que debe considerarse cuidadosamente el efecto que puede tener sobre los prestamistas en el Estado de la fuente el tipo de retención que se aplique a los intereses procedentes de este Estado.

A pesar de los efectos descritos, para muchos Estados es importante aplicar retenciones a los pagos de intereses, razón que justifica la formulación del artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU, que regula una tributación compartida entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia.

Junto a las razones anteriores, a la hora de aplicar retenciones a los intereses se deben considerar otras cuestiones:

» Algunos Estados no permiten la deducción de intereses pagados a no residentes en la base imponible del pagador, y ese tipo de comportamientos podría plantear dificultades desde la óptica del artículo 24.4 del MC OCDE y el MC ONU. Lo mismo ocurre con algunas normas antiabuso previstas exclusivamente para los no residentes (por ejemplo, subcapitalización o barreras de intereses) cuando van más allá de los límites, en particular de los establecidos por el artículo 24.4 del MC OCDE y el MC ONU.

» Por efecto de las acciones 2 y 4 del Plan BEP (aunque también antes), en los ordenamientos tributarios de los distintos Estados se ha generalizado el establecimiento de normativas que limitan la deducción de intereses en atención a su tributación en el otro Estado (híbridos) o que pretenden acercar la tributación de intereses y dividendos mediante la estipulación de topes máximos de deducción para los intereses (por ejemplo, sobre un porcentaje del beneficio operativo o con cuantías absolutas). Los Estados deben ponderar el efecto de tales normas y de la exigencia conjunta de retenciones sobre los

intereses, ya que podrían generar una doble imposición económica, de modo similar a las que tienen lugar con los dividendos (además de la tradicional doble imposición jurídica, propia de los intereses). Aun así, si dichas normas no discriminan entre pagos de intereses a residentes y pagos de intereses a no residentes, no plantearán problemas desde la perspectiva del artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU.

En el artículo 11, las diferencias entre el MC OCDE (2017) y el MC ONU (2021) son limitadas, ya que, por caso, el primero sugiere un tipo de retención del 10% sobre los intereses, mientras que el segundo no concreta ningún tipo impositivo. Además, los párrafos 4 a 6 del artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU exhiben disparidades relativas al reconocimiento del "principio de fuerza de atracción limitada" y la inclusión del artículo 14 en el MC ONU, las cuales serán oportunamente examinadas al comentar estos párrafos. Sin embargo, puesto que la estructura del precepto es muy similar, se comentará el artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU de manera conjunta.

2. EL ARTÍCULO 11.1 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: EL GRAVAMEN DE LOS INTERESES EN EL ESTADO DE RESIDENCIA

La redacción del párrafo 1 del artículo 11 en el MC OCDE (2017) y el MC ONU (2021) es idéntica: los intereses "derivados de un Estado contratante" y "pagados" a un residente del otro Estado contratante pueden ser gravados en este último Estado (en el caso de intereses pagados a un establecimiento permanente [EP] de un residente del otro Estado contratante, se aplicaría el párrafo 4 del artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU). Este precepto tiene una doble función. Por un lado, contiene una regla de la fuente que determina que el precepto se aplica a los intereses derivados del otro Estado contratante, en el sentido del párrafo 5 del artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU, de manera que, si son intereses de un tercer Estado o del propio Estado de residencia, se aplicará el artículo 21 del MC OCDE o el MC ONU. Por el otro, indica que el Estado de residencia también puede gravar los intereses obtenidos por un residente en su Estado, así como los que perciba –en su territorio– un intermediario que actúe por cuenta de un residente de un tercer Estado.

Aunque durante bastante tiempo existió la discusión teórica sobre si la inclusión del término "pagados" (con el significado amplio de "fondos puestos a disposición del prestamista") en el artículo 11.1 del MC OCDE y el MC ONU limitaba los derechos de gravamen del Estado de residencia al momento del pago, actualmente el debate ha desaparecido como consecuencia de la adición de la *saving clause* del artículo 1.3 del MC OCDE (2017) y el MC ONU (2021). En la actualidad, está claro que el Estado de residencia no se encuentra limitado por el artículo 11.1 y, por consiguiente, puede gravar también rentas presuntas o derivadas del principio de devengo contable de los intereses, así como adoptar las normas que entienda oportunas (dentro de los límites convencionales) relativas, por ejemplo, a los gastos vinculados con el préstamo que genera los intereses. Tal discusión, incluso en relación con las versiones anteriores del MC OCDE y el MC ONU, era un tanto teórica, ya que la utilización del término "pagados" en el artículo 11.1 está vinculada al artículo 11.2 y no tanto a la posibilidad o no de que el Estado de residencia vea limitado su poder tributario (cuestión que, como se indicó, ahora resulta clara y no plantea polémica alguna). No obstante, para algunos Estados la utilización del término "pagados" determinaba que el artículo 11 no pudiera aplicarse a los intereses presuntos, que estaban bajo la órbita del artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU, o devengados y no pagados. En la actualidad, el artículo 11.2 del MC OCDE y el MC ONU no utiliza, en relación con los intereses, el término "pagados", sino "derivados", lo cual podría entenderse como una confirmación de que los intereses presuntos también caen en el ámbito del artículo 11.2 del MC OCDE, y no del artículo 21.

Por otra parte, es preciso conectar el artículo 11.1 del MC OCDE (2017) y el MC ONU (2021) con el artículo 23 (del MC OCDE y el MC ONU), ya que en tal caso el Estado de residencia se verá obligado a eliminar la doble imposición que se produzca sobre los intereses gravados en el Estado de la fuente donde se originen, de conformidad con la metodología establecida en el CDI específico (que será, por lo general, imputación y deducción en cuota del impuesto pagado en el otro Estado, de acuerdo con el artículo 11.2). Asimismo, cuando los intereses estén vinculados con un EP en el otro Estado, la aplicación del artículo 11.4 no excluirá la posibilidad de gravamen del Estado de residencia, que deberá aplicar el artículo 23 a los beneficios atribuibles al EP (en la modalidad prevista en los CDI, exención o imputación).

Al igual que sucede en relación con los dividendos, es posible que se presenten situaciones complejas que los Estados deseen solucionar y no estén contempladas en el artículo 11. Puede ocurrir, por ejemplo, que los intereses derivados de un Estado R sean atribuibles a un EP que un residente de ese mismo Estado tenga en el otro Estado contratante (Estado EP). En este caso, el Estado EP puede gravar los intereses atribuibles al EP, como también el Estado R puede aplicar el artículo 23 (exención o imputación) a los beneficios atribuibles al EP en el Estado EP. No obstante, puede ocurrir que el Estado R también quiera gravar el pago de intereses que se derivan de su territorio. En rigor, el artículo 11 no debería aplicarse en tal situación, sino el artículo 21, e incluso sería necesario que los Estados adaptaran dicho precepto para que cubra estos casos (vid. el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 21, o los párrafos 9 y 9,1 de los Comentarios al artículo 23). Repárese que, si el Estado de residencia aplicara el método de exención a los beneficios atribuibles al EP, la combinación de los artículos 7 y 23 determinaría que el Estado de residencia, no pueda gravar los intereses, a pesar de que estos tengan su fuente en su territorio (aunque, en caso de abusos, podría aplicarse la cláusula del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU).

3. EL ARTÍCULO 11.2 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: EL GRAVAMEN DE LOS INTERESES EN EL ESTADO DE LA SOCIEDAD QUE LOS DISTRIBUYE (FUENTE)

3.1. Derecho de gravamen limitado para el Estado del que proceden los intereses

El artículo 11.2 del MC OCDE y el MC ONU admite la posibilidad de que el Estado del que procedan los intereses pueda gravarlos, aunque, cuando el beneficiario efectivo de la renta sea residente del otro Estado contratante, su derecho de gravamen se limitará a los tipos reducidos especificados en el CDI. Mientras que el artículo 11.2 del MC OCDE establece un tipo máximo en el Estado de la fuente del 10%, en el artículo 11.2 del MC ONU no se especifica ningún límite, por lo que la determinación del tipo de interés corresponderá a los negociadores del CDI. Como se ha indicado, la determinación de los tipos de intereses es una cuestión controvertida, por lo que resulta preciso considerar los efectos que puedan producir sobre los residentes que tengan necesidades de acceder a financiamiento procedente del otro Estado. Al mismo tiempo, los Estados deben tratar de ser consistentes en la fijación de los tipos para intereses en su red de CDI, a fin de evitar las oportunidades de planificación fiscal que la diversidad de tipos en los distintos CDI puede generar (algunos Estados suelen incluir en sus CDI cláusulas con principios como el "de la nación más favorecida", que permiten aplicar los tipos más reducidos de CDI negociados con posterioridad).

En aquellos CDI en los que para los intereses no se prevé gravamen en la fuente no existe el equivalente de este párrafo, de forma que rige el artículo 11.1, que atribuye al Estado de residencia la jurisdicción exclusiva sobre los intereses procedentes del otro Estado; así, el artículo 11.2 simplemente se ocuparía de definir los intereses (vid., por ejemplo, el CDI España-Reino Unido).

La forma de aplicar los tipos reducidos de intereses del párrafo 2 del artículo 11 (retención por el pagador, aplicando directamente el CDI, o sistema de retención y devolución posterior), según lo indica en su penúltima frase y los Comentarios (párrafos 12-19), dependerá del derecho interno de los Estados contratantes y de los acuerdos que adopten las autoridades competentes (aunque en la actualidad ya no suelen firmarse convenios de este tipo y con frecuencia dicha frase es suprimida en los CDI más modernos).

Además, la aplicación del tipo reducido del artículo 11.2 no depende en modo alguno del régimen aplicable a los intereses en el Estado de residencia o de si están sujetos a gravamen a un tipo determinado, o si están exentos o gravados a tipos reducidos. Para que tal efecto se produzca es necesario añadir al CDI una cláusula de sujeción a impuestos (vid. los párrafos 82 y ss. de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE).

3.2. La posibilidad de añadir cláusulas específicas de exención en la fuente para ciertos tipos de intereses

Precisamente por los efectos que la retención sobre intereses pueda tener sobre los residentes de los Estados contratantes en sus necesidades de acceso a financiamiento, no es infrecuente encontrar CDI que, junto con un tipo específico de gravamen para los intereses en el Estado de la fuente, prevean exenciones para ciertas personas o tipologías de intereses. Cuando tales cláusulas se apliquen, el efecto será que los intereses quedarán gravados únicamente en el Estado de residencia del contribuyente, siempre que se trate del beneficiario efectivo. Los Comentarios al artículo 11.2 del MC OCDE, párrafos 7.2 y ss., contienen ejemplos de las siguientes cláusulas que eximen de tributar en la fuente los intereses (otro tipo de cláusulas también podría añadirse en atención a las necesidades o políticas tributarias de cada Estado):

- **Intereses pagados al otro Estado, sus subdivisiones políticas o sus bancos centrales:** sobre todo tal cláusula se emplea cuando por la legislación interna o la interpretación restrictiva que se haga del principio de inmunidad soberana (vid. los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE, párrafos 52-53), los Estados contratantes estén en condiciones de aplicar retenciones a los intereses que obtengan entes públicos del otro Estado, incluso actuando en el ejercicio de funciones gubernamentales.

- **Intereses pagados por un Estado o sus subdivisiones políticas:** Cuando el pagador de los intereses es el Estado o un ente público, la exigencia de retenciones sobre los intereses pagados puede incrementar los costes de financiamiento del Estado, que, en definitiva, soportaría normalmente la retención por exigencia del prestamista. El efecto sería que el impuesto exigido sobre los intereses se compensaría con el coste de financiamiento, razón que lleva a muchos Estados a eximir de gravamen los intereses vinculados con el financiamiento de la actividad estatal, ya sea en los CDI o en su legislación interna.

- **Intereses vinculados al financiamiento de programas de exportación:** Para promover el comercio, muchos Estados, por sí mismos o a través de organismos específicos, establecen programas de préstamo para ciertas actividades de exportación, o garantizan préstamos de este tipo otorgados por entidades privadas. Como el financiamiento se encuentra, en muchos casos, vinculado a fondos públicos, un buen número de países considera que el interés devengado en el contexto de estos préstamos debería estar exento de tributación en el Estado de procedencia de los mismos.

- **Intereses pagados por instituciones financieras:** El gravamen, en el Estado de procedencia, de los intereses sobre el importe bruto presenta problemas específicos para los bancos y las instituciones financieras en general, que suelen tener márgenes de beneficio muy pequeños en estas operaciones (el banco financia los préstamos que concede a través de depósitos que tiene que remunerar o mediante otros préstamos). Normalmente, la retención sobre el interés bruto pagado al banco o institución financiera suele ser superior al margen de beneficio, por lo que algunos Estados consideran que este tipo de intereses debe estar exento de tributación en el Estado de procedencia.

- **Intereses devengados en las ventas a crédito:** En las ventas a crédito o con aplazamiento del precio –incluidas las líneas de crédito, que son frecuentes en relación con equipos u otras ventas comerciales, como mercancías o servicios–, normalmente el vendedor (que financia la operación con el crédito) no obtiene beneficios del componente de intereses de los pagos que recibe, y se limita a incrementar el precio de la mercancía en el mismo importe que un banco le hubiera exigido en concepto de interés. Estas operaciones que, en realidad, son condiciones de venta de bienes y servicios en las que el financiamiento es accesorio a la venta, generan más beneficios empresariales (en los términos del artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU) que intereses propiamente dichos, razón por la cual frecuentemente se excluyen del artículo relativo a intereses. Por otra parte, en muchos casos no se diferencia en el precio entre el componente del precio propiamente dicho y el componente de intereses, y no es fácil distinguir en el pago qué parte corresponde a cada uno de ellos.

- **Intereses pagados a algunas entidades exentas (por ejemplo, fondos de pensiones):** Cuando un Estado aplica un régimen de exención o tributación reducida a las rentas que obtiene cierto tipo de entidades internas (fondos de pensiones residentes, por ejemplo), puede extender el mismo régimen a las entidades de la misma naturaleza del otro Estado contratante, ya sea con una disposición específica o con una exención general para las rentas más comunes, como los intereses.

- **Otros tipos de intereses:** Algunos CDI pueden contener cláusulas que eximen de tributación a otro tipo de intereses en el Estado del que proceden (por ejemplo, los párrafos 14 a 17 de los Comentarios al artículo 11 del MC ONU [2021] se refieren a los intereses derivados de créditos a largo plazo con tipos de interés que normalmente son bajos, pero que en ocasiones están completamente bonificados por el propio Estado).

Algunos de estos tipos de cláusulas pueden generar que se utilicen instituciones con exención para evitar la retención en la fuente (por ejemplo, a través de un préstamo *back-to-back* con una institución financiera que goza de exención) o reducirla. Tales comportamientos pueden atacarse a través de la figura del beneficiario efectivo o, cuando proceda, de la cláusula del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU.

3.3. La base sobre la que se aplican los tipos reducidos del artículo 11.2 del MC OCDE y el MC ONU

El tipo reducido del artículo 11.2 del MC OCDE y el MC ONU se aplica sobre el importe bruto del interés pagado. En muchos países, la modalidad elegida para exigir el tipo reducido aplicable a los intereses es la retención en la fuente, por lo que la adopción del importe bruto del interés como base facilita el gravamen y la retención por parte de la persona pagadora.

Esto es así porque, por lo general, cuando el impuesto es trasladado al pagador, la base imponible está compuesta por el importe bruto del interés más el impuesto correspondiente. Así lo reconoce el párrafo 1 de los Comentarios al artículo 11 del MC OCDE, que en este caso considera al "impuesto debido" como "interés adicional". En estos supuestos, la base imponible debe calcularse de la siguiente forma:

base imponible (interés bruto) = importe del interés neto x 100 /
(100 – tipo de retención para los intereses previsto en el CDI)

La determinación de la base imponible, en todo caso, dependerá de cómo se defina el término "importe bruto" en la legislación del Estado desde el que proceden los intereses.

3.4. La vinculación de los tipos reducidos aplicables a los intereses con el pago al beneficiario efectivo residente en el otro Estado contratante, y la conexión con el artículo 29.9 del MC OCDE

El pago de los intereses a un residente del otro Estado contratante no genera por sí mismo el derecho a aplicar los tipos reducidos del artículo 11.2 del MC OCDE y el MC ONU. Además, dicho pago debe realizarse al "beneficiario efectivo" de los intereses, que, a su vez, debe cumplir con la condición de ser residente en el otro Estado contratante.

Desde su introducción en los artículos 10, 11 y 12 del MC OCDE en 1977, el concepto de "beneficiario efectivo" ha generado polémica acerca de su significado. En la actualidad, en el MC OCDE ha quedado claro –especialmente desde los cambios de 2014 y, sobre todo, de 2017– que no tiene el mismo alcance que una cláusula general

antiabuso, ya que tal cláusula ahora se encuentra regulada por el artículo 29.9 del MC OCDE. El beneficiario efectivo solo ataca ciertos comportamientos de interposición de personas para percibir rentas, pero no otros, que deben enmarcarse en el artículo 29.9 del MC OCDE (2017) y el MC ONU (2021). El concepto de beneficiario efectivo tampoco posee el significado que tal término tiene en materia de derecho de trust o de blanqueo de capitales (o relativo a los registros de beneficiarios efectivos).

Los Comentarios al artículo 11, párrafos 9 y ss., no obstante, continúan generando alguna duda interpretativa sobre el significado de este término, aunque la mejor interpretación es aquella que vincula su significado con el concepto legal de "propietario de la renta" (es decir, la persona que puede decidir y usar la renta [los intereses], sin obligación legal o contractual de transferirla a otra persona cuando tal obligación esté vinculada de forma directa a la propia recepción de la renta), de manera que solo si de los hechos y circunstancias del caso, o de la documentación legal, cabe presumir que quien recibe los intereses no es su propietario, este quedará excluido de tal condición. Por el contrario, si quien recibe los intereses es su propietario jurídico (con independencia de lo que ocurra económicamente), será considerado como beneficiario efectivo.

La ausencia, en el perceptor de los intereses, de la condición de "beneficiario efectivo" (es decir, la percepción de la renta como un agente, o una sociedad intermediaria que actúa como una entidad fiduciaria), tendrá como consecuencia que no se apliquen los tipos reducidos o exenciones para los intereses del CDI. Sin embargo, cuando el perceptor –sea o no residente en un Estado contratante– reciba el pago de los intereses, pero pueda probarse que el beneficiario efectivo es residente del otro Estado contratante, no habrá problema en reconocer tal condición desde la perspectiva del pagador, de forma que se apliquen los tipos reducidos o exenciones previstos en el artículo sobre intereses. Los Comentarios al artículo 11 del MC OCDE fueron modificados en 1995 y 2014 a fin de aclarar este aspecto.

A partir de este significado acotado del concepto de "beneficiario efectivo", los Comentarios también aclaran que el hecho de que una persona pueda ser considerada como beneficiario efectivo de los intereses no excluye la posibilidad de aplicar el artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU (o, en su caso, el artículo 29.8 para los casos de atribución de intereses a EP situados en un tercer Estado).

En este sentido, es famoso el caso Aiken Industries de Estados Unidos (5 de agosto de 1971, Aiken Industries v. Commissioner, 56 T.C. 925), en el cual el tribunal fiscal de ese país, en el contexto del CDI Honduras-Estados Unidos (1957), denegó la condición de beneficiario efectivo a una entidad interpuesta de un grupo societario por carecer del poder de disposición y control sobre los intereses que recibía. Y esto sucedió incluso a pesar de que el CDI en cuestión no incluía el concepto de beneficiario efectivo, ya que se consideró como implícito en los artículos 10-12 relativos a dividendos, intereses y cánones.

4. EL CONCEPTO DE INTERESES DEL ARTÍCULO 11.3 DEL MC OCDE (2017) Y EL MC ONU (2021)

4.1. Definición cerrada de intereses y variantes en la práctica de los CDI

El término "intereses", en el sentido del artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU, significa lo siguiente:

> **"... los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en los beneficios del deudor, y en particular, los rendimientos de valores públicos y los rendimientos de bonos u obligaciones, incluidas las primas y lotes unidos a esos títulos, bonos u obligaciones. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses a efectos del presente artículo".**

Como puede advertirse, se trata de una definición cerrada que no contiene ninguna referencia al concepto de intereses asentado en la legislación de los Estados contratantes, a diferencia de lo que ocurría con el artículo 11 del PMC OCDE. Por este motivo, la definición de intereses de la legislación interna no será relevante a la hora de aplicar el correspondiente artículo del CDI. No obstante lo anterior, puesto que el artículo 10 contiene una referencia a la definición de dividendos de las legislaciones internas, tal definición podría tener un impacto sobre la definición de intereses cuando ciertas rentas que se incluyen en el artículo 11 se consideren dividendos a efectos del artículo 10. Para evitar contradicciones entre los artículos 10 y 11, algunos Estados optan por estipular, junto a la definición de intereses, que el artículo 10 (dividendos) tendrá prioridad sobre el artículo 11 (por ejemplo, el artículo 11.4 del MC EE. UU. de 2016).

A pesar de lo dicho, no es difícil encontrar CDI que todavía utilizan una definición abierta de intereses (por ejemplo, el artículo 11.4 del MC EE. UU. 2016) o que añaden categorías de rentas distintas de las previstas, también a efectos del artículo 11. Por ejemplo, ciertos instrumentos financieros no tradicionales bajo la forma de intercambios financieros (swaps) y otros que cumplen con la legislación islámica y que no son propiamente intereses desde un punto de vista formal, aunque sí pueden serlo en su sustancia. Es conveniente, en consecuencia, que los negociadores de CDI aclaren estos aspectos.

4.2. Los intereses como rendimientos de cualquier tipo de créditos o préstamos: definición general y casos específicos

Básicamente, los intereses son definidos, en la primera parte del artículo 11.3 del MC OCDE y el MC ONU ("rendimientos de créditos de cualquier naturaleza"), como la remuneración recibida por la cesión de uso del capital. Complementariamente, la definición brinda algunos términos con carácter ejemplificativo, y aclara que esta categoría incluye los rendimientos de cualquier tipo de créditos, con independencia de la forma del contrato que determine su devengo (acuerdo de palabra, por escrito, entre particulares o empresas, títulos [como obligaciones], depósitos bancarios, cuentas corrientes remuneradas, letras, deuda del tesoro), la manera de determinar su cuantía (interés fijo o variable, vinculado o no a los beneficios del deudor) o el hecho de que estén garantizados o no (garantía hipotecaria o de otro tipo, como fianza o aval). A efectos del artículo 11.3 del MC OCDE y el MC ONU, son intereses tanto los explícitos (pagos periódicos de interés) como los implícitos (diferencias entre el capital entregado al deudor y el obtenido por el acreedor al momento de la devolución). En casos de división entre el cobro del principal y el de los intereses (*strips*), y que uno y otros correspondan a personas distintas a la luz de determinados contratos, en principio el cobro de los intereses estaría comprendido en el ámbito del artículo 11, aunque, para ciertos países, es necesario verificar la sustancia económica real de la operación.

La definición de intereses podría plantear dudas en relación con algunos tipos específicos de contratos y de rentas, cuyo tratamiento se examina de manera sucinta a continuación:

- **Primas de emisión o amortización (rendimientos implícitos) de bonos u obligaciones:** Cualquier cantidad pagada por el deudor (público o privado) por encima del capital cedido en préstamo, ya sea en el momento de la emisión de un título (por ejemplo, obligaciones o deuda pública) o en el de su amortización, será considerada como pago de intereses.

  No se consideran incluidas en el concepto de intereses, sin embargo, las rentas derivadas de la transmisión de títulos a terceros por encima de su valor nominal, aunque el precio refleje los intereses aún no devengados (vid. el apartado siguiente).

- **Contratos de factoraje (*factoring*)**: Si una persona, con el fin de obtener liquidez, cede a otra (factor) una deuda que esta última cobrará, la renta que obtiene el factor de la deuda seguirá siendo interés, mientras que la renta por la

diferencia entre lo que paga por adquirir el crédito y lo que finalmente obtiene no estará comprendida en el artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU.

» **Intereses hipotecarios:** El componente de interés que normalmente se paga a las entidades financieras por préstamos con garantía hipotecaria se reputa "interés" a efectos del artículo 11. La hipoteca es una garantía de la operación de préstamo, por lo que, a menos que el CDI brinde una calificación diferente, no modifica la calificación de la operación principal (el préstamo).

» **Contratos de *leasing* y *leasing* financiero:** Las operaciones de "arrendamiento de equipos" que puedan llevar aparejado un componente de financiamiento para el comprador (como los "*leasing* financiero") podrían caer en el ámbito del artículo 11 en la parte del precio correspondiente al pago de intereses. No obstante, los contratos de *leasing* (no financieros) en los que haya solo el uso de un bien por parte del cesionario a cambio de un precio no caen en la órbita del citado precepto. También es importante considerar la redacción del CDI concreto, ya que, si el artículo 12 incluye el arrendamiento de equipos en la definición de cánones, podría aplicarse este precepto, especialmente en los casos en que la operación no pueda asimilarse económicamente a una venta de equipos. Al mismo tiempo, es posible acordar que la renta derivada del *leasing* constituye un "beneficio empresarial" como los del artículo 7, puesto que, en realidad, el componente de intereses en estos contratos está vinculado a la cesión de la propiedad económica de un bien y no tanto a la cesión de un capital. México, sin embargo, ha formulado una reserva al artículo 11 del MC OCDE para subrayar que, para este país, el *leasing* financiero genera intereses (lo cual confirma que, *a priori,* el artículo 11.3 del MC OCDE incluiría este tipo de rentas). La complejidad de los contratos de *leasing*, ya sea operativo o financiero, particularmente cuando afecta a equipos, justifica que el contrato y el caso específicos sean objeto de un estudio detallado para determinar la calificación de la renta a efectos del CDI aplicable. No será infrecuente encontrar diferencias entre los dos Estados contratantes, que deberán ser solucionadas en el contexto del procedimiento amistoso del artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU.

» **Préstamos con derecho a participar en los beneficios del deudor (deuda híbrida):** La definición de intereses indica con claridad que la forma del interés –esto es, cómo se determina– a tipos fijos, variables o vinculados con la marcha del negocio del deudor, no es relevante a los fines de calificar el rendimiento del capital como interés. En este contexto, el hecho de que el interés y su cuantía estén vinculados al negocio (beneficios) del deudor no representa

un aspecto determinante para considerar que la renta derivada de la cesión del capital constituye un interés según la definición del artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU. La línea divisoria entre la aplicación del artículo 10 (dividendos) y el artículo 11 (intereses) se encuentra en la asunción por el acreedor del riesgo correspondiente al negocio del deudor, vinculando tal riesgo al capital y no a la remuneración por la cesión de este último (el interés). Por lo anterior, los préstamos participativos –aquellos en los que todo o parte del interés depende de la marcha del negocio del deudor– y los intereses de bonos convertibles en acciones (hasta el momento de la conversión) serán también intereses a los efectos del artículo 11.3 del MC OCDE y el MC ONU.

El problema en estos casos, como ya se ha mencionado, se encuentra en que si la legislación interna del Estado que aplica el CDI considera la remuneración como dividendo, la aplicación de los artículos 10 y 11 podría solaparse, una razón que lleva a algunos Estados a incluir para estos supuestos una regla que prioriza el artículo 10. Aunque no es estrictamente una cuestión relativa al artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU, debe recordarse que las distintas calificaciones de este tipo de rendimientos entre el Estado pagador y el Estado de residencia del acreedor podrían justificar la aplicación de medidas derivadas de la Acción 2 del Plan BEP (por ejemplo, no deducción del interés en el Estado del pagador cuando se considere como "dividendo" exento en el Estado del acreedor).[177] Tales reglas, sobre todo cuando existen retenciones en la fuente para los intereses, podrían provocar una doble imposición que será conveniente considerar.

» **Recalificaciones de rentas como consecuencia de la normativa antiabuso:** Frecuentemente, la aplicación de ciertas normas antiabuso (por ejemplo, de subcapitalización o precios de transferencia, o incluso ciertas cláusulas generales) determinan que los intereses sean recalificados como dividendos. Tales rentas, en consecuencia, deberán encuadrarse en el ámbito del artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU, y no del artículo 11. No obstante, para garantizar que este resultado se produzca, es conveniente que los negociadores lo indiquen de manera expresa; que se modifique, cuando sea necesario, la definición de dividendos, y que se otorgue en estos casos prioridad al artículo 10.

177 Del mismo modo, el Estado del acreedor podría considerar que la renta está sujeta a gravamen cuando el Estado del pagador del interés admita tal deducción.

4.3. Rentas excluidas del concepto de intereses del artículo 11.3 del MC OCDE y el MC ONU

En primer lugar, el artículo 11.3 del MC OCDE y el MC ONU excluye del concepto de intereses las penalizaciones por retraso en el cumplimiento de contratos. Tales penalizaciones, en principio, no son remuneraciones por la cesión del capital, sino indemnizaciones por cumplimiento tardío o intempestivo de los contratos, por lo que tal exclusión tiene un carácter más bien aclaratorio, aunque algunos Estados pueden considerarlas como intereses (estas rentas caerán, dependiendo de las circunstancias, en el ámbito de otros preceptos, como por ejemplo el artículo 7 o el artículo 21, según el caso). No es raro encontrar CDI que no recogen la exclusión específica del artículo 11 para estas rentas y, en ese caso, para calificar adecuadamente los pagos será preciso interpretar el CDI y examinar la redacción de la definición de intereses (por ejemplo, si se remite o no a la legislación interna), si bien es cierto que cuando los CDI siguen la definición de intereses del MC OCDE (1977-2017), lo normal es que los "intereses moratorios" (penalizaciones por pago tardío) se consideren como rentas empresariales (artículo 7 del MC OCDE) o como otras rentas (artículo 21 del MC OCDE).

Por otra parte, como ya se ha indicado, la inclusión o no de determinados intereses en el ámbito del artículo 11 depende de la redacción dada al artículo 10. Por ejemplo, en algunos Estados es común incluir en este precepto las remuneraciones vinculadas con préstamos cuando estas se determinan en atención a los beneficios del deudor. En ese caso, el artículo 10 tendrá prioridad sobre el artículo 11. Vale la pena recordar que cualquier remuneración vinculada con "derechos corporativos" o en ciertas entidades (por ejemplo, participación en una *partnership* o distribuciones por un trust) no tendrá cabida en el artículo 11, sino en el 10. Un supuesto específico son los "juros" brasileños, que normalmente representan la remuneración por el capital del accionista. Si bien en la legislación interna brasileña tales pagos se tratan como intereses, en el contexto de los CDI no tendrían tal calificación, sino que serían, en principio, dividendos (pagos derivados de derechos corporativos) (a menos que el CDI no siga el artículo 11.3 del MC OCDE y el MC ONU, y se remita a la legislación interna, como sucede no pocas veces en los CDI brasileños).

Además de los anteriores, hay una serie de productos y rentas que merecen una consideración específica, tomando como referencia la definición cerrada de intereses del artículo 11.3 del MC OCDE y el MC ONU:

» **Devoluciones de capital prestado, rendimientos implícitos de títulos y ventas de títulos que representan una cesión de capital a terceros (préstamo):** La definición de intereses solo cubre el rendimiento derivado de la cesión del capital a terceros, por lo que las devoluciones del capital no generarán

rendimiento alguno, y, en consecuencia, no existirán intereses. Otra cuestión serán los rendimientos implícitos en el momento inicial o final del préstamo (por ejemplo, bonos u obligaciones emitidos al descuento o con primas), que, en efecto, generan intereses por la diferencia que existe entre el capital prestado y el devuelto. No obstante, no se considerarán intereses los rendimientos obtenidos como consecuencia de la transmisión de títulos por el suscriptor a terceros, aunque la diferencia entre el precio de adquisición y el de venta esté determinada en gran medida por los pagos de intereses que se produzcan en el futuro. En el contexto del MC OCDE (párrafo 20 de los Comentarios al artículo 11.3 del MC OCDE), dichos rendimientos podrán considerarse beneficios empresariales (artículo 7), ganancias de capital (artículo 13) u otras rentas (artículo 21) (a excepción de los casos en que la definición de intereses del CDI sea abierta y la legislación interna del Estado equipare tales rendimientos a los intereses).

» **Pagos por comisiones, garantías y otros servicios vinculados a los préstamos:** En la medida en que el interés es la remuneración por la cesión de capital a un tercero, su alcance no incluye las remuneraciones por servicios vinculados a la concesión de un crédito (tasaciones vinculadas a créditos hipotecarios, seguros, comisión de apertura o cancelación de cuentas o hipotecas, entre otras). Ahora, como regla general –esto es, a menos que el CDI disponga otra cosa–tales rentas estarán comprendidas en el ámbito del artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU (algunos CDI incluyen ciertos tipos de rentas de esta naturaleza en la definición de intereses). No obstante, puede ocurrir que ciertos contratos demanden la constitución de garantías que generan el devengo de intereses cuando se devuelve el importe otorgado en garantía. Estas remuneraciones vinculadas a la cesión del importe en garantía sí serían intereses. En la medida en que la constitución de avales no implique en sí misma un desplazamiento de fondos (capital), es difícil concluir que la remuneración por la prestación de estas garantías genera un interés del artículo 11.3.

» **Rentas temporales o vitalicias y pensiones, o derivadas de planes de pensiones y seguros:** Las pensiones o rentas temporales o vitalicias no serán intereses según la definición del artículo 11.3 del MC OCDE y el MC ONU (párrafo 23 de los Comentarios al artículo 11.3 del MC OCDE). Cuando estén vinculadas a un trabajo anterior, caerán en el ámbito del artículo 18 del MC OCDE y el MC ONU; cuando no lo estén, y a pesar de que este tipo de rentas muchas veces contiene un componente de interés y otro de devolución del capital aportado, normalmente se encuadrarán en el ámbito del artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU (salvo supuestos especiales). Si la legislación interna de un Estado asimila las rentas (vitalicias y temporales) a los intereses, y el CDI sigue una de-

finición abierta de estos últimos –como la contenida en el artículo 11.3 del PMC OCDE–, será posible considerarlas intereses, pero estrictamente en ese caso. Lo mismo puede decirse de las rentas derivadas de planes de pensiones no vinculados con trabajos anteriores, o de ciertos seguros de vida o invalidez, que, con carácter general, y salvo casos particulares (por ejemplo, que el artículo 11 recoja una definición abierta de intereses), caerán en el ámbito del artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU.

- **Productos estructurados y derivados:** Los productos estructurados y derivados (como los intercambios financieros de tipos de interés) solo podrán considerarse que generan intereses cuando exista una deuda subyacente, algo que no ocurre con normalidad, a excepción de los casos en que, por aplicación del principio de "preponderancia de la sustancia sobre la forma", sea posible recalificar la operación (párrafo 21.1 de los Comentarios al artículo 11.3 del MC OCDE). Los rendimientos de este tipo de productos se incluirán con carácter general, dependiendo de su naturaleza y el caso específico, en los artículos 7 o 21 del MC OCDE, y, si existieran enajenaciones, podría aplicarse el artículo 13 del MC OCDE (en relación con un buen número de estos productos, resulta ilustrativa la Resolución de la Dirección General de Tributos española del 27 de enero de 2020, V0185/20).

- **Instrumentos de financiamiento islámicos:** Los instrumentos de financiamiento de los países islámicos no adoptan la forma de intereses, aunque en sustancia sí los generan. La inclusión o no de las rentas derivadas de estos instrumentos en la definición del artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU dependerá del enfoque interpretativo que adopte el Estado que aplica el CDI. Si un Estado privilegia la sustancia económica de la operación y sus efectos, estos rendimientos tendrán cabida en la definición de intereses. Sin embargo, si el Estado en cuestión aplica un enfoque más formalista, tales instrumentos no estarán comprendidos en el ámbito del artículo 11 y su inclusión solo podrá conseguirse mediante una referencia expresa en la definición de intereses o una remisión a la legislación interna, en caso de que estas última los asimile a otros que generan intereses (vid. a estos efectos los párrafos 20 a 23 de los Comentarios al artículo 11 del MC ONU [2021]). Como es natural, estas consideraciones solo se aplican a instrumentos islámicos que económicamente puedan ser equivalentes a un préstamo, no a otros con distintas características.

5. EL ARTÍCULO 11.4 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: LA EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 11 DEL MC OCDE Y EL MC ONU CUANDO LOS INTERESES ESTÉN VINCULADOS A UN EP (OCDE) O UNA BASE FIJA (NACIONES UNIDAS)

La aplicación de las retenciones en la fuente para intereses (párrafos 1 y 2 del artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU) se excluye cuando el beneficiario efectivo del pago, a su vez residente del otro Estado contratante, tenga un EP (o base fija, si el CDI tiene un artículo similar al artículo 14 del MC ONU) en el Estado desde el que se derivan los intereses y, además, los intereses estén efectivamente conectados con el EP (o la base fija). En estos casos, el Estado de la fuente no se verá limitado por los tipos impositivos del artículo 11.2 del MC OCDE y el MC ONU, y podrá gravar los intereses como beneficios atribuibles al EP (o base fija) sin limitaciones (más allá de las propias del artículo 24.3 del MC OCDE y el MC ONU).

Para que esto ocurra, y se aplique el artículo 11.4 del MC OCDE y el MC ONU, el crédito que genera los intereses debe formar parte del activo del EP o estar "efectivamente conectado" con el EP. Normalmente, en el ámbito de la OCDE se aplicarán a estos efectos los principios del *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de la OCDE 2008 y 2010, con el propósito de determinar si el crédito está o no vinculado al EP.

No obstante, en el MC ONU existe una modificación adicional que dispone que cuando el acreedor tenga un EP, y el crédito, a pesar de no estar vinculado al EP, pueda considerarse como una actividad idéntica o similar a las realizadas por el EP, también se "atribuirá" al EP. Por ejemplo, tal sería el caso de un banco de un Estado contratante con un EP en el otro Estado en relación con préstamos concedidos desde la casa central del banco en este último Estado. El crédito concedido por la casa central se vincularía al EP por el "principio de fuerza de atracción limitada" del artículo 7.1 del MC ONU y, en consecuencia, tampoco en este caso se aplicarían los artículos 11.1 y 11.2.

El párrafo 25 de los Comentarios al artículo 11 del MC OCDE se hace eco de la preocupación de que puedan existir comportamientos abusivos a través de los cuales se afecten créditos a EP en Estados con una fiscalidad privilegiada. A estos efectos aclaran que, además de que podrían aplicarse las disposiciones de los párrafos 8 y 9 del artículo 29 del MC OCDE y el MC ONU, para que exista un EP hace falta algo más que incluir el crédito como activo en la contabilidad de la empresa, ya que es necesario que se desarrolle una actividad empresarial en el EP y el crédito esté relacionado con ella.

6. EL ARTÍCULO 11.5 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: LA FUENTE DE LOS INTERESES Y LOS INTERESES CUBIERTOS POR EL ARTÍCULO 11 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

El artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU se aplica a los intereses procedentes del otro Estado contratante, y el párrafo 5 de este precepto determina cuándo los intereses proceden del otro Estado, esto es, define la regla de nexo o fuente de los intereses.

Esta disposición frecuentemente es omitida en los CDI que no establecen retenciones en la fuente para los intereses, ya que no resulta necesaria (la potestad de gravamen sobre los intereses corresponderá exclusivamente al Estado de residencia). En los casos en que, según el artículo 11, haya intereses que estén exentos de tributación en el Estado del pagador y otros que no, tal disposición debe mantenerse.

El artículo 11.5 del MC OCDE y el MC ONU establece dos reglas de fuente diferenciadas, de manera que se considera que los intereses proceden de un Estado contratante en cualquiera de los siguientes supuestos:

- **El "pagador" es residente del otro Estado contratante:** A estos efectos es conveniente subrayar que el término "pagador" tiene connotaciones distintas a las propias del concepto de "deudor del interés" (un término empleado en bastantes CDI), ya que el pagador puede incluir, por ejemplo, un intermediario que no sea el deudor. La utilización del término "pagador" situaría la fuente del interés en el Estado del intermediario o del deudor, si este último es el pagador. Sin embargo, algunos Estados podrían no utilizar en su legislación la regla del pago del interés y emplear el criterio de utilización del capital, es decir, el lugar de uso del préstamo. En esos casos, los responsables deberán examinar la necesidad de adecuar la redacción del artículo 11.5 del MC OCDE y el MC ONU a sus circunstancias específicas (vid. el párrafo 26 de los Comentarios al artículo 11 del MC ONU [2021]).

- **El pagador, sea o no residente de un Estado contratante, tiene en uno de los Estados contratantes un EP (o base fija, en el MC ONU) en el que se origina el endeudamiento que genera el pago de los intereses, que, a su vez, son sustentados por el propio EP (o base fija):** Esto significa que el interés puede vincularse con el EP (o base fija, en el MC ONU) cuando exista un vínculo económico entre el préstamo y el EP. Si tal vínculo no existiera, la fuente del interés no se ubicará en el Estado donde está situado el EP (o base fija). El párrafo 27 de los Comentarios al artículo 11.5 del MC OCDE enumera tres tipos de situaciones diversas con relación al vínculo económico: (1) los gestores del EP han celebrado el contrato de préstamo que se emplea para las necesidades

específicas del EP y pagan intereses directamente a los acreedores; (2) la casa central de la empresa ha contraído el préstamo, que se emplea para las necesidades del EP, y, aunque el interés es pagado directamente por la casa central, los gastos son soportados e incurridos por el EP,[178] y (3) la casa central de la empresa ha contraído el préstamo y los fondos son utilizados por varios EP situados en distintos países. Solo en los casos 1 y 2 se aplicaría la regla de que la fuente del interés se ubica en el Estado de ubicación del EP, mientras que en el caso 3 no ocurriría lo mismo, ya que el artículo 11.5 solo atribuye una fuente a los intereses derivados del mismo préstamo (razones prácticas y de certeza del prestamista justificarían tal solución). Los Estados contratantes, sin embargo, pueden modificar el artículo 11.5 para que produzca otros resultados.

Este precepto, sin embargo, no se ocupa de la situación en la que pagador y prestamista son residentes en los Estados contratantes, pero el interés se vincula a un EP del primero en un tercer Estado. En este supuesto, puede perfectamente ocurrir que tanto el Estado de residencia del pagador como el Estado de ubicación del EP deseen gravar los intereses, lo que producirá una doble imposición (por la existencia de una doble fuente del interés). Dicha doble imposición podría resolverse con la celebración de un CDI –entre el Estado del EP y el Estado del pagador– que siga el modelo del artículo 11.5 o añadiendo cláusulas específicas al CDI que exista entre el Estado del pagador y el del acreedor, que en este supuesto sitúen la fuente del interés en el EP (vid. los párrafos 28 y ss. de los Comentarios al artículo 11.5 del MC OCDE).

178 En estos casos, es conveniente que los Estados verifiquen si su legislación interna les permite aplicar retenciones para los intereses, de manera que sus bases imponibles no se vean erosionadas.

7. EL ARTÍCULO 11.6 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: LOS PAGOS DE INTERESES ENTRE PERSONAS CON "RELACIONES ESPECIALES"

Este precepto es idéntico al artículo 12.6 del MC ONU y el 12.4 del MC OCDE, y se ocupa de una forma específica de abuso entre partes con intereses comunes que consiste en incrementar los importes pagados por intereses con el fin de reducir la base imponible de la entidad pagadora. En casos de pagos de intereses por encima del precio de mercado entre partes con relaciones especiales, en los que se verifique que dichos pagos están conectados con la existencia de tal relación, el artículo 11.6 del MC OCDE y el MC ONU solo se aplicará a la parte del pago que esté dentro del límite del precio de mercado (*arm's-length*).

El precepto se aplica a pagos que traen causa de una "relación especial", concepto que comprende tanto la existente entre partes vinculadas a efectos del artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU como otro tipo de relaciones que puedan darse por existir una comunidad de intereses, incluyendo los casos de personas físicas relacionadas (por caso, en virtud del matrimonio o de relaciones familiares).

Si bien el artículo 11.6 del MC OCDE y el MC ONU puede aplicarse cuando el tipo de interés es excesivo, no permitirá que el Estado desde el que se pagan los intereses efectúe ajustes que determinen la recalificación total o parcial de un préstamo en una contribución de capital. Para ese propósito sería necesario realizar algunas modificaciones que menciona el párrafo 35 de los Comentarios al artículo 11 del MC OCDE, eliminando las referencias al préstamo y el pago de intereses para vincular el ajuste a cualquier otra razón que pueda justificarlo (y no solo a la corrección de su importe). Aun así, es necesario considerar que, si la legislación interna de un Estado permite la recalificación del préstamo en contribución de capital y considera los intereses como dividendos, tal legislación podría producir efectos en el contexto del CDI por aplicación del artículo 10.3 del MC OCDE y el MC ONU, y, más concretamente, por la remisión que allí se realiza a la legislación interna. Normalmente, esto ocurrirá cuando el pago se efectúe a favor de una matriz por su sociedad filial, ya que en los demás casos las diferencias de calificación podrán resolverse en el procedimiento amistoso del artículo 25 del MC OCDE.

El ajuste puede afectar tanto al perceptor del interés como a su pagador, al que la legislación del Estado del pagador o el artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU puede impedir la deducción del interés excesivo. La posición del pagador no se considera en el contexto del artículo 11.6 del MC OCDE, cuyo efecto fundamental es excluir la aplicación del artículo 11.2 del MC OCDE, que afecta al receptor, en los casos en que exista un importe excesivo de intereses.

En el presente tema es necesario conectar esta disposición con otras de propósito similar, ya que los casos abusivos se pueden atacar con el artículo 29.9

del MC OCDE y el MC ONU, es decir, cuando esto no pueda hacerse mediante el artículo 11.6 o con disposiciones internas más específicas, como las normas antisubcapitalización (las cuales están obligadas a respetar el "principio de no discriminación" del artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU). Algunos CDI añaden cláusulas similares al artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU, pero que solo afectan a los preceptos relativos a las rentas pasivas, como el artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU (tal es el caso, por ejemplo, del CDI entre Perú y Chile).

Capítulo 13.
El artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU: los cánones o regalías

1. LA FUNCIÓN DEL ARTÍCULO 12 DEL MC OCDE Y EL MC ONU, Y SUS IMPORTANTES DIFERENCIAS

Tradicionalmente, el artículo relativo a los cánones o regalías (en adelante, solo se utilizará la denominación de "cánones") suele ser uno de los que más controversias genera en dos ámbitos distintos: (1) la negociación de los convenios para la eliminación de la doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI), y (2) la interpretación y aplicación de la definición de cánones, sobre todo cuando se trata de CDI entre países desarrollados (que suelen ser exportadores de tecnología) y países en desarrollo (que normalmente importan tecnología). Tanto las posiciones negociadoras como las interpretaciones reflejan la importancia que este artículo tiene para los distintos países y, además, pone de manifiesto las distintas posturas entre los que defienden la imposición de los cánones solo en el Estado de residencia o la imposición compartida entre ambos Estados. De hecho, la propia existencia en los CDI de un artículo de cánones es la mejor prueba de las posiciones diversas que pueden darse en la esfera internacional, puesto que el artículo 12 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) y el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) no es realmente necesario, ya que las rentas a las que se aplica perfectamente podrían estar cubiertas por el artículo 7 (beneficios empresariales) o el artículo 21 (otras rentas). En el marco de la OCDE, la dialéctica entre el artículo 7 (beneficios empresariales) y el artículo 12 (cánones) ha dominado la historia de este precepto, cuyas reformas –tanto en el texto como en los Comentarios al MC OCDE– han estado muy afectadas por el intento de ciertos países más desarrollados de trasvasar rentas del artículo 12 al artículo 7, lo que evitaría las retenciones en la fuente que frecuentemente se aplican a los cánones.

En este contexto, el artículo 12 del MC OCDE regula la jurisdicción exclusiva del Estado de residencia sobre los cánones, mientras que el artículo 12 del MC ONU hace lo propio con la tributación compartida entre ambos Estados. De hecho, ambos preceptos tienen notables diferencias en sus párrafos 1 y 3, además de que los párrafos 2 y 5 no aparecen en el MC OCDE. En la práctica internacional no

es extraño encontrar CDI entre países desarrollados que utilizan para los cánones disposiciones similares al artículo 12 del MC ONU (como justifican las reservas que, en esta materia, se han realizado al MC OCDE).

Originariamente, el artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU estaba orientado a regular la tributación de las cesiones de uso de bienes intangibles y muebles (las cesiones de uso de los inmuebles están reguladas en el artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU), tanto de las producidas en el marco de una actividad empresarial como de las que no tenían tal carácter. El argumento del Estado de residencia para gravar la mayor parte de los cánones resulta comprensible, ya que, por ejemplo, en el caso de bienes intangibles (patentes, marcas, know-how), la mayoría del gasto de creación se produce en su territorio, del mismo modo que ocurre con la amortización de bienes muebles o los gastos vinculados a su mantenimiento. No obstante lo anterior, también es comprensible la posición de los Estados donde se utiliza o explota el bien intangible o mueble, puesto que son quienes proporcionan el mercado y las garantías para explotar el citado activo. Además, cuando quien adquiere el uso realiza una actividad empresarial y genera gastos deducibles por los pagos realizados en razón de dicho acceso, es lógico que el Estado del pagador quiera gravar la renta con origen en su territorio.

Por otra parte, debe también considerarse que, en la mayoría de los casos, los flujos de cánones no serán equilibrados entre los dos Estados contratantes, sino que cuando uno sea un país desarrollado y otro un país en desarrollo normalmente estarán en favor del primero, por lo que el establecimiento o no de un impuesto en la fuente para los cánones no tendrá el mismo efecto en ambos Estados negociadores.

Asimismo, cuando los Estados y negociadores de CDI decidan seguir el artículo 12 del MC ONU, deben pensar que se aplicarán consideraciones similares a las realizadas en relación con el artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU: el establecimiento de tipos impositivos demasiado elevados sobre el importe bruto del canon puede hacer que el beneficio del cedente se desvanezca y, además, dificultar el acceso a tecnología por los propios contribuyentes del país que exige dicho impuesto, con la lógica consecuencia de que los contratos de cesión de uso del intangible o equipo tiendan a trasladar al cesionario ese coste. Los negociadores de los CDI deben, no obstante, considerar que la reserva de un derecho de gravamen en relación con los cánones no excluye la posibilidad de que estos sean eximidos de gravamen por la legislación interna (para todos los tipos de cánones o para ciertos sectores), que siempre es más sencilla de modificar que los CDI.

Como ocurría también con el artículo 11 del MC OCDE, no debe perderse de vista la conexión entre la tributación de los cánones en el Estado del que proceden y el artículo 24.4 del MC OCDE y el MC ONU: cualquier restricción a la deducibilidad del canon para el pagador, cuando el pago se realice a un no residente, será contraria al artículo 24.4 del MC OCDE y el MC ONU si no respeta los límites que este

precepto establece, o no se ajusta a lo previsto en el artículo 9 o 12.4 del MC OCDE (o 9 y 12.6 del MC ONU).

2. LA TRIBUTACIÓN DE LOS CÁNONES EN EL ESTADO DE RESIDENCIA

2.1. El artículo 12.1 del MC OCDE

El efecto del artículo 12.1 del MC OCDE es similar al que tienen los artículos 10.1 y 11.1 del MC OCDE, aunque el primero, a diferencia de los segundos, garantiza la tributación exclusiva de los cánones en el Estado de residencia. Como ocurría con aquellos preceptos, el artículo 12.1 del MC OCDE no indica cómo o cuándo pagar el gravamen, así como tampoco se expresa respecto de si los cánones deben ser objeto de gravamen en el Estado de residencia, una posición que conecta perfectamente con el artículo 1.3 del MC OCDE. De hecho, a diferencia de los artículos 10.1 y 11.1 del MC OCDE, el artículo 12.1 del MC OCDE ni siquiera se refiere al pago de los cánones, lo cual refuerza la postura de que la tributación del canon en el Estado de residencia no viene determinada o limitada por el citado precepto (podría decirse que el concepto de "pago" se encuentra en la propia definición de canon del artículo 12.2 del MC OCDE; sin embargo, la definición de este concepto [párrafo 8.3 de los Comentarios al artículo 12.2 del MC OCDE] es flexible y llevaría a conclusiones similares). Al igual que con los intereses, el Estado de residencia podría gravar cánones presuntos y definir las reglas de tributación del canon como lo crea más oportuno (por ejemplo, mediante la aplicación de incentivos o exenciones, o el establecimiento de normas específicas de deducción de gastos, o tipos impositivos reducidos y patent boxes, o el establecimiento de devengo del impuesto allí donde no existieran pagos físicos del canon).

El derecho de tributación exclusiva en el Estado de residencia está vinculado a dos condiciones: (1) que los cánones procedan del otro Estado, y (2) que sean recibidos por un beneficiario efectivo del Estado de residencia. Es decir que el artículo 12.1 hace referencia a una regla de la fuente y determina el tipo de renta a la cual se aplica el precepto, esto es, los cánones derivados del otro Estado contratante (de manera que, si son cánones de un tercer Estado, o del propio Estado de residencia, se aplicará el artículo 21 del MC OCDE). Al no prever ningún tipo de tributación limitada en el Estado de la fuente, el artículo 12 del MC OCDE no contiene ninguna regla de concreción similar al artículo 11.5 del MC OCDE, por lo que el término "procedentes" hace referencia a cualquier canon gravable en otro Estado contratante, de conformidad con su legislación interna.

2.2. El concepto de "beneficiario efectivo" como requisito de acceso al artículo 12.1 del MC OCDE

El pago de los cánones a un residente del otro Estado contratante no genera por sí mismo el derecho a la exención del artículo 12.1 del MC OCDE (o, en su caso, a los tipos reducidos del artículo 12.2 del MC ONU). Sucede así porque dicho pago debe realizarse al "beneficiario efectivo", quien, además, debe cumplir con la condición de ser residente en el otro Estado contratante. Existe una ligera diferencia en el concepto de beneficiario efectivo de los artículos 10.2 y 11.2 del MC OCDE, por un lado, y el correspondiente al artículo 12.1 del MC OCDE, por el otro: mientras que en los primeros el beneficiario efectivo funciona como un requisito de acceso a los tipos reducidos del CDI, en el segundo se convierte en una condición para aplicar la exención total de tributación en el otro Estado contratante. Su significado, sin embargo, es idéntico en uno y otro caso, y los Comentarios al MC OCDE no poseen diferencias sustanciales.

Desde su introducción en el MC OCDE en 1977 (artículos 10, 11 y 12), el concepto de "beneficiario efectivo" ha generado cierto debate acerca de su significado. En la actualidad, y especialmente desde los cambios introducidos en 2014 y 2017, ha quedado claro que en el MC OCDE este concepto no tiene el mismo significado que una cláusula general antiabuso, ya que tal cláusula se encuentra ahora regulada en el artículo 29.9 del mismo cuerpo. El uso del término "beneficiario efectivo" solo ataca ciertos comportamientos de interposición de personas para percibir rentas o cánones, pero deja fuera otros, que deberán enmarcarse en el artículo 29.9 del MC OCDE (2017) y el MC ONU (2021). Este concepto tampoco adquiere el significado que tiene en materia de derecho de trust o de blanqueo de capitales (o relativo a los registros de beneficiarios efectivos).

No obstante, los párrafos 4 y ss. de los Comentarios al artículo 12.1 del MC OCDE continúan generando alguna duda interpretativa sobre el significado de este término, aunque la mejor interpretación es aquella que vincula su significado con el concepto legal de propietario de la renta, en este caso, los cánones (persona con poder de decisión y uso de la renta, sin obligación legal o contractual de transferirla a otra persona cuando tal obligación está vinculada de forma directa a la propia recepción de la renta), de manera que solo si de los hechos y circunstancias del caso, o de la documentación legal, cabe presumir que quien recibe los cánones no es su propietario, este quedará excluido de tal condición. Por el contrario, si quien recibe los cánones puede ser considerado como su propietario jurídico (con independencia de lo que ocurra en el plano económico), será también el beneficiario efectivo.

La ausencia, en el perceptor de los cánones, de la condición de beneficiario efectivo (la percepción de la renta como un agente, o sociedad *conduit* que actúa

como fiduciaria) tendrá como consecuencia que en el CDI no se aplique la correspondiente exención (o los tipos reducidos, si se sigue al MC ONU). Sin embargo, cuando el perceptor, sea o no residente en un Estado contratante, reciba el pago de los cánones, pero pueda probarse que el beneficiario efectivo es residente del otro Estado contratante, no habrá problema en reconocer tal condición desde la perspectiva del pagador y aplicar la exención prevista en el artículo 12.1. Los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE fueron modificados en 1997 a fin de aclarar este aspecto. En este sentido, es relevante la decisión del Consejo de Estado francés en el caso Planet (20 de mayo de 2022, n.º 444451), que reconoce que, si bien el intermediario que recibe los cánones puede no ser el beneficiario efectivo en el Estado donde reside, es necesario aplicar el CDI correspondiente en atención al lugar de residencia del auténtico beneficiario efectivo.

Con este significado limitado del concepto de "beneficiario efectivo", los Comentarios también aclaran que el hecho de que una persona pueda ser considerada como beneficiario efectivo de los cánones no excluye la posibilidad de aplicar el artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU (o, en su defecto, el artículo 29.8 para los casos de atribución de cánones a establecimientos permanentes [EP] situados en un tercer Estado). Al igual que sucede con los intereses, no es infrecuente observar operaciones de back-to-back en relación con los cánones, que en algunas ocasiones podrán atacarse con el concepto de beneficiario efectivo, y, en otras, con el artículo 29.9 del MC OCDE. Teniendo esto en mente, los negociadores de CDI deben procurar mantener siempre la misma política (de exención o reducción de tipos) entre un CDI y otro, ya que si existen variaciones las operaciones de planificación se producirán en relación con los CDI que para los cánones prevean un método de exención o tipos más bajos.

En esta materia es preciso tomar en consideración que el concepto de beneficiario efectivo es puramente legal y no tiene una conexión directa con las reglas de atribución de beneficios para precios de transferencia en casos de ejercicio de funciones relevantes en relación con bienes intangibles (Capítulo VI de las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*). Por lo anterior, puede perfectamente ocurrir que a pesar de que una persona sea el beneficiario efectivo de un canon, se atribuya parte de la renta que recibe, o casi toda, a un tercero que, tratándose de un bien intangible, realice funciones relevantes (de desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación [DEMPE, por su sigla en inglés]). A estos efectos, no hay coordinación entre los criterios de las Directrices de la OCDE y el artículo 12 del MC OCDE.

2.3. El artículo 12.1 del MC ONU

El artículo 12.1 del MC ONU, salvo por el tipo de renta a que se refiere, presenta una redacción idéntica al artículo 11.1 del MC OCDE y el MC ONU. Sin embargo, desde la perspectiva del Estado de residencia, el efecto es similar al artículo 12.1 del MC OCDE: el precepto no limita o condiciona la tributación de los cánones en el Estado de residencia. No obstante, la existencia de un derecho de gravamen sobre los cánones para el Estado de donde proceden determinará que el Estado de residencia tenga que aplicar el método de eliminación de la doble imposición regulado en el CDI (equivalente al artículo 23 del MC OCDE y el MC ONU, aunque normalmente se aplica el método de imputación de la versión del artículo 23B).

Además, al igual que en el caso de los intereses, los Estados contratantes pueden tener motivos para regular en el CDI algunas situaciones que no resulten cubiertas por los párrafos 1 y 2 del artículo 12 del MC ONU, como sería el caso de que un residente de un Estado contratante R (Estado R) tenga un EP en el otro Estado contratante que derive cánones del territorio del propio Estado R. Si el Estado de residencia, ya sea en el CDI o en su legislación interna, aplica el método de exención con los beneficios del EP, podría verse privado de gravar cánones que proceden de su territorio, pues la potestad de gravamen le correspondería únicamente al Estado de ubicación del EP (vid. el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 21 del MC OCDE). Como en cualquier otra situación de este tipo, las disposiciones del artículo 29.9 del MC OCDE pueden aplicarse para prevenir estos casos cuando puedan considerarse situaciones de abuso.

3. LA TRIBUTACIÓN DE LOS CÁNONES EN EL ESTADO DE LA FUENTE: ARTÍCULO 12.1 DEL MC OCDE Y 12.2 DEL MC ONU

3.1. La exención para los cánones en el Estado de la fuente del artículo 12.1 del MC OCDE

Como se ha indicado en la sección 2 de este capítulo, el artículo 12.1 del MC OCDE dispone que los cánones procedentes del otro Estado contratante estarán exentos en el Estado de la fuente si son recibidos por un residente del otro Estado que sea, a su vez, el beneficiario efectivo. A falta de una cláusula de sujeción a impuestos en el Estado de residencia que regule el propio CDI, no es posible condicionar la aplicación de la exención a su tributación en el Estado de residencia (párrafo 6 de los Comentarios al artículo 12.1 del MC OCDE).

Al igual que ocurre con los artículos 10 y 11 del MC OCDE la forma de aplicar la exención dependerá del propio Estado que tiene que aplicarla (aplicación directa por el pagador o retención y devolución), aunque son comunes los sistemas en los que el pagador aplica directamente la exención del CDI cuando el perceptor del canon acredita la residencia en el otro Estado contratante.

Ahora bien, la exención en la fuente no depende de la tributación del canon en el Estado de residencia (exención, tipos reducidos, incentivos, etc.), sino que para que se produzca tal resultado se necesita una cláusula de sujeción a imposición en el otro Estado.

3.2. La tributación reducida en el Estado de la fuente para los cánones del artículo 12.2 del MC ONU

El artículo 12.2 del MC ONU admite la posibilidad de que el Estado del que proceden los cánones pueda gravarlos, aunque cuando el beneficiario efectivo de la renta sea residente del otro Estado contratante su derecho se limitará a los tipos reducidos especificados en el CDI. A estos efectos, al igual que ocurre con los artículos 10 y 11 del MC ONU, el artículo 12.2 del MC ONU no especifica el tipo de retención aplicable. Como se indicó en relación con el artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU, la determinación de los tipos de tributación para los cánones en el Estado de procedencia es una cuestión controvertida, y deben considerarse los efectos que pueden producir sobre los residentes que tengan necesidad de acceder al uso de bienes intangibles, tecnología o bienes generadores de cánones. Los Comentarios al artículo 12.1 y 2 del MC ONU realizan consideraciones al respecto que los negociadores de CDI deberían tomar en cuenta.

Al mismo tiempo, los Estados deben tratar de ser congruentes en la fijación de los tipos o exenciones para los cánones entre un CDI y otro, con el propósito de evitar generar oportunidades de planificación fiscal (por otra parte, algunos Estados suelen incluir cláusulas como la de "la nación más favorecida", que permiten que en sus CDI se apliquen los tipos más reducidos de CDI negociados con posterioridad).

La forma de aplicar los tipos reducidos del artículo 12.2 del MC ONU (retención por el pagador, aplicando directamente el CDI, o sistema de retención y devolución posterior) dependerá del derecho interno de los Estados contratantes.

Al igual que ocurre con el artículo 12.1 del MC OCDE, la aplicación del tipo reducido del artículo 12.2 del MC ONU no depende en absoluto del régimen aplicable a los cánones en el Estado de residencia, o de si están sujetos a gravamen a un tipo determinado, están exentos o poseen tipos reducidos. Para que tal efecto se produzca, es necesario añadir al CDI una cláusula de sujeción a impuestos (vid. los párrafos 82 y ss. de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE).

3.3. La posibilidad de prever distintos tipos impositivos aplicables a ciertos cánones o exenciones

En la práctica convencional es frecuente encontrar CDI que establecen distintos tipos impositivos para diversas tipologías de cánones. En particular, los llamados "cánones culturales" (derechos de autor sobre ciertas obras artísticas o científicas) suelen gozar de exenciones o estar gravados, en el Estado del pagador, a tipos reducidos para facilitar los intercambios culturales. Sin embargo, la disparidad de tipos entre los Estados que utilizan estas fórmulas (por ejemplo, España) ha generado un buen número de controversias cuando se han tratado de incluir en esta categoría cánones y empresas para los que no estaban previstos dichos beneficios, siempre sobre la base de determinadas ambigüedades en la redacción de los propios CDI.

En este sentido, los Estados que deseen utilizar estas fórmulas (diversos tipos o exenciones para algunos cánones) deben ser conscientes de las dificultades de administración y gestión que plantean y, al mismo tiempo, confeccionar una redacción sumamente clara para los casos de aplicación de tipos reducidos o bonificados y para las exenciones (con respecto a los tipos generales de los cánones).

3.4. La base sobre la que se aplican los tipos reducidos del artículo 12.2 del MC ONU

El tipo reducido del artículo 12.2 del MC OCDE y el MC ONU se aplica sobre el importe bruto del canon pagado (sin incluir en la base los impuestos indirectos, que se aplican habitualmente a estas cesiones de uso de bienes). En muchos países, la técnica para exigir el tipo reducido aplicable a los cánones consiste en la retención

en la fuente, por lo que la adopción como base del importe bruto del canon facilitará el gravamen y la retención por parte de la persona pagadora. No obstante, debe considerarse que los cánones llevan asociados gastos importantes que están vinculados a la explotación del bien intangible en el Estado desde el que proceden, o gastos de desarrollo, que, quizás, pueden tomarse en consideración también de forma presuntiva (vid. el párrafo 7 de los Comentarios al artículo 12 del MC ONU).

Cuando el impuesto sea trasladado al pagador, la base imponible estará compuesta normalmente por el importe bruto del canon más el impuesto correspondiente (se aplicaría aquí el mismo razonamiento del párrafo 1 de los Comentarios al artículo 11 del MC OCDE, de manera que el impuesto debido se considera como canon). Con este razonamiento, la base imponible deberá calcularse de la siguiente forma:

Base imponible (canon bruto) = importe del canon neto x 100 /
(100 – tipo de retención para los cánones previsto en el CDI)

No obstante, la determinación de la base imponible dependerá de cómo se defina el término "importe bruto" en la legislación del Estado desde el que proceden los cánones.

Obviamente, cualquier impuesto indirecto exigible en la operación (por ejemplo, el IVA) no deberá ser tenido en cuenta a la hora de determinar la base imponible del canon.

3.5. La vinculación de la aplicación de los tipos reducidos del artículo 12.2 del MC ONU con el concepto de beneficiario efectivo

Como se indicó, el acceso a los tipos reducidos del artículo 12.2 del MC ONU no solo depende de que quien reciba los cánones sea residente en el otro Estado contratante, sino, además, de que sea el beneficiario efectivo de los mismos. El significado del concepto de beneficiario efectivo en el contexto del artículo 12.2 es el mismo que fue expuesto en el apartado 13.2.2 del presente Manual (vid. el párrafo 11 de los Comentarios al artículo 12 del MC ONU), por lo que se remite al lector a dicho título. La única diferencia relevante se encuentra en que en el artículo 12.2 del MC ONU el concepto es un requisito de acceso a los tipos reducidos que regule el CDI.

3.6. Las reglas sobre la fuente de los cánones en el artículo 12.5 del MC ONU y la ausencia de reglas en el artículo 12 del MC OCDE

El artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU se aplica a los cánones procedentes del otro Estado contratante. La atribución de jurisdicción exclusiva sobre los cánones al Estado de residencia en el MC ODE hace que la mayoría de los Estados consideren que no resulte necesaria una regla de determinación de la fuente (cualquiera sea la regla que utilice el Estado del que procedan quedará limitada por el CDI). No obstante, en el artículo 12 del MC ONU expresamente se añade una regla de determinación de la fuente del canon en su párrafo 5. Esta regla es idéntica a la que se encuentra en el artículo 11.5 del MC OCDE y el MC ONU, de forma que los cánones tendrán su fuente en el otro Estado contratante en los siguientes casos:

- **Si el "pagador" es residente del otro Estado contratante:** El término pagador tiene connotaciones distintas de las propias del concepto de deudor del canon (un término empleado en bastantes CDI), ya que el pagador puede incluir, por ejemplo, un intermediario que no necesariamente sea el deudor. La utilización del término pagador situaría la fuente del canon en el Estado del intermediario o del deudor, si este último es, efectivamente, el pagador. En su legislación interna, algunos Estados podrían, no obstante, soslayar la regla del pago de los cánones y emplear el criterio del lugar de la utilización del bien o el derecho cedido en uso. En estos casos, tales países deberán pensar en la necesidad de adecuar la redacción del artículo 12.5 del MC OCDE y el MC ONU a sus circunstancias específicas (vid. el párrafo 28 de los Comentarios al artículo 12.5 del MC ONU).

- **Si el "pagador" es residente de un Estado contratante o no, tiene un EP o base fija en relación con el cual se incurrió en el pago del canon, y este es sustentado por el EP o la base fija:** este precepto hará que se considere que, por ejemplo, los cánones tienen su fuente en el Estado del EP. Resulta curioso que, a pesar de la similitud entre el artículo 12.5 y el artículo 11.5 del MC OCDE y el MC ONU, los Comentarios al artículo 12.5 del MC ONU no expliquen el alcance de esta regla ni examinen los problemas que plantean estos casos triangulares. Sin embargo, nada impide trasladar tales comentarios también a la interpretación y aplicación de esta regla (vid., en este sentido, los párrafos 26 a 31 de los Comentarios al artículo 11.5 del MC OCDE, que reproducen el párrafo 27 de los Comentarios al artículo 11.5 del MC ONU o vid. la sección 12.6 de este Manual acerca de los Comentarios al artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU).

4. EL CONCEPTO DE CÁNONES: ARTÍCULO 12.2 DEL MC OCDE Y 12.3 DEL MC ONU

4.1. Características generales

Históricamente, el concepto de canon se vinculó a las rentas derivadas de las cesiones de ciertos bienes muebles o intangibles que algunos Estados querían someter a gravamen en el Estado donde se situaba el pagador o se empleaba el bien. La definición comprendía entonces tres tipos de rentas por el uso de bienes diferenciados: (1) las rentas derivadas de la cesión de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas; (2) las derivadas de la cesión de uso de propiedad industrial, y (3) las vinculadas con la cesión de uso de equipos industriales. En la definición actual de cánones del artículo 12.2 del MC OCDE los dos primeros grupos se han mantenido, pero el tercero fue eliminado en 1992. Sin embargo, este último grupo todavía puede encontrarse en el artículo 12.3 del MC ONU como un elemento propio y característico de la definición de canon.

En los tres grupos es posible encontrar determinados elementos comunes que conviene subrayar:

» **Definición autónoma de canon:** La definición de canon, tanto en el MC OCDE como en el MC ONU, es cerrada y solo tienen cabida los elementos enumerados y no otros no hayan sido incluidos. Por tal motivo, es común que la legislación interna de los distintos Estados contenga definiciones más amplias que las que se encuentran en los CDI, si bien la definición de canon del CDI siempre tendrá el significado que el artículo 12 del CDI indica, y no el más amplio del derecho interno (esto puede ocurrir, por ejemplo, con los pagos por cesiones de uso del derecho de imagen, que pueden estar incluidos en la definición local de canon, pero no lo están en la propia del MC OCDE y el MC ONU, por lo que dichos pagos deberán calificarse como beneficios empresariales, otras rentas del artículo 21 o rentas del artículo 17 del MC OCDE y el MC ONU).

  Las categorías y elementos que abarca la definición de canon (derechos de autor; obras literarias, artísticas o científicas; equipos industriales, comerciales y científicos, etc.) no están en los CDI, por lo que en estos casos será necesario interpretarlos para verificar si su significado proviene del contexto o de la legislación del Estado que aplica el CDI. En este sentido, existe cierta dificultad debido a que los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU han tenido la voluntad de brindar definiciones "contextuales" en algunos supuestos (por ejemplo, indican que es necesario atender a la sustancia de las operaciones, o desarrollan con gran detalle la cesión de uso de los programas de ordenador),

mientras que en otros siguen sosteniendo la referencia a –y subrayando la importancia de– la legislación interna[179] para calificar las rentas (por ejemplo, vid. los párrafos 8.2 y 18 de los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE).

Tales peculiaridades hacen que sea necesario observar con atención la redacción literal de la definición de cánones (es decir, el tipo de rentas a las que se aplica), así como los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU, y decidir luego cómo interactúan con legislación interna: la definición local de cánones y la legislación mercantil (en materia de propiedad intelectual o industrial) aplicable al contrato específico, con el fin de delimitar la naturaleza de la renta en cuestión (canon u otra). La dificultad de la interpretación del concepto de cánones motiva que los negociadores de los CDI deban realizar un gran esfuerzo en la redacción de la definición (aclarando, por ejemplo, si incluyen "derechos similares" a los de autor, como son los derechos conexos; cómo se aplican a los programas de ordenador, o si se aplican o no a la asistencia técnica que acompaña a determinadas cesiones de uso de propiedad industrial o intelectual) con el propósito de evitar problemas posteriores de interpretación y calificación.

» **El pago y los pagos de cualquier clase como elementos de la definición de cánones:** El "pago", que forma parte la definición de canon del artículo 12.2 del MC OCDE y la del artículo 12.3 del MC ONU (también se emplea en el artículo 12.1 del MC ONU), constituye un término que debe interpretarse con la misma flexibilidad que en el caso de los artículos 10 y 11 del MC OCDE y el MC ONU, en el sentido de que es posible devengar el impuesto incluso cuando no se realicen pagos efectivos (por ejemplo, una vez vencido el plazo contractual para el pago, aunque este no se verifique, o, en ciertos casos, en relación con rentas presuntas). En la práctica, los pagos de cánones suelen adoptar diversas formas (retribución fija, variable o mixta; en dinero o en especie), sin que estas influyan en la calificación de la renta: lo importante no es la forma que adopte el pago, sino que se trate de pagos derivados del uso de un bien incluido en la definición de "canon".

» **La vinculación del concepto de canon con el uso o el derecho de uso de los conceptos incluidos en la definición:** Los cánones son pagos por el uso de los bienes o derechos incluidos en la definición de canon, y no por ventas de bienes o por servicios prestados por el propietario del bien o derecho. El concepto de "uso" vinculado a las categorías de bienes y derechos del artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU plantea el problema de si su significado debe

179 Que no es necesariamente la propia del Estado que aplica el CDI.

determinarse por referencia a la legislación interna o, por el contrario, adoptar un sentido "contextual".

La referencia a la legislación interna presenta la dificultad de que el significado puede ser dispar en atención a cómo definan el "uso" los distintos países (por ejemplo, algunos no incluyen las ventas de categorías de bienes o derechos comprendidas en la definición de canon, como puede ocurrir con el *know-how,* mientras otros sí lo hacen; en algunos, las denominaciones que den las partes al contrato pueden prevalecer, lo que implica que existan más oportunidades para la planificación fiscal). Por todo ello, los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE han evolucionado hacia una posición más contextual (vid. los párrafos 8.2 y 12 a 17 de los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE), y ahora definen el "uso" en atención a la "sustancia" y "características" de la transacción concreta, con independencia de la denominación que reciba en el derecho interno (como "licencia" o "cesión"), pero sin abandonar completamente las referencias a la legislación interna. Sin embargo, en algunos aspectos los Comentarios no son del todo claros, además de que determinados Estados tampoco aceptan la definición de "uso" que brindan los Comentarios cuando se trata de categorías específicas de rentas (por ejemplo, en relación con programas de ordenador o bases de datos). Son cuestiones que los negociadores de los CDI deben considerar.

» **Pagos por el uso con finalidad de explotación comercial:** En las categorías de rentas comprendidas en el ámbito del artículo 12, los Comentarios también vinculan el concepto de canon con el pago realizado para explotar comercialmente el derecho que se está usando, de manera que los pagos por uso privado (por un particular o empresa) no se considerarían cánones (por ejemplo, adquisición de música o descarga de programa de ordenador por usuarios). Esta distinción se expresa en referencia a que serán cánones los pagos por uso para explotación de, por caso, programas de ordenador en el mercado, pero no por el uso privado o en la actividad de una empresa de un programa de ordenador u otro tipo de bienes o derechos incluidos en el artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU (es decir que son cánones los pagos por el uso de *copyrights* pero no el de los artículos o bienes protegidos por el *copyright*, lo que significa que el pago por el uso de un programa de ordenador, estándar o específico, no sería canon, sino beneficio empresarial, mientras que si se adquieren derechos que permitan la comercialización o modificación del programa, sí podría producirse un pago de un canon). No todos los países aceptan estas características del concepto de cánones y, en la práctica, se trata de un aspecto que genera dificultades e interpretaciones divergentes.

» **La actividad del cedente y la actividad del cesionario:** El concepto de canon comprende tanto las cesiones de bienes o derechos mencionados en el artículo 12.2 del MC OCDE realizadas en el curso de una actividad empresarial (por ejemplo, la cesión de uso de una patente por una empresa) como las realizadas fuera de tal actividad (por ejemplo, cesión de derechos de autor sobre una obra literaria por parte de los herederos de esos derechos). En este sentido, el artículo 12 tiene prioridad sobre el 7 del MC OCDE (de acuerdo con la regla del artículo 7.4 del MC OCDE y el 7.6 del MC ONU).

La cuestión de la actividad del cesionario del derecho es más problemática. La definición de canon nada indica sobre qué actividad deba realizar el cesionario o acerca de si la cesión puede realizarse para el disfrute de un particular que no realice una actividad empresarial. No obstante, a partir de 1992 y en relación con el uso de programas de ordenador, los Comentarios al MC OCDE comenzaron a restringir la definición de manera que solo se consideraran cánones los pagos vinculados con la explotación comercial del derecho cedido. La exclusión de los pagos de cánones realizados por particulares sin actividad empresarial puede tener lógica desde la perspectiva de que sería muy difícil hacer cumplir la obligación de tributación en la fuente (retenciones) sobre personas que no realicen actividades empresariales o profesionales. Al mismo tiempo, es razonable aplicar una tributación en la fuente para el perceptor del canon cuando tal pago determina que existe una deducción para el pagador (erosión de base imponible), lo cual solo ocurrirá en relación con quienes realizan actividades económicas, empresariales o profesionales. Como los Comentarios al artículo 12 del MC ONU reflejan, no todos los Estados aceptan esta interpretación.

» **La distinción entre uso y venta, excluidas las ventas del artículo 12 del MC OCDE o el MC ONU:** Puesto que los cánones están vinculados con el uso de los bienes y derechos a los que se refiere el artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU, no es infrecuente que se intenten camuflar auténticas cesiones de uso a través de supuestos contratos de venta (por ejemplo, venta de derechos de autor por un período de tiempo, o venta de bienes para enmascarar un derecho de uso de propiedad intelectual o industrial). Los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE, al afirmar, por ejemplo, en el párrafo 8.2, que se debe atender a la esencia de la transacción, están indicando que la denominación no controla la calificación de la renta, sino que esta debe surgir de los verdaderos derechos y obligaciones de las partes en los contratos (vid. el párrafo 134 de los Comentarios al artículo 1 del MC ONU sobre una operación de este tipo donde hay que atender a su auténtica sustancia legal). El párrafo 8.2 de los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE son un tanto equívocos en relación con sus

párrafos 15 y 16, toda vez que admiten las "ventas parciales de derechos" en relación con un territorio o un período temporal. Por lo tanto, para determinar la auténtica naturaleza de la operación habrá que atender a los hechos y circunstancias del caso concreto.

» **La distinción entre uso y prestación de un servicio:** Otra de las dificultades en el concepto de cánones se encuentra en que el mismo no está vinculado a la prestación de un servicio, sino a la cesión del uso de los bienes incluidos en la definición. En la prestación de un servicio se aplica conocimiento y habilidad, y se emplean ciertos bienes (tangibles o intangibles); en la cesión de uso, en cambio, se entrega el poder de utilizar algo concreto. Mientras que en los servicios hay una obligación de resultado, en las cesiones de uso no se garantiza la correcta utilización del bien cedido en uso, sino la cesión propiamente dicha a fin de que el cesionario pueda emplear dicho bien. A modo ilustrativo, puede decirse que el servicio que presta un arquitecto se concreta en un resultado o una obligación de hacer (por ejemplo, los planos), mientras que si el mismo arquitecto cede sus derechos (obligación de dar) sobre ciertas marcas registradas o conocimientos no patentados (know-how) se presenta una operación distinta y diferenciada: la primera generará rentas por beneficios empresariales (artículo 7 del MC OCDE), o por servicios técnicos (artículos 14 o 12A del MC ONU), y la segunda constituirá un canon del artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU. En este sentido, por ejemplo, la utilización de una plataforma electrónica o *software* para cargar un anuncio en línea no genera cánones, sino más bien retribuciones por servicios, ya que no se transfiere el *software* o su uso a quien carga el anuncio, sino que se está prestando un servicio con dicho software (vid., por caso, la decisión de la administración tributaria chilena 123/2018). Hay un sinfín de operaciones en las que se pueden plantear problemas de distinción, también en relación con la legislación aplicable: un fotógrafo que toma una fotografía por encargo de alguien puede estar prestando un servicio, mientras que si la fotografía es propia y cede su uso a un tercero estaría cediendo un material protegido por derechos de autor.

» **Los contratos mixtos:** A menudo los contratos comprenden varios tipos de prestaciones que deben calificarse unas como cánones y otras como rendimientos de una actividad empresarial o de servicios técnicos. Cuando ambos tipos de rentas sean objeto de un mismo tratamiento, la diferenciación entre una parte y otra del contrato no planteará muchos problemas. Sin embargo, no será frecuente que esto ocurra si, por ejemplo, el CDI sigue el MC ONU y contiene un artículo sobre cánones con retenciones en la fuente y otro sobre beneficios empresariales que no generan tributación en la fuente. En ese caso, es importante distinguir

y determinar si el contrato con prestaciones de diverso tipo debe tratarse de forma unitaria o se debe descomponer en diferentes partes. A estos efectos, el párrafo 11.6 de los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE establece reglas específicas: si una parte es el objeto principal del contrato y las otras son accesorias o auxiliares, se debe aplicar el tratamiento (canon o beneficio empresarial) correspondiente a la parte principal; si, por el contrario, ninguna de las partes puede ser considerada auxiliar o accesoria, el contrato debe ser desagregado (reparto proporcional del precio de modo razonable) para diferenciar el tratamiento que corresponde a cada una de ellas. Nuevamente, estos principios generales de los Comentarios son un tanto vagos y pueden plantear diversas interpretaciones y aplicaciones en los distintos Estados.

» **Irrelevancia de la forma de las cesiones:** Lo importante no es tanto la forma de la cesión del derecho (contrato físico o transacción digital), como su sustancia, es decir si existe o no en ella una cesión o concesión de uso de uno de los bienes o derechos incluidos en la definición de canon.

De las anteriores características generales y conclusiones puede fácilmente derivarse que la interpretación del concepto de canon en los distintos CDI es compleja, además de que con frecuencia ocasiona diferencias notables de interpretación y calificación entre las partes contratantes.

4.2. El concepto de cánones del artículo 12.2 del MC OCDE

El concepto de cánones del artículo 12.2 del MC OCDE fue objeto de modificaciones relevantes en 1992 para excluir de su ámbito de aplicación ciertas categorías de rentas (los pagos por el uso de equipos comerciales, industriales y científicos). Al mismo tiempo, desde 1977 en adelante (por ejemplo, en 1992 y 2008), los Comentarios al artículo 12.2 del MC OCDE sobre el concepto de cánones también han experimentado cambios importantes que siempre han ido en una misma dirección: la de reducir el ámbito de aplicación de la definición de canon a favor del concepto de renta empresarial, que normalmente no sufrirá retenciones en la fuente si el CDI sigue el MC ONU.

El concepto de canon del artículo 12.2 del MC OCDE comprende, al día de hoy, dos grandes grupos de rentas, los cuales vienen dados por los pagos por el uso o la cesión de uso de: (1) derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluyendo las películas cinematográficas, y (2) patentes; marcas de fábrica o de comercio; dibujos o modelos; planos; fórmulas o procedimientos secretos, o información relativa a experiencias industriales, comerciales o científicas.

Los distintos conceptos comprendidos en la definición de canon plantean numerosos problemas de interpretación, que, por la naturaleza de este Manual, es imposible exponer con detenimiento. No obstante, a continuación, se esbozan algunos de los principales inconvenientes encontrados:

1. **Los pagos por el uso o la cesión de uso de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas y científicas:** Esta referencia suele presentar diferentes variantes en los distintos CDI, dependiendo de los distintos sistemas de protección de los derechos de autor que existen entre los diferentes Estados (ordenamientos con influencia del derecho continental europeo o del derecho anglosajón). Al mismo tiempo, algunos CDI substituyen la referencia a obras "literarias, artísticas o científicas" con la definición de *copyright* con el propósito de evitar algunos problemas de interpretación. Como se ha indicado, habrá que considerar la redacción del CDI de que se trate, en particular a si hace referencia a los derechos de autor en sentido estricto, quién los explota comercialmente y la tipología específica de rentas incluidas.

   Las transacciones relativas a la cesión de uso o la utilización de *software*, que se protege en muchos países a través de la legislación de derechos de autor, son especialmente problemáticas, ya que para algunos países los principios de los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE y la distinción entre licencia o venta de un artículo objeto de *copyright* (por ejemplo, la descarga de una canción o el uso de un programa de ordenador) no determinaría que el pago se considere como canon, lo cual solo ocurriría si hay una cesión de derechos específicos sobre el objeto (más allá del propio derecho de uso personal) con vistas a su explotación comercial (por ejemplo, a partir de modificaciones o traducciones que permitan la comercialización). Ya se ha dicho que los Comentarios al MC OCDE a este respecto no han sido aceptados con facilidad, por lo que este tema constituye un aspecto que los Estados deben considerar y aclarar al momento de negociar los CDI. Las mismas dificultades se plantean en numerosas transacciones digitales (por ejemplo, el uso de bases de datos, que, por sí mismo, no genera un canon si no existe uso en el sentido de la definición del artículo 12.2 del MC OCDE, solo hay una prestación de un servicio y no acceso a información confidencial) o con el uso de servicios de nube en relación con las cuales normalmente no puede decirse que haya uso de *software* en el sentido de la definición de cánones, sino que más bien se trata de un servicio.

2 **Los pagos vinculados a la propiedad industrial:** Si bien los pagos por la cesión de uso de patentes o marcas usualmente no plantean grandes dificultades (cuando no se acompañan de asistencia técnica), sí que existen bastantes en

relación con las cesiones de *know-how* y de informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales y científicas. Históricamente, la definición de canon cubría tanto las cesiones de *know-how* en sentido estricto como la llamada asistencia técnica, las demostraciones prácticas (*show-how*) y ciertos servicios técnicos que acompañan usualmente a los contratos de cesión de ciertos tipos de propiedad industrial (por ejemplo, patentes o *know-how* en sentido estricto).

Los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE, a través de diversas modificaciones –de las cuales la de 1977 es la más relevante–, restringieron el ámbito de aplicación de la definición al *know-how* en sentido estricto (párrafo 11 de los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE, que se vincula con la parte de la definición dirigida a "informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales y científicas") con el efecto de dejar fuera del concepto de canon determinados pagos que se venían considerando como tales y situar otros que se venían considerando como *know-how* en el artículo relativo a las rentas empresariales. En el momento presente, los Comentarios tratan de distinguir las cesiones de *know-how* (cánones) de los servicios (renta empresarial), de manera que la primera entraña la obligación de transferencia de un conocimiento y los segundos un resultado o la obligación de aplicar conocimiento (vid. el párrafo 11.4 de los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE en relación con ejemplos de servicios específicos). Se aplicarán también aquí las reglas relativas a las partes auxiliares y escasamente importantes (párrafos 11.6 de los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE).

La referencia a "informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales y científicas" (que actualmente se entiende vinculada con el concepto de *know-how*, como indica el párrafo 11 de los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE [mientras que la referencia a "fórmulas o procedimientos secretos" alude a otros bienes intangibles que en algunos países son objeto de protección independiente]) no está directamente vinculada al uso o la cesión del uso. Esto lleva a que haya países y jurisprudencia de tribunales que entienden que esta parte de la definición de canon comprende tanto las cesiones de uso como las ventas de *know-how* (siempre que estas últimas sean admitidas en los distintos ordenamientos). Tal interpretación, sin embargo, no se encuentra en sintonía con la evolución histórica del MC OCDE o con una interpretación contextual, puesto que tanto en una como en otra la renta derivada de las enajenaciones de cualquier tipo de bien o derecho se encuadra en el artículo 13 del MC OCDE (ganancias de capital), y no en el artículo 12 de dicho cuerpo. Los diferentes regímenes jurídicos del *know-how*, dependiendo de cada país, plantean dificultades a la hora de interpretar esta parte de la definición de canon, aunque según los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE es la esencia de la transacción, con independencia de su forma, lo que constituye el elemento fundamental que se debe considerar para calificar las distintas operaciones.

4.3. El concepto de cánones del artículo 12.3 del MC ONU y sus diferencias con el artículo 12.2 del MC OCDE

4.3.1. La cesión de equipos industriales, comerciales y científicos

La diferencia más relevante entre el concepto de canon del artículo 12.2 del MC OCDE y el propio del artículo 12.3 del MC ONU se encuentra en que el segundo incluye los pagos por el uso o el derecho a usar equipos industriales, comerciales y científicos. Tal referencia también se encontraba en el concepto de cánones del MC OCDE hasta 1992, año en que fue eliminada y estas rentas quedaron comprendidas en el artículo 7 (rentas empresariales), incluyendo los pagos por el uso de contenedores. Sin embargo, muchos CDI, incluso de países miembros de la OCDE, todavía incluyen en la definición de cánones los pagos por la cesión de equipos.

La razón que llevó a incluir esta categoría de rentas en la definición de canon era doble: por un lado, originariamente el concepto de canon estaba referido a las rentas derivadas del alquiler o la cesión de uso de ciertos bienes o derechos; por el otro, las empresas dedicadas al alquiler de equipos podían moverse fácilmente de un Estado a otro, puesto que los equipos para alquilar constituían sus principales activos y era fácil trasladarlos hacia territorios privilegiados, manteniendo al mismo tiempo una presencia estable, el equipo, en el territorio donde esté se utilizaba (lo que generaba un gasto deducible, normalmente en el arrendatario). Repárese que para algunos Estados (y así se indicó en los Comentarios al artículo 5 del MC OCDE) la presencia de cierto tipo de equipos en su territorio, normalmente controlados por el prestador del servicio, durante períodos más o menos prolongados, determina que surja un EP, lo cual llevará a admitir la deducción de los gastos vinculados al arrendamiento del equipo y conectados con el EP.

En primer lugar, el concepto de "equipos industriales, comerciales o científicos" no está definido, en razón de lo cual se podría aplicar el artículo 3.2 del MC OCDE, aunque del propio contexto de los CDI pueden tomarse algunas indicaciones relevantes y así lo indica el párrafo 19 de los Comentarios al artículo 12 del MC ONU. Este párrafo indica que un equipo es un bien que se emplea para una tarea de naturaleza empresarial (no personal), aunque tal posición, que es defendida por algún país, no aparece en la definición de canon y puede generar alguna dificultad. Es claro también que el concepto de equipo no comprende la propiedad inmobiliaria (artículo 6 del MC ONU) o la propiedad intelectual a la que se refieren otras partes de la definición de canon. Al mismo tiempo, indica que el "equipo industrial, comercial o científico" es una categoría de un género más amplio, que puede incluir, por ejemplo, barcos, aviones, automóviles (y otros vehículos), grúas, contenedores, satélites, oleoductos o cables. En la mayoría de las jurisdicciones se hace una lectura amplia del concepto de equipos, de manera que puede comprender

equipos grandes o pequeños, e incluso, por ejemplo, figuras de cera para museos o animales empleados en un espectáculo, por nombrar dos casos extremos.

Al igual que sucede con otras categorías de la definición de canon, la principal dificultad se encuentra en cómo distinguir el uso de equipos de otras transacciones como la venta o las prestaciones de servicios. A estos efectos, los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE de 1977 ya indicaban que era necesario atender a la sustancia económica (finalidad principal) de la operación, de manera que si el arrendamiento es en realidad una venta a crédito o un arrendamiento con una opción de compra que se ejercería con certeza en la transacción (por ejemplo, un "*leasing* financiero") desde el momento inicial de la celebración del contrato, se consideraría que existe una voluntad de transmitir el equipo y, por ello, que se está en presencia de una venta y de no un arrendamiento de equipos que pueda dar lugar al pago de cánones del otro lado, cuando no estaba claro, desde el principio, el ejercicio de la opción de compra ("*leasing* operativo"), aunque esta estuviera incluida en el contrato, los pagos por el uso se considerarían como arrendamiento de equipos (en caso de existir la opción de compra, hasta el momento del ejercicio).

Las ideas anteriores se han recogido en el párrafo 20 de los Comentarios al artículo 12.3 del MC ONU, que, además, añade una serie de indicadores que permitan diferenciar entre "*leasing* financiero" y "*leasing* operativo", atendiendo al principio de "sustancia económica de la transacción". La complejidad de este tipo de contratos hace que algunas administraciones tengan también directrices o guías específicas que ayuden a distinguir cuándo un contrato cae en el ámbito de la definición de canon y cuándo no (vid., por ejemplo, en el caso de la administración tributaria australiana, el ATO Ruling TR 98/21, de 1998, donde se explica el tratamiento de los arrendamientos transfronterizos).

La definición de canon no comprende los casos en los que una empresa de un Estado usa el equipo en el territorio de otro Estado, pero sin ceder su control a quien está interesado en el servicio. No se trata, en este caso, de arrendamientos de equipos, sino de prestaciones de servicios que caerían en el ámbito del artículo 7, 12A o 14 del MC ONU. Por ejemplo, si un avión, barco o grúa se envía al otro Estado con personal del propietario del bien, que será el encargado de utilizarlo y manejarlo, se estaría ante la prestación de un servicio; si, por el contrario, el mismo equipo se cede y resulta operado o manejado por personal del cesionario del bien, se trataría de un arrendamiento de equipos calificable como canon. El mismo principio se aplica en relación con los servicios prestados a distancia o de naturaleza digital: si el prestador no cede la posesión del bien (satélite, red de telecomunicaciones, capacidad en servidores informáticos) a la persona que lo utiliza, se estará en presencia de un servicio y no de un arrendamiento de equipos. También a estos efectos algunas administraciones tributarias tienen guías que pueden resultar de utilidad (vid. los párrafos 25 a 29 del *OECD E-Commerce Report* de 2001, *Treaty Characterisation Issues*

Arising from E-Commerce,[180] con referencia a los criterios empleados por la administración de Estados Unidos).[181] Si bien tal posición es reconocida en el párrafo 21 de los Comentarios al artículo 12 del MC ONU, el mismo párrafo refleja que otros miembros del Comité de Asuntos Fiscales de las Naciones Unidas opinan que en los pagos por el uso de capacidad de transmisión (oleoductos, gaseoductos, cables) existe un arrendamiento de equipos.

En cualquier caso, debe considerarse también que los pagos por el uso de equipos realizados a empresas de navegación internacional incluidas en el ámbito del artículo 8 del MC OCDE y el MC ONU podrían quedar comprendidos por este artículo, y, en ese caso, no se aplicaría el artículo 12. Sin embargo, los pagos por la cesión de barcos y aviones a casco desnudo, cuando no sean ocasionales según la definición del artículo 8, normalmente serán considerados cánones.

4.3.2. La referencia en el artículo 12.3 del MC ONU a "películas o cintas empleadas para las emisiones televisivas o de radio" o "noticias de prensa"

La inclusión de los pagos por cesión de uso de películas o cintas empleadas para emisiones televisivas o de radio en la definición de canon del artículo 12.3 del MC ONU y de muchos CDI tiene probablemente una función aclaratoria, puesto que se emplea junto con los pagos por el uso de películas cinematográficas y en la medida en que la referencia está conectada a los pagos por cesión de derechos de autor. En este sentido, no puede decirse que represente una auténtica diferencia con el MC OCDE.

El párrafo 25 de los Comentarios al artículo 12.3 del MC ONU aclara que el anterior Grupo de Expertos de las Naciones Unidas concluyó que la referencia a derechos de autor sobre obras literarias también abarca los derechos de autor relativos a noticias internacionales. Nuevamente, se trata de un comentario aclaratorio.

180 Para acceder al reporte, visítese el siguiente enlace: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/b2f30e7d-en.pdf?expires=1725564316&id=id&accname=guest&checksum=914BC8938048DFBF945D92A6C1FB20D0.

181 Sec. 7701 € US Internal Revenue Code.

4.3.3. Los Comentarios al artículo 12.3 del MC ONU y sus diferencias con los Comentarios al artículo 12.2 del MC OCDE

Los Comentarios al artículo 12.3 del MC ONU reflejan una serie de particularidades con respecto al MC OCDE en relación con el concepto de canon. Las más significativas son las siguientes:

- **Aplicación del artículo 12B del MC ONU:** Si bien técnicamente este precepto podría aplicarse a algunas transacciones con *software*, el artículo 12 del MC ONU tiene prioridad, por lo que las descargas o uso de *sofware* o productos digitales que se puedan reputar como cánones no se consideraran incluidos en el artículo 12B del MC ONU. Estos problemas de interacción y calificación no se presentan en el MC OCDE. Sin embargo, no será frecuente que el artículo 12B del MC ONU aparezca en los CDI.

- **Cesión de uso de diseños, modelos o planos:** El párrafo 10.2 de los Comentarios al artículo 12.2 del MC OCDE no se incluye en los Comentarios al artículo 12.3 del MC ONU, lo cual es indicativo de que en este contexto puede no existir la voluntad de limitar el concepto de canon para diseños, modelos o planos preexistentes. Esta idea la confirma la nota añadida en los Comentarios al artículo 12 del MC ONU, párrafo 13, cuando matiza el párrafo 11 de los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE para indicar que algunos miembros del Comité de Expertos de las Naciones Unidas consideran que *know-how* incluye tanto la cesión de información preexistente como la relativa a un encargo de desarrollo de diseños, modelos y planos. La consecuencia práctica de esta posición sería que el pago por un encargo de diseño (a un arquitecto o un ingeniero, por caso) sería considerado como un canon y, sin embargo, en el MC OCDE sería un servicio. No obstante, en el momento actual, tales pagos serían considerados servicios técnicos del artículo 12A del MC ONU, siempre que el CDI incluya tal disposición, por lo que esta diferencia tiene menos relevancia.

- ***Software* y productos digitalizados:** Algunos miembros del Comité de Expertos de las Naciones Unidas no consideran aceptable la posición que reflejan sobre el *software* y los productos digitalizados los párrafos 14, 14.1, 14.2, 14.4, 15, 16, 17.2 y 17.3 de los Comentarios al artículo 12.2 del MC ONU y el énfasis que realiza en la finalidad para la que se emplea dicho *software*. Esencialmente, para este grupo de expertos cualquier licencia sobre *software* o productos digitalizados (como descargas para consumo propio o uso en línea), o pagos relacionados con la distribución de estos productos, podría generar un canon (*royalty*), ya que la existencia de este tipo de renta no depende del uso que se

dé al producto licenciado (explotación comercial o consumo y uso propio). De forma similar, el párrafo 16 de los Comentarios al artículo 12.3 del MC ONU refleja la posición de una "minoría grande" de miembros del Comité en el sentido de que, en virtud de que el artículo 12 se refiere a pagos por cesión de bienes (*letting*) y no a pagos por "explotación" del derecho de autor o uso del *copyright*, cualquier pago para poder usar una licencia de *software* o de productos digitales (aunque no se adquiera más que el derecho a su uso en línea o de realizar una copia privada) estaría cubierto por la definición de canon (de forma similar a como la cesión de uso de bienes tangibles también está cubierta por la parte de la definición de canon que se refiere a equipos industriales, comerciales y científicos). A estos efectos, los Comentarios al artículo 12.3 del MC ONU contienen una disposición modelo que aclararía esta posición y debería ser incluida en los CDI por los Estados que mantengan esta postura. De hecho, en el contexto del Comité de Expertos de las Naciones Unidas se está trabajando en una modificación del artículo 12 que permita incluir en la definición de cánones cualquier pago por *software*.

Si bien en la práctica de algunos Estados y CDI es frecuente encontrar, en la definición de canon del artículo 12, una referencia a los pagos por la cesión del uso de *software*, muchas veces dicha mención persigue el propósito de aclarar que aquellos se consideran incluidos en los pagos por cesión de derechos de autor relativos a obras literarias, artísticas o científicas, y no tanto para expresar un desacuerdo con la posición de los Comentarios sobre *software* del artículo 12 del MC OCDE. Aquellos Estados que busquen apartarse de la posición de la OCDE con respecto al software y la definición de canon probablemente deberían aclararlo en el CDI con una disposición similar a la referida en el párrafo precedente.

» **Extensión de la definición de canon para cubrir ventas de derechos de propiedad intelectual o industrial o equipos comprendidos en la definición de canon:** Así como los párrafos 134 y 135 de los Comentarios al artículo 1 del MC ONU advierten que es posible que muchas cesiones de uso de bienes y derechos cubiertos por el artículo 12 puedan adoptar la forma de ventas (temporales, parciales, etc.), también indican la posibilidad de que la definición de canon sea ampliada para cubrir las ventas de tales derechos o propiedad que son contingentes en relación con la productividad, el uso o la disposición de los mismos. Técnicamente, sin embargo, la idea que subyace a los Comentarios al MC OCDE o al MC ONU –esto es, atender a la auténtica naturaleza del contrato– hace innecesaria esta disposición (la venta se podría recalificar como cesión).

» **Interpretación expansiva del concepto "información relativa a experiencias industriales, comerciales o científicas":** Los párrafos 22 a 25 de los Comentarios al artículo 12 del MC ONU reflejan las posiciones de un grupo de países que se apartan de la interpretación aceptada por la OCDE:

- Algunos Estados interpretan "información relativa a experiencias industriales, comerciales o científicas" como comprensiva de los pagos por trabajo intelectual o servicios técnicos.

- Algunos países en desarrollo interpretan la "información relativa a experiencias industriales, comerciales o científicas" como una categoría relativa a conocimientos especializados, que tengan un valor intrínseco de propiedad sobre procesos industriales, comerciales o de gestión, y que se transmitan mediante instrucciones, consejo, enseñanza o fórmulas, planos o modelos, que permitan el uso o la aplicación de la experiencia obtenida en una materia determinada. En realidad, esta idea refleja que, para algunos países, la asistencia técnica o los servicios que no llegan a ser *know-how* pero están dirigidos a transmitir un conocimiento sobre el funcionamiento de algún proceso (*show-how*) también serían cánones. Como ya se dijo en relación con el MC OCDE, esta posición encuentra apoyo en la manera en que se gestó el artículo 12 del MC OCDE, y también está conectada con la disposición alternativa que se examina en el apartado siguiente.

La problemática de la interpretación de la referencia a la cesión de "información relativa a experiencias industriales, comerciales o científicas" ha perdido gran parte de su importancia en el contexto del actual MC ONU y los CDI que lo siguen, ya que el artículo 12A (servicios técnicos) cubriría este tipo de rentas. Los problemas resurgirán si se aplican tipos impositivos diferenciados en el artículo relativo a cánones y el referido a servicios técnicos.

4.4. La versión del concepto de cánones del artículo 12 del MC ONU: honorarios por "servicios incluidos"

Una de las novedades del MC ONU (2021) fue la inclusión en los párrafos 31 y ss. de los Comentarios al artículo 12 de una disposición que, en realidad, es una alternativa al artículo 12A, pero, al mismo tiempo, aclara problemas de interpretación del artículo 12 a los que ya se aludió en el apartado anterior. Esta disposición alternativa, que sigue la práctica de la India en muchos de sus CDI (y, en particular, el CDI India-Estados Unidos), añade los "honorarios por servicios incluidos" a la definición de canon del artículo 12, definiendo tal concepto de forma que abarque los servicios técnicos y de consultoría (incluyendo las cesiones de personal), siempre que dichos servicios: (1) sean accesorios y subsidiarios a la aplicación y disfrute del derecho, la propiedad o la información que genere que se pague un canon, o (2) pongan a disposición del cesionario conocimiento técnico, experiencias, habilidades, *know-how* o procedimientos, o consistan en el desarrollo y la transferencia de un plano o diseño técnico. Esta disposición alternativa tiene un carácter aclaratorio para algunos países, mientras que para otros es ampliatoria de la definición de canon. En cualquier caso, su efecto es conferir a los "servicios incluidos" un tratamiento equivalente a los cánones, es decir que califica como cánones los pagos por ciertas prestaciones que, en el contexto del actual MC OCDE, no se considerarían como tales (si bien históricamente la posición era distinta), como pueden ser la asistencia y los servicios técnicos o el *show-how* vinculados a la cesión de uno de los bienes o derechos cubiertos por la definición de canon. También explicita qué servicios no se consideran como "incluidos"; tales exclusiones son similares a las reguladas en el artículo 12A del MC OCDE (servicios vinculados con la venta de propiedad; los vinculados con barcos y aviones, o contenedores u otro equipo usado en relación con barcos y aviones empleados en el tráfico internacional; los relativos a la enseñanza en un centro educativo o los prestados por una institución educativa; los recibidos por una persona física por servicios para su disfrute personal, y los realizados en favor de empleados o personas cubiertas por el artículo 14 o 15 del MC OCDE). Los Comentarios a esta disposición alternativa ofrecen ejemplos sobre cómo aplicarla, que siguen, en gran parte, el memorando de entendimiento del CDI India-Estados Unidos.

5. EL ARTÍCULO 12.3 DEL MC OCDE Y 12.4 DEL MC ONU: LA EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DEL MC OCDE Y EL MC ONU CUANDO LOS CÁNONES ESTÉN VINCULADOS A UN EP O BASE FIJA

La aplicación de la exención (artículo 12.1 del MC OCDE) o de los tipos reducidos para los cánones (artículo 12.2 del MC ONU) se excluye cuando el beneficiario efectivo del pago, a su vez residente del otro Estado contratante, tenga un EP (o base fija, si el CDI tiene un precepto similar al artículo 14 del MC ONU) en el Estado desde el que se derivan los cánones y, además, estos estén efectivamente conectados con el EP (o la base fija). En estos casos, el Estado de la fuente no verá limitada su jurisdicción tributaria sobre los cánones y podrá gravarlos como beneficios atribuibles al EP (o base fija) y sin limitaciones (más allá de las propias del artículo 24.3 del MC OCDE y el MC ONU).

Para que ello ocurra y se aplique el artículo 12.3 del MC OCDE y 12.4 del MC ONU, el bien o derecho que genera los cánones debe formar parte del activo del EP o estar "efectivamente conectado" con el EP (que debe ser su "propietario económico"). Normalmente, en el ámbito OCDE se aplicarán a estos efectos los principios del *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* de la OCDE 2008 y 2010 a fin de determinar si el derecho de propiedad está vinculado o no al EP (o, en el MC ONU, la base fija, si el CDI tiene el artículo 14 del MC ONU).

No obstante, en el artículo 12.4 del MC ONU existe una modificación adicional, de manera que cuando el acreedor del canon tenga un EP y el derecho de propiedad no esté vinculado al EP, pero se pueda considerar como una actividad idéntica o similar a las realizadas por el EP, también se "atribuirá" al EP. Este sería el caso, por ejemplo, del propietario de una patente residente de un Estado contratante que tenga un EP en el otro Estado y que la explota en relación con derechos de uso o *know-how*, concedidos desde la casa central en este último Estado (sin necesidad de que sean realizados desde el EP). El derecho de uso concedido por la casa central se vincularía al EP –a pesar de no estar conectado con este último– por el "principio de fuerza de atracción limitada" del artículo 7.1 del MC ONU y, en consecuencia, tampoco en este caso se aplicaría el artículo 12.1 y 2 del MC ONU.

Los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE, párrafo 21, se hacen eco de la preocupación de que puedan existir comportamientos abusivos a través de los cuales se afecten derechos de propiedad de EP en Estados con una fiscalidad privilegiada. Más aún, los comentarios aclaran que, además de que podrían aplicarse las disposiciones de los párrafos 8 y 9 del artículo 29 del MC OCDE y el MC ONU, para que exista un EP no alcanza con incluir en la contabilidad el derecho de propiedad como activo, ya que es necesario que se desarrolle una actividad empresarial en el EP y el activo esté conectado con ella.

6. EL ARTÍCULO 12.4 DEL MC OCDE Y EL ARTÍCULO 12.6 DEL MC ONU: LOS PAGOS DE CÁNONES ENTRE PERSONAS CON RELACIONES ESPECIALES

Este precepto es idéntico al artículo 11.6 del MC OCDE y el MC ONU, y se ocupa de una forma específica de abuso entre partes con intereses comunes, consistente en incrementar los importes pagados por cánones con el fin de reducir la base imponible de la entidad pagadora. En casos de pagos de cánones por encima del precio de mercado entre partes con relaciones especiales, y siempre que dichos pagos estén conectados con la existencia de tal relación, el artículo 12.4 del MC OCDE y 12.6 del MC ONU solo se aplicará a la parte del pago que esté dentro del límite del precio de mercado (*arm's-length*).

El precepto se aplica a pagos que traen causa de una "relación especial", concepto que comprende tanto la existente entre partes vinculadas a efectos del artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU como otro tipo de relaciones especiales por existir cualquier comunidad de intereses o, incluso, en virtud de personas físicas relacionadas (por matrimonio o relaciones familiares, cuando ambos cónyuges realizan actividades empresariales).

Si bien el artículo 12.6 del MC ONU y 12.4 del MC OCDE pueden aplicarse cuando el importe de los cánones es excesivo, no permiten que el Estado desde el que se pagan los cánones realice ajustes que determinen la recalificación total o parcial de un contrato de cesión de uso en otra transacción diferente que determine la existencia de una renta de otro tipo (por ejemplo, distribución encubierta de dividendos). Para ello serían necesarias algunas modificaciones que menciona el párrafo 22 de los Comentarios al artículo 12 del MC OCDE (párrafo 29 de los Comentarios al artículo 12 del MC ONU), dirigidas a suprimir las referencias al contrato llevado a cabo, de modo de poder vincular el ajuste con cualquier razón que pueda justificarlo (no solo la corrección del importe). Normalmente, la recalificación de la operación se realizará de acuerdo con las reglas internas del Estado que aplica el CDI, atendiendo también a la aplicación de las disposiciones del CDI que resulten pertinentes (por ejemplo, el artículo 10, si el pago se recalifica como dividendo) y resolviendo las dificultades en el procedimiento amistoso.

El ajuste puede afectar tanto al perceptor del canon como a su pagador, a quien la legislación de su propio Estado, o el artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU, pueden impedir la deducción del importe excesivo de los cánones. Sin embargo, la posición del pagador no se considera en el contexto del artículo 12.4 del MC OCDE y el artículo 12.6 del MC ONU, cuyo efecto fundamental es excluir la aplicación del artículo 12.1 del MC OCDE y el artículo 12.2 del MC ONU para el importe excesivo de cánones, quedando otras cuestiones determinadas por la legislación interna del

Estado del pagador u otras disposiciones del CDI (por ejemplo, el artículo 9 del MC OCDE o el MC ONU).

Finalmente, es necesario conectar esta disposición con otras que tengan una finalidad similar, ya que los casos abusivos se pueden atacar con el artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU, cuando esto no pueda hacerse con el artículo 12.4 del MC OCDE y el artículo 12.6 del MC ONU (o con disposiciones internas más específicas, siempre que respeten el principio de no discriminación del artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU). Algunos CDI añaden cláusulas similares al artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU, pero que solo afectan a los preceptos relativos a las rentas pasivas, como el artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU.

Capítulo 14.
El artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU sobre las ganancias de capital

1. LA FUNCIÓN DEL ARTÍCULO 13 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

El artículo 13 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) y el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) distribuye la jurisdicción en relación con las ganancias de capital. En general, el Estado que tiene el derecho a gravar las rentas derivadas de inmuebles, activos de un establecimiento permanente (EP), buques o aeronaves explotados en el tráfico internacional será, con alguna particularidad, el que tenga el derecho a gravar las ganancias de capital. Respecto de las rentas derivadas de otro tipo de bienes o derechos, pueden existir variaciones relevantes de un convenio para la eliminación de doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI) a otro y del MC OCDE al MC ONU.

La función del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU difiere de conceptos similares en la legislación interna de los distintos países (por ejemplo, el concepto de ganancias patrimoniales de la legislación española). No se trata de un concepto o regla residual, en la que tengan cabida rentas no incluidas en otros preceptos, sino más bien de una regla propia y diferenciada de los CDI cuyo ámbito de aplicación se define en atención a los conceptos que regula y a las reglas distributivas que contiene, y cuyo significado y efectos deberán determinarse en el contexto del CDI. De hecho, en los CDI la función de categoría residual se encuentra en el artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU (otras rentas), que será el precepto donde encuentren acogida las categorías de rentas que no se incluyan en reglas más específicas, como es el propio artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU.

La tributación de las ganancias de capital es muy dispar entre los distintos Estados, tanto en la definición (el tipo de rentas a encuadrar en esta categoría, la inclusión de las mismas en la categoría de renta empresarial o no si están vinculadas a una actividad económica) como en el tratamiento (sujeción o no a gravamen, sujeción al impuesto sobre la renta o a otros impuestos, tratamiento de las ganancias para personas jurídicas o físicas, cálculo de las ganancias, tratamiento de las distintas categorías de ganancias y de las pérdidas, etc.). El artículo 13 del MC OCDE

y el MC ONU no se ocupa de ninguna de estas cuestiones (tratamiento o régimen de las ganancias de capital), ya que, como ocurre con otros preceptos de los CDI, su función es simplemente distributiva de la jurisdicción entre ambos Estados contratantes en relación con los impuestos que se incluyan en el ámbito objetivo del CDI de conformidad con el artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU.

Puesto que las ganancias de capital pueden haberse generado en períodos dilatados de tiempo que cubran años donde no existió CDI, o que un CDI haya sustituido a otro más antiguo con cambios en las reglas distributivas, debe tenerse presente que el equivalente al artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU se aplicará a las ganancias completas una vez que se produzca la enajenación a la que se refieren los distintos párrafos del artículo 13, con independencia de los años a los que pueda atribuirse su generación.

La principal modificación del artículo 13 del MC OCDE a lo largo de los años se llevó a cabo en 2003, con la inclusión del artículo 13.4, relativo a la enajenación de acciones o intereses similares que deriven su valor principalmente de inmuebles ubicados en el otro Estado. En consecuencia, tal cláusula no existe en CDI más antiguos, razón por la cual los mismos se utilizan frecuentemente para planificaciones que implican la tenencia de inmuebles o activos inmobiliarios de manera directa o indirecta a través de sociedades del otro Estado contratante que permitan la enajenación de acciones sin tributar en el Estado donde está ubicado el inmueble. Al margen de estas planificaciones inmobiliarias, cuando los CDI solo atribuyen la jurisdicción sobre ganancias de capital al Estado de residencia del contribuyente, es frecuente la utilización de entidades en el Estado de residencia –ya sea en estructuras circulares, ya por residentes de terceros Estados– para invertir en bienes o derechos cuya enajenación no tribute en el Estado de ubicación de los bienes (por ejemplo, acciones de sociedades de ese Estado, en general). Por ejemplo, un residente del Estado A mantiene acciones de una sociedad residente en B a través de una entidad residente en C, ya que existe un CDI entre B y C que permitiría enajenar la participación en B sin tributación en ese país (y tampoco en C).

Como es lógico, los comportamientos más agresivos en los que el contribuyente trate de aprovechar los beneficios del artículo 13, en sus distintos párrafos, pueden atacarse con cláusulas generales antiabuso, como las incluidas en el artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU, aunque habrá que conocer cuál es la voluntad de las partes del CDI para determinar si tales cláusulas pueden aplicarse (vid., para un caso donde no se admitió la aplicación de una cláusula antiabuso interna al artículo 13 en el CDI Canadá-Luxemburgo, la sentencia del Tribunal Supremo (TS) de Canadá en el caso Alta Energía, CA: SC, 26 nov. 2011, Docket No. 39113, Canada v. Alta Energy Luxembourg SARL, 2021 SCC 49). No obstante, el hecho de que el otro Estado contratante no grave las ganancias de capital, o lo haga de forma reducida, no debe llevar necesariamente a la conclusión de que existe un potencial abuso del CDI. En estos casos, los Estados deberán considerar si deben incluir cláusulas de sujeción a imposición como condición para la aplicación del artículo 13 u otras que consideren la tributación reducida en el Estado de residencia.

2. EL CONCEPTO DE GANANCIAS DE CAPITAL EN EL ARTÍCULO 13 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

2.1. El concepto de ganancia de capital en el artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU: consideraciones generales

El artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU no define el concepto de ganancia de capital. En consecuencia, de conformidad con el artículo 3.2 del MC OCDE y el MC ONU, *a priori* se aplicará la legislación interna para dotar de significado al mismo. No obstante, cabe extraer elementos relevantes que contribuyan a perfilar su significado tanto de los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU como del resto de los artículos.

En primer lugar, el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE vincula el concepto de ganancia de capital con la enajenación de propiedad. Tal asimilación es lógica si se considera que el término "enajenación" aparece en todos y cada uno de los párrafos del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU, y en cada uno de ellos se vincula a un tipo diferente de bien o derecho. Ni el artículo 13 ni el citado párrafo dan una definición de enajenación, por lo que será necesario acudir al artículo 3.2 y a la legislación interna. No obstante, nuevamente el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE explica que este concepto cubre la compraventa, permuta, expropiación, aportación no dineraria a una sociedad, la venta de un derecho, una donación *inter vivos* o una transmisión *mortis causa*. En consecuencia, los puros supuestos de concreción de derechos (por ejemplo, división de la cosa común) no deberían *a priori* determinar la existencia de ganancia de capital, aunque dependerá de lo que la legislación interna establezca en estos casos.

De las anteriores ideas se derivan varias notas relevantes y distintivas del concepto de ganancias de capital:

- El concepto de ganancias de capital no incluye las ganancias derivadas de la incorporación de bienes o derechos al patrimonio de una persona. Dado que la aplicación del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU está limitada a las enajenaciones, no alcanzará a las variaciones en el valor del patrimonio que se pongan de manifiesto por la incorporación de bienes y derechos al patrimonio de una persona y que no estén vinculadas a una enajenación previa (por ejemplo, el precepto no se aplica a premios, indemnizaciones, subvenciones, herencias, legados o donaciones desde la perspectiva del heredero o donatario, etc.). En este sentido, el párrafo 19 de los Comentarios excluye del ámbito de aplicación del artículo 13 del MC OCDE los premios de lotería. Las rentas por incorporación de bienes y derechos estarán comprendidas en el ámbito del artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU (otras rentas), salvo que estén gravadas en el

hecho imponible de otro impuesto no comprendido en el ámbito del artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU (por ejemplo, como ocurriría con una herencia si se grava al adquirente con un impuesto sobre sucesiones). No obstante, en las transmisiones de bienes o derechos a título gratuito (por ejemplo, herencias o donaciones), se producirá para el transmitente una enajenación cubierta por el artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU debido a la salida del bien o derecho de su patrimonio, y se verificará la renta por incorporación de bienes o derechos para quien recibe el bien o derecho en su patrimonio, la cual está comprendida en el artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU (salvo que esté gravada por otro impuesto distinto a los cubiertos por el CDI).

- La ganancia de capital debe proceder de la enajenación de bienes o derechos. Si bien los distintos párrafos del artículo 13 del MC OCDE no se refieren a las enajenaciones de derechos como tales, las mismas están comprendidas en su ámbito de aplicación, al igual que las enajenaciones de bienes. Así se deriva de los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE (por ejemplo, en el párrafo 5 se menciona la venta de derechos o en el párrafo 24 se hace referencia a los derechos incorporales, incluidos los de emisión, afectos a un EP). En el MC ONU el artículo 13.6 expresamente se refiere a ciertas enajenaciones de derechos.

- El artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU se aplica a las ganancias con independencia del plazo de generación o de su naturaleza. En diversos Estados se diferencia entre el tratamiento de las ganancias patrimoniales según el plazo de generación de las mismas, normalmente con la voluntad de diferenciar entre ciertas ganancias más especulativas y otras vinculadas a la tenencia de un bien o derecho durante un plazo más prolongado. Tal distinción, propia del derecho interno, no tiene ninguna incidencia en el ámbito de aplicación del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU, que recae sobre cualquier tipo de ganancia de capital.

- Las pérdidas no se regulan en el artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU. Como su título indica, el artículo 13 solo se refiere a las ganancias, pero no a las pérdidas. En consecuencia, la fijación de las reglas para su cómputo, la compensación de las mismas con otras rentas o su traslación a ejercicios anteriores o posteriores depende enteramente de los ordenamientos nacionales. Desde la perspectiva del Estado de residencia, los Comentarios al artículo 23A y B del MC OCDE, párrafo 44, realizan consideraciones relevantes sobre el tratamiento de las pérdidas sufridas en el otro Estado (en definitiva, también aquí dependerá de lo que indique la legislación interna).

» El concepto de enajenación admite la posibilidad de que se grave en el Estado de la fuente en supuestos donde no exista enajenación (el caso particular de los impuestos de salida y los *trailing taxes*). Al definirse el término enajenación por referencia a la legislación interna, es perfectamente posible que la misma considere, como tal, supuestos en los que no existen enajenaciones en un sentido jurídico. Y, de hecho, los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE admiten diversas posibilidades a este respecto indicando que, en ciertos supuestos donde no hay enajenación en sentido estricto, también se aplicarán las reglas distributivas del artículo 13 del MC OCDE, entre ellos, en las transmisiones de activos entre diversas partes de la empresa (desde un EP a la casa central o viceversa, o a otros EP en otros Estados) o en las revalorizaciones contables de bienes y derechos (párrafos 7 a 10 de los Comentarios).

Merecen una mención especial los llamados impuestos de salida (*exit taxes*) en sus distintas variantes, que los Estados exigen en el momento en el que un contribuyente pierde la condición de residente en su territorio sobre ganancias acumuladas pero no realizadas que dejarían de tributar por el cambio de residencia (por ejemplo, sobre determinados tipos de acciones) o sobre ciertos bienes o derechos que abandonan el territorio de un Estado y cuyas ganancias acumuladas no realizadas también dejarían de tributar (por ejemplo, cuando los bienes se afectan a un EP en el otro Estado y se aplica el método de exención en el Estado de residencia para los beneficios vinculados al EP). Tales impuestos no responden a la lógica de la enajenación al gravar rentas no realizadas; sin embargo, no suscitan reparos desde la perspectiva de los CDI. En primer lugar, corresponderá al Estado de residencia del contribuyente definir el concepto de enajenación; en segundo lugar, por aplicación del artículo 1.3 del MC OCDE y el MC ONU, el Estado de residencia no limita su poder tributario incluyendo el artículo 13 en un CDI. Una cuestión distinta son los llamados *trailing taxes*, que permiten al Estado donde residió un contribuyente gravar rentas puestas de manifiesto tras el cambio de residencia, al asumir que una parte o la totalidad se generaron durante el período de residencia. Por ejemplo, el Sr. A, propietario de un paquete de acciones de una sociedad del Estado A que acumula importantes plusvalías latentes, cambia su residencia al Estado B y enajena las acciones cuando ya es residente en el Estado B; si el Estado A aplica un *trailing tax* podría pretender gravar las ganancias derivadas de esa enajenación que se generaron durante el tiempo en que el Sr. A fue residente en su territorio. En la medida en que estos impuestos se exijan después del cambio de residencia, pueden suponer vulneraciones al CDI (artículo 13 en conexión con el artículo 4 del MC OCDE y el MC ONU), por lo que los Estados que los exigen suelen incluir cláusulas específicas en sus CDI para salvaguardar la compatibilidad de estos

impuestos con el CDI. Tales cláusulas de salvaguardia no serían necesarias en el caso de los *exit taxes*, como se ha indicado.

» Ciertas enajenaciones y reestructuraciones empresariales pueden resultar no gravadas. La legislación interna de los distintos países puede regular supuestos donde existan auténticas enajenaciones (realización de ganancias) que, por diversas razones, no se van a gravar. Tal es el caso, por ejemplo, de las exenciones por reinversión en otros activos (empresariales o no) (párrafo 6 de los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE) o de las reestructuraciones empresariales o transmisiones entre los miembros de un mismo grupo empresarial. Puesto que la definición del concepto de enajenación corresponde a la legislación interna, estos casos no plantean problemas específicos allí donde el Estado que puede gravar una renta renuncia al ejercicio de su poder tributario. No obstante, puede ocurrir que en estos supuestos se produzcan diferencias temporales relevantes o en el modo de gravar una misma ganancia entre el Estado donde se encuentra el bien o derecho y el Estado de residencia (por ejemplo, el Estado de la fuente aplica la exención por reinversión y el Estado de residencia no, o el Estado de residencia aplica un régimen de reestructuraciones empresariales a las rentas que se ponen de manifiesto en una fusión y el Estado de ubicación del bien no). En la medida en que estas situaciones pueden plantear problemas, algunos CDI incorporan cláusulas específicas, sobre todo en relación con las reestructuraciones empresariales, que aseguren el mismo tratamiento en un Estado y otro de la ganancia que se ponga de manifiesto. En cualquier caso, en relación con estas diferencias temporales (*time-mismatch*), deberán considerarse los Comentarios al artículo 23A y B, párrafo 32.8, a efectos de eliminar la doble imposición en el Estado de residencia.

» Los elementos cuantitativos del concepto de ganancia de capital (Comentarios al artículo 13 del MC OCDE, párrafos 12 y ss.). La ganancia de capital normalmente se suele cuantificar por la diferencia entre el valor de transmisión (deduciendo los costes vinculados a ella) y el valor de adquisición (más los costes vinculados). Las reglas de cuantificación pueden variar de un Estado a otro (por ejemplo, en lo que respecta a los valores a tomar en consideración como referencia para la venta o la adquisición, en las reglas de amortización admitidas del bien o derecho, etc.), sin que el artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU prescriba nada al respecto, ya que solo regula la distribución de la jurisdicción tributaria. En este sentido, es perfectamente posible que el importe de la ganancia de capital sea distinto en ambos Estados contratantes (por ejemplo, en relación con un edificio de oficinas situado en un Estado S, el contribuyente residente en el Estado R puede haber aplicado en este último amortizaciones correspondientes a la

edificación, mientras que, si no existe EP en el Estado S, tales amortizaciones no se considerarán allí si el contribuyente no lleva una contabilidad en S). En estos supuestos, si el Estado de residencia aplica el método de exención de acuerdo con el artículo 23A del MC OCDE, los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE, párrafo 1, indican que solo está obligado a eximir la diferencia entre el valor de transmisión y el coste de adquisición sin deducir amortizaciones, por lo que puede gravar las amortizaciones que han generado un gasto deducible en la base imponible de ese Estado (es una situación análoga a la de las pérdidas a la que se refiere el párrafo 44 de los Comentarios al artículo 23A del MC OCDE).

» Las ganancias de capital y las diferencias de tipos de cambio (Comentarios al artículo 13 del MC OCDE, párrafos 16 a 17). Las ganancias derivadas de la variación de tipos de cambio, ya sea que estén vinculadas a un activo concreto o a deudas contraídas en una moneda distinta de la nacional por un EP en el otro Estado, plantean problemas específicos. En principio, las ganancias derivadas de la variación de tipos de cambio no se encuentran vinculadas a enajenaciones, e incluso, frecuentemente, no son tenidas en cuenta en el Estado que tiene la potestad de gravar la ganancia de capital (por ejemplo, la enajenación de un activo gravable en el Estado de la fuente normalmente se producirá, calculará y pagará en moneda nacional, por lo que la ganancia o pérdida vinculada a la variación del tipo de cambio solo se pondrá de manifiesto en el Estado de residencia de quien enajena el activo y no en el Estado donde este se encuentra; todo ello salvo que la moneda funcional del contribuyente, normalmente si es una sociedad, sea distinta a la local). Por esta razón, en principio, tales ganancias se encuentran fuera del ámbito de aplicación del artículo 13 del MC OCDE, si bien pueden plantear dificultades en relación con la aplicación del artículo 23A del MC OCDE fundamentalmente, ya que el Estado de residencia puede querer gravar tales diferencias de cambio que no se tuvieron en cuenta en el Estado de ubicación del bien o derecho enajenado (los problemas a estos efectos pueden solucionarse en el seno del procedimiento amistoso).

2.2. El concepto de ganancia de capital en el artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU y su definición por relación con otros artículos del MC OCDE y el MC ONU

El concepto convencional de ganancias de capital no se debe determinar solo por referencia al artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU y a la legislación interna de los Estados contratantes, sino que también otros preceptos del MC OCDE y el MC ONU pueden actuar como límite externo (contexto) que determinen su ámbito de aplicación. Por esta razón, a fin de tener una visión completa del concepto de ganancia de capital, debe considerarse la relación del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU con otros preceptos:

» Artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU (o artículo 14 del MC ONU), en conexión con el artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU. *A priori*, el artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU se aplica también a las enajenaciones de activos empresariales (con independencia de la naturaleza, ya sea inmovilizado o de existencias). Sin embargo, de la formulación de las reglas del MC OCDE y el MC ONU puede existir un cierto solapamiento entre los artículos 6, 7 y 13.1 del MC OCDE. En principio, la redacción de los artículos 6 y 13.1 del MC OCDE y el MC ONU conduce a conclusiones similares con respecto al gravamen de las rentas derivadas de inmuebles y las enajenaciones de bienes inmuebles. No obstante, cabría plantearse si en ciertos casos de compraventa de inmuebles en el ejercicio de una actividad empresarial en un Estado realizadas sin que exista un EP (porque, por ejemplo, se gestiona a través de un tercero independiente que no se encuentra en la órbita del artículo 5) se aplicaría el artículo 7 y, en consecuencia, el Estado de ubicación del inmueble solo tendría potestad de gravamen si existiera un EP. Si bien es cierto que desde una perspectiva interna la compra-venta de inmuebles puede tener la naturaleza de renta empresarial, la calificación interna debe ceder en este caso a favor de lo dispuesto en el propio CDI, de manera que se aplicará el artículo 13 del MC OCDE (o el artículo 6 del MC OCDE, con consecuencias idénticas) a cualquier ganancia derivada de la compra-venta de bienes y derechos inmuebles situados en el Estado de la fuente, con independencia de que, desde la perspectiva interna, la renta tenga la calificación como renta empresarial o no. De otra forma, se produciría el resultado absurdo de que, en contra de las disposiciones de los artículos 6 y 13.1, el Estado de ubicación del inmueble no podría gravar las rentas derivadas de inmuebles por el mero hecho de que internamente la renta tenga una calificación u otra. Así lo aclara el párrafo 4 de los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE (el artículo 6.4 del MC OCDE y el MC ONU indica que se aplicará este precepto a las rentas de una empresa obtenidas de inmuebles en el otro Estado; si bien la utilización

de este precepto o el artículo 13.1 es indiferente a efectos de distribución de la jurisdicción tributaria, cabe presumir que el 6.4 del MC OCDE no se refiere a las ganancias derivadas de las compraventas de bienes inmuebles, sino a las correspondientes a la explotación de los mismos).

Obviamente, la aplicación del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU (o, en el caso de inmuebles, el artículo 6) no prejuzga la calificación que a efectos de la legislación de los Estados contratantes deba darse a la renta obtenida. Es decir, puede perfectamente ocurrir que la renta sea ganancia de capital para la aplicación del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU y, sin embargo, se considere como renta empresarial en la legislación interna.

» Las transacciones entre la casa central y los EP (artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU), las empresas asociadas (artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU) y el artículo 13 del MC OCDE. A diferencia de lo que ocurre en los artículos 10 a 12, el artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU no contiene ninguna regla específica para las operaciones vinculadas. Teóricamente, según el artículo 13, las reglas de cálculo de las ganancias de capital se remiten a la legislación interna de los Estados contratantes. Esta conclusión no resulta enteramente exacta para las operaciones con empresas asociadas o EP (casa central-EP o con otros EP), ya que es necesario considerar la interrelación entre el artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU y los artículos 7 y 9 del MC OCDE y el MC ONU a estos efectos. En principio, está claro que las reglas distributivas del artículo 13 del MC OCDE se aplican a las operaciones vinculadas con empresas asociadas o con EP, pero, a fin de evitar supuestos de doble imposición, los dos Estados contratantes deberán tener en cuenta como reglas de distribución de la potestad tributaria entre los Estados los límites que fija la regla de imposición a precios de mercado del artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU y su aplicación en el contexto del artículo 7 del MC OCDE.

Así, por ejemplo, cuando una empresa de un Estado A venda un bien inmueble situado en el Estado A a una empresa vinculada en el otro Estado contratante (Estado B), la pretensión del Estado B de atribuir al bien inmueble transmitido un coste inferior al valor de mercado podría determinar que en el Estado B se estuvieran gravando plusvalías cuyo derecho a gravamen se atribuía de forma exclusiva en el CDI al Estado A. Por ese motivo, el artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU debe necesariamente interpretarse como una regla complementaria del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU en el supuesto de operaciones vinculadas.

» La definición de dividendos del artículo 10 y el artículo 13 del MC OCDE. Si se comparan la asignación de potestades tributarias que realizan los artículos 10 y 13 del MC OCDE se puede detectar una asimetría entre la tributación de los dividendos (a tipos limitados en el Estado de la sociedad pagadora) y la tributación de las ganancias de capital derivada de la transmisión de acciones en general (asignada al Estado de residencia del accionista en exclusiva, salvo en el caso de sociedades inmobiliarias). Tal situación se corrige en el artículo 13 del MC ONU en ciertos casos, aunque no en todos. Esta asimetría determina que los distintos Estados asimilen algunas operaciones de enajenación de acciones a las distribuciones de dividendos a fin de evitar ciertas operaciones de planificación fiscal. En este sentido, el párrafo 31 de los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE (o el párrafo 28 de los Comentarios al artículo 10 del MC OCDE) aclaran que tanto en las ventas de acciones del accionista a la sociedad emisora en conexión con la liquidación de la sociedad como en la recompra de cartera de acciones por la sociedad emisora o en una reducción de capital, la operación puede ser tratada en el Estado de residencia de la compañía como una distribución de beneficios acumulados y no como una ganancia de capital. Si la legislación interna del Estado de la sociedad asimila tales operaciones al reparto de dividendos, (1) estas quedarían comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU y en la definición de dividendos de su párrafo 3, y, en consecuencia, (2) resultarían excluidas del ámbito de aplicación del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU. El Estado de residencia del accionista o partícipe no tiene necesariamente que calificar la operación de igual manera y puede mantener su tratamiento como ganancias de capital, pero deberá eliminar la doble imposición de conformidad con el artículo 23 del MC OCDE y el MC ONU en relación con la imposición que sufra el accionista o partícipe en el Estado de la fuente. Hay que subrayar que el párrafo 31 de los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE presenta un problema importante: indica que el Estado de la fuente debe gravar como dividendos la diferencia entre el precio de transmisión de las acciones y su valor nominal, en lugar de considerar el valor de adquisición de las acciones, como sería más correcto.

Por otra parte, desde una perspectiva de política tributaria, debe tomarse en cuenta que la definición abierta de dividendos del artículo 10.3 del MC OCDE da un importante margen a los Estados para tratar de gravar rentas que, de otra forma, podrían considerarse como ganancias de capital (u otras rentas), lo que reduce el ámbito de aplicación del artículo 13 o el artículo 21 del MC OCDE (por ejemplo, así ocurre con la normativa estadounidense sobre *manufactured payments*, que trata de calificar como dividendos los pagos derivados de ciertas operaciones financieras, préstamos de acciones [*stock lending*], operaciones de

recompra [repos], cierto tipo de contratos de canje [*swaps*], con flujos que pueden considerarse como equivalentes a dividendos vinculados a entidades de Estados Unidos).

» La definición de "intereses" de los artículos 11 y 13 del MC OCDE y el MC ONU. Como se indicó en relación con el artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU, el MC OCDE 1977 introdujo una importante modificación en la definición de intereses del artículo 11.3. A partir de este cambio, se pasó de una definición abierta, que trataba como intereses las rentas asimiladas a estos por la legislación del Estado de la fuente, a una definición cerrada, referida única y exclusivamente a los rendimientos derivados de préstamos, en cualquiera de sus formas, o de la cesión a terceros de capitales propios. Este cambio influye en el concepto de ganancia de capital del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU. Así, en aquellos CDI que sigan la definición de intereses anterior a 1977, las rentas derivadas de la enajenación de activos, que la legislación del Estado del pagador trate de idéntica forma a los intereses, se gravarán en el artículo 11 y no en el artículo 13 del MC OCDE, lo que ocasiona situaciones similares a las comentadas más arriba en relación con los dividendos. La situación es diferente en los CDI que contengan una definición autónoma de intereses, es decir, que contemplen la del MC OCDE a partir de 1977: aunque la legislación del Estado de la fuente equipare determinadas enajenaciones a intereses, a efectos del CDI no serán consideradas como intereses, sino como ganancias de capital del artículo 13 del MC OCDE. No obstante, en los CDI que sigan el MC OCDE y el MC ONU en sus versiones posteriores debe hacerse la siguiente distinción:

  - Las primas de emisión o amortización vinculadas con instrumentos de deuda (bonos, obligaciones) serán intereses en la definición del artículo 11 del MC OCDE, por lo que no tienen cabida en el artículo 13 del MC OCDE (vid. los párrafos 19 y 31 de los Comentarios al artículo 13 y párrafo 20 de los Comentarios al artículo 11 del MC OCDE).

  - Las ganancias obtenidas como consecuencia de la transmisión a terceros de instrumentos de deuda no serán consideradas como intereses y se incluirán en el ámbito de la definición de ganancias de capital del artículo 13, de las rentas empresariales del artículo 7 u otras rentas del artículo 21 del MC OCDE (párrafo 20 de los Comentarios al artículo 11 del MC OCDE).

» Los cánones del artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU y las ganancias de capital del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU. Como se indicó en relación con el artículo 12 del MC OCDE y el MC ONU, los cánones están vinculados al concepto

de cesión de uso o del derecho a usar los bienes y derechos que integran el concepto de canon, mientras que las ganancias derivadas de las enajenaciones de aquellos bienes y derechos no está incluida en este concepto. Sin embargo, resulta relativamente frecuente que una transacción adopte la forma de venta o enajenación temporal o limitada a una zona determinada y oculte que, en realidad, se está ante una cesión de uso de bienes y derechos. En consecuencia, será crucial calificar la operación en atención a su sustancia para determinar su auténtica naturaleza, tomando en consideración igualmente la legislación aplicable y la calificación de la transacción que se hace en ella.

» El artículo 13 (ganancias de capital) y el artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU (otras rentas). Ya se ha mencionado que el artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU constituye una regla de distribución de la potestad tributaria y que no tiene la función de regla residual que cabe atribuir, en algunos ordenamientos, a la definición interna de ganancias patrimoniales, puesto que en el ámbito convencional tal función está reservada al artículo 21 del MC OCDE. Por consiguiente, todas las rentas que no tengan cabida en la definición de ganancia de capital –por ejemplo, porque no están vinculadas a una enajenación, sino que suponen incorporaciones de bienes o derechos al patrimonio del contribuyente o porque no se califican como ganancias de capital internamente a pesar de derivar de enajenaciones– estarán incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 21 (o del artículo 7, en su caso) y no del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU.

  No obstante, una situación particular se producirá cuando la enajenación de un bien no se produzca por un precio fijo sino a cambio de una renta vitalicia, a pagar durante la vida de quien enajena el bien (Comentarios al artículo 13 del MC OCDE, párrafo 18). En estos casos se plantea la duda de si una vez que la anualidad supere el valor de adquisición, se está ante rentas del artículo 13 o del artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU. Los Comentarios en el párrafo 18 no dan una solución para este caso, ya que observan que se pueden dar argumentos tanto a favor de un precepto como de otro, y sugieren que allí donde existan problemas se considere la posibilidad de solucionarlos a través del procedimiento amistoso. Sin embargo, no es infrecuente encontrar CDI que podrían incluir las rentas vitalicias en el artículo relativo a pensiones, aunque también en estos casos se presenta el solapamiento con el artículo 13 cuando la renta se constituye vinculada a la transmisión de un bien o derecho al que pueda aplicarse este último.

3. LAS REGLAS DE DISTRIBUCIÓN DE LA POTESTAD TRIBUTARIA DEL ARTÍCULO 13 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: CONSIDERACIONES GENERALES

Además de estar vinculado a la enajenación de bienes o derechos, el concepto de ganancia de capital distribuye la jurisdicción tributaria en atención al bien o derecho enajenado. Esta distribución se concreta en el artículo 13 del MC OCDE mediante cinco reglas de atribución, cuya relación no está siempre bien definida. El MC ONU contiene ocho reglas tras las modificaciones que introdujo el MC ONU (2021), ya que con anterioridad eran seis, aunque con algunas diferencias relevantes con el MC OCDE. A continuación, se abordarán las reglas específicas del MC OCDE y sus disposiciones análogas en el MC ONU, para luego hacer referencia a las reglas distributivas especiales del MC ONU.

El artículo 13.1 del MC OCDE y el MC ONU contiene una cláusula relativa a la imposición de los inmuebles que se aplica con preferencia al resto de los párrafos del precepto. Esto es, aunque el párrafo 2 se refiera a la propiedad (mobiliaria) vinculada a los establecimientos permanentes, si se puede calificar la ganancia de conformidad con la regla del artículo 13.1 del MC OCDE y el MC ONU será este el precepto aplicable y no el párrafo 2, con independencia de que el bien inmueble esté o no afecto a la realización de actividades empresariales. Lo mismo ocurre al estudiar la relación entre los párrafos 1 y 3 del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU, pues la enajenación de activos inmobiliarios por empresas dedicadas a la navegación marítima o aérea internacional se encontrará comprendida en el artículo 13.1 del MC OCDE y el MC ONU y no en el párrafo 3 de este artículo. También el artículo 13.3 del MC OCDE se aplicará con preferencia sobre la regla relativa a los establecimientos permanentes, de forma que en las enajenaciones de buques o aeronaves operados en el tráfico internacional las ganancias patrimoniales serán gravadas únicamente en el Estado donde se encuentre la residencia de la empresa (en CDI anteriores al MC OCDE 2017, la regla era la sede de dirección efectiva).

Por otra parte, el MC OCDE 2003 añadió un párrafo 4 al artículo 13 a fin de permitir el gravamen de las participaciones en sociedades cuyo principal activo esté compuesto por inmuebles en el Estado de residencia de la sociedad, de manera que esta cláusula (en aquellos CDI en los que exista) operará con carácter preferente a la norma residual que regula el artículo 13.5 del MC OCDE. Sin embargo, es curioso que la cláusula del artículo 13.4 (MC OCDE 2003-2017) no contenga ninguna regla de primacía sobre los párrafos 2 y 3 del artículo 13 del MC OCDE; esta situación puede generar alguna dificultad aplicativa e interpretativa cuando el supuesto de hecho pueda estar cubierto por ambas cláusulas. Al mismo tiempo sería posible que tal cláusula plantee dificultades en relación con el artículo 7, ya que, si un Estado considera la enajenación de acciones con componente inmobiliario como rentas

empresariales, pero otro no, podrían existir asimetrías en la calificación y atribución de jurisdicción. Sin embargo, como se indicó más arriba, la aplicación del artículo 13 a cualquier tipo de ganancia hará que este precepto tenga prioridad.

El artículo 13.5 del MC OCDE será aplicable cuando no pueda calificarse la ganancia de capital de conformidad con alguna de las reglas del artículo 13 del MC OCDE, párrafos 1 a 4. Es decir, el artículo 13.5 del MC OCDE tiene una función residual, pero no por ello menos importante, puesto que, por ejemplo, las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones o participaciones en sociedades (con la excepción de aquellas cubiertas por el párrafo 4 y teniendo en cuenta la definición interna de ganancias de capital) están incluidas en su ámbito de aplicación.

El Plan Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios (BEPS, por su sigla en inglés) y la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI, por su sigla en inglés), que desarrolla las medidas derivadas de BEPS para modificar la red bilateral de CDI, propusieron en materia de ganancias de capital algún cambio importante al artículo 13.4 del MC OCDE. Estas modificaciones serán estudiadas en la sección correspondiente a este precepto. Las propuestas realizadas en el contexto del Plan BEPS y la MLI se han incluido en el MC OCDE y el MC ONU 2017, que, además de incorporar algún cambio relevante en los Comentarios al artículo 13, ha modificado la redacción de los artículos 13.3 y 13.4. Sobre estas novedades se hará referencia en las secciones específicas dedicadas a cada cláusula de reparto de la jurisdicción tributaria que contiene el artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU.

Por último, tras comentar las reglas distributivas del MC OCDE y el MC ONU de naturaleza análoga, la última sección se dedicará a las reglas especiales del MC ONU, algunas de ellas añadidas en la revisión de 2021.

4. EL ARTÍCULO 13.1 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: GANANCIAS DE CAPITAL DERIVADAS DE LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD INMOBILIARIA

El artículo 13.1 del MC OCDE y el MC ONU atribuye al Estado de ubicación de la propiedad inmobiliaria el derecho a gravar la misma en el momento de la transmisión por un residente del otro Estado contratante. Esta regla sigue los principios establecidos en los artículos 6 y 22 del MC OCDE y el MC ONU, que atribuyen el derecho a gravar las rentas de la propiedad inmobiliaria o el patrimonio inmobiliario al Estado de ubicación. A estos efectos, hay que tener en cuenta las precisiones que se mencionan a continuación, algunas incluidas en los párrafos 22 y 23 de los Comentarios al artículo 13.1 del MC OCDE y el MC ONU:

- El artículo 13.1 del MC OCDE y el MC ONU solo se aplica a las ganancias de capital obtenidas por un residente de un Estado contratante como consecuencia de la enajenación de un bien inmueble situado en el otro Estado contratante. Sin embargo, esta disposición no indica nada sobre la transmisión de bienes inmuebles situados en el Estado de residencia del transmitente o en un tercer Estado, con respecto a los cuales cabe aplicar la cláusula del artículo 13.5 del MC OCDE y el artículo 13.8 el MC ONU (las versiones anteriores al MC OCDE 2003 mantenían en estos supuestos la aplicación del artículo 21 del MC OCDE).

- Es indistinto que la propiedad inmobiliaria esté afecta a la actividad empresarial de quien la transmite como inmovilizado o no (esto es, como existencias) o que el transmitente tenga o no un EP (o base fija) en el Estado de ubicación del inmueble. El párrafo 1 se aplicará con preferencia sobre el resto del artículo 13 del MC OCDE y, *a priori*, sobre el artículo 7 del MC OCDE (o el artículo 14 en el marco del MC ONU). Si bien ha existido una cierta polémica sobre los casos en los que no exista un EP o base fija al que esté afecto el inmueble y el mismo se mantenga solo para la venta en el otro Estado contratante (sin tener un EP), actualmente está claro que solo se aplicaría el artículo 13.1 (o, en su caso, el artículo 6, aunque ambos producirían el mismo resultado).

- El significado de propiedad inmobiliaria en el marco del artículo 13.1 del MC OCDE y el MC ONU debe interpretarse de conformidad con el artículo 6.2 del MC OCDE y el MC ONU, con lo que podría tener un significado más amplio que en el derecho interno del Estado que aplica el CDI (vid. los Comentarios al artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU). En España, por ejemplo, la Dirección General de Tributos (DGT) considera como bienes inmuebles los derechos de multipropiedad sobre inmuebles vacacionales configurados como derechos

reales, las concesiones mineras o de obra para la construcción de una instalación portuaria o las grúas utilizadas en estas construcciones si tenían el carácter de instalaciones fijas sobre los inmuebles (vid., por ejemplo, las Resoluciones de la DGT V0322-17, de 7/2/2017, o V0896-18, de 6/4/2018).

» El artículo 13.1 del MC OCDE se completa con el artículo 13.4 del MC OCDE, añadido en 2003 (con igual numeración en el MC ONU). Este párrafo se configura como una regla que pretende evitar los supuestos de planificación fiscal que buscan eludir la tributación en el Estado de ubicación de un inmueble a través de la tenencia de acciones en sociedades cuando las mismas deriven su valor principalmente de bienes inmuebles.

Por otra parte, es preciso subrayar que la atribución de jurisdicción al Estado de ubicación de la propiedad inmobiliaria sobre las ganancias de capital obtenidas por un residente del otro Estado contratante no se realiza con carácter exclusivo. Salvo que el CDI regule el método de exención para este caso, la misma ganancia podrá ser sometida a gravamen en el Estado de residencia del transmitente del inmueble. Para calcular la ganancia de capital, tanto el Estado de ubicación del inmueble como el Estado de residencia del transmitente tienen plena libertad, de manera que es posible encontrar ganancias declaradas exentas en uno de los dos Estados o que la cuantía de la misma no coincida porque ambos aplican reglas distintas en relación con el cálculo de las ganancias de capital.

5. EL ARTÍCULO 13.4 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: GANANCIAS DE CAPITAL DERIVADAS DE LA ENAJENACIÓN DE ACCIONES O INTERESES COMPARABLES CUYO VALOR PROVENGA PRINCIPALMENTE DE PROPIEDAD INMOBILIARIA

El artículo 13.4 tiene una redacción idéntica en el MC OCDE (2017) y en el MC ONU (2021), de manera que permite al Estado de ubicación de un inmueble gravar la enajenación de acciones o intereses comparables en sociedades residentes tanto en su territorio como en el otro Estado contratante. De esta forma se asegura que cuando la enajenación de las acciones o intereses comparables busque de manera indirecta enajenar un inmueble, ya que los primeros bienes o derechos (acciones) derivan su valor principalmente de los segundos (bienes inmuebles), el Estado de ubicación no pierde la potestad del gravamen. Si bien esta cláusula buscaba detener comportamientos de planificación fiscal muy consolidados, su aplicación no depende de ningún elemento subjetivo, sino que basta con que se verifiquen las circunstancias de aplicación de la misma.

Es importante subrayar que normalmente la potestad de gravamen para un Estado no deriva directamente del artículo 13.4, por lo que la legislación interna del Estado debe permitir, por ejemplo, el gravamen de las enajenaciones de acciones o intereses similares de entidades no residentes cuando su valor procede de inmuebles ubicados en su territorio.

El artículo 13.4 del MC OCDE fue añadido en la versión de 2003 y, con posterioridad, modificado en el MC OCDE 2017 para agregar las conclusiones de la Acción 6 del Plan BEPS en un doble sentido: (1) junto a las acciones, se añadió la enajenación de derechos o intereses comparables a las acciones (por ejemplo, en fideicomisos [trust] o sociedades de personas), y (2) a fin de evitar posibles maniobras de planificación, el precepto se aplicará si las acciones o intereses similares derivan su valor de propiedades inmobiliarias en el otro Estado (fuente) "en cualquier momento durante los 365 días anteriores a la venta". Por su parte, las propuestas del *Informe de la Acción 6 de BEPS* fueron acogidas en el artículo 9 de la MLI, aunque la redacción de este precepto es bastante más compleja y abre un abanico de posibilidades nada sencillo en relación con los CDI anteriores, al no tratarse de un estándar mínimo derivado del Plan BEPS. Este precepto da una serie de opciones diferenciadas para que los Estados que lo deseen incorporen las actualizaciones mencionadas anteriormente ya sea modificando con diversas posibilidades los CDI anteriores que no incluyeran cláusulas equivalentes o cambiando la redacción de los que las tuvieran.

Los Comentarios al artículo 13.4 del MC OCDE, párrafos 28.3 al 28.13, aclaran algunos aspectos acerca de cómo aplicar este precepto.

- El artículo 13.4 del MC OCDE permite el gravamen de toda la ganancia de capital vinculada a las acciones de la sociedad, con independencia de que parte del valor de las acciones derive de otros activos de la sociedad distintos de la propiedad inmobiliaria situada en el Estado de residencia de la sociedad cuyas acciones se enajenan (esto puede ocasionar doble imposición si, por ejemplo, la sociedad tiene activos en el Estado de ubicación del inmueble y en su propio Estado de residencia o terceros Estados).

- El artículo 13.4 del MC OCDE no se refiere únicamente a sociedades o vehículos comparables, residentes en el Estado de ubicación de los inmuebles. Su tenor literal permite abarcar en él también a las sociedades o instrumentos comparables del otro Estado contratante, cuyo activo esté compuesto principalmente por inmuebles en el primer Estado contratante o que tengan acciones en otras sociedades o vehículos cuyo activo deriva su valor mayoritario de inmuebles situados en aquel Estado. Asimismo, en el artículo 13.4 del MC OCDE resulta irrelevante que la sociedad, sociedades, instrumentos o vehículos comparables intermedios, cuyas acciones o intereses sean enajenados, se sitúen en un tercer Estado, distinto del de ubicación del inmueble y de residencia del transmitente (solo así puede entenderse la frase "directa o indirectamente" incluida en el artículo 13.4 del MC OCDE).

- La determinación de si las acciones de una sociedad o intereses comparables derivan más del 50% de su valor de propiedad inmobiliaria situada en el Estado de la fuente, en cualquier momento durante los 365 días anteriores a la enajenación, de forma directa o indirecta, se debe hacer comparando el valor de esta propiedad inmobiliaria con el valor de toda la propiedad de la compañía, entidad o acuerdo, sin tener en cuenta sus deudas o pasivos. Los Comentarios no aclaran si a los efectos del cómputo del 50% debe tenerse en cuenta el coste histórico de los bienes y derechos, su valor contable o su valor real en el momento de producirse la enajenación. Lo lógico sería que se tuviera en cuenta el valor de mercado de los activos en el momento de la enajenación por comparación con el valor de mercado de los activos totales y no su valor contable o histórico, lo cual podría generar problemas de valoración difíciles de superar. Esto es así, dado que la opción de considerar únicamente el valor contable o histórico podría frustrar gravemente la finalidad del precepto, ya que sería muy sencillo diluir el valor del inmueble en el balance de la sociedad, entidad o acuerdo. Aunque los Comentarios no lo mencionan, nada impide aplicar las reglas del Estado de la fuente para la determinación del valor de las acciones o de los inmuebles de conformidad con el artículo 3.2 del MC OCDE.

- Los Comentarios, párrafos 28.6 a 28.12, prevén ciertas modificaciones o variaciones del artículo 13.4 del MC OCDE y la redacción de cláusulas alternativas que los distintos Estados pueden considerar al negociar sus CDI: (1) que el porcentaje del 50% se reduzca o se aumente; (2) que esta cláusula se aplique solo cuando el transmitente tenga un cierto porcentaje de participación en la entidad o acuerdo similar cuyo principal activo son los inmuebles; (3) que se establezcan ciertas excepciones a estas reglas (transmisión de acciones en sociedades cotizadas o en entidades y acuerdos similares; ganancias patrimoniales puestas de manifiesto en reorganizaciones empresariales; para activos, por ejemplo, una mina o un hotel empleados en el negocio del transmitente; para fondos de pensiones o entidades similares cuando uno de estos vehículos, habitualmente exentos de imposición sobre la renta en su Estado de residencia, obtenga ganancias derivadas de sociedades inmobiliarias o intereses comparables, para garantizar la neutralidad entre los fondos residentes y los no residentes; o cláusulas específicas para acciones o intereses comparables en fondos de inversión en activos inmobiliarios [Real Estate Investment Trusts]).

- Una cláusula específica (párrafo 28.9) trata de eliminar los problemas de doble imposición que pueden producirse si una persona que controla una sociedad o acuerdo similar con una propiedad inmobiliaria en el Estado de la fuente, vende la propiedad en el día 1 de un determinado ejercicio y, dentro del período de 365 días, se enajenan (por cualquier motivo) las acciones de la sociedad. Técnicamente, el Estado de ubicación del inmueble podría gravar la enajenación del inmueble, pero, por aplicación del párrafo 4 y la regla de los 365 días, también podría gravar la enajenación de las acciones de la sociedad o acuerdo similar, lo que generaría una doble imposición sobre la misma renta. Los Comentarios proponen una variante de la cláusula del artículo 13.4 para evitar este efecto.

6. EL ARTÍCULO 13.2 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: GANANCIAS DERIVADAS DE LA ENAJENACIÓN DE PROPIEDAD MOBILIARIA QUE FORME PARTE DEL ACTIVO DE UN EP (O BASE FIJA) EN EL OTRO ESTADO

6.1. El artículo 13.2 del MC OCDE

El artículo 13.2 del MC OCDE dispone que la enajenación de propiedad mobiliaria que forme parte del activo de un EP puede ser gravada en el Estado de ubicación del EP, el cual también podrá gravar dicha propiedad si se enajena el EP en su conjunto (de forma separada o con la totalidad de la empresa).[182] Como el párrafo 24 de los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE señala, esta regla de distribución de competencias, que trata de establecer una norma paralela al artículo 7 del MC OCDE, resulta aplicable únicamente a la propiedad mobiliaria afecta al EP.

Según el citado párrafo 24, el término "propiedad mobiliaria" implica cualquier propiedad distinta de la inmobiliaria comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 13.1 del MC OCDE e incluye activos intangibles o inmateriales (v.gr., el fondo de comercio, licencias, derechos de emisión, etc.). A diferencia de lo que ocurre en la regla del artículo 13.1 del MC OCDE, el artículo 13.2 atribuye al Estado de ubicación la potestad de gravamen sobre la ganancia derivada de la transmisión de bienes o derechos de naturaleza mobiliaria afectos al EP incluso si se encuentran situados en un país distinto de donde se encuentra el EP.

Lo cierto es que la introducción de la regla del artículo 13.4 del MC OCDE para la enajenación de acciones con un componente inmobiliario no cuadra bien con lo dispuesto en el artículo 13.2 del MC OCDE y debería aclararse cuál de las dos reglas debe aplicarse en los casos donde las acciones estén vinculadas a un EP en el Estado de la fuente. Si bien en algunos supuestos pueden llevar al mismo resultado práctico, existen situaciones donde ello no será así, especialmente si existen variantes de redacción entre ambos preceptos, por ejemplo, para acciones con componente inmobiliario se establecen ciertos límites de gravamen al Estado de la fuente.

En cualquier caso, la propiedad mobiliaria debe estar afecta al activo del EP, puesto que si tal requisito no se verificara se deberá aplicar la regla residual del artículo 13.5 del MC OCDE, dado que no rige en este ámbito el principio de la fuerza de atracción del EP (párrafo 27 de los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE). En 2010

182 En el caso de que la empresa propietaria del EP (entidad o acuerdo) sea considerada transparente por el Estado de ubicación, el Estado del EP podrá gravar las ganancias atribuidas a los socios o partícipes, que sean derivadas de la enajenación, incluso cuando la empresa sea transmitida en su totalidad. Sin embargo, si la empresa no se considera transparente, la enajenación de la participación en tal entidad se tratará de acuerdo con los párrafos 4 y 5 del artículo 13 del MC OCDE. Las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros a estos efectos se contemplan en los Comentarios al artículo 23A y B, párrafos 32.4 y 32.7 (vid. El párrafo 26 de los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE).

se añadieron dos nuevos párrafos (27.1 y 27.2) a los Comentarios al artículo 13 a fin de coordinar este precepto con el nuevo artículo 7 del MC OCDE y sus Comentarios. Desde ese año, estos recogen de forma plena el llamado enfoque autorizado de la OCDE en materia de atribución de beneficios a los EP. Este enfoque requería de alguna precisión en relación con el artículo 13.2 del MC OCDE, a fin de determinar qué tipo de bienes y derechos que puedan ser enajenados pueden considerarse vinculados o afectos a los EP. Por ello, el párrafo 27.1 dispone que formarán parte de la propiedad afecta a un EP los bienes y derechos cuya "propiedad económica" pueda ser atribuida al EP de acuerdo con los principios desarrollados en el *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes*, de la OCDE, párrafos 72 a 97 de la Parte Primera[183] a los efectos de la aplicación del artículo 7.2 del MC OCDE 2010-2017. En el contexto de este precepto, el párrafo 27.1 plantea que la "propiedad económica [es] el equivalente de la propiedad a efectos de la imposición sobre la renta por una empresa separada, con los beneficios y cargas que conlleva (por ejemplo, el derecho a percibir rentas de tal propiedad, la amortización y la exposición potencial a las ganancias y pérdidas derivadas de la apreciación y depreciación de la propiedad)". En consecuencia, continúa el párrafo 27.1, el mero hecho de que la propiedad haya sido incluida en un balance preparado para el EP no es suficiente para concluir que está "efectivamente conectada" con el EP. Para las empresas aseguradoras, el nuevo párrafo 27.2 aclara que se deben seguir los principios del Informe sobre atribución de beneficios a los establecimientos permanentes, Parte IV, y, debido a la naturaleza general de dicha guía, conmina a las autoridades tributarias a aplicar un enfoque flexible y pragmático que tenga en cuenta la aplicación razonable y consistente de los principios del Informe a los efectos de la identificación de los activos específicos que forman parte o están atribuidos al EP. Lo cierto es que nada impide que los párrafos añadidos en 2010 produzcan fuerza interpretativa con respecto a CDI firmados con anterioridad, incluso cuando sigan el artículo 7 del MC OCDE 1963-2008. Esto se debe a que el nuevo enfoque relativo a atribución de beneficios/activos a EP no varía significativamente en este punto concreto con respecto al vigente en el período 1963-2008 (por ejemplo, en los Comentarios a los artículos 10, 11 y 12, la regla del EP de estos preceptos podía interpretarse de esta manera, al igual que ocurre en los 21 y 22 del MC OCDE).

Por otra parte, si bien el artículo 13.2 del MC OCDE vincula el gravamen en el Estado de ubicación del EP a la existencia de una enajenación, los Comentarios al artículo 13, párrafo 25, en relación con el párrafo 10, aclaran que el Estado de la fuente podrá someter a gravamen las transferencias de activos desde el EP situado en un Estado a un EP o a la casa central ubicados en otros países, en conexión con las

183 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes*, París: OCDE; 2010.

reflexiones más generales sobre el Comentario al artículo 13 ya mencionadas. De hecho, algunos CDI, como el CDI España-Estados Unidos de 1990 en el párrafo 10.b del Protocolo, aclaran la aplicación de esta idea a fin de evitar la doble imposición.

Por último, al igual que en el caso del artículo 13.1 del MC OCDE, la regla del artículo 13.2 del MC OCDE no indica nada sobre la imposición en el Estado de ubicación del EP o de residencia del contribuyente. Por ese motivo, es necesario acudir a la legislación interna de ambos para determinar cómo tributa la ganancia de capital en cada uno de ellos (en el Estado de residencia debe tomarse en consideración el efecto del artículo 23A o B del MC OCDE). Sin embargo, llama la atención que la actualización de 2010 no traslade al ámbito del artículo 13.2 del MC OCDE las mismas exigencias en términos de simetría y salvaguardias (ajuste correlativo) del artículo 7 para los casos en que tal simetría en la atribución de la renta no se verifique en relación con ajustes vinculados al artículo 13, ya que los mismos problemas sobre atribución asimétrica de beneficios por los dos Estados contratantes son trasladables al ámbito del artículo 13.2 del MC OCDE. A los efectos de solucionar los problemas de doble atribución de la propiedad económica o atribuciones asimétricas, a juicio de los autores de este Manual, los principios del artículo 7 del MC OCDE deben considerarse también de aplicación en el contexto del artículo 13.2 del MC OCDE.

6.2. El artículo 13.2 del MC ONU

La redacción del artículo 13.2 del MC ONU es idéntica al artículo 13.2 del MC OCDE, con la única excepción de que incluye referencias al concepto de base fija del artículo 14 del MC ONU. Por ese motivo, tal precepto se aplica también a la propiedad mobiliaria que forme parte de una base fija situada en el otro Estado contratante. Los Comentarios al artículo 13.2 del MC ONU aceptan, con carácter general y con las únicas modificaciones relativas al concepto de base fija, los comentarios realizados al artículo 13.2 del MC OCDE, con la salvedad de los párrafos 27.1 y 27.2, vinculados al llamado enfoque autorizado de atribución de beneficios al EP.

Aunque es un aspecto que subraya el párrafo 27 de los Comentarios al artículo 13.2 del MC OCDE y aceptan los Comentarios al artículo 13.2 del MC ONU, es importante destacar que este último no actúa como una regla de fuerza de atracción (tampoco el artículo 13.2 del MC OCDE). De esta manera, las ganancias atribuibles a bienes o derechos no vinculados con el EP no pueden ser gravadas en el Estado de ubicación del EP, ni siquiera cuando los bienes o derechos estén relacionados con actividades a las cuales se pueda aplicar el principio de fuerza de atracción del artículo 7.1 letras b y c del MC ONU (se aplicarán a estos efectos las reglas que correspondan del propio artículo 13 del MC ONU).

7. EL ARTÍCULO 13.3 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: GANANCIAS DERIVADAS DE LA ENAJENACIÓN DE BARCOS O AERONAVES EMPLEADOS EN EL TRÁFICO INTERNACIONAL O BIENES MUEBLES AFECTOS A LA EXPLOTACIÓN DE DICHOS BUQUES O AERONAVES

De acuerdo con el artículo 13.3 del MC OCDE, y en línea con los artículos 8 y 22 del MC OCDE, las ganancias derivadas de la enajenación de barcos y aeronaves explotados en el tráfico internacional o de bienes muebles (por ejemplo, contenedores) afectos a la explotación de dichos buques o aeronaves solo pueden someterse a imposición en el Estado de residencia de la empresa. En otras palabras, si el Estado de ubicación del buque o aeronave no es el de residencia de la empresa no tiene ninguna jurisdicción sobre la ganancia vinculada a la enajenación del mismo y los bienes muebles a ellos vinculados. Esta regla especial para buques y aeronaves es de aplicación prioritaria con respecto a los artículos 5 y 13.2 del MC OCDE, aunque debe ceder ante el artículo 13.1. Así, si el bien es calificado como inmueble, será de aplicación la regla propia de los inmuebles.

Al igual que ocurre con el artículo 8, muchos CDI anteriores a la modificación del MC OCDE de 2017 no se refieren al Estado de residencia, sino al Estado donde la sede de la propietaria del buque o aeronave tiene la dirección efectiva. De forma paralela a lo que ocurre en el artículo 8, la definición de tráfico internacional relevante también deriva del artículo 3.1.e del MC OCDE.

La redacción del artículo 13.3 del MC ONU es idéntica al artículo 13.3 del MC OCDE, sin que afecte a ello la variante del MC ONU (artículo 8A u 8B) que se siga en el CDI.

El párrafo 28.1 de los Comentarios aclara que el artículo 13.3 del MC OCDE se aplica a las empresas propietarias de buques o aeronaves cuando estas explotan el buque o aeronave (como tal o lo ceden en contratos de arrendamiento (operativo) con tripulación, técnicos de mantenimiento y seguro [*wet leasing*]). En cambio, si no coincide la propiedad y la explotación del buque en la misma empresa (por ejemplo, empresas de arrendamiento a casco desnudo [*dry leasing*], excepto si son de naturaleza ocasional por empresas de navegación internacional) se aplica la regla general de los artículos 13.2 o 5 del MC OCDE a la empresa propietaria de los bienes. La inclusión de las cesiones de uso de equipos industriales, comerciales o científicos en el MC ONU no afecta en nada a esta regla, ya que normalmente los arrendamientos de equipos que se encuadran en el ámbito del artículo 12.3 del MC ONU no están comprendidos dentro del alcance del artículo 13.3 del MC OCDE y el MC ONU. No obstante, los Comentarios al artículo 13.3 del MC ONU no incluyen el párrafo 28.1 de los Comentarios al artículo 13.3 del MC OCDE.

Como ocurre en relación con el artículo 8, y en paralelo con este, algunos CDI extienden esta regla a las empresas que explotan vehículos de carretera y/o ferrocarriles utilizados en el tráfico internacional o incluso embarcaciones empleadas en la navegación interior.

8. LAS REGLAS ESPECIALES DEL MC ONU

8.1. Las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o intereses comparables calificadas como participación relevante (artículo 13.5 del MC ONU)

Algunos países consideran que el Estado de residencia de una sociedad no solo debe poder gravar las enajenaciones de acciones (o intereses comparables) cuando el valor mayoritario de las mismas se derive de inmuebles ubicados en ese Estado, sino también cuando se produzcan enajenaciones de participaciones sustanciales por residentes del otro Estado. La regla del artículo 13.5 del MC ONU regula una disposición de este tipo, que un buen número de países suele incluir en sus CDI con versiones que pueden presentar variaciones entre sí. No es infrecuente encontrar también en la práctica convencional reglas de esta naturaleza que limitan el tipo impositivo a aplicar en el Estado de residencia de la sociedad (o acuerdo comparable), cuyas participaciones son enajenadas de forma similar a como operan los artículos 10 a 12 del MC ONU (vid., por ejemplo, el artículo 13.5 del CDI España-Argentina de 2013, aunque se aplica también a participaciones no sustanciales con un tipo incrementado).

Esta cláusula tiene una serie de elementos que definen cuándo se aplicaría la misma, los cuales se explican con detalle en los Comentarios al artículo 13.5 del MC ONU y se presentan a continuación:

- **Existencia de una participación sustancial.** El artículo 13.5 del MC OCDE no define este concepto por lo que deben ser los negociadores de los CDI quienes determinen a partir de qué porcentaje de control del capital de una sociedad (o acuerdo comparable) en su territorio se considerará que existe una participación sustancial. A estos efectos, los Estados deben tener en cuenta que gravar todas las transmisiones de participaciones puede ser complejo por razones administrativas, motivo por el cual se suele limitar la aplicación de preceptos de este tipo a participaciones por encima de un umbral más o menos elevado (por ejemplo, más del 25% o más del 50%). En definitiva, el concepto de participación sustancial variará en función del umbral de control elegido en los CDI específicos, aunque un mismo Estado debe procurar coherencia entre sus distintos CDI.

- **Prioridad de la regla del artículo 13.4 del MC ONU.** Si la participación sustancial deriva su valor fundamentalmente de inmuebles situados en el Estado de residencia de la sociedad, de manera que esté contemplado en el ámbito de aplicación del artículo 13.4 del MC ONU y el MC OCDE, se aplica esta regla y no la relativa a participaciones sustanciales.

» **La vinculación de la participación sustancial con un período de 365 días.** En paralelo con lo dispuesto en el artículo 10.2.a o 13.4 del MC OCDE y el MC ONU, el concepto de participación sustancial no se vincula a un momento temporal concreto (una fecha de enajenación), sino a la participación que el residente del otro Estado pudo tener durante los 365 días anteriores. Este plazo pretende impedir que se evite la aplicación de la regla de las participaciones sustanciales mediante enajenaciones sucesivas de participaciones que no cumplan con la característica de sustancialidad definida en el CDI de una manera formalista o incluso abusiva (por ejemplo, la venta en dos fechas sucesivas de una participación del 2% y otra del 24%, cuando el umbral que define la participación sustantiva sea del 25%, pretende evitar que se aplique la regla al vender en una misma fecha la participación de 26%). Obviamente, este tipo de comportamientos podrían atacarse con cláusulas generales antiabuso o con el propio artículo 29.9 del MC ONU y el MC OCDE, pero la inclusión del plazo de 365 días permite objetivar la aplicación de la regla y otorga una mayor seguridad jurídica.

  Sin embargo, debe tenerse presente que la enajenación por quien tiene una participación sustancial de parte del paquete de acciones o intereses comparables por debajo del umbral de participación generará la aplicación de este precepto siempre y cuando el umbral se cumpla en algún momento dentro de los 365 días (en el ejemplo anterior, la enajenación del 24% sin llegar a enajenar el otro 2% estaría también gravada si en el período de 365 días a contar desde la última enajenación se tuvo una participación superior al 25%).

» **Participación directa o indirecta.** El artículo 13.5 del MC ONU se aplicará donde el umbral de participación se alcance de forma directa o indirecta. La definición de estos conceptos corresponderá a la legislación interna de los distintos Estados, aunque deben considerarse las dificultades que entraña incluir en el ámbito de la regla las participaciones indirectas, cuya transmisión puede no ser detectada por el Estado de residencia de la sociedad o entidades o acuerdos comparables.

» **Casos específicos de enajenaciones por entidades transparentes.** Allí donde la participación se mantenga a través de una entidad transparente en el otro Estado puede ocurrir que la enajenación de las acciones o intereses comparables por parte de la misma determine la atribución de la ganancia a quien tenga la participación en la entidad transparente. En estos casos, pueden verificarse situaciones complejas (diferencias de atribución, situaciones triangulares, etc.), que deberán solucionarse de conformidad con los principios de los Comentarios al artículo 1 del MC ONU y el MC OCDE en esta materia.

A estos efectos y por razones administrativas o para atraer inversión a sus mercados de capitales, algunos Estados añaden cláusulas de exclusión de la tributación en el Estado de la sociedad cuya participación sustancial tiene un residente en otro Estado. Esto sucede, por ejemplo, para participaciones en entidades cotizadas en mercados oficiales donde las participaciones de esta empresa se negocien regularmente. Los negociadores de CDI que incluyan estas cláusulas deberán también considerar si además deben añadir excepciones de las cláusulas de participaciones sustantivas para los casos de reestructuraciones empresariales.

Tampoco es infrecuente que los Estados que aplican exenciones para las enajenaciones de ciertas participaciones en su legislación interna (por ejemplo, España) deseen que no se incluyan en el CDI cláusulas como las del artículo 13.5 del MC OCDE, a fin de eliminar la doble imposición económica que se produciría para sus residentes en las enajenaciones de este tipo de participaciones en el Estado de residencia de la sociedad.

8.2. Las ganancias derivadas de la enajenación de un derecho de uso de recursos naturales (artículo 13.6 del MC ONU)

El artículo 13.6 del MC ONU establece que las ganancias derivadas por un residente de un Estado contratante de la enajenación de un derecho otorgado de conformidad con la legislación del otro Estado, que permita el uso de recursos que estén presentes de forma natural en ese otro Estado y bajo su jurisdicción, podrán ser sometidas a gravamen por este último.

Los Comentarios al artículo 13.6 del MC ONU, párrafo 31, indican los supuestos típicos donde se aplicaría este párrafo, como las enajenaciones de cuotas de pesca otorgadas por un Estado, de derechos de recogida de madera en un bosque, de extracción de agua, de exploración del territorio para la búsqueda de petróleo, gas u otros minerales, de la concesión del derecho de instalación de molinos de viento o turbinas marítimas en parte de un Estado, o del derecho a usar el espectro radioeléctrico, también para teléfonos móviles. El punto común de todos estos derechos es que permiten la explotación comercial de recursos inexorablemente ligados al territorio de un Estado y que el valor de los mismos son las rentas económicas específicas vinculadas a licencias otorgadas por el gobierno (u otras entidades públicas).

Al mismo tiempo, en el párrafo 32 los Comentarios aclaran que esta disposición no incluye los derechos otorgados por partes privadas a través de contratos, aunque estén garantizados por la legislación del Estado. Por ejemplo, continúa el mismo párrafo, la enajenación del derecho exclusivo de usar un conocimiento o saber hacer comercial-industrial-tecnológico-científico (*know-how*) en un Estado determinado no estaría cubierta, ya que no se trata de un derecho otorgado por la legislación de un Estado (sino por otra persona a través de un contrato). Lo mismo

ocurre con la enajenación de los derechos de autor (*copyrights*) o patentes, que no están relacionados con recursos presentes de forma natural en el otro Estado. Normalmente, la enajenación de este tipo de derechos estará cubierta por otros párrafos del artículo 13 y, en particular, por el artículo 13.5 del MC OCDE y el 13.8 del MC ONU (salvo que estuvieran afectos a un EP, en cuyo caso se aplica el artículo 13.2 del MC OCDE y el MC ONU).

La disposición solo se aplica a las transferencias directas, pero no cuando el derecho en particular se ostente a través de una sociedad. Si no hay abusos a los que se pueda aplicar el artículo 29.9, este tipo de transferencias se incluyen en el ámbito de los artículos 13.4, 13.5 o 13.7 del MC ONU (o en los artículos 13.4 o 13.5 del MC OCDE, con consecuencias diversas en función de si es un párrafo u otro).

Tal como indica el párrafo 34 de los Comentarios al artículo 13.6 del MC ONU, muchos de los derechos a los que se refiere pueden incluirse en la definición de propiedad inmobiliaria del artículo 6.2 del MC ONU (por ejemplo, licencias mineras), en cuyo caso podría existir un solapamiento con el artículo 13.1 del MC ONU. En realidad, el párrafo solo amplía los derechos del Estado que otorga las licencias en relación con los supuestos de derechos o licencias que no se consideren como propiedad inmobiliaria desde la perspectiva del artículo 6.2 del MC ONU.

Por otra parte, es preciso conectar este precepto con la práctica de algunos países que consideran que la exploración de recursos naturales puede dar lugar a un EP en ciertos casos (vid. los Comentarios al artículo 5.2, apartado 2.3, en este Manual), ya que la afección del derecho al EP podría también determinar que se aplique el artículo 13.2 del MC ONU si no puede considerarse como propiedad inmobiliaria. En general, esto ocurrirá con todos los derechos listados en el artículo 13.6 del MC ONU si están afectos a un EP en el Estado que concedió las licencias.

8.3. Las ganancias derivadas de las transmisiones indirectas de activos realizadas en el extranjero (artículo 13.7 del MC ONU)

Es relativamente sencillo eludir impuestos en un Estado que tenga la posibilidad de gravar las ganancias derivadas de enajenaciones de bienes o derechos, incluso cuando un CDI le atribuya la posibilidad de realizarlo, si tal bien o derecho se controla a través de una sociedad. Si bien es cierto que el artículo 13.4 del MC OCDE neutraliza estas estrategias en relación con el control de bienes inmuebles a través de sociedades, o que el artículo 13.5 del MC ONU hace lo mismo para participaciones sustanciales, en ausencia de tales disposiciones o en casos no cubiertos por las mismas, las estrategias de elusión fiscal mencionadas pueden funcionar sobre todo mediante el uso de sociedades no residentes; además, no siempre será posible atacarlas con cláusulas generales antiabuso o con el artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU. Precisamente por ello, y en línea con las tendencias regulatorias de algunos

países, el artículo 13.7 del MC ONU permite al Estado de ubicación del activo (bien o derecho) gravar en determinadas condiciones también las transferencias indirectas de activos realizadas a través de ventas de participaciones de sociedades o intereses comparables realizadas en el extranjero (transferencias indirectas transfronterizas [*offshore indirect transfers*]).

Según el artículo 13.7 del MC ONU, las ganancias obtenidas por un no residente a partir de la enajenación de acciones o intereses comparables en una sociedad o entidad local o extranjera pueden ser gravadas por un Estado si dichas acciones o intereses comparables derivan, al menos, en un 50% de su valor de propiedades con respecto a las cuales dicho Estado, en virtud de las demás disposiciones del artículo 13, habría tenido derecho a gravar la ganancia derivada de una enajenación directa. En esencia, la lógica de esta disposición es la misma que la propia del artículo 13.4 para ganancias de acciones o intereses comparables que derivan su valor de inmuebles o incluso del artículo 13.5 para las ventas indirectas de participaciones sustanciales.

Por ejemplo, si se incluye en el CDI entre el Estado R y S el artículo 13.7, este permitirá al Estado S, que otorga una concesión en una mina a favor de una sociedad residente en el propio Estado S, gravar la enajenación de acciones de tal sociedad residente cuando la venta la realice un residente del otro Estado contratante (Sr. R). También posibilitará gravar la enajenación por parte del Sr. R de acciones de otra sociedad ubicada en un tercer Estado que, a su vez, controla las acciones de la citada sociedad (del Estado S) con la concesión para explotar una mina.

Las condiciones de aplicación del artículo 13.7 del MC ONU son las siguientes:

- Los párrafos 4 (participaciones que derivan su valor de inmuebles) y 5 (participaciones sustanciales) del artículo 13 del MC ONU tienen prioridad sobre el 6.

- La persona que enajena las participaciones debe haber tenido un porcentaje de las mismas por encima de un umbral, a definir en las negociaciones entre los Estados. Tal porcentaje, al igual que en los artículos 13.4 y 13.5 del MC ONU, está referido a los 365 días anteriores a la enajenación con el fin de evitar ventas escalonadas en un corto espacio de tiempo que pretendan eludir esta disposición.

- A la condición anterior, se añade que las acciones o intereses comparables enajenados deben derivar más del 50% de su valor, en cualquier momento durante los 365 días anteriores a la enajenación, de manera directa o indirecta:

    - De cualquier tipo de propiedad que habría sido gravable en el Estado que aplica el CDI de acuerdo con las disposiciones precedentes del artículo 13,

si tal ganancia hubiera sido derivada por un residente del otro Estado contratante como consecuencia de la enajenación de tal propiedad.

- De cualquier combinación de propiedad o derechos a los que se refiere la letra a.

Un ejemplo sencillo puede ayudar a comprender la aplicación de esta cláusula. Si se considera que el CDI entre los Estados R y S aplica el artículo 13 del MC ONU, y que el Sr. R controla una sociedad en un Estado tercero (T), cuyo valor deriva 10 de una cuenta bancaria en T, 60 de una concesión minera que tiene una sociedad de S que T controla en la totalidad de su capital, y 30 de un inmueble que T posee en S, está claro que el valor de las participaciones que posee el Sr. R en la sociedad de T deriva fundamentalmente su valor de bienes o derechos que S habría podido gravar de acuerdo con otros párrafos del artículo 13 del MC ONU que aplica el CDI entre R y S. Por ello, la venta de la participación de la sociedad de T por parte del Sr. R podría ser gravada en el Estado S.

Como también se deriva fácilmente del ejemplo, hay una serie de dificultades que surgen de este tipo de disposiciones:

» Para poder aplicar el artículo 13.7 del MC ONU es necesario que la legislación interna del Estado S permita gravar estas operaciones. Si no lo hace, el CDI normalmente no va a crear tales derechos, ya que solo distribuye la jurisdicción entre los Estados contratantes.

» La aplicación práctica de este precepto no es sencilla desde la perspectiva de (1) la detección de este tipo de operaciones (la venta puede producirse por encima de diversas capas de entidades *holding* por un no residente del Estado S a otro no residente), lo cual demanda sistemas de acceso y obtención de esta información, y (2) la recaudación del impuesto debido (serán necesarias medidas específicas para aplicar esta disposición).

» Este tipo de impuestos sobre las transferencias indirectas de activos puede ocasionar dobles o múltiples imposiciones que podrían no ser corregidas. Por ejemplo, la venta de la participación por R normalmente se realizará al precio de mercado de los activos subyacentes en S, por lo que S gravaría la diferencia entre el valor de adquisición de las acciones y ese valor de mercado. La transmisión posterior del inmueble o las acciones por parte de T puede determinar otra plusvalía gravable por S sobre la que, en realidad, ya aplicó el impuesto en el momento de la transmisión de las acciones por el Sr. R. La situación puede complicarse aún más si, por ejemplo, la sociedad T tiene inversiones en un tercer

Estado, propiedades en el Estado T, o también si el Estado T, además de S, puede gravar la transmisión de acciones por el Sr. R.

Los Estados que tengan normativas sobre transmisiones indirectas de acciones o intereses comparables deberán pensar en soluciones a los problemas que las mismas pueden generar. Si bien el párrafo 40 de los Comentarios al artículo 13.7 del MC ONU sugiere que tales soluciones podrían encontrarse en el seno del procedimiento amistoso de carácter legislativo (artículo 25.3 del MC OCDE y el MC ONU) es bastante improbable que el mismo pueda eliminar todos los problemas, además de que en muchos casos se precisarían procedimientos multilaterales. En consecuencia, la legislación interna debe prever y regular, al menos, las situaciones más evidentes de doble o múltiple imposición.

El artículo 13.7 del MC ONU se refiere a las propiedades sobre las que se reconoce al Estado de la fuente el derecho de gravamen de acuerdo con los párrafos anteriores; nótese que el orden en el que se sitúa este párrafo en el artículo de un CDI en cuestión no es irrelevante. También es posible que el artículo se redacte de forma que se mencionen específicamente los tipos de activos o propiedades que deben determinar su aplicación, de manera de reducir su ámbito de aplicación (por ejemplo, transferencia de acciones de sociedades que tienen cierto tipo de concesiones administrativas a las que se refiere el artículo 13.6 del MC ONU), que los Estados modifiquen el peso de propiedades del Estado de la fuente en el valor de las participaciones enajenadas o que se incluyan otras personas, como las relacionadas (artículo 5.9 del MC ONU) o las vinculadas (artículo 9 del MC ONU), en el perímetro de control que determina la aplicación del artículo. Es posible también que se puedan añadir excepciones en la aplicación del artículo 13.5 (por ejemplo, para reorganizaciones empresariales).

9. LA REGLA RESIDUAL PARA EL RESTO DE LAS GANANCIAS DE CAPITAL DE LOS ARTÍCULOS 13.5 DEL MC OCDE Y 13.8 DEL MC ONU

9.1. Los artículos 13.5 del MC OCDE y 13.8 del MC ONU como cláusulas residuales para las ganancias de capital

Los artículos 13.5 del MC OCDE y 13.8 del MC ONU contienen una regla residual que atribuye la jurisdicción para gravar las ganancias de capital no contempladas en otros párrafos del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU (incluyendo las derivadas de terceros Estados) al Estado de residencia del transmitente. A pesar de su idéntica formulación en el MC OCDE y el MC ONU, el ámbito objetivo de aplicación de los artículos 13.5 y 13.8 difiere en ambos MC, ya que por su carácter subsidiario dependerá del resto de los párrafos del precepto. Así, el artículo 13 del MC ONU regula un mayor número de cláusulas específicas de atribución de jurisdicción al Estado de la fuente que atraen ganancias de capital, mientras que en el MC OCDE estarían comprendidas en el artículo 13.5 como cláusula residual. Por este motivo, con carácter general, el artículo 13.8 del MC ONU se aplicará a menos categorías de ganancias de capital que el artículo 13.5 del MC OCDE.

Uno de los tipos de bienes a los que más afecta esta cláusula residual son las acciones u otros títulos no comprendidos en el ámbito de otros párrafos específicos del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU y las ganancias derivadas de su transmisión. Tanto en relación con las acciones como con respecto a otro tipo de propiedades cuya enajenación pueda estar comprendida en este precepto (cualquier bien mueble o derecho no incluido en otros párrafos del artículo 13 del MC OCDE y el MC ONU), el fundamento de esta regla se encuentra en la mayor facilidad del Estado de residencia para gravar bienes y derechos que no están vinculados con carácter fijo, estático y evidente con el Estado de la fuente o que, como las acciones, puede resultar más sencillo que el Estado de residencia los grave por su mayor facilidad para obtener información sobre la ganancia.

Como ya se indicó en el apartado introductorio, el ámbito de aplicación del artículo 13.5 del MC OCDE y el 13.8 del MC ONU (al igual que otros preceptos referidos a acciones o intereses comparables, como el artículo 13.4 del MC OCDE y el MC ONU o el artículo 13.5 del MC ONU) dependerá (1) de la definición interna de dividendos a la que se aplica el artículo 10 (si como tales se califican las recompras de acciones por la sociedad emisora, las derivadas de la disolución de la sociedad emisora o de reducciones de capital) y (2) de la definición de intereses del CDI o de la legislación interna, en caso de que la definición del CDI se remita a la legislación interna (no obstante, recuérdese que las primas de emisión y amortización se califican como intereses en la definición de intereses del artículo 11.3 del MC OCDE y el MC ONU).

9.2. La redacción alternativa de la cláusula residual en los Comentarios al artículo 13.8 del MC ONU

Los Comentarios al artículo 13.8 del MC ONU, párrafo 45, contienen una variante de esta cláusula residual que es frecuentemente empleada por países en desarrollo. Según esta variante, las ganancias de capital derivadas de la enajenación de propiedades no incluidas en otras cláusulas corresponderían al Estado donde se obtienen (*arise*), de acuerdo con la legislación de ese Estado. El efecto de esta cláusula alternativa sería que ambos Estados contratantes podrían gravar las ganancias derivadas de propiedades incluidas en su ámbito de aplicación (el Estado de residencia aplicaría el método de exención o de crédito del artículo 23A o B para eliminar la doble imposición). La referencia a propiedades indirectamente determina algunas reglas de fuente de la renta, ya que cualquier propiedad incluida en otros párrafos del artículo 13 del MC ONU no se considerará afectada por la regla residual del artículo 13.8 del MC ONU. Por ejemplo, al referirse a propiedad inmobiliaria, el artículo 13.1 permite al Estado de la fuente gravar las ganancias derivadas de su enajenación si está situada en su territorio, y excluye el gravamen si está en el Estado de residencia o un tercer Estado, mientras que la referencia a propiedad en el artículo 13.8 excluye la posibilidad de aplicar el gravamen a las ganancias derivadas de la propiedad inmobiliaria, ya que todas ellas están cubiertas por el artículo 13.1 del MC ONU.

En realidad, para los Estados que utilizan cláusulas que atribuyen jurisdicción residual sobre las ganancias de capital al Estado de la fuente, muchas de las cláusulas del artículo 13 del MC ONU pueden ser superfluas, ya que están concebidas como atribuciones de jurisdicción a ese Estado. Para estos Estados, al margen de que puedan pensar en simplificaciones para la redacción del artículo, lo importante será contar con reglas claras para determinar la fuente de las ganancias de capital y que identifiquen en qué Estado son obtenidas. La falta de tales reglas puede hacer que se genere doble imposición si la legislación del Estado de la fuente y del Estado de residencia difieren a este respecto. Por esta razón, los Comentarios al artículo 13.8 del MC ONU también sugieren que los Estados que estén preocupados por esta cuestión[184] añadan una cláusula en línea con las reglas de determinación de la fuente de, por ejemplo, el párrafo 5 de los artículos 11, 12 y 12A del MC ONU o el párrafo 9 del artículo 12B. A estos efectos, el ejemplo que proporciona el párrafo 47 de los Comentarios al artículo 13 del MC ONU puede resultar un tanto controvertido, ya que fija la fuente en el Estado donde se encuentra el adquirente de la

184 Es frecuente que algunos Estados de residencia tengan reglas de fuente a efectos de aplicar el sistema de crédito o de exención como Estados de residencia. En estos casos, se pueden plantear dificultades si califican una renta como interna en su legislación nacional y el CDI no modifica tal calificación.

propiedad, salvo que la adquisición se vincule con un EP o base fija, aunque tal criterio del pago del adquirente como regla de fuente no es aceptado en muchos ordenamientos jurídicos, por lo que puede plantear dificultades para algunos de ellos. Esta razón determinará que las reglas de fuente deban adaptarse a criterios más vinculados con la realidad de los Estados que negocian el CDI.

Capítulo 15.

El artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU relativo a la tributación de la renta del trabajo por cuenta ajena

1. EXPLICACIÓN BÁSICA DE LA CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 15 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: FUNCIONALIDAD Y OBJETIVOS DE POLÍTICA FISCAL

El artículo 15 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) y el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) ordena la distribución del poder tributario entre los Estados contratantes en relación con la renta derivada del ejercicio o desempeño de un empleo. Esta cláusula aparece configurada en el MC ONU y el MC OCDE de forma prácticamente idéntica, ya que, si bien el artículo 15 del MC OCDE se refiere a "rentas del trabajo" y el MC ONU a "rentas procedentes de servicios dependientes", tal discrepancia de título no entraña diferencias materiales.[185]

Básicamente, la cláusula del artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU permite la tributación en el Estado de la fuente cuando el trabajo se realiza allí, en tanto que la renta solo podría gravarse en la residencia en casos donde el trabajo se desempeña exclusivamente en su territorio o cuando concurren los tres condicionantes previstos en el apartado 2 del artículo 15. Si alguno de esos condicionantes no está presente, cabría la tributación concurrente de la renta del empleo en los dos Estados contratantes, aunque el Estado de residencia del contribuyente estaría obligado a eliminar la doble imposición con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23A y B del MC OCDE y el MC ONU.

185 Los párrafos 1 y 2 de los Comentarios al artículo 15 del MC ONU hacen referencia a la validez de la guía derivada de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE 2017, a excepción de algunos puntos donde median posiciones discrepantes o no alineadas con la guía de la OCDE, o simplemente se incorporan matizaciones (v.gr., vid. el párrafo 4 de los Comentarios al artículo 15 del MC ONU). No obstante, el Comité Fiscal de Naciones Unidas en ocasiones muestra una adhesión parcial a los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE, como en el caso de los Comentarios al apartado 1 del artículo 15 del MC ONU (párrafo 2), sin excluir expresamente la interpretación con arreglo a la guía de la OCDE.

En términos generales, el artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU favorece la tributación en el Estado de la residencia, aunque existen tratados que adoptan un enfoque mucho más favorable a la tributación en la fuente.

Desde un punto de vista objetivo, la cláusula se aplica respecto de salarios, sueldos u otro tipo de remuneración similar o en el mismo concepto (renta en especie, seguros, opciones sobre acciones [*stock options*]) que se obtenga en virtud de un empleo dependiente. No obstante, el artículo 15 no aplica a las rentas salariales allí donde rigen las reglas especiales establecidas respecto de las mismas en los artículos 16 (consejeros), 18 (pensiones), 19 (funcionarios) y 20 (estudiantes), aunque el artículo 15 opera como una disposición general cuando los anteriores no aplican.

Respecto de los tres condicionantes a cuyo cumplimiento queda supeditada la tributación exclusiva en el Estado de residencia del trabajador con arreglo al artículo 15.2, su aplicación plantea un número de cuestiones que son objeto de debate en los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU y que el manual de Naciones Unidas de negociación de convenios de 2019 recomienda a las autoridades competentes tomar en consideración a estos efectos.[186]

El apartado 3 del artículo 15 ordena la tributación de empleados de buques y aeronaves operadas en tráfico internacional. Tras los cambios introducidos en 2017 en el MC OCDE, tanto este modelo de convenio como el MC ONU se decantan por una regla de tributación exclusiva a favor del Estado de residencia del trabajador, a efectos de simplificar la aplicación de esta cláusula y de evitar los problemas que se venía planteando en situaciones triangulares.[187]

Actualmente, el MC OCDE y el MC ONU no contienen disposiciones específicas pensadas para el denominado "trabajo remoto". Algunos países europeos han empezado a regular esta materia respecto de trabajadores que se encuentran en situaciones transfronterizas (v.gr., *commuters*), los cuales tiene su residencia habitual en un Estado y se desplazan regularmente para desarrollar su labor en el otro Estado donde está localizado su centro de trabajo y empleador.[188]

Las prestaciones de servicios por cuenta propia y por cuenta ajena que se realicen de forma remota no se ajustan a la configuración de reglas de distribución del poder tributario basadas en la presencia física (regla de los 183 días o

186 Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties*, Nueva York: Naciones Unidas; 2019.

187 El artículo 15.3 del MC OCDE y el MC ONU, en sus versiones anteriores a los cambios introducidos en 2017, no parecían excluir la tributación en el Estado de residencia del contribuyente, a pesar de recoger una cláusula que reconocía la tributación en el Estado donde estaba localizada la sede de dirección efectiva de la entidad dedicada al transporte internacional (párrafos 9 a 9.1 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE).

188 En la Unión Europea (UE) se ha desarrollado y adoptado un Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento CE No. 883/2004 en los casos de trabajo transfronterizo habitual. Este regula las cotizaciones a la seguridad social en este tipo de situaciones, cada vez más frecuentes, y establece la aplicación de la legislación del Estado en el que el empresario tenga su sede o domicilio, siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia del teletrabajador sea inferior al 50% del tiempo del trabajo total.

concurrencia de una base fija), como acontece en los actuales artículos 14 y 15 de los convenios para la eliminación de doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI). Por ese motivo, es preciso analizar si es necesaria una revisión del MC OCDE y el MC ONU y de la legislación nacional de los Estados que ordene esta materia de forma global, incluyendo las reglas de distribución del poder tributario en coordinación con las aplicables a las cotizaciones de la seguridad social[189] (en el contexto de Naciones Unidas se están llevando a cabo algunos trabajos a este respecto).

En relación con la conexión entre el artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU y el Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE (BEPS, por su sigla en inglés) (2015), se ha destacado que las medidas de transparencia fiscal que resultan de la Acción 13 de BEPS requieren la identificación de los trabajadores que operan en cada jurisdicción, así como la aportación de datos relativos a las personas que desarrollan funciones significativas respecto de determinadas actividades (control de riesgos, funciones de desarrollo, mejora, mantenimiento, protección/defensa y explotación [DEMPE, por su sigla en inglés], actividades de creación de valor, etc.). La combinación de un marco fiscal (post-BEPS) más transparente y sustancialista aporta nuevos mecanismos para que las autoridades fiscales realicen un control más efectivo de las disposiciones sobre EP, precios de transferencia (*transfer pricing*) y de las propias obligaciones fiscales conectadas con el artículo 15 de los CDI (tributación IRPF, retenciones).

189 El Fondo Monetario Internacional (FMI) ha estimado que el trabajo remoto puede desplazar la imputación de US$40.000 millones de ingresos fiscales con carácter anual. El impacto del trabajo remoto (y la fragmentación del trabajo) en el sistema tributario supera las implicaciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y afecta al Impuesto sobre Sociedades-Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (IS-IRNR) y a las cotizaciones a la seguridad social. Las implicaciones que pueden derivarse en relación con el sistema fiscal internacional son de gran relevancia dado que afectan las reglas de residencia fiscal, la tributación servicios/trabajo internacional, la existencia de un establecimiento permanente (EP), la tributación de salida, los precios de transferencia, el informe fiscal país por país, o la exclusión (*carve out*) de sustancia económica del Pilar 2. Puede consultarse también el informe ECOSOC (Consejo Económico y Social de Naciones Unidas), *Taxation of cross-border teleworkers and their employers*, ECO/585, 18 de enero, 2022.

2. EL CONCEPTO DE RENTA DERIVADA DEL TRABAJO DEPENDIENTE COMPRENDIDA EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 15 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

2.1. Consideraciones generales sobre el concepto de renta del trabajo del artículo 15 del MC OCDE

El apartado 1 del artículo 15 del MC OCDE no define la expresión "sueldos, salarios y otras remuneraciones similares", a pesar de establecer reglas de distribución del poder tributario a efectos del gravamen de esa renta por los Estados contratantes.

Se entiende que tal omisión conlleva una remisión a la ley interna del Estado que aplica el CDI, toda vez que, de acuerdo con el artículo 3.2 del MC OCDE y el MC ONU, no cabe extraer un significado contextual del convenio. No obstante, la legislación fiscal interna del Estado que aplica el CDI resulta en este punto limitada por otras disposiciones del convenio –como el artículo 16 del MC OCDE y el MC ONU o el artículo 18 del MC OCDE y el MC ONU– que establecen un régimen convencional específico para determinadas rentas del trabajo, en la acepción interna de la expresión, y con respecto a las cuales el artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU se comporta como regla general.

La aplicación del artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU depende fundamentalmente de la calificación de la renta obtenida por la persona física como derivada de un empleo. El concepto de empleo tampoco está definido en el MC OCDE y el MC ONU, y en este sentido puede optarse por una interpretación basada en la legislación interna del Estado de la fuente con arreglo a los artículos 3.2 y 15 del MC OCDE y el MC ONU, o realizar una interpretación convencional autónoma de los conceptos de empleo, trabajador y empleador.

Esta segunda posición se ajusta más a la finalidad del artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU, al evitar calificaciones asimétricas por parte de los Estados contratantes que pueden determinar la generación de doble imposición. A su vez, los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE 2010-2017 fundamentarían la interpretación autónoma convencional del concepto de empleado y empleador, a partir de la concurrencia de las notas de dependencia, subordinación y remuneración. Tal interpretación del concepto de trabajador a los efectos del artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU puede facilitar su aplicación a las nuevas fórmulas de trabajadores independientes propias de la economía colaborativa (*platform employers*) o, cuando menos, servir de criterio para determinar la aplicación de las reglas del artículo 15 respecto de otras disposiciones del CDI (artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU o artículo 14 del MC ONU, por ejemplo).

De esta manera, aquellas rentas que tengan su causa o sean percibidas con motivo de la relación laboral mientras esta perdure se incluyen en el ámbito del artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU; nótese que el artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU se refiere específicamente a rentas "por razón de empleo". La renta salarial puede percibirse tanto en forma monetaria como en especie (*stock options*/opciones sobre acciones, incentivos o beneficios extrasalariales complementarios [*fringe benefits*], seguros de vida y enfermedad, etc.), de manera que estaría comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU.

La condición que permite el gravamen en el Estado de la fuente radica en que los salarios o la remuneración similar derive del ejercicio del empleo en tal Estado. Resulta irrelevante a estos efectos el momento en que tal renta sea pagada u obtenida por el trabajador (párrafo 2.2 de los Comentarios de artículo 15 del MC OCDE).

Las rentas que se perciban después de cesar la relación laboral y no estén vinculadas directamente con el contrato de trabajo –como las pensiones– o que no tengan conexión con tal relación –pensiones compensatorias entre cónyuges– no se incluyen en el ámbito del artículo 15, a pesar de que la legislación interna del Estado que aplica el convenio las califique como rentas del trabajo. Tales rentas están comprendidas en el ámbito de aplicación de otro precepto específico (artículo 18 en el caso de las pensiones) o en el ámbito de una cláusula residual (artículo 21 en el caso de ciertas pensiones no vinculadas a la vida laboral o derivadas de, por ejemplo, ciertos seguros), salvo que el CDI disponga otra cosa.[190]

Por el contrario, se incluirán en el ámbito del artículo 15 del MC OCDE las cantidades (como indemnizaciones) que se perciban por el cambio de puesto de trabajo o por pasar a ejercer otro empleo, aunque debe tenerse en cuenta la importante matización recogida en los párrafos 2.1 a 2.16 de los Comentarios al MC OCDE 2014-2017. No obstante, se considera que si estas indemnizaciones poseen el mismo carácter que las prestaciones de la previsión social deben seguir el régimen de las pensiones (artículo 18 del MC OCDE y el MC ONU) del mismo modo, se consideran pensiones las sumas a tanto alzado percibidas en sustitución de una pensión con motivo del cese de una relación laboral.

190 Vid., por ejemplo, el artículo 18 de los CDI de España con Estados Unidos y con Filipinas en relación con las pensiones alimenticias.

2.2. La actualización del MC OCDE de 2014 en relación con las indemnizaciones por cese laboral (*termination payments*)

En julio de 2014, con motivo de la actualización del MC OCDE de 2014, se llevó a cabo una importante modificación de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE con el objeto de incorporar las principales conclusiones del informe de la OCDE *Tax Treaty Treatment of Termination Payments* (hecho público el 25 de junio de 2013). Los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE introducidos al respecto en el año 2014[191] se refieren de forma exhaustiva a esta cuestión, de manera que aquí únicamente se apuntan algunas de las principales ideas, que podrían considerarse clarificaciones interpretativas y que tienen gran relevancia práctica para la aplicación de las reglas del artículo 15 de los CDI que sigan el MC OCDE a los efectos de la tributación de los trabajadores transfronterizos.

La regla de tributación sobre salarios, sueldos y remuneraciones similares pagadas a personas físicas derivadas del ejercicio de un empleo en un determinado territorio o emplazamiento presenta una serie de problemas específicos en relación con cierto tipo de retribuciones, como stock options o pagos realizados después de la terminación del empleo, que pueden ser satisfechas con posterioridad al ejercicio del trabajo por cuenta ajena, esto es, una vez terminada o finalizada la relación laboral. Las singularidades propias de las opciones sobre acciones se abordan en los párrafos 12 y 12.6 a 12.13 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE, en tanto que las relativas a los *termination payments* se exponen en los párrafos 2.3 a 2.16 de los referidos Comentarios.

Una de las cuestiones centrales a los efectos de aplicar las reglas del artículo 15 del MC OCDE a este tipo de pagos reside precisamente en determinar si se está ante remuneraciones (*termination payments*) que se incluyen en su ámbito de aplicación –esto es, sueldos, salarios o remuneraciones similares–, y en qué medida derivan del ejercicio de un empleo en un determinado Estado. A esta cuestión se dedica buena parte de la guía incorporada en los párrafos 2.4 y ss. de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE en el sentido que se expone a continuación:

» Cualquier remuneración pagada con posterioridad a la terminación del empleo por trabajos realizados antes de tal cese de la relación laboral (v.gr., salario o bonus por el último período de trabajo o comisiones por ventas realizadas durante ese lapso) se considerará derivada del Estado en el cual las actividades laborales relevantes fueron desarrolladas.

191 Se trata de los párrafos 2.3 al 2.16 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE 2014 y versiones posteriores, como la de 2017.

» Un pago realizado por días de vacaciones o bajas por enfermedad no tomados que se han devengado durante el último año de empleo constituye una parte de la remuneración del período de trabajo que generó el derecho a las vacaciones o la baja por enfermedad. La misma regla se aplicará respecto de las remuneraciones a las que, por la misma causa, tenga derecho el trabajador en el momento de la terminación del empleo, por los días de vacaciones y bajas por enfermedad no disfrutadas durante los años de empleo anteriores. A estos efectos, la OCDE fija una regla de imputación basada en la presunción *iuris tantum* (sujeta a pruebas que evidencien otra cosa), según la cual un pago realizado por las mencionadas causas relacionado a años anteriores que fueron disfrutados durante los mismos debería considerarse un beneficio al que tenía derecho el empleado durante los últimos 12 meses de empleo y, en tal sentido, debe imputarse proporcionalmente al Estado en el que el empleo se ejerció durante el último año. No se aplicaría tal regla cuando los archivos del contribuyente evidenciaran una imputación de esa remuneración por tales causas a períodos específicos de empleo pasado. La OCDE también incorpora una regla dirigida a tratar de garantizar la eliminación de la doble imposición que puede surgir cuando el Estado en el que ejercía el empleo el trabajador gravó, de acuerdo con el criterio del devengo, la remuneración relacionada con las vacaciones y bajas por enfermedad no disfrutadas, de manera que el Estado de residencia del contribuyente que grava esta remuneración en el momento del pago y terminación de la relación laboral debe eliminar la doble imposición. De la misma forma, cualquier otro Estado que someta a imposición estos pagos en el último año de empleo debe tener en cuenta que tal remuneración puede haber sido ya gravada en el momento del devengo y corresponderse a actividades laborales realizadas en años distintos del de terminación.

» En relación con los casos en los cuales el empleador está obligado (por contrato o normativa laboral) a notificar el cese de la relación laboral con un determinado período o plazo de preaviso, cabe la posibilidad de que el empleado reciba una remuneración por no trabajar durante tal período de preaviso, por lo que constituye una remuneración derivada del empleo a los efectos del artículo 15.1 del MC OCDE. La OCDE establece igualmente una regla presuntiva de imputación, según la cual la remuneración se considerará derivada del Estado en el que es razonable asumir que el empleado hubiera trabajado durante tal período, tomando en consideración todos los hechos y circunstancias. En este sentido, la última localización donde el trabajador realizó su actividad durante un tiempo sustancial antes de que se terminara la relación laboral puede constituir una asunción de localización razonable.

» La OCDE aborda asimismo la cuestión de las indemnizaciones por años de servicio (costes de despido) (*severance payments* [*redundancy payments*]) o lo que el empleador debe satisfacer (por ley o por contrato) a un empleado cuyo empleo ha sido terminado. Tal pago se calcula frecuentemente, aunque no siempre, por referencia al período de empleo pasado con el empleador. A este respecto, la OCDE establece una nueva regla presuntiva –sujeta a lo que resulte de los hechos y circunstancias del caso– según la cual tales pagos indemnizatorios por despido deberían considerarse remuneración cubierta por el artículo 15 del MC OCDE en relación con los últimos 12 meses de empleo, de manera que fuera imputada sobre una base proporcional al Estado donde se desempeñó el empleo durante tal período. Tal remuneración así cuantificada e imputada constituye remuneración derivada de un empleo a los efectos del artículo 15.1 del MC OCDE.[192]

» Otra categoría de remuneración a la que se refiere la OCDE se vincula con las indemnizaciones por vulneración de legislación, contrato o convenio colectivo a las que puede tener derecho un trabajador que es despedido ilegalmente. Tal terminación ilegal de la relación laboral puede ser reconocida judicial o extrajudicialmente, lo que da lugar a una compensación por daños ocasionados por la vulneración de las obligaciones legales o contractuales. El tratamiento fiscal convencional de estas indemnizaciones dependerá de lo que la resolución sobre los daños pretenda compensar. De esta forma, si se trata de daños reconocidos por falta de preaviso o por falta de una indemnización por despido con arreglo a la legislación o el contrato, tales cuantías deben tratarse como la remuneración que esas indemnizaciones tratan de reparar. Sin embargo, las indemnizaciones punitivas, los daños reconocidos sobre la base de un tratamiento discriminatorio o las generadas por un perjuicio de la reputación de una persona merecen otro tratamiento, de manera que tales indemnizaciones se incluyen en el ámbito de aplicación del artículo 21 del CDI (otras rentas).

» Las remuneraciones en virtud de cláusulas de no concurrencia, según las cuales el empleado, de acuerdo con el contrato o arreglo posterior a la terminación del empleo, recibe una remuneración o compensación por la obligación de no trabajar para un competidor de su exempleador, aunque normalmente está sujeta a limitación temporal y geográfica. La OCDE considera que, aunque tal

192 Cabe observar a este respecto la jurisprudencia alemana del Tribunal Fiscal Federal (Bundesfinanzhof), la cual, si bien considera que las indemnizaciones por despido se incluyen en el ámbito de aplicación del artículo 15 de los CDI que siguen el MC OCDE y no pueden ser calificadas como otras rentas, viene rechazando la tributación en la fuente de esta renta al entender que remunera la pérdida de empleo y no existe vínculo suficiente entre el Estado donde se ha realizado la actividad y esa renta a efectos de su gravamen de acuerdo con los principios del artículo 15 del MC OCDE (vid., por ejemplo, la sentencia del Bundesfinanzhof del 6 de agosto de 2014).

pago está directamente relacionado con un empleo anterior, en la mayoría de las circunstancias no constituye una remuneración derivada del desempeño de actividades por cuenta ajena realizadas antes de la terminación de la relación laboral, excepto en aquellos países donde parte del salario mensual ya incorpora la remuneración por no concurrencia en el momento de la terminación de la relación laboral. Por ello, y al margen de estos países, se considera apropiada la tributación exclusiva de esa renta en el Estado de residencia del receptor en el momento en que se produce el pago. No obstante, si el pago realizado tras el despido constituye en esencia una remuneración por actividades realizadas durante la vigencia de la relación laboral o el empleo (v.gr., los casos donde la obligación de no competir tiene escaso valor para el exempleador), entonces la remuneración debería ser tratada del mismo modo que la recibida por el trabajo realizado durante el período relevante de empleo.

» Los supuestos de pagos realizados con posterioridad a la terminación del empleo en relación con contribuciones a planes de pensiones o derechos de pensiones del antiguo empleado son abordados en los párrafos 4 a 6 de los Comentarios al artículo 18 del MC OCDE referido a pensiones privadas por un trabajo dependiente anterior. En este contexto se plantean varias cuestiones, entre las que destaca la vinculada a la calificación de los pagos, esto es, en qué medida se trata de una remuneración similar a una pensión que tributa con arreglo al artículo 18 del MC OCDE, o cuándo se está ante una remuneración final por el desempeño de actividades por cuenta ajena en el sentido del artículo 15 del MC OCDE. En este punto, la OCDE se limita a indicar crípticamente que se está frente a una cuestión de hecho y complementa tal indicación con algunos ejemplos. Así, el reembolso de contribuciones a planes de pensiones tras un empleo temporal no constituye un pago cubierto por el artículo 18 del MC OCDE, sino una remuneración por el empleo desempeñado que se devenga con motivo de la terminación de la relación laboral –y en tal sentido está comprendida en el artículo 15 del MC OCDE– y que debe distribuirse o imputarse considerando el territorio del país en el que fue ejercido el empleo.[193]

» Las remuneraciones diferidas de acuerdo con determinadas fórmulas y acuerdos, y que son satisfechas en el momento de terminación de la relación laboral, deben ser tratadas como renta cubierta por el artículo 15 del MC OCDE y, en tal

193 En este orden de cosas, cabe mencionar la sentencia del Tribunal Fiscal de Estados Unidos (United States Tax Court) en el caso Pei Fang Guo v. Commissioner (149 T.C. No. 14, 2 de octubre de 2017), de acuerdo con la cual los pagos realizados por un ente público en concepto de compensación por desempleo a un residente del otro Estado contratante en relación con cotizaciones realizadas en el pasado durante el ejercicio de un empleo anterior tienen la calificación de otras rentas a los efectos del CDI Estados Unidos-Canadá.

sentido, debe poder asociarse con un período específico del empleo anterior en un determinado Estado a los efectos de su imputación al mismo de cara a su eventual gravamen. La OCDE advierte que muchos países no permitirán el diferimiento de la tributación en estos casos. Aquellos que sí la admitan y sometan la renta en el momento de ser satisfechos con motivo de la terminación de la relación laboral, deben tener en cuenta tal circunstancia a los efectos de la eliminación de la doble imposición.

» La OCDE también se refiere a pagos realizados con posterioridad a la terminación del empleo de acuerdo con mecanismos de incentivación de empleados (*incentive compensation*) en general, y *stock options* en particular. En este punto, considera aplicable la guía introducida en los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE en relación con opciones sobre acciones, aunque reconoce que hay que atender a las características de cada pago para determinar su naturaleza y tratamiento convencional (párrafos 12 a 12.15 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE).

» Otra de las categorías de remuneración que puede estar recibiendo una persona con posterioridad a la terminación de su relación laboral consiste en la cobertura médica o seguro de vida durante un determinado período. Sin perjuicio de que haya hechos y circunstancias en otro sentido, la OCDE considera que tales beneficios en especie deberían considerarse remuneración cubierta por el artículo 15 del MC OCDE, que deriva del Estado en el que el empleo se ejercía en el momento en el que la relación laboral fue terminada (y cuando, por tanto, la obligación de pago de tales beneficios se generó).

» Los pagos compensatorios por pérdida de futuras remuneraciones derivadas de daños corporales o minusvalías sufridas en el desempeño del trabajo pueden tener un tratamiento fiscal distinto a nivel convencional dependiendo del contexto legal aplicable. Por ejemplo, los pagos realizados de acuerdo con el sistema de seguridad social, como un fondo de compensación de trabajadores, podrían estar comprendidos en los artículos 18, 19 o 21 del MC OCDE.[194] Un pago que constituye una pensión estaría cubierto por el artículo 18 del MC OCDE, mientras que un pago como compensación por daños en relación con una enfermedad laboral o daño corporal estaría normalmente dentro del ámbito del artículo 21 del MC OCDE (otras rentas). Un pago realizado por el empleador de acuerdo con el contrato de trabajo relacionado con una enfermedad o daño corporal

194 Vid. el párrafo 24 de los Comentarios al artículo 18 del MC OCDE.

no vinculado con el trabajo y del que no es responsable el empleador debe ser tratado como una indemnización por años de servicio (*severance payment*), por lo que resulta lo indicado más arriba (remuneración cubierta por el artículo 15 respecto de los últimos 12 meses de empleo e imputada proporcionalmente al(los) Estado(s) donde el empleo fue ejercido durante tal período). Un pago compensatorio de una minusvalía de corta duración realizado durante la vigencia de la relación laboral debe recibir el tratamiento aplicable a la compensación por los días de baja laboral durante el curso del empleo, de manera que estará cubierto por el artículo 15 del MC OCDE (o el artículo 17 del MC OCDE en el caso de artistas y deportistas) y resultará gravable en el Estado en el que el empleado normalmente se desempeñaba antes de la enfermedad o minusvalía.

» La OCDE también se refiere a los pagos que puede recibir un vendedor en relación con pérdidas de futuras comisiones, e indica que el tratamiento fiscal convencional dependerá del contexto en el que se realice tales pagos. Así, dependiendo de las circunstancias, este pago podría constituir una remuneración diferida a la que tendría derecho el vendedor en relación con ventas previas o futuras en virtud de su contrato respecto de clientes que tal vendedor fidelizó o atrajo al empleador. En ambos casos, se considera que esa remuneración deriva del desempeño de la relación laboral a los efectos del artículo 15. Sin embargo, la compensación por futuras comisiones de ventas que un vendedor hubiera recibido de continuar la relación laboral podría constituir una forma de indemnización por servicios (*severance payment*) o compensación por despido ilegal, por lo que debe recibir el correspondiente tratamiento fiscal convencional.

» Finalmente, en el cierre de su guía interpretativa sobre *termination payments,* el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE hace referencia a los pagos que puede recibir un empleado en el marco de acuerdos de transición dirigidos a la terminación de un empleo. En estos casos, el empleado puede recibir una remuneración total o parcial durante el período transitorio en el que no trabajaría. La OCDE considera que esa renta resulta cubierta por el artículo 15.1 del MC OCDE y que deriva del Estado en el que es razonable asumir que el empleado hubiera trabajado durante tal período, que normalmente será el Estado donde las actividades por cuenta ajena se realizaron antes de la cesación de las mismas.

2.3. Deslinde del ámbito de aplicación de los artículos 15 y 19 del MC OCDE y el MC ONU

Los sueldos, salarios y otras remuneraciones similares (excluidas las pensiones) pagadas por un Estado, una de sus subdivisiones políticas o entidades locales a una persona física por los servicios prestados a ese Estado, subdivisión o entidad, tributan de acuerdo con el artículo 19.1 del MC OCDE y el MC ONU, a pesar de que la legislación interna pueda calificarlas como rendimientos del trabajo.

Ello significa que, como regla, tales retribuciones públicas solo pueden someterse a imposición por parte del Estado pagador de las mismas. Esta regla se excepciona cuando los servicios se prestan en el otro Estado contratante y la persona física es un residente de este otro Estado contratante que (1) es nacional de ese otro Estado o (2) no ha adquirido la condición de residente de ese Estado solamente para prestar los servicios. En este segundo caso, el Estado contratante en el que se prestan los servicios posee derecho exclusivo de gravamen sobre los sueldos, salarios y remuneraciones similares (excluidas las pensiones) obtenidas por tal persona física.

Conviene aclarar que el artículo 19.1 del MC OCDE y el MC ONU solo es aplicable a los empleados del Estado y no a las personas que presten servicios personales de carácter independiente al Estado o perciban pensiones en relación con tales servicios. Por lo tanto, este precepto se aplica a todos los empleados públicos con independencia de su vinculación con el ente público (laboral o funcionarial) y del sector de la administración en el que presten sus servicios (defensa, administración tributaria, sanidad, etc.) siempre que exista relación de dependencia y ejerzan funciones de carácter público.

En este sentido, tal y como se destaca en el capítulo 19 de este Manual, los Comentarios de la OCDE al artículo 19 del MC OCDE y el MC ONU insisten en que los apartados 1 y 2 de este artículo no son aplicables si los servicios se prestan en relación con una actividad empresarial realizada por el Estado, o por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales que pagan los sueldos, salarios u otras remuneraciones similares, o las pensiones. En estos casos, serán aplicables las reglas generales: el artículo 15 del MC OCDE a los sueldos y salarios, el artículo 17 del MC OCDE a los artistas y deportistas, y el artículo 18 del MC OCDE a las pensiones.

También conviene clarificar la relación entre el artículo 19.1 del MC OCDE y el artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU. El primero no resulta aplicable a los supuestos comprendidos en las normas de derecho internacional relativos a los casos de miembros de misiones diplomáticas y puestos consulares, a los que se aplica la regla especial del artículo 28 del MC OCDE y el MC ONU. No obstante, las reglas de distribución del poder tributario previstas en el artículo 19 se inspiran en las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

2.4. Interrelación de los artículos 15 y 17 del MC OCDE y el MC ONU

Los sueldos y salarios percibidos por artistas y deportistas en relación con actuaciones personales en tal concepto se incluyen como regla en el ámbito de aplicación del artículo 17 del MC OCDE y el MC ONU y no en el artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU.

Las reglas de deslinde expuestas anteriormente aparecen recogidas en el propio artículo 15.1 del MC OCDE y el MC ONU, dado que este precepto comienza señalando que el criterio de sujeción que articula opera "sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 16, 18 y 19". Se entiende que la mención "sin perjuicio de" tiene alcance clarificador, de manera que su omisión en un CDI (como no es raro que ocurra)[195] no debería plantear mayores dudas en torno al criterio de especialidad de los referidos preceptos sobre el artículo 15.[196]

195 Vid., por ejemplo, el CDI entre España y Estados Unidos (1990, Protocolo 2013).

196 La práctica convencional revela que no pocos CDI establecen reglas de deslinde más precisas. Así, algunos convenios firmados por España, como el CDI con El Salvador (2009, artículo 15 y Protocolo XI), delimitan el ámbito objetivo de aplicación del precepto al hacer mención expresa de las rentas obtenidas por el personal de dirección, sin perjuicio de la aplicación de la regla especial de consejeros. También algunos CDI españoles, como el de Georgia, Jamaica, Serbia y Trinidad y Tobago, que contienen una cláusula específica para profesores e investigadores, excluyen la aplicación del artículo 15 sobre tales rentas. Esta cláusula también se encuentra en el CDI de España con Alemania (2011) y Armenia, así como en el CDI con Kuwait (2013), que incluye sendas cláusulas dedicadas a profesores e investigadores y estudiantes y aprendices, que son coordinadas con la cláusula de rentas del trabajo. El Protocolo V del CDI de España con Panamá clarifica el deslinde entre la cláusula de trabajadores dependientes y la de consejeros.

3. EL REPARTO DE PODER TRIBUTARIO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 15 DEL MC OCDE Y EL MC ONU SOBRE LA RENTA DERIVADA DEL EJERCICIO DE UN EMPLEO

3.1. Exposición básica de las reglas de reparto del poder tributario contenidas en el artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU

El artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU establece cuatro reglas de distribución de poder tributario cuya aplicación depende fundamentalmente del lugar donde se ejerce el empleo y de otras circunstancias concurrentes.

Las reglas recogidas en el artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU que establecen el reparto de potestades pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1ª regla: la renta derivada del empleo solo puede gravarse en el Estado de residencia del empleado cuando la actividad laboral (el empleo o trabajo) no se realiza o ejerce en el territorio del otro Estado contratante.

2ª regla: la renta derivada del empleo puede gravarse en el Estado de residencia del empleado y en el otro Estado contratante cuando la actividad laboral (el empleo o trabajo) se realiza total o parcialmente en el territorio de este último Estado (de la actividad).

3ª regla (excepción a la 2ª regla): las rentas derivadas del empleo percibidas por un residente de un Estado contratante que ejerce su empleo en el otro Estado contratante solo pueden someterse a imposición en el primero (residencia) cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:

i) el perceptor permanece en el otro Estado durante un período o períodos cuya duración no exceda, en conjunto, los 183 días en cualquier período de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado; y

ii) las remuneraciones son pagadas por, o en nombre de, un empleador que no sea residente del otro Estado (de la actividad); y

iii) las remuneraciones no son soportadas por un establecimiento permanente (EP) que el empleador tenga en el otro Estado.

4ª regla: cláusula específica dedicada a los trabajadores de las empresas de navegación marítima y aérea internacional:

- **MC OCDE y MC ONU (versiones previas a los cambios introducidos en el artículo 15 en 2017):** las remuneraciones obtenidas de un empleo realizado a bordo de un buque o aeronave explotados en tráfico internacional, o de una embarcación destinada a la navegación interior, pueden someterse a imposición en el Estado contratante en que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa de acuerdo con el artículo 15.3 del MC OCDE y el MC ONU.

- **MC OCDE (2017) y MC ONU (2021):** la nueva cláusula del artículo 15.3 establece el principio de tributación exclusiva en el Estado de residencia del empleado.

Cada una de estas cuatro reglas se expone de forma separada en los siguientes apartados para delimitar su alcance.

Cabe apuntar que los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE, que sirven de guía interpretativa para la aplicación de estas reglas de distribución del poder tributario entre los Estados contratantes, resultan válidas con carácter general a los efectos de la interpretación de la cláusula del MC ONU.[197]

197 No obstante, cabría advertir de algunas diferencias que aparecen reflejadas en los Comentarios al artículo 15 del MC ONU: (1) el párrafo 4 de los Comentarios al MC ONU muestra que algunos países discrepan sobre la aplicación de la guía OCDE recogida en el párrafo 6.2 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE; y (2) los Comentarios al artículo 15 del MC ONU no incluyen el párrafo 7.2 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE.

3.2. La regla de tributación exclusiva en el Estado de residencia del empleado en casos en que el empleo no se ejerce o desempeña en el otro Estado contratante

El artículo 15.1 del MC OCDE y el MC ONU se interpreta en el sentido de que el Estado de la fuente contratante, o donde se puede desarrollar todo o parte de la prestación de servicios por cuenta ajena, únicamente puede someter a gravamen a un trabajador residente del otro Estado en la medida en que ese trabajador se desplace físicamente al territorio del primer Estado contratante para prestar allí sus servicios. Cuando concurriera tal condición (presencia física o desplazamiento personal efectivo del trabajador), el Estado de la fuente/actividad únicamente puede gravar al trabajador por la renta derivada de su trabajo en su territorio o desde su territorio.[198]

Asimismo, resulta relevante destacar que las normas de distribución de poder tributario, como el artículo 15 de los CDI, que pueden llegar a excluir de tributación unas rentas generadas en un Estado, prevalecen sobre las normas internas de tal Estado que establecen su tributación o que determinan obligaciones de retención por parte del pagador.

Algunos comentaristas han propuesto una interpretación más restrictiva del artículo 15.1 del MC OCDE; en concreto, mantienen que el Estado de la actividad no puede someter a imposición al trabajador que se desplaza a su territorio sobre la base de "visitas de corta duración". Esta interpretación posee un cierto apoyo en los propios Comentarios; y, de hecho, la finalidad de la cláusula del artículo 15.2 del MC OCDE es la de excluir las rentas del trabajo percibidas por estancias de breve duración de gravamen por el Estado de la actividad (párrafo 6.2 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE). Ahora bien, cuando no concurren los tres presupuestos diseñados por el artículo 15.2, la interpretación prevalente a nivel internacional respecto del artículo 15.1 es que no excluye la imposición de las rentas generadas en visitas de corta duración por parte del Estado de la actividad, aunque existen países, como Estados Unidos (estancias inferiores a 90 días cuando la remuneración es inferior a US$3.000) y Reino Unido (estancia inferior a 60 días), que han introducido normas internas que se interrelacionan con los CDI a los efectos de excluir de tributación dichas rentas.

198 Nótese que, en los casos del teletrabajo o trabajo remoto, si el trabajador reside fiscalmente en un Estado y realiza las labores desde el mismo (por ejemplo, su vivienda personal) para una entidad no residente, que es la que explota los resultados de su trabajo, el Estado de la fuente de la renta (normalmente el de residencia de la entidad pagadora) no puede someter a imposición tales rentas.

3.3. La regla de tributación concurrente en los dos Estados contratantes cuando la actividad laboral (el empleo o trabajo) se realiza, total o parcialmente, en el territorio del Estado de la actividad

El artículo 15.1 del MC OCDE y el MC ONU establece que cuando el empleado residente de un Estado contratante se desplaza al territorio del otro Estado contratante para ejercer su empleo, este segundo Estado (de la actividad) ostenta un derecho de gravamen sobre la renta salarial correspondiente al ejercicio del empleo en su territorio. El MC OCDE no ha fijado un techo impositivo respecto al gravamen del Estado de la actividad. Sin embargo, debe advertirse que tal Estado no puede gravar más que la renta salarial (la derivada del ejercicio del empleo) correspondiente al tiempo en que el empleado esté físicamente presente en su territorio. De esta manera, el salario del empleado correspondiente al trabajo realizado desde su Estado de residencia, pero cuyo resultado se utiliza en el otro Estado contratante no puede ser sometido a imposición por este último.

Los Comentarios (párrafo 2.2) al artículo 15 del MC OCDE enfatizan que la condición a la que tal precepto sujeta la tributación en el Estado de la fuente es que los salarios, emolumentos o remuneración similar derive del ejercicio de empleo en tal Estado. Esto se aplica sin importar el momento en que la renta es pagada o definitivamente adquirida por el trabajador. Tal matización puede tener especial importancia en relación con determinado tipo de rentas del trabajo, como las *stock options*, a las que los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE dedican gran atención (párrafos 2.12 y 12 a 12.15 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE).

En este sentido, se considera que los trabajadores desplazados pueden ser sometidos a imposición en el Estado de la actividad por el salario correspondiente al número de días en los que efectivamente realizan actividades en su territorio. Así, la fórmula para fijar la tributación de estos trabajadores es por día de presencia física.[199]

Es necesario mencionar que, allí donde resulta aplicable esta regla de tributación concurrente, el Estado de residencia del trabajador debe eliminar la doble imposición generada de acuerdo con el método previsto en el convenio.

Nótese a este respecto que pueden plantearse situaciones donde el trabajador cambia de residencia fiscal durante el año, de manera que el Estado de origen deja de ser su Estado de residencia y debe acomodar su tributación a los límites del artículo 15.2 del CDI aplicable.

199 Vid. el informe: OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *The 183 Day Rule: Some Problems of Application and Interpretation*, París: OCDE; 1991, y el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE.

3.4. La regla de tributación exclusiva en el Estado de residencia del empleado cuando este ejerce su empleo en el otro Estado contratante y concurren determinadas circunstancias: el apartado 2 del artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU

El artículo 15.2 del MC OCDE y el MC ONU establece una excepción a la (segunda) regla de tributación que permite el gravamen de la renta derivada del empleo por parte del Estado de la fuente o actividad, cuando concurren determinadas circunstancias, a saber:

1. el perceptor permanece en el otro Estado (de la actividad) durante un período o períodos cuya duración no exceda, en conjunto, los 183 días en cualquier período de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado; y

2. las remuneraciones son pagadas por, o en nombre de, un empleador que no sea residente del otro Estado (de la actividad); y

3. las remuneraciones no son soportadas por un EP que el empleador tenga en el otro Estado.

Para que resulte aplicable esta regla de tributación exclusiva en el Estado de residencia del trabajador, deben concurrir los tres requisitos o condicionantes mencionados, tal como se desprende del empleo de la conjunción copulativa "y" situada al final de las letras a, b y c del artículo 15.2 del MC OCDE y el MC ONU.

A continuación, se examinarán más detenidamente los tres condicionantes mencionados, que excluyen la tributación en el Estado de la actividad/fuente sobre la renta derivada del ejercicio del empleo en el territorio de tal Estado.

1) El criterio de la permanencia: la regla de los 183 días

El trabajador no debe permanecer el territorio del Estado de la actividad por un período o períodos que excedan de 183 días en cualquier período de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado. Para computar la concurrencia de este requisito, hay que atender al número de días en que el trabajador haya estado presente en territorio del Estado de la actividad ejerciendo su labor; es decir, debe emplearse el criterio día de trabajo de presencia física (*per working day of physical presence*) y no el cómputo más extensivo que opera sobre la base de la duración de la actividad (*duration of the activity*). El Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE se ha referido con mayor detalle a otros extremos que inciden en ese cómputo (por ejemplo, si los días dedicados al viaje de llegada o partida deben computarse o no,

etc.).[200] Al respecto, la mayoría de los países utiliza la regla de la parte del día a los efectos de la aplicación del artículo 15, con arreglo al referido informe de la OCDE.

Asimismo, el MC OCDE incluyó en 2008 un nuevo párrafo 5.1 en los Comentarios al artículo 15.2 Su finalidad es clarificar que solo se computan los días de presencia física del trabajador en el Estado de la actividad en la medida en que el trabajador no sea residente de tal Estado (sino residente del otro Estado contratante).

La OCDE se inclina por computar los días de presencia física del trabajador en el territorio del Estado de la actividad, aunque esos días no se hayan dedicado al ejercicio de la actividad que motiva la permanencia. Esto permite incluir los días de vacaciones y los fines de semana, siempre que el trabajador se encuentre presente en tal Estado. Por su parte, los autores de este Manual entienden que el desplazamiento (y la presencia física) motivado por razones distintas al ejercicio de un empleo no debe considerarse a estos efectos.

La regla de los 183 días del artículo 15.2.a del MC OCDE ha experimentado cierta evolución a lo largo del tiempo y del desarrollo de este modelo de convenio. Así, el Proyecto de Modelo de Convenio de la OCDE de 1963 (PMC OCDE) y el MC OCDE de 1977 hacían referencia a "183 días durante el año fiscal considerado". En 1992 el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE modificó esa regla en el MC OCDE 1992 al considerar que su redacción facilitaba la elusión, debido a que la fórmula recogida en el PMC OCDE y el MC OCDE 1977 abría la posibilidad de que las operaciones fueran configuradas de manera tal que los empleados permanecieran en el Estado de la actividad durante los últimos cinco meses y medio de un año fiscal y los primeros cinco meses y medio del año fiscal siguiente. El artículo 15.2 del MC OCDE 1992 modificó la regla de los 183 días para cerrar esa vía de elusión y a partir de ese año se incluye la referencia a "183 días en cualquier período de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado". Para el cómputo de los 183 días habrá que tener en cuenta el período o períodos de permanencia en el Estado en el que se realiza el empleo, que se obtiene al sumar los días correspondientes a todos los períodos. El artículo 15.2 no exige que la permanencia corresponda a la actividad prestada a un único empleador o empresario, por lo que será preciso sumar los días de permanencia, aunque correspondan a servicios prestados a empresarios diversos.

A la hora de aplicar esta regla, puede ser considerado cualquier posible período de 12 meses consecutivos, incluso períodos que se solapen entre sí hasta un cierto punto. A este respecto, los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE fueron modificados en julio de 2014, añadiendo un párrafo 4.1, en el que se indica que la referencia al "año fiscal considerado" debe interpretarse en el sentido del año fiscal

200 Vid. el informe: OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *The 183 Day Rule: Some Problems of Application and Interpretation*, París: OCDE; 1991, y el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE.

del Estado contratante en el que un residente del otro Estado contratante ha ejercido su empleo y durante el cual los servicios por cuenta ajena relevantes han sido prestados. De todas maneras, se indica que no es necesario que la tributación de los servicios tenga lugar el año fiscal considerado, dado que, tal y como se expone en los párrafos 2.2 y 12.1 de los Comentarios al artículo 15, permite a un Estado gravar la remuneración derivada en un año en particular, incluso si la remuneración por tales servicios laborales se adquiere, o el impuesto es exaccionado, en un año diferente.

2) El criterio del pagador de la remuneración del trabajador: la remuneración salarial es pagada por, o en nombre de, un empleador que no es residente del Estado de la actividad

El segundo requisito, que el artículo 15.2 establece para que resulte aplicable la regla de la tributación exclusiva en el Estado de residencia del trabajador, consiste en que las remuneraciones sean pagadas por, o en nombre de, un empleador que no sea residente del otro Estado (de la actividad). *A contrario sensu*, para que el Estado de la fuente tenga potestad de imposición, se requiere que la renta del trabajo sea pagada por, o en nombre de, un empleador que sea residente del Estado donde se realiza la actividad. Según se expone en los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE, los requisitos establecidos en las letras b y c del apartado 2 del referido precepto pretenden garantizar que el Estado en el que se realiza el empleo mantenga su derecho a gravar la percepción de tales remuneraciones salariales cuando su pago reduzca la base imponible de una persona o entidad gravada en dicho Estado, lo cual sucede cuando el pagador es un sujeto residente o cuando se opera a través de EP en el Estado de la actividad (párrafos 6.2 y 7 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE).

La condición de residente debe entenderse en el sentido previsto en el artículo 4 del MC OCDE y el MC ONU, en tanto que el término "empleador", a juicio de los autores de este Manual, debe interpretarse contextualmente como aquella persona que tiene derecho al resultado de la actividad del trabajador, ordena y dirige el desempeño de su labor y asume las responsabilidades y riesgos correspondientes (párrafo 8 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE).[201] A este respecto, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE recomienda aplicar un enfoque económico

201 El párrafo 6.2 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE considera que, en casos referidos a entidades fiscalmente transparentes, como sociedades de personas (*partnerships*), los conceptos de "residente" y "empleador" deben aplicarse al nivel de los socios o partícipes y no al nivel de la entidad transparente, dado que ello resulta más consistente con lo establecido en el artículo 1.2. De esta manera, pueden resolverse los problemas prácticos que ello plantea a través del procedimiento amistoso del artículo 25. Algunos países miembros del Comité Fiscal de Naciones Unidas discrepan de esta posición de la OCDE, y consideran que carece de racionalidad y que su aplicación requiere de una cláusula *ad hoc* (párrafo 4 de los Comentarios al artículo 15 del MC ONU). Veáse también lo indicado en el párrafo 8 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE.

que haga prevalecer la sustancia sobre la forma en los supuestos de arrendamiento internacional de trabajadores (*international hiring out of labor*).[202]

El MC de 2010 terminó de clarificar el término "empleador" a los efectos de la aplicación del artículo 15.2 del MC OCDE, y se modificaron sustancialmente los Comentarios a este respecto. En particular, los Comentarios introducidos en 2010 eliminaron el antiguo párrafo 8 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE 1963-2008, al tiempo que se añadieron nuevos Comentarios con el objetivo de perfilar mejor el ámbito aplicativo de la exención tributaria derivada del artículo 15.2 del MC OCDE, de manera de abarcar supuestos donde puede existir una prestación de servicios de cesión de trabajadores que no persiguen una motivación fiscal (evitar la tributación de estos en el Estado de la fuente). De esta forma, no toda prestación de servicios de cesión de trabajadores debe verse como un esquema abusivo para evitar la tributación en la fuente, por lo que debe realizarse ese análisis a la luz de los nuevos Comentarios (interpretativos/aclaratorios) publicados en el MC OCDE 2010 y vigentes en la actualidad (MC OCDE 2017).[203]

La posición fijada por la OCDE a este respecto puede sinterizarse a grandes rasgos de la siguiente forma:

» Se establece un modelo de cláusula antiabuso para aquellos países que, de acuerdo con su legislación interna, adopten un enfoque formalista basado en la existencia de un contrato laboral empleador-empleado, a los efectos de inaplicar la exención del artículo 15.2 del MC OCDE en casos de contratación y subcontratación internacional de mano de obra (*hiring out of labor*), donde el receptor opera como auténtico empleador y los servicios prestados por los trabajadores no residentes constituyen una parte integral de su negocio. No obstante, en ausencia de esa cláusula antiabuso específica, se indica que las autoridades fiscales de estos países pueden denegar la aplicación de la regla (exención de tributación en la fuente) del artículo 15.2 en casos abusivos por la vía de una interpretación finalista y contextual de tal precepto, de acuerdo con lo establecido en los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE (párrafos 54 a 80) y en la propia cláusula del artículo 29.9 del MC OCDE. En estos casos, el Estado de residencia del contribuyente debe garantizar la eliminación de la doble imposición internacional de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 del CDI, incluso cuando la legislación de ese Estado no califique la relación de prestación de servicios de que se trate como laboral (relación empleador/empleado), tal y como resulta de lo establecido en los párrafos 32.1 a 32.7 de los Comentarios

202 Vid. los párrafos 8 y 8.1 y ss. de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE.

203 Vid. los párrafos 8 y 8.1 a 8.28 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE.

al artículo 23 del MC OCDE, sin perjuicio de la eventual aplicación del procedimiento amistoso del artículo 25 del MC OCDE.

» En relación con aquellos países que adoptan un enfoque de sustancia vs. forma para diferenciar los casos donde se prestan servicios que encubren auténticas relaciones laborales, la OCDE establece una regla que delimita la aplicación de esa doctrina antiabuso interna. Para eso, establece una serie de criterios objetivos sobre los que debe pivotar tal doctrina antiabuso interna para determinar la existencia o no de una relación laboral a los efectos del artículo 15.2 del MC OCDE. Es decir, se establece una suerte de interpretación contextual autónoma del término "empleador" que debe utilizarse en el caso de que el Estado de la fuente lleve a cabo un enfoque de sustancia vs. forma para determinar la concurrencia de los presupuestos de la referida regla de exención de tributación en la fuente. Los criterios objetivos que conforman la interpretación contextual se establecen en el párrafo 8.11 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE 2010-2017. Esos criterios, que se exponen más abajo, atienden a la naturaleza de los servicios prestados y a si estos forman parte o no del negocio principal (*core business*) del receptor de los mismos y están integrados en su negocio.

» La OCDE ha establecido una serie de criterios objetivos que pueden emplearse en la interpretación contextual de las letras b y c del artículo 15.2 del MC OCDE, en los casos en los que un análisis comparativo entre la naturaleza de los servicios prestados por la persona física y las actividades empresariales realizadas por su empleador formal y por la empresa a la que presta servicios apunta hacia una relación de empleo que difiere de la relación contractual formal. Esos criterios objetivos son los siguientes:

  - Quién tiene la autoridad para instruir y dirigir a la persona física en relación con la forma en que debe realizarse el trabajo.

  - Quién controla y tiene la responsabilidad sobre el lugar en el que se realiza el trabajo.

  - La remuneración de la persona física es directamente facturada por el empleador formal a la empresa para la cual se prestan los servicios. Sobre este punto se establecen matizaciones de interés en el párrafo 8.15 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE.

- Quién pone a disposición las herramientas y los materiales necesarios para el trabajo de la persona física.

- Quién determina el número y las cualificaciones de los individuos que prestan servicios.

- Quién tiene el derecho de seleccionar a la persona que realizará el trabajo y a terminar o extinguir los contratos concluidos con ese individuo a tal efecto.

- Quién tiene el derecho a imponer sanciones disciplinarias relacionadas con el trabajo de ese individuo.

- Quién determina las vacaciones y la jornada de trabajo de tal individuo.

En los párrafos 8.16 a 8.27 de los Comentarios al artículo 15.2 del MC OCDE, la OCDE incluye seis ejemplos con el fin de ilustrar la aplicación de esta regla.

Finalmente, la OCDE hace referencia a la posibilidad de que la aplicación de este enfoque de doble empleador (formal y material) resulte en una situación de doble retención sobre el mismo salario, lo cual podría aliviarse si el Estado de residencia permite a las empresas ajustar la retención teniendo en cuenta la deducción por doble imposición internacional que tendrá que aplicar sobre el empleado (párrafo 8.28 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE).

3) El criterio de las remuneraciones sustentadas por el establecimiento permanente

Para que la regla de tributación exclusiva en el Estado de residencia del empleado resulte aplicable se requiere, además de la concurrencia de los presupuestos anteriores, que las remuneraciones obtenidas por el trabajador en razón del desempeño de su empleo en el otro Estado contratante no sean soportadas por un EP situado en este segundo Estado (de la actividad).

En relación con el alcance de la expresión "sustentadas por" (*borne by*), el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE ha afirmado que debe interpretarse a la luz del propósito subyacente en la letra c del artículo 15.2 del MC OCDE, que consiste en garantizar que la excepción allí prevista no se aplique a la remuneración deducible, teniendo en cuenta los principios del artículo 7 del MC OCDE, al calcular los beneficios de un EP situado en el Estado en el que se realiza el trabajo dependiente. A este respecto, no es concluyente el hecho de que el empleador haya o no deducido efectivamente la remuneración al calcular los beneficios imputables al EP, ya que el criterio correcto es saber si se permitiría que la deducción que pudiera concederse

por tal remuneración resulta atribuible al EP de acuerdo con los criterios del artículo 7 del MC OCDE. Este criterio se verificaría, por ejemplo, incluso en el caso de que realmente no se dedujera suma alguna porque el EP estuviera exento de impuesto en el país de la fuente, el empleador decidiera no solicitar la deducción a la que tiene derecho o por la propia naturaleza de la remuneración, como opciones sobre acciones (párrafos 7 y ss. de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE 2005-2008). Los Comentarios al artículo 15.2 del MC OCDE 2005-2008 insisten en que lo relevante es que la remuneración sea imputable al EP de acuerdo con el artículo 7 del MC OCDE y no tanto si es deducible o no de la base imponible del EP.

En 2010 se incorporan ciertos cambios en los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE (2010) que afectan a esta materia (párrafos 7, 7.1, 7.2 y 8 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE 2010-2017). En particular, se insiste en que, si la remuneración al trabajador es soportada por el EP, debe evaluarse atendiendo a los principios del artículo 7, considerando si tal remuneración debiera tenerse en cuenta a la hora de determinar los beneficios del EP. En este orden de cosas, se indica que tal remuneración debe considerarse tanto si media una deducción directa como si se aplica una deducción nocional o ficticia como consecuencia de los servicios prestados por otras partes de la empresa. En 2010, a partir de la propia modificación material sobre los principios de atribución de beneficios al EP con arreglo al enfoque autorizado, la OCDE cambia de posición sobre este punto y sostiene que donde se realice una deducción nocional como consecuencia de la aplicación del artículo 7.2 del MC OCDE (2010) a los efectos de la atribución de beneficios al EP, tal circunstancia –la deducción nocional que pivota sobre una ficción de empresa separada– no afecta a la determinación de si la remuneración es soportada o no por un EP.[204] Con esta precisión se restringe el ámbito de esta cláusula y se amplía en cierta medida la exención tributaria que contempla el artículo 15.2 del MC OCDE (tributación exclusiva en el Estado de la residencia del empleado). Sin embargo, podría mantenerse que cuando los trabajadores estén afectos (o sean transferidos definitivamente) al EP o este pueda ser considerado su empleador no cabe invocar la exención referida (tributación concurrente en Estados de actividad y de residencia del empleado). Ciertamente, la lógica subyacente en el artículo 15.2 del MC OCDE reside en no gravar a los trabajadores no residentes que prestan servicios en el territorio del otro Estado allí donde su empleador no opera en tal Estado a través de un EP (párrafo 8 de los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE 2010-2017).

En definitiva, la configuración de esta cláusula traslada la tensión y el riesgo al ámbito del artículo 5 del MC OCDE y el MC ONU (la existencia de un EP, lo cual es

204 Los Comentarios al artículo 15.2 del MC ONU no incluyen el párrafo 7.2 de los Comentarios al MC OCDE, posiblemente considerando que el MC ONU no adoptó el enfoque autorizado del artículo 7 del MC OCDE 2010-2017.

problemático en el marco de las actividades de prestación de servicios transnacional), así como al propio concepto de empleador.[205] No obstante, no debe perderse de vista que el artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU permite el gravamen de los trabajadores no residentes en el Estado de la fuente en casos donde su empleador no posee un EP en tal Estado, a fin de evitar el efecto de erosión de bases imponibles de personas residentes (y EP), que también pretende evitar este precepto.

La existencia de un empleador residente o de un EP del empleador responde igualmente a una idea de practicabilidad en la exacción del impuesto (y retenciones) sobre el trabajador no residente, aunque esta idea no se aplica debido a letra a del artículo 15.2 del MC OCDE y el MC ONU, que establece un umbral temporal de 183 días.

Con todo, y a diferencia de lo que acontece con la letra b del mismo precepto, aquí puede mantenerse que no se requiere que el EP pague efectivamente la remuneración del trabajador, de suerte que bastaría que la abonara la casa central y fuese posteriormente cargada al EP de forma que este pudiera deducirla al calcular su base imponible.

A los efectos del artículo 15.2.c del MC OCDE, el alcance del término "establecimiento permanente" no queda circunscrito a la definición recogida en el artículo 5 del CDI entre el Estado de residencia del trabajador y el Estado de la actividad, sino que basta con que exista efectivamente un EP con arreglo a la legislación interna del Estado de la actividad o con arreglo a un CDI que este haya concluido con un tercer país.[206]

El artículo 15 del MC OCDE no contiene reglas específicas para trabajadores fronterizos ni para empleados trabajando en el transporte internacional por carretera o ferrocarril. Esta cuestión se ha dejado abierta para que los Estados negocien las condiciones específicas sobre la tributación de esos trabajadores.[207]

205 De hecho, existen pronunciamientos donde el Estado de residencia del trabajador desplazado a un lugar fijo de negocios en el extranjero soporta doble imposición, en la medida en que las autoridades de tal Estado califican esa situación como no generadora de EP (sentencia del Tribunal Supremo (TS) de Países Bajos/Hogue Raad, del 19 de julio de 2019, caso 17/05809).

206 Debe apuntarse también que en el año 2000 como consecuencia de la supresión del artículo 14 del MC OCDE, se eliminó a lo largo de todo el texto del MC OCDE la mención a la base fija. Así, a diferencia de lo que acontece en el PMC OCDE 1963 y en los MC OCDE 1977-1997, el artículo 15.2.b correspondiente a los MC OCDE 2000-2017 no hace referencia a que la base fija soporte la remuneración del trabajador. En cambio, el MC ONU sí menciona la presencia de una base fija (y un EP) en el Estado de la actividad (artículo 15.2.c, toda vez que este modelo, tal y como se ha indicado, sigue manteniendo la cláusula del artículo 14 del MC OCDE anterior a 2000.

207 Vid., por ejemplo, los CDI de España con Francia o Portugal donde se regula la tributación de los trabajadores transfronterizos.

3.5. La tributación de las *stock options* en el marco del artículo 15 del MC OCDE

En el año 2005 se incorporaron en los Comentarios al artículo 15 del MC OCDE (párrafos 12 y ss.) las conclusiones del informe *Cross-Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock-Options Plans* de la OCDE,[208] a efectos de considerar de forma específica los diferentes problemas que se plantean en este ámbito en relación con la remuneración mediante *stock-options*.

Algunas de las principales conclusiones que se derivan de tales Comentarios son las siguientes:

- El artículo 15 se aplica a la renta derivada del otorgamiento a un trabajador de una opción sobre una acción. Una vez que la opción es ejercitada o enajenada, cualquier renta producida por las acciones adquiridas no derivará de su condición de trabajador, sino de su condición de accionista-inversor, y estará cubierta por el artículo 13 del MC OCDE. No obstante, si el ejercicio de la opción le permite al trabajador adquirir acciones que no son revocables hasta el término de un determinado período de empleo, al aumento de valor de la acción hasta ese momento resultará aplicable el artículo 15 del MC OCDE.

- El tratamiento analítico o calificación otorgada en el Estado de la fuente a la renta derivada del otorgamiento de una opción sobre acciones a un trabajador no prejuzga ni afecta a la forma (calificación) que puede otorgar el Estado de la residencia a esa renta en el caso de que la grave. Por lo tanto, la regla del párrafo anterior solo afectaría al reparto de poder tributario entre ambos Estados y a la eliminación de la doble imposición.

- Las reglas de tributación de los artículos 18 y 21 del MC OCDE no resultan aplicables a los beneficios que obtiene un trabajador del otorgamiento de opciones sobre acciones.

- Existe un conjunto de principios que deben ordenar las condiciones según las cuales el Estado de la fuente puede someter a imposición la renta derivada del otorgamiento de opciones sobre acciones a un trabajador. En particular, se enfatiza en las cuestiones temporales del plan de opciones sobre acciones a efectos de determinar la procedencia del gravamen del Estado de la fuente. De esta manera, las opciones sobre acciones otorgadas a un trabajador no deben

208 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Cross-Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock-Options Plans*, París: OCDE; 2004.

considerarse relacionadas con servicios prestados con posterioridad al período de empleo establecido como condición para que el empleado adquiera el derecho a ejercitar la opción. En tal sentido, la opción sobre acciones conferida al empleado solo debe considerarse referida a servicios prestados con anterioridad al momento en que es concedida, en la medida en que esa concesión pretenda recompensar la prestación de esos servicios por parte del receptor durante un determinado período. En casos donde no resulte claro si la opción sobre acciones se otorga en relación con prestaciones de servicios pasados o futuros, como regla deberá considerarse que las opciones sobre acciones constituyen un instrumento para incentivar prestaciones de servicios futuras y para retener trabajadores valiosos. En los casos de opciones sobre acciones donde el empleo se ejerce en más de un Estado, se requiere determinar qué porcentaje corresponde a cada país a los efectos de su tributación y de la eliminación de la doble imposición. Además, en tales casos se deben considerar únicamente los días en que se ha ejercido el empleo en cada Estado y que están dentro del plan de opciones sobre acciones.

Con independencia de la validez de tales principios (incorporados también por el MC ONU), posiblemente la opción más adecuada sea regular de forma específica el tratamiento de las opciones sobre acciones en el marco de negociaciones bilaterales a los efectos de un CDI, tal y como ya han empezado a hacer algunos Estados.

3.6. La regla específica dedicada a los trabajadores de las empresas de navegación marítima y aérea internacional: el apartado 3 del artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU

La regla especial del apartado 3 del artículo 15 del MC OCDE (1963-2014) ha permanecido prácticamente inalterada hasta el año 2017, fecha en la que se aprobó el MC OCDE 2017, que es posterior al Plan BEPS, y modificó de forma sustancial el criterio de asignación del poder tributario entre los Estados.

3.6.1. La regla del artículo 15.3 del MC OCDE previo al BEPS (1963-2014)

De acuerdo con el artículo 15.3 del MC OCDE, las remuneraciones obtenidas de un empleo realizado a bordo de un buque o aeronave explotados en tráfico internacional, o de una embarcación destinada a la navegación interior, pueden someterse a imposición en el Estado contratante en el que se sitúe la sede de dirección efectiva de la empresa. Según se expone en los Comentarios al MC OCDE, esta cláusula supone que la ley nacional del Estado al que se le confiere el derecho de imposición puede igualmente gravar la remuneración de una persona que está al servicio de la

empresa en cuestión, cualquiera sea la residencia de tal trabajador. A este respecto, cabe apuntar que la doctrina y jurisprudencia internacional consideran que el concepto de empleador económico no aplica en el marco del artículo 15.3 del MC OCDE.

La legislación interna de una serie de países prevé que las retribuciones salariales percibidas por miembros de la tripulación de buques o aeronaves explotadas en tráfico internacional que no sean residentes se sometan a imposición únicamente cuando el buque o aeronave posea la nacionalidad de ese Estado. Ello explica que los CDI establecidos por estos países contengan cláusulas según las cuales el derecho de imposición corresponde al Estado de la nacionalidad del buque o aeronave. Otros países, como Estados Unidos, han optado por atribuir el derecho de gravamen al Estado de residencia de la persona que ejecuta el trabajo (Modelo de Convenio en Materia de Imposición sobre la Renta de Estados Unidos [MC EE. UU.] 1981-1996-2006).[209]

Ahora bien, la regla de asignación de poder tributario al Estado donde radica la sede de dirección efectiva de la empresa no tiene carácter exclusivo. De esta forma, el artículo 15.3 del MC OCDE permite que, por ejemplo, el Estado de residencia del trabajador someta a imposición la remuneración percibida por el desempeño de su trabajo a bordo de un buque o aeronave en tráfico internacional, aunque en este caso lo más correcto sería que ese Estado asumiera la eliminación de la doble imposición internacional generada. En este sentido, la configuración del artículo 15.3 del MC OCDE resulta criticable ya que permite que se produzcan casos de doble imposición residual y también supuestos de doble no imposición.[210]

La existencia de esta regla especial se justifica por las dificultades que resultarían de aplicar los criterios anteriores (apartados 1 y 2 del artículo 15 del MC OCDE) al caso de los trabajadores de buques y aeronaves explotados en tráfico internacional, dado que en este tipo de supuestos la determinación del Estado en el que se realiza el empleo o el cómputo del período de permanencia plantearía problemas de difícil solución.

Esta es la razón por la que se ha optado por articular una regla especial para este tipo de casos, la cual converge con el tratamiento especial ofrecido por otras cláusulas del MC OCDE en relación con las empresas de transporte marítimo y aéreo internacional (por ejemplo, artículos 8, 13 y 22 del MC OCDE). Por lo tanto, el artículo 15.3 del MC OCDE constituye una regla especial que prevalece sobre las recogidas en los apartados 1 y 2 del mismo precepto.

209 Este criterio se encuentra también en los CDI de España con Países Bajos, Reino Unido (2013) y República Dominicana (2013).

210 Quizás sea más razonable articular una regla de tributación exclusiva a favor del Estado de residencia de la persona que explota el buque o aeronave, que es el criterio que se recoge en los CDI de España con Canadá, Filipinas, Países Bajos y Tailandia.

El alcance de esta regla especial debe delimitarse considerando especialmente las definiciones de los términos "empresa" y "tráfico internacional" contenidas en el artículo 3.1 del MC OCDE. La expresión "sede de dirección efectiva" no está definida en el MC OCDE, aunque los Comentarios a los artículos 4 y 8 del MC OCDE dedican algunos pasajes en torno al significado de este importante criterio.

En los Comentarios al artículo 15.3 del MC OCDE el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE también contempla la posibilidad de que se emplee el criterio de la residencia fiscal de la empresa que explota el buque o aeronave.[211]

Asimismo, se considera que la cláusula del artículo 15.3 del MC OCDE resulta aplicable a las remuneraciones por empleo a bordo de buque y aeronave en tráfico internacional, siempre que el lugar de trabajo principal y habitual del empleado sea en el buque o aeronave. En consecuencia, no se exige que todas las actividades se realicen en el interior del buque o aeronave, lo cual hace improcedente el prorrateo de las remuneraciones correspondientes a actividades en tierra. Este criterio resulta implícito en el MC OCDE, mientras que el MC EE. UU. lo ha delimitado expresamente.[212]

3.6.2. La regla del artículo 15.3 del MC OCDE posterior a BEPS (2017)[213]

Como se ha indicado previamente, el MC OCDE 2017 introdujo varios cambios significativos en la cláusula del artículo 15.3 del MC OCDE. En particular, las principales modificaciones son las siguientes:

- La cláusula se aplica a la remuneración obtenida por un residente de un Estado contratante.
- Esa remuneración deriva de un empleo como miembro ordinario de la tripulación de una embarcación o aeronave.
- La regla especial no aplica con respecto a la remuneración referida al empleo en una embarcación o aeronave operada únicamente dentro del otro Estado contratante.

211 Algunos CDI establecidos por España han hecho uso de este criterio alternativo de asignación del derecho de gravamen sobre las remuneraciones de estos trabajadores. Así, adoptan esta posición con matices diversos, los CDI de España con Australia, Canadá, Chile, Estados Unidos, El Salvador, Finlandia (2015), Filipinas, India, Indonesia, Japón, Lituania, Malasia, Noruega, Reino Unido, República de Corea, Rusia, Tailandia y Uzbekistán.

212 El CDI entre España y Estados Unidos constituye un ejemplo del modo en que se ha configurado este requisito en el MC estadounidense.

213 El MC ONU 2021 sigue la cláusula del artículo 15.3 del MC OCDE 2017 y los Comentarios también reflejan ese alineamiento.

» Se establece el criterio de tributación exclusiva a favor del Estado de residencia del empleado, en lugar del criterio de la sede de dirección efectiva de la empresa.

» El artículo 3.1.e incluye una modificación simétrica en relación con el concepto de tráfico internacional.

Además de clarificar el alcance de la nueva cláusula, los Comentarios al artículo 15.3 del MC OCDE 2017 (párrafos 9 y 9.1 a 9.10) incluyen redacciones alternativas dirigidas a aquellos países que optan por criterios diferentes en el reparto del poder tributario entre los Estados.

Por un lado, los Comentarios al artículo 15.3 del MC OCDE 2017 destacan que la nueva regla que establece el principio de tributación exclusiva en el Estado de residencia del empleado responde a los objetivos de mayor claridad y simplificación en relación con la tributación de estos trabajadores, debido a que la doctrina y jurisprudencia ponían de relieve los problemas aplicativos derivados de la regla del artículo 15.3 del MC OCDE 1963-2014.

El cambio en el artículo 3.1 del MC OCDE en relación con la definición de tráfico internacional permite aplicar el referido principio con respecto a trabajadores de entidades residentes de países terceros. A su vez, en aquellos casos donde el empleo se ejerce a bordo de un buque o aeronave operado únicamente en el otro Estado, no corresponde aplicar la regla de tributación exclusiva a favor del país de residencia del empleado, sino las reglas de los apartados 1 y 2 del artículo 15 del MC OCDE.

Asimismo, se clarifica el concepto (convencional autónomo) de empleado de una tripulación de un buque o aeronave, para que sea entendido en sentido amplio a fin de dar cobertura a empleados que realizan actividades complementarias, como los trabajadores de los restaurantes de los cruceros, por ejemplo. No quedan cubiertos los sujetos que realizan actividades desconectadas de la operación del buque o aeronave (vendedores de seguros a pasajeros de embarcaciones).[214]

Como ya se indicó, los Comentarios al artículo 15.3 del MC OCDE 2017 recogen varias cláusulas alternativas para aquellos países que deseen desviarse de la cláusula tipo del artículo 15.3 del MC OCDE a efectos de lo siguiente:

» Aplicar el mismo tratamiento al transporte por ríos, canales y lagos que al transporte internacional a través de buques y aeronaves.

214 A este respecto, cabe mencionar la sentencia de un tribunal sueco que delimitó el ámbito de aplicación del artículo 15.3 del Convenio Fiscal Nórdico de 1996 (Dinamarca-Feroe-Finlandia-Islandia-Noruega-Suecia), al considerar que el Convenio comprendía las actividades de transporte de una plataforma petrolífera por una embarcación, realizado en la plataforma continental sueca (Court of Appeal of Gothenburg, 28 de mayo de 2018, Caso 4056-17).

- Aplicar la regla de tributación exclusiva de la renta a favor del Estado donde está localizada la sede de dirección efectiva de la entidad que opera el transporte internacional.

- Aplicar una regla de distribución del poder tributario no exclusiva, es decir, que permita gravar a los dos Estados la renta del empleado. Los referidos Comentarios consideran contemplan dos alternativas a este respecto, y distinguen entre los casos donde el empleado es residente de uno de los dos Estados contratantes y los supuestos donde el empleado es residente de un tercer país. Se contempla la eliminación de la doble imposición a través del método de imputación y los riesgos de doble no imposición que surgen cuando se aplique el método de exención.

Capítulo 16.

El artículo 16 del MC OCDE y el MC ONU relativo a la tributación de las remuneraciones de los miembros de las juntas directivas y los directivos de alto nivel

1. FUNCIÓN, OBJETIVOS Y ALCANCE GENERAL DEL ARTÍCULO 16 DEL MC OCDE, Y DIFERENCIAS ENTRE EL MC OCDE Y EL MC ONU

El artículo 16 constituye una cláusula específica que ordena la tributación sobre las remuneraciones obtenidas por consejeros/administradores y miembros de un directorio o consejo de administración en un contexto transfronterizo. Esta cláusula distribuye el poder tributario de gravamen sobre la renta obtenida por consejeros (administradores o miembros de una junta directiva de una entidad)[215] y, en el caso del modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) también se proyectaría sobre la renta obtenida por altos ejecutivos de entidades residentes de un Estado contratante.

Básicamente, la cláusula permite el gravamen de esa renta en los dos Estados contratantes (fuente y residencia), de manera que el Estado de residencia del contribuyente estaría obligado a eliminar la doble imposición, en el caso en que el Estado de la fuente contratante pueda someter a gravamen (sin limitación) la renta del consejero o alto ejecutivo allí obtenida.

El modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) y el MC ONU están básicamente alineados en cuanto al contenido y alcance de la cláusula tipo del artículo 16. No obstante, a diferencia del MC OCDE 2017, el MC ONU 2021 (artículo 16.2) contiene una disposición que permite gravar en la fuente la renta de altos ejecutivos (*top-level managerial officials*) residentes en el otro Estado contratante. Sin embargo, ambos MC proyectan sus

215 Este concepto está definido en el artículo 3.1 del MC OCDE y el MC ONU y no contempla sociedades fiscalmente transparentes.

efectos sobre cargos en entidades residentes en el otro Estado contratante, de manera que no se aplicarán si el cargo se desempeña en entidades del Estado de residencia o de un tercer Estado.

Los principales problemas o cuestiones que plantea la aplicación del artículo 16 se vinculan con la delimitación de su ámbito de aplicación, en la medida en que las expresiones "miembros de las juntas directivas" y "alto cargo directivo" no están definidas en la cláusula tipo de tales MC, y su alcance puede ser distinto desde la perspectiva de la legislación y práctica de los Estados contratantes.[216]

En relación con el artículo 16 del MC OCDE, se autoriza el gravamen en la fuente que reciba una persona física o entidad residente del otro Estado en su calidad de miembro del consejo de administración de una entidad residente del otro Estado.[217] Esto implica que otro tipo de remuneraciones que sean o respondan a un concepto distinto (renta del trabajo o profesional como consultor) quedan excluidas de esta cláusula, a salvo de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 16 en el caso del MC ONU.

Se considera recomendable que el artículo 16 o el artículo 3.1 de los convenios para la eliminación de doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI) incluyan alguna definición convencional que clarifique el alcance de la expresión "miembro de una junta directiva o consejo de administración". Algunos países también prefieren limitar el gravamen en la fuente a estos efectos a las situaciones donde la renta de los consejeros resulta de actividades desarrolladas en el Estado de residencia de la entidad de que se trate, de suerte que el manual de Naciones Unidas de 2019 de negociación de convenios de doble imposición incluye una cláusula tipo en tal sentido (párrafo 500).[218]

El apartado 2 del artículo 16 del MC ONU se aparta del MC OCDE, como ya se indicó. La cláusula permitiría el gravamen de los altos directivos residentes de un Estado contratante y que, en principio, no formarían parte del consejo de administración de una empresa residente del otro Estado, pero desempeñan en ella funciones de dirección de alto nivel.[219] Esta cláusula del artículo 16.2 no es habitual en la práctica convencional internacional, de manera que en los casos donde se

216 Pueden plantearse aquí las cuestiones que se apuntaron en relación con el artículo 3.2 del MC OCDE y el MC ONU, al tratarse de un término no definido en el CDI. Existen precedentes judiciales que sostienen que hay que considerar el concepto de remuneración de consejero del Estado de la fuente. En España, la administración tributaria ha especificado que las funciones ejecutivas de un consejero o miembro de un consejo de administración quedan subsumidas en estas (las que resultan de la mera pertenencia a un consejo de administración) de acuerdo con la teoría del vínculo único, y, por ello, aplicaría el artículo 16 por sobre el artículo 15 del CDI (vid.: la sentencia de la Audiencia Nacional del 1 junio de 2023, Rec. n.º 906/2019).

217 Tal condición se determina con arreglo a la legislación interna del Estado de residencia de la entidad, y no incluiría administradores de hecho. Resulta dudoso que el artículo 16 del MC OCDE se aplique a los comités de dirección que conviven con los consejos de administración en el marco de la organización de una entidad. Se considera que el artículo 16 del MC OCDE se aplica en casos de administrador unipersonal (*sole directorship*).

218 Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties*, Nueva York: Naciones Unidas; 2019.

219 Vid. el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 16 del MC ONU.

omite aplicaría como regla el artículo 15 (rentas del trabajo o servicios personales dependientes).

Por último, cabe señalar que este precepto no plantea problemas de compatibilidad con el artículo 12A, que expresamente prioriza la aplicación del artículo 16 del MC ONU en relación con el ámbito de cobertura de este último.

2. EL TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LAS RETRIBUCIONES DE CONSEJEROS (Y ALTOS DIRECTIVOS)

La regla de distribución del poder tributario (concurrente) recogida en el artículo 16 del MC OCDE (y el apartado 1 del artículo 16 del MC ONU) se proyecta sobre remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado contratante (ya sea persona física o jurídica) en su capacidad o condición de miembro de un consejo de administración de una sociedad residente del otro Estado contratante.

Nótese a este respecto que el MC OCDE evita tomar en consideración el criterio del lugar de prestación de los servicios o de realización de la actividad del administrador/consejero, a efectos de eludir los problemas que puede plantear la determinación de ese lugar,[220] máxime en un contexto donde estas funciones y cargos corporativos se llevan a cabo cada vez más de forma remota o no presencial.[221]

Los dos Estados contratantes pueden someter a imposición las retribuciones de consejeros/administradores. La cuestión clave pasa por determinar qué retribuciones derivan de la condición de consejero/administrador, toda vez que las rentas desconectadas de tal cargo corporativo quedan excluidas del artículo 16 del MC OCDE.[222]

220 Vid. el párrafo 1 de los Comentarios al artículo 16 del MC OCDE. No obstante, Estados Unidos limita la aplicación del artículo 16 a la renta obtenida por servicios de administrador realizados en el Estado de la fuente.

221 También se han planteado casos donde los consejeros ejecutivos residentes de un Estado contratante prestan servicios a un establecimiento permanente (EP) situado en ese Estado a través del que opera una entidad del otro Estado contratante. A pesar de las dudas sobre la aplicación en este caso del artículo 16 del CDI, en España se considera que resulta aplicable la regla interna de no sujeción fiscal (basada en la extraterritorialidad fiscal) aplicable a los pagos realizados por un EP en el extranjero respecto de actividades afectas a tal EP (vid. la sentencia de la Audiencia Nacional española, del 1 junio de 2023, Rec. No. 906/2019).

222 Por ejemplo, eso sucedería con los dividendos que obtenga el consejero en virtud de su condición de accionista. Igualmente, en casos de sujetos que realicen funciones múltiples para la entidad, el Estado de la fuente solo puede gravar la remuneración derivada del cargo de administrador, por más que en ocasiones ello pueda plantear problemas para diferenciar entre las distintas contraprestaciones percibidas como administrador y, por ejemplo, ejecutivo, consultor, etc. No parece que las retribuciones derivadas de pactos de no competencia caigan en esta cláusula, una vez que el sujeto ya no ostenta la posición de consejero. Más dudoso es el caso de los pagos compensatorios a consejeros en el momento de cese de su condición de administrador o consejero, de suerte que no puede excluirse que queden por fuera del artículo 16.

Los Comentarios al MC OCDE ponen de relieve que todo tipo de remuneraciones, dinerarias o en especie, incluyendo opciones sobre acciones (*stock options*),[223] que deriven de la condición de consejero/administrador están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta cláusula (párrafo 1.1 de los Comentarios al artículo 16 del MC OCDE). Las rentas obtenidas por un sujeto, al margen de la condición de consejero/administrador, por ejemplo, en concepto de consultor, trabajador, etc., no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 16 del MC OCDE (párrafo 2 de los Comentarios al artículo 16 del MC OCDE).

La OCDE considera que aquellos países que hayan regulado órganos corporativos que poseen funciones similares a un consejo de administración pueden incorporar tales órganos al artículo 16 del CDI de que se trate (párrafo 3 de los Comentarios al artículo 16 del MC OCDE). En este sentido, el CDI puede delimitar qué órganos corporativos regulados por la legislación mercantil de los Estados contratantes resultan relevantes a estos efectos.

Los Comentarios al artículo 16 del MC ONU clarifican la validez de la guía interpretativa elaborada por la OCDE a los efectos del artículo 16.1 del MC ONU (párrafos 1 y 2 de los Comentarios al artículo 16 del MC ONU).

Por el contrario, el apartado 2 del artículo 16 del MC ONU establece una regla singular sobre la tributación de las remuneraciones obtenidas por sujetos que califiquen como altos directivos (*top-level managerial position of a company*), que permite el gravamen (concurrente) por el Estado contratante de residencia de la entidad de que se trate. La aplicación de esta regla se proyecta sobre un grupo limitado de posiciones corporativas que comprenden responsabilidades primarias referidas a la dirección de los asuntos de una corporación, más allá de los consejeros/administradores (párrafo 5 de los Comentarios al artículo 16 del MC ONU). La idea que subyace es permitir al Estado de residencia de la entidad pagadora de estas retribuciones a altos directivos un gravamen sobre esa renta que compense el gasto deducible en sede del Impuesto sobre Sociedades (IS) de la entidad pagadora de tales rentas.

Cabe recordar que esta cláusula del artículo 16.2 del MC ONU apenas se ha empleado en la práctica convencional internacional.

223 Los Comentarios al artículo 16 del MC OCDE (párrafo 3.1) contienen algunas consideraciones relevantes referidas a *stock options*. En primer lugar, se advierte que las cuestiones que se plantean en el marco del artículo 15 del MC OCDE sobre *stock options* otorgadas a trabajadores se suscitan igualmente en el contexto del artículo 16. Por ejemplo, la entrega o concesión de las opciones sobre acciones y el gravamen sobre las mismas puede suceder en un momento donde el sujeto ya no es miembro del consejo de administración, sin que ello excluya la aplicación de las reglas del artículo 16. En segundo lugar, los Comentarios ponen de relieve el distinto tratamiento fiscal que procede aplicar a la renta derivada de la concesión de las opciones sobre acciones, y la que resulta de la transmisión de tales acciones, de manera que en el primer caso aplica el artículo 16 en tanto que en el segundo corresponde aplicar el artículo 13 del MC OCDE, ya que la renta no deriva de la condición de administrador sino de su título jurídico de accionista.

Capítulo 17.
El artículo 17 del MC OCDE y el MC ONU referido a las rentas de artistas y deportistas

1. LA FUNCIÓN DEL ARTÍCULO 17 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

El artículo 17 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) y del modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) permite al Estado donde un artista o deportista desarrolla una actuación gravar la renta obtenida como consecuencia de tal actuación. En este caso, el punto de conexión o la regla de la fuente es que la actuación se realice en el Estado de la fuente, hecho que determinará que este pueda gravar la renta vinculada a aquella. Al mismo tiempo, el artículo 17 del MC OCDE y el MC ONU no indica cómo debe tributar esa renta en el Estado de la fuente (por importes brutos o con deducción de gastos) o en el Estado de residencia del artista o deportista. Obviamente este último Estado podrá gravar la renta obtenida en el otro Estado contratante, mediante la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición regulados en el equivalente al artículo 23A o B del MC OCDE y el MC ONU. Debe considerarse que la aplicación del método de exención en el Estado de residencia podría ocasionar doble no imposición si el Estado de la actuación decidiese no ejercer la potestad que le atribuye el artículo 17 del MC OCDE y el MC ONU (la no deducción de gastos, que pueden resultar cuantiosos en el Estado de la fuente, también puede ocasionar ciertos problemas y gravamen excesivo de la renta, ya que el crédito o deducción en cuota en ese Estado puede no absorber el impuesto pagado en el Estado de la actuación).

La redacción del artículo 17 es idéntica en el MC OCDE y el MC ONU. La única diferencia relevante entre ambos es que los Comentarios al artículo 17 del MC ONU siguen la versión de 2010 del MC OCDE y no han incorporado todavía los cambios relevantes y detallados que se hicieron a los Comentarios al artículo 17 del MC OCDE en 2014 (la razón es que el Comité de Expertos de las Naciones Unidas no ha examinado con detalle los cambios de 2014). Lo anterior también genera una ligera diferencia, no significativa, en el título de los preceptos, ya que el artículo 17

del MC OCDE se aplica a *entertainers and sportspersons* y el artículo 17 del MC ONU a *artistes and sportspersons*; en ambos casos, la cláusula del artículo de 17 de los MC OCDE y MC ONU se proyectaría sobre figuras del espectáculo/artistas y deportistas (*entertainers and sportspersons*).

El artículo 17 del MC OCDE y el MC ONU supone una excepción al principio de que la renta derivada de actividades empresariales tributa en el Estado donde se desarrolla la actividad solo si existe un establecimiento permanente (EP) (o base fija en el MC ONU), ya que permite al Estado donde el artista o deportista desarrolla su actuación el gravamen de la renta vinculada a la misma sin necesidad de que exista tal EP (o base fija). Al mismo tiempo, el artículo 17 del MC OCDE y el MC ONU supone una excepción al artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU, dado que se aplica a las rentas del trabajo que el artista o deportista pueda percibir (incluso de sociedades interpuestas). Y en el marco del MC ONU también constituye una regla especial con respecto al artículo 12A del MC ONU (en aquellos hipotéticos casos en que pudiera haber solapamiento entre ambos), cuyo párrafo 2 da prioridad al artículo 17 del MC ONU.

La justificación de política tributaria del artículo 17 del MC OCDE y el MC ONU y la creación de una regla separada para cierto tipo de servicios se vinculó originariamente al hecho de que el sector de los artistas y deportistas no tendía a declarar en su Estado de residencia las rentas que obtenía en el extranjero, podía fácilmente deslocalizar sus actividades a través de la utilización de sociedades ubicadas en territorios de baja tributación (*rent-a-start*) y, además, obtenía cuantías relevantes de rentas en un período temporal muy corto, a través de actuaciones de corta duración, que el Estado donde se desarrollaban podía querer gravar. Lo cierto es que actualmente con la generalización de los mecanismos de intercambio de información y asistencia en la recaudación, la existencia de este precepto y la creación de una regla especial para el tipo de servicios a los que se aplica ha perdido gran parte de su justificación, si bien es una regla que continúa apareciendo en los convenios para la eliminación de doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI) de los distintos países (Países Bajos propuso su eliminación de los CDI, aunque no ha tenido mucho éxito). Por otro lado, en el contexto de este precepto, se tiende a pensar siempre en artistas y deportistas de alto poder adquisitivo que obtienen importantes sumas de dinero en un período muy corto, sin reparar en que (1) el gravamen por importe bruto de esos artistas y deportistas en el Estado de la fuente no toma en consideración los numerosos gastos, incluso generadores de pérdidas, que ciertas macrogiras de conciertos pueden originar, y (2) que el precepto se aplica también a los numerosos artistas y deportistas que obtienen rentas de cuantías modestas y que tributarán normalmente por importes brutos en el país de la actuación. Quizás estas últimas consideraciones justifiquen que el Estado donde se realiza la actuación tenga en cuenta los gastos vinculados con las mismas en lugar de gravar por importes brutos de rentas.

Es conveniente también considerar que, cuando organizan ciertos eventos de proyección mundial o regional (mundiales de fútbol u otros deportes, Eurocopa, Copa América, etc.), muchos Estados tienden a conceder exenciones en relación con la imposición sobre las rentas obtenidas por no residentes en el contexto del evento. En estos casos, el precepto no tendrá virtualidad, ya que se está eximiendo la renta por la normativa interna del Estado de que se trate.

El artículo 17 del MC OCDE y el MC ONU contiene dos reglas diferenciadas que se aplicarán en función de si la renta vinculada con la actuación del artista o deportista se paga a esta persona o a otra distinta, normalmente una entidad, con la que el artista o deportista puede estar vinculado en términos de control o no (por ejemplo, la entidad puede ser su empleadora).

2. EL ARTÍCULO 17.1 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: LAS RENTAS OBTENIDAS POR EL ARTISTA O DEPORTISTA COMO CONSECUENCIA DE UNA ACTUACIÓN EN EL OTRO ESTADO

2.1. Introducción al artículo 17.1 del MC OCDE y el MC ONU

El artículo 17.1 del MC OCDE y el MC ONU contiene una disposición de formulación relativamente sencilla pero que ocasiona notables problemas de aplicación práctica. No obstante, en las disposiciones del artículo 15 del MC OCDE (y 14 del MC ONU) el precepto indica que "la renta derivada por un residente de un Estado contratante como artista [*entertainer*], del teatro, cine, radio o televisión, o como músico, o como deportista, vinculada con sus actividades personales como tales ejercidas en el otro Estado contratante, podrían ser gravadas en ese otro Estado contratante".

Los Comentarios al artículo 17.1 del MC OCDE, actualizados en 2014 (lo cual no ocurrió, como queda dicho, con los relativos al artículo 17 del MC ONU), explican los distintos elementos que se derivan de la formulación del precepto. Los siguientes apartados se dedican a los aspectos más controvertidos el artículo 17.1 del MC OCDE y el MC ONU. Con carácter general, se utilizarán referencias a los Comentarios al artículo 17 del MC OCDE y no al del MC ONU, que no se actualizó en 2014. En la mayoría de los casos los párrafos añadidos en 2014 a los Comentarios al artículo 17 del MC OCDE puede probablemente utilizarse como guía para la interpretación de los CDI que sigan el MC ONU (la formulación idéntica de los artículos 17.1 en ambos MC apoya esta conclusión).

2.2. Tipo de contrato del que derivan las rentas vinculadas con la actuación del artista o deportista

Da igual que la actuación del artista o deportista se produzca en el marco de actividades empresariales o con contrato laboral, ya que el artículo 17.1 del MC OCDE se aplicará con prioridad sobre el artículo 7 o 15 del MC OCDE (7, 12A o 15 del MC ONU).

2.3. Personas a las que se aplica el artículo 17.1 del MC OCDE y el MC ONU

A priori, el artículo 17.1 se aplica a dos grupos de personas bien definidos, los artistas y los deportistas, con independencia de que se trate de profesionales consagrados o federados, en el caso de los deportistas, o de *amateurs* o aficionados. Aparte de esta idea general, los Comentarios incluyen algunas consideraciones más específicas sobre las personas a las que se aplica el artículo 17.1:

» **Artistas:** el término no se define en el artículo 17.1 y, como los Comentarios reconocen, no es de fácil conceptualización. Por esta razón, el tenor del precepto da una serie de ejemplos (artistas de teatro, cine, radio o televisión, o músicos) y los Comentarios desarrollan algunas ideas al respecto: (1) los ejemplos no son exhaustivos y debe entenderse que *entertainer* cubre a las personas que utilizan un escenario, los actores (incluyendo antiguos deportistas) o figurantes, o también aparecen en anuncios de TV; (2) el precepto se aplica a actividades que puedan tener una naturaleza religiosa, política, social, probono, siempre que el carácter de entretenimiento está presente, aunque el precepto no se extiende a conferenciantes (por ejemplo, incluyendo un antiguo político que imparte una conferencia), modelos que actúan como tales (por ejemplo, en un desfile de moda o sesión fotográfica; vid. la sentencia del Tribunal Supremo (TS) italiano del 7 septiembre de 2018, 21865/2018) o al personal de apoyo administrativo o técnico (por ejemplo, cámaras en una película, productores, directores de cine, coreógrafos, técnicos, personal de la gira de un grupo musical).

El concepto de "artista" del artículo 17.1 del MC OCDE y el MC ONU no responde al entendimiento habitual de ese término en el lenguaje común o incluso a la legislación de la mayoría de los Estados, ya que solo se considera como tal a los artistas que actúan de cara al público en un espectáculo (de mayor o menor dimensión), pero no a otro tipo de artistas (por ejemplo, pintores o escultores). Sin embargo, actividades como los circos, espectáculos de acrobacia, comediantes, magos, toreros, disc-jockeys, etc., que tienen un componente de actuación pública, están incluidos usualmente en la definición de artista de este artículo.

El precepto reconoce que puede existir un área gris en la que sea necesario determinar, en su conjunto, las actividades que realiza o desarrolla una persona y qué pagos son accesorios a los derivados de la actuación (o, por el contrario, pueden separarse de ellos). Es perfectamente posible que una misma persona dirija o produzca un concierto, película o representación y tenga además un papel en él como artista. En estos casos, los Comentarios en su párrafo 4 proponen que si las actividades principales son como artista se aplique el artículo a toda la renta derivada de un Estado, aunque tal regla se prevé para supuestos donde la actividad distinta de la actuación como artista es de carácter accesorio y no principal. Esta matización pretende contrarrestar planificaciones desarrolladas por los artistas, en las que un mismo contrato se divide en prestaciones que se incluyen en el artículo 17.1 y otras que no (por ejemplo, servicios de producción, música, ingeniería de sonido, luz, utilización de un instrumento) como forma de evitar la tributación en el Estado en el que se desarrolla la actuación de al menos parte de la renta. La reacción en algunos casos ha sido descomponer el

contrato en sede de personas distintas, de manera que, por ejemplo, los cantantes tengan una remuneración vinculada a la actuación y sociedades controladas por ellos y otras independientes reciben remuneración por conceptos que no están cubiertas por el artículo 17.1 por su naturaleza de servicios técnicos. Algunos tribunales, de manera controvertida y probablemente no alineada con el MC OCDE, han encuadrado estas remuneraciones en el ámbito del artículo 17.2 en este tipo de situaciones (vid., por ejemplo, la sentencia del TS español del 7 de diciembre de 2012, Rec. 1139/2010). Para los autores de este Manual, si la remuneración por un servicio distinto de la actividad artística tiene entidad y realidad suficiente, deberían probablemente aplicarse otras reglas del CDI (por ejemplo, el artículo 7 del MC OCDE). De forma más correcta, la Resolución de la Dirección General de Tributos (DGT) española V1678-14 del 1 de julio, excluye del ámbito del artículo 17 los servicios de apoyo para conciertos (producción, montaje, transporte y equipo técnico) distintos del honorario o remuneración del artista (*artist fee*).

» **Deportistas:** esta definición incluye a las personas que practican no solo los deportes más tradicionales (por ejemplo, atletas en sus distintas modalidades), sino cualquier deporte individual o de equipo, como golfistas, jinetes hípicos, futbolistas, jugadores de *cricket* o tenis, y también pilotos de carreras. Sin embargo, no parece que tal definición comprenda a entrenadores, ayudantes (por ejemplo, *caddies* de golf) o árbitros deportivos, que no participan como protagonistas de la actuación deportiva.

» **Actividades de *entertainment*:** este grupo está menos definido y, en este caso, el concepto de *entertainment* no se aplica como estrictamente vinculado al propio de artista. Los Comentarios al artículo 17.1, párrafo 6, incluyen actividades que podrían considerarse como artísticas o deportivas, pero que no tienen tanto un componente físico como sí de entretenimiento, como es el caso de jugadores de billar y *snooker*, de ajedrez o de torneos de *bridge*. En consecuencia, pareciera que dentro de estas referencias podrían incluirse otras actividades, como el póker o los deportes electrónicos/digitales (*e-sports*), siempre y cuando estén vinculadas a apariciones personales del jugador y no a eventos privados (como partidas de póker no públicas).

» **Exclusión de las rentas de los empresarios organizadores o intermediarios en los eventos:** la renta derivada por un empresario de la organización de un espectáculo o evento en el que aparezca el artista o el deportista o por intermediación para hacer la gestión que conduzca a su aparición no está comprendida en el artículo 17.1 del MC OCDE y el MC ONU. Sin embargo, si el empresario recibe la renta por cuenta del deportista o artista sí se aplicará este precepto.

2.4. Rentas a las que se aplica el artículo 17.1 del MC OCDE y el MC ONU

El artículo 17.1 vincula su ámbito de aplicación a las rentas obtenidas por el artista o deportista de sus actividades personales, ejercidas como tal en el otro Estado contratante. Esa referencia remite al criterio de presencia física en el otro Estado, aspecto que confirma el párrafo 8 de los Comentarios al artículo 17.1 del MC OCDE al mencionar la renta derivada "de forma directa o indirecta [de] actuaciones" en el otro Estado. La referencia a actuación remite a la idea de que la remuneración tiene que estar vinculada a actos públicos en directo o con retransmisión por TV, *streaming*, etc. Los Comentarios al artículo 17.1 del MC OCDE realizan una serie de consideraciones aclaratorias:

» **Irrelevancia con respecto a quién realiza el pago:** el artista o deportista puede recibir pagos de su propio empleador, de un empresario o de terceros (una federación deportiva, asociación o liga, patrocinadores del evento, etc.) vinculados a la actuación. Todas estas rentas (con independencia de si proceden de uno de los Estados contratantes o un tercer Estado) están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 17.1 del MC OCDE.

» **Rentas derivadas de la actuación como artista o deportista:** los Comentarios al artículo 17.1 del MC OCDE, párrafo 9.1, reconocen que en ciertos casos la vinculación de la renta y la actuación con la cualidad de artista o deportista puede no ser sencilla y dan una serie de ejemplos ilustrativos:

- Es la actividad y no la condición específica la que determina la aplicación del artículo. Puede perfectamente ocurrir que se trate de una única actuación de naturaleza artística o deportiva (por ejemplo, premio de un deportista *amateur* o única actuación de un figurante en una película), sin necesidad de que se trate del ejercicio de una profesión u ocupación específica con carácter habitual.

- La actuación como comentarista de un evento deportivo o artístico sin participar como tal en un evento (por ejemplo, jugador que comenta un partido de fútbol) no es una actividad artística o deportiva. En sí misma, la actividad de un presentador no es una actuación deportiva o artística, si bien puede estar vinculada con la actuación.

- Los entrenamientos o ensayos de las actuaciones o actividades deportivas forman parte de las mismas. Las remuneraciones vinculadas a estas actividades preparatorias también se englobarán en el artículo 17.1 del MC OCDE.

Esta precisión incluye en el ámbito del artículo 17.1 del MC OCDE, por ejemplo, la parte de sueldo vinculada al tiempo dedicado a entrenar en un Estado, con independencia de que haya allí una actividad principal a la que se aplique el artículo. Sin embargo, esta conclusión no siempre es compartida, ya que el entrenamiento o ensayo no vinculado a una actuación como tal no parece que pueda incluirse en el ámbito del precepto y sus condiciones específicas de aplicación.

» **Rentas directas e indirectas de una actuación artística o deportiva:** en ocasiones el artista o deportista no recibe directamente la renta derivada de la actuación, sino que se paga a entidades intermedias de distinta naturaleza. La primera situación que puede ocurrir es que el artista o deportista esté empleado por una de estas entidades, como ocurre cuando pertenece a una orquesta, un club o un equipo, y que no se le pague en concreto por la actuación realizada, sino un salario anual. El párrafo 8 de los Comentarios considera que en esos casos el Estado de la actuación podría gravar la parte proporcional del salario que corresponda al artista o deportista por la actuación (por ejemplo, proporción de días, por carreras disputadas en el territorio nacional sobre las totales, etc.). Algunos Estados consideran que en estas oportunidades no hay una relación directa entre lo pagado por la actuación y el salario del artista o deportista (no se le paga para que actúe aquí o allí, sino por su pertenencia al equipo), razón por la cual los Comentarios introdujeron la referencia a la conexión indirecta.

  Una segunda situación sería la de los supuestos en los que el artista o deportista utiliza una sociedad interpuesta y controlada por ellos que percibe la renta vinculada con la actuación. También en este supuesto el Estado donde se desarrolla la actuación puede gravar la proporción adecuada (vinculada a la actuación) del artista o deportista en su territorio. Si el Estado en cuestión tuviera legislación que transparente a la entidad que recibe la renta y trata su paga como renta del artista o deportista, ese Estado podrá gravar los pagos a la sociedad incluso si no se realiza, a su vez, ningún pago al artista o deportista.

» **Rentas con una conexión cercana (*close connection*) con la actuación (Comentarios al artículo 17.1 del MC OCDE, párrafo 9):** con carácter general, los artistas y deportistas suelen recibir diferentes tipos de rentas distintas de la remuneración en sentido estricto por la actuación, como cánones, patrocinios, publicidad, apoyo (*endorsement*) de ciertos productos. Este tipo de rentas solo se considerará incluida en el ámbito del artículo 17.1 del MC OCDE si existe una conexión cercana entre la renta y la actuación en el Estado en cuestión.

En este sentido, se considera que este tipo de conexión está presente cuando la renta no se hubiera obtenido sin la realización de la actuación como artista o deportista (por ejemplo, pagos por entrevistas concedidas por el deportista durante un torneo o pagos vinculados al uso de la imagen del deportista en la publicidad de un torneo en el que participa).

Si no puede establecerse una conexión entre una actuación específica y la renta derivada de ella, no se aplicará el artículo 17.1 del MC OCDE, como tampoco ocurrirá en el caso de los pagos por cancelación de un evento. Los cánones (por ejemplo, por uso marcas o nombres comerciales) se incluirán normalmente en el ámbito del artículo 12. Sin embargo, el artículo 17.1 se aplicará a pagos por publicidad o patrocinio (por ejemplo, de una marca de ropa deportiva o por llevar el logo de determinados *sponsors*). Usualmente, habrá que determinar si los acuerdos contractuales pueden ser de ayuda para este fin, si el pago por publicidad o patrocinio está o no vinculado a actos o actuaciones específicas, y atribuir remuneración en relación con los mismos (por ejemplo, cuando existen varios actos o actuaciones en el territorio de un país al que el contrato está vinculado o cuando se relaciona con actos en diversos países).

En general, el artículo 17 también cubrirá los pagos por la venta de artículos relativos al artista o deportista (*merchandising*) vinculados a la aparición pública, ya que si no están conectados de forma cercana con esta (por ejemplo, venta de camisetas de un deportista en una tienda oficial que no tenga conexión con una aparición) no pueden considerarse incluidos en el artículo 17.1.

» **Pagos por retransmisión de la actuación (Comentarios al artículo 17.1, párrafo 9.4):** los pagos por retransmisiones simultáneas de la actuación del artista o deportista (TV, radio, *streaming*, etc.) se incluyen en el ámbito del artículo 17.1 del MC OCDE, mientras que los relativos a grabaciones y ventas subsiguientes se considerarán normalmente cánones. Sin embargo, si el pago se realiza al propietario de los derechos de retransmisión y no al autor por la actuación, no se puede concluir que la renta esté vinculada a la actuación del artista o deportista en un determinado Estado y no se aplica el artículo 17. Por ejemplo, si el organizador de un torneo futbolístico tiene todos los derechos de propiedad intelectual en el evento y, como tal, recibe pagos por los derechos de retransmisión relacionados con él, el artículo 17 no se aplicará ya que no están vinculados a la actuación personal del artista o deportista ni se satisface a esta persona o en su beneficio (si tales pagos pueden calificarse como cánones –v.gr., derechos de propiedad intelectual– dependerá de la naturaleza de esos derechos y su consideración en la legislación de propiedad intelectual aplicable).

» **Pagos por derechos de imagen:** es frecuente que el artista o deportista derive, directa o indirectamente (a través de una sociedad de artista [*star-company*], es decir, una sociedad controlada por el propio artista o deportista), una parte relevante de su renta en la forma de pagos por el uso derechos de imagen (por ejemplo, uso del nombre, firma, fotografía e imagen personal). Si los pagos no tienen una conexión cercana con una actuación personal del artista o deportista en un Estado determinado, esos pagos no estarán cubiertos por el artículo 17.1 del MC OCDE. Sin embargo, si el pago por derecho de imagen está vinculado a la actuación personal, sí podrá considerarse como renta del artículo 17.1 (o, en su caso, 17.2 del MC OCDE). Esos pagos no generarán cánones si la definición del artículo 12 sigue el MC OCDE o el MC ONU, ya que el concepto de cánones no abarca normalmente los pagos por derecho de imagen cuando este aparece configurado como un derecho personal, y no protegido con la legislación relativa a la propiedad intelectual (en este sentido, la posición de algunas administraciones que consideran cánones los pagos por derechos de imagen no resulta correcta).

2.5. Atribución de rentas de artistas y deportistas a distintos países

Es frecuente que los deportistas o artistas, especialmente los conocidos como íconos mundiales (*global icons*) que se convierten en embajadores de marcas y productos específicos, tengan contratos que cubren una región geográfica (es decir, varios países, por ejemplo, de América Latina y el Caribe [ALC]) en la cual se realizan actuaciones específicas, o abarcan todo el mundo (por ejemplo, circuito de Fórmula 1, partidos de fútbol en todo el mundo, participación en carreras del Campeonato del Mundo de Trial, o gira mundial de conciertos). En estos casos se plantea cómo atribuir la renta entre los distintos países, para lo cual los Comentarios al artículo 17.1 del MC OCDE indican que debe atenderse a los hechos y circunstancias, aunque pueden establecerse algunos principios generales:

» Las rentas que tengan una conexión cercana con determinadas actividades por estar vinculadas con actuaciones concretas (por ejemplo, premio por participar en un torneo o carrera en un Estado específico, por un concierto en una ciudad) se considerarán derivados de la actuación realizada en ese Estado. Los Comentarios utilizan el ejemplo del cantante que obtiene una cantidad fija por un número de conciertos más una variable vinculada a las ventas de entradas del concierto. En este caso será apropiado atribuir una cantidad fija proporcionalmente a cada concierto realizado en un Estado y las variables al concierto que determina su devengo. Asimismo, debe considerarse que algunos contratos (por ejemplo, de

esponsorización o publicidad), sin ser contratos laborales, están vinculados a la participación en un determinado circuito deportivo o gira. En estos casos, habrá también que determinar proporcionalmente (al número de carreras, al número de torneos en cada país, etc.), cómo atribuir la renta si, por las obligaciones del artista o deportista, está vinculada a sus actuaciones como tal.

» Cuando se realiza un pago general a un miembro de un equipo más amplio (orquesta, equipo de un deporte colectivo, etc.) que tiene un contrato laboral con una entidad y el pago cubre varias actividades a desarrollar durante un tiempo (por ejemplo, gira por diversas ciudades) será adecuado realizar un reparto proporcional sobre la base de los días pasados en cada Estado en el que se ha requerido al empleado realizar las actividades (ensayos, entrenamientos) y actuaciones concretas. Si la actuación en un determinado Estado determina el devengo de rentas específicas (por ejemplo, premio obtenido allí), ese premio se vinculará al Estado en concreto. Lo cierto es que en este punto los Comentarios no son especialmente claros: si un empleador paga un salario por el ejercicio de una función (orquesta, equipo), *a priori* tal salario está conectado con la ejecución de un trabajo, no con actuaciones específicas. En consecuencia, habrá que evaluar el caso concreto. Los Comentarios utilizan el ejemplo de un equipo ciclista que viaja a varios países para participar en distintas pruebas, entrena en estos diversos países y aparece en conferencias de prensa allí. Sería razonable en este caso atribuir el salario proporcionalmente al número de días que pase en cada Estado (ahora bien, probablemente habrá que contar también los días de entrenamiento y dónde se realizan).

2.6. Cláusulas específicas modificativas del artículo 17.1 del MC OCDE y el MC ONU

Los Comentarios y la práctica de los CDI contienen también algunas redacciones alternativas al artículo 17.1 del MC OCDE y el MC ONU que los distintos Estados pueden considerar (en algunos casos también afectan al artículo 17.2 del MC OCDE). El efecto de tales cláusulas suele ser la atribución de jurisdicción sobre el gravamen de la renta al Estado de residencia del artista o deportista:

» **Excepciones para la promoción de intercambios culturales (Comentarios al artículo 17 del MC OCDE, párrafo 13):** no es infrecuente encontrar CDI que excluyen del ámbito del artículo 17.1 y 17.2 las rentas derivadas tanto por entidades que realizan actividades culturales públicas como por sus trabajadores. Tales cláusulas buscan fomentar el intercambio de actividades culturales (por ejemplo, orquestas o ballets públicos, ciertas agrupaciones de música popular).

- **Exclusión de las rentas del trabajo del ámbito del artículo 17 del MC OCDE (Comentarios al artículo 17 del MC OCDE, párrafos 2 y 14.1):** esta excepción determinaría que los pagos por rentas del trabajo vinculados con una actuación, por ejemplo, de una orquesta pública de un país o un equipo deportivo en otro, se beneficien de las excepciones del artículo 15.2 del MC OCDE y el MC ONU. Estas cláusulas también se identifican con las orientadas a fomentar los intercambios culturales. Sin embargo, no es una opción habitual presente en los CDI, aunque el artículo 17.2 del Modelo de Convenio en Materia de Imposición sobre la Renta de Estados Unidos (MC EE. UU.) recoge una excepción de este tipo aplicable cuando la persona a la que se contrata tiene la facultad de designar quién será, a su vez, el artista o deportista que se ocupe de la actuación concreta.

- **Exclusiones para equipos que participen en eventos deportivos del otro Estado (Comentarios al artículo 17 del MC OCDE, párrafo 14.1):** una variante de la cláusula mencionada en el párrafo anterior es la que aplica la excepción del artículo 17 del MC OCDE no a cualquier entidad en la que sus miembros (artistas o deportistas) con contrato de trabajo con ella actúan en el otro Estado, sino a supuestos donde puede ser especialmente dificultoso gravar a este tipo de miembros, como un equipo deportivo que participa en un torneo extranjero.

- **Exclusiones para pagos de escasa cuantía (Comentarios al artículo 17 del MC OCDE, párrafos 10.1 a 10.4):** cuando los importes aplicables son relativamente bajos, algunos Estados consideran que ciertas actuaciones artísticas o deportivas deben quedar exentas de tributación. Un ejemplo de esta cláusula puede encontrarse en los Comentarios al artículo 17.1 del MC OCDE, párrafos 10.1 a 10.4.

- **Exclusiones para artistas o deportistas cuando la visita se financie con fondos públicos:** en algunos CDI (por ejemplo, artículo 17.1 del CDI España-México) se recoge este tipo de cláusulas, probablemente con fines culturales o para no hacer recaer el coste de la actuación promocionada por un ente público sobre el propio ente si el artista o deportista exige el cobro neto de impuestos. Un modelo de cláusula de este tipo se recoge en el párrafo 14 de los Comentarios al artículo 17 del MC OCDE.

3. EL ARTÍCULO 17.2 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: LOS PAGOS POR ACTUACIONES ARTÍSTICAS Y DEPORTIVAS REALIZADOS A SOCIEDADES O ENTIDADES DIFERENTES DEL ARTISTA O DEPORTISTA

3.1. Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del artículo 17.2 del MC OCDE y el MC ONU

El artículo 17.2 del MC OCDE y el MC ONU se ocupa de regular la situación en la que la renta del artista o deportista vinculada a una actuación en el otro Estado contratante no es obtenida por el propio artista o deportista sino por otra persona. El párrafo 11 de los Comentarios al artículo 17 del MC OCDE especifica que esa persona es o bien una entidad de gestión de la remuneración (agente), un equipo, orquesta, banda, etc. que esté constituido como una entidad legal, o una sociedad controlada por el propio artista o deportista (*star-company*).

Por ejemplo, si en la gira de un famoso grupo musical, que comprende tres conciertos en el Estado de la fuente, los pagos no se realizan a los miembros del grupo sino a su agente, que tiene forma societaria, el artículo 17.2 permitiría gravar el importe pagado a esa sociedad que está vinculado a la actuación de los artistas en el territorio del Estado en cuestión. Igual efecto se produciría si, en lugar de abonar al agente, el pago se efectúa a una sociedad controlada por el grupo musical o a diversas sociedades controladas por cada uno de sus miembros. Y lo mismo ocurrirá también si, por ejemplo, un promotor del Estado de la fuente contrata a la orquesta de una conocida ciudad del otro Estado contratante para una actuación en el Estado de la fuente y el pago se realiza a la propia orquesta y no al director de la misma o los músicos.

Si bien hasta 1992 los Comentarios al MC OCDE consideraban que el artículo 17.2 era una disposición antiabuso, en la actualidad aparece configurada como una excepción al artículo 7 del MC OCDE (y al artículo 14 del MC ONU) aplicable en el caso en que una entidad intermedia reciba rentas vinculadas con actuaciones de artistas o deportistas en otro Estado contratante, con independencia de si todo o parte de la remuneración se paga efectivamente o no al artista o deportista. Al ser una excepción al artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU, se trata de una disposición que permite gravar la renta derivada por la entidad, sin que la misma tenga un EP (o base fija) en el Estado en el que se desarrolla la actuación. No obstante, para algunos Estados el artículo 17.2 tiene una naturaleza de norma antiabuso, solo aplicable para supuestos en que el artista o deportista controla una entidad para desviar rentas hacia ella, por lo que estos Estados suelen modular la redacción del precepto para limitar el ámbito de aplicación de la cláusula del artículo 17.2 a este tipo de casos.

En aquellos CDI donde no existe el equivalente al artículo 17.2 del MC OCDE y el MC ONU (los que siguen el Proyecto de Modelo de Convenio de la OCDE de 1963 [PMC OCDE], ya que se añadió en 1977), la existencia del artículo 17.2 como excepción al artículo 7 del MC OCDE (o artículo 14 del MC ONU) no puede presumirse (como erróneamente hizo la sentencia del TS español del 11 de junio de 2008, Rec. 7710/2002, confirmada por otras muchas posteriores, que además consideró que el artículo 17.1 permitía transparentar a la sociedad que recibía la renta). Sin embargo, nada impide en estos casos aplicar las normas generales antiabuso o, si el CDI incluyera una disposición similar, el artículo 29.9 del MC OCDE cuando se verifiquen situaciones abusivas (Comentarios al artículo 17.2 del MC OCDE y el MC ONU, párrafo 11.3).

No obstante, el precepto no se aplica en relación con rentas que obtenga la entidad del otro Estado contratante que no estén vinculadas por sí mismas, como tales, a la actuación personal de un artista o deportista. En este sentido, los Comentarios al artículo 17.2, párrafo 11.2, especifican que no se aplica esta disposición a, por ejemplo, premios otorgados al propietario de un caballo o un equipo al que pertenece un coche de carreras y que reconocen su actividad como tal (el entrenamiento del caballo, sus cuidados, la actividad de la escudería a la que pertenece el coche, etc.). Para los Comentarios, esa renta no está vinculada a la actuación personal del jinete o del piloto del coche, sino a la empresa como tal. La sentencia del TS español del 7 de diciembre de 2012, Rec. 1139/2010, consideró que se aplicaba este precepto a los pagos a entidades controladas por artistas (el grupo irlandés U2) por conceptos que no se referían propiamente a la actuación del grupo, sino que estaban vinculados a la puesta en escena (ingeniería de sonido, luces, etc.). Tal sentencia llega a conclusiones erradas en la aplicación del artículo 17.2 del MC OCDE, ya que se trata de servicios que incluidos en el ámbito del artículo 7 del MC OCDE, y no resultaban gravables en el Estado de la actuación de acuerdo con el artículo 17.2 del MC OCDE (vid. también el párrafo 4 de los Comentarios al artículo 17.1 del MC OCDE). La situación hubiera sido diferente si se determinara que, por su naturaleza, los servicios son accesorios a la actuación y tienen entidad suficiente como para ser facturados de manera independiente, o si se considerara que pueden aplicarse cláusulas generales antiabuso o el artículo 29.9 del MC OCDE en el supuesto específico. De forma más correcta, la Resolución de la DGT española V1678-14, del 1 de julio, desgrana con gran nivel de detalle los servicios y conceptos por los que una entidad puede cobrar, que son distintos de la retribución del artista y que no están comprendidos por el artículo 17.2 del MC OCDE.

Al mismo tiempo, el artículo 17.2 del MC OCDE y el MC ONU solo se aplica a las rentas derivadas por una empresa vinculadas con la actuación personal del artista o deportista en cuanto tal. No se aplican a una empresa involucrada en la actuación que no está a cargo de la actuación personal o que presta servicios distintos de la propia

actuación en sí misma. Por ejemplo, el promotor del concierto de un grupo musical, independiente del artista, que recibe una remuneración sobre la venta de tiques del concierto no estará comprendido en el ámbito del artículo 17.2 del MC OCDE.

3.2. Relación con el artículo 17.1 del MC OCDE y el MC ONU

La relación con el artículo 17.1 del MC OCDE y el MC ONU dependerá en gran parte de las disposiciones de la propia ley interna del Estado que aplica el CDI. Como se indicó en los Comentarios al artículo 17.1, es posible que tal legislación transparente a las entidades que reciban rentas derivadas de actuaciones deportivas. En ese caso, ya la propia legislación interna del Estado permite gravar la renta derivada de la actuación artística o deportiva en su territorio sin necesidad de aplicar el artículo 17.2 del MC OCDE y el MC ONU. No obstante, si la legislación interna del Estado donde se desarrolla la actuación no posibilita transparentar a la entidad y atribuir el ingreso que esta recibe al propio artista o deportista, el artículo 17.2, en cuando excepción al artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU, permite gravar la renta derivada por la entidad y vinculada a la actuación del artista o deportista en el territorio de un Estado.

3.3. Importe de la renta al que se aplica el artículo 17.2 del MC OCDE y el MC ONU y eliminación de la doble imposición

Los Comentarios al artículo 17.2 del MC OCDE y el MC ONU, párrafo 11, indican que este precepto se aplica no solo sobre el importe de remuneración que corresponde estrictamente al artista o deportista, sino a la remuneración derivada por la entidad, lo que incluye el componente de beneficio que la misma pueda obtener vinculado a la actuación del artista o deportista. En otras palabras, si la entidad paga un importe muy reducido al artista o deportista, ese dato resultará indiferente desde la perspectiva de la aplicación del artículo 17.2 del MC OCDE y el MC ONU, ya que se grava la renta derivada por la sociedad.

El artículo 17.2 del MC OCDE y el MC ONU (al igual que el artículo 17.1) nada indica sobre la manera de gravar la renta (por ejemplo, si hay gastos deducibles y cuáles son), que se determinará por la legislación del Estado donde se desarrolla la actuación del artista o deportista. Sin embargo, la aplicación conjunta de los párrafos 1 y 2 del artículo 17 del MC OCDE y el MC ONU podría generar situaciones de doble imposición si con el párrafo 1 se grava la renta pagada o atribuida al artista o deportista y con el 2 la derivada por la entidad. En estos casos, el Estado donde se desarrolla la actuación debe prever la posibilidad de gravar solo a uno de ellos o de gravar a cada uno por la parte de renta que le corresponde (por ejemplo, permitiendo a la entidad deducir el pago realizado al artista o deportista o gravando esa renta en sede del propio deportista o artista).

3.4. Situaciones triangulares

No resulta infrecuente que el artista o deportista resida en un Estado distinto de aquel donde tiene su sede la entidad que obtiene la renta vinculada a una actuación del artista o deportista en otro Estado (Comentarios al artículo 17.2 del MC OCDE y el MC ONU, párrafo 11.1). En la situación donde la entidad es residente del otro Estado contratante pero no así el artista o deportista, el artículo 17.2 del MC OCDE y el MC ONU permite al Estado donde se desarrolla la actuación gravar la renta derivada por la entidad vinculada a la actuación, con independencia de cómo se aplique la legislación interna al artista o deportista que reside en un tercer país.[224] En esta situación, si el CDI no tuviera la cláusula del artículo 17.2 del MC OCDE y el MC ONU, el Estado de la actuación no podría gravar a la entidad (aunque sí al artista o deportista si su legislación interna se lo permite).

También puede ocurrir que sea el artista o deportista quien reside en el otro Estado contratante y no la sociedad que deriva la renta. En ese supuesto, nada impedirá que el Estado donde se desarrolle la actuación aplique su legislación interna para gravar a esa entidad.

224 Si el tercer país tiene un CDI en vigor con el Estado de la actuación, habría que determinar si ese convenio tiene algún efecto en este caso.

Capítulo 18.
El artículo 18 del MC OCDE y el MC ONU relativo a las pensiones

1. CONSIDERACIONES GENERALES Y FUNCIÓN DEL ARTÍCULO 18 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

Las normas bilaterales relativas a las pensiones se contemplan en los artículos 18 y 19.2 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) y el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) (aunque en esta materia, el artículo 21 del MC OCDE también puede cumplir una importante función). El artículo 18 del MC OCDE y el MC ONU se dedica a las pensiones privadas en sentido amplio (por trabajos anteriores en condición de dependencia realizados en el sector privado) y a otros pagos similares. Por su parte, el artículo 19 del MC OCDE y el MC ONU se ocupa de los pagos realizados a un residente de otro Estado en atención a los servicios prestados al gobierno, entre los que se encuentran las pensiones por razón de trabajos en el sector público (párrafo 2).

La regla distributiva del artículo 18 del MC OCDE es sencilla de entender y aplicar, ya que solo el Estado de residencia de quien recibe la pensión o renta similar tiene potestad para gravarla. Sin embargo, el artículo 18 del MC OCDE frecuentemente presenta variaciones en los convenios para la eliminación de doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI), que tratan de considerar distintas problemáticas e intereses de los Estados.

En primer lugar, los sistemas de pensiones en los distintos Estados varían significativamente de uno a otro. Esos sistemas presentan diferencias por la distinta relevancia que atribuyen a tres momentos diferenciados y hechos imponibles potenciales que se presentan en relación con las pensiones. Para algunos Estados (tipo 1), el ahorro para pensiones futuras se debe incentivar, por lo que no se grava la renta aportada a planes de pensiones o el ahorro acumulado en ellos a lo largo del tiempo, aunque se grava el momento de recuperación del ahorro. Para otros Estados (tipo 2), el ahorro en planes de pensiones se trata de forma exactamente igual que en otros productos de ahorro, lo cual también lleva a gravar la rentabilidad acumulada de este ahorro. Sin embargo, a fin de evitar la doble imposición cuando se produce alguna de las contingencias del plan de pensiones

o equivalente (jubilación o muerte), la recuperación del ahorro se exime de tributación. Los intereses de ambos tipos de países serán divergentes. Los Estados tipo 1 buscarán gravar la pensión en el momento del cobro cuando se produce la contingencia que determina el cobro, ya que la pensión se formó precisamente con deducciones de su base imponible. Por su parte, los Estados tipo 2 tendrán menos preocupación en relación con la hora de demandar que la pensión tribute en la fuente cuando se generó en ese Estado (ya tributó con anterioridad), pero tratarán de que el Estado de residencia no grave la pensión en el momento del cobro para evitar una potencial doble imposición.

En segundo lugar, los flujos migratorios o el trabajo remoto son elementos sociológicos y económicos importantes por considerar a la hora de determinar cómo regular el tratamiento de las pensiones en los CDI. Por ejemplo, en Europa son muy frecuentes las migraciones desde el norte hacia el sur en el momento de la jubilación. Como consecuencia, las personas cobran durante sus años de jubilación en el sur la pensión que se generó durante los años de trabajo en el norte, en muchas ocasiones, con deducciones sobre las aportaciones a los planes de pensiones. En estos casos la migración se produce hacia Estados con buen tiempo, es decir, en una única dirección. Por ese motivo, este flujo migratorio influye, por ejemplo, en que muchos Estados del Norte de Europa no quieran seguir el artículo 18 del MC OCDE y busquen que como Estado de la fuente se reconozca su derecho al gravamen de las pensiones que se hayan generado con trabajos en su territorio y deducciones en las bases imponibles de sus impuestos personales. Así, por ejemplo, Estados como Dinamarca han denunciado sus CDI al no reconocer los Estados del Sur de Europa la tributación en la fuente de las pensiones. A fin de negociar el artículo 18 de los CDI en América Latina y el Caribe (ALC), es conveniente que los países conozcan las tendencias de flujos migratorios.

Por otra parte, cada vez es menos frecuente que la pensión de un trabajador se haya generado en un único Estado, ya que los trabajadores pueden transcurrir parte de su vida laboral en un Estado y parte en otro u otros. El fenómeno del trabajo remoto y a distancia incrementa las situaciones en las que una persona trabaje en un Estado o varios a lo largo de su vida laboral y pague contribuciones a planes de pensiones en un Estado distinto y, quizás, se jubile finalmente en un tercer Estado.

Estos fenómenos determinan que sea frecuente encontrar en los distintos CDI variaciones acerca de (1) cómo tributan las pensiones, (2) qué ocurre con las contribuciones a fondos de pensiones extranjeros y (3) de qué manera tributan las rentas obtenidas por los fondos y planes de pensiones por cuenta de sus partícipes.

Por todo lo anterior, los negociadores de CDI deben tomar en cuenta que el artículo 18 del MC OCDE y el MC ONU, con sus dos variantes, son opciones muy simplificadas, y que ellos mismos deben considerar si el CDI específico requiere soluciones más elaboradas o complejas a la vista de los distintos sistemas de pensiones

y protección social de ambos Estados. De hecho, gran parte de los Comentarios al artículo 18 del MC OCDE (también del MC ONU) se dedican no tanto a explicar este precepto sino a incluir disposiciones alternativas para cubrir las diferentes situaciones que se pueden verificar en la práctica y a comentar cómo aplicar las mismas (tales opciones se enumerarán más adelante en la sección 4).

Al mismo tiempo, los negociadores de CDI deben considerar seriamente si la limitación del ámbito de aplicación del artículo 18 del MC OCDE a pensiones vinculadas con un trabajo anterior introduce distorsiones innecesarias (entre pensiones públicas y privadas, entre distintos tipos de pensiones y pagos similares), por lo que quizás lo más razonable es armonizar en un único precepto el tratamiento de todas las pensiones (como hacen algunos Estados). La ampliación del ámbito del artículo 18 en los CDI reduce normalmente el alcance del artículo 21, en el que se incluyen diversas pensiones no cubiertas en el artículo 18 del MC OCDE y el MC ONU.

En relación con esta cuestión, los distintos Estados deben tomar en consideración también los efectos de los convenios internacionales en materia de seguridad social a lo largo de la vida laboral de los trabajadores.

A efectos sistemáticos, en este Manual se ha optado por seguir inicialmente el artículo 18 del MC OCDE, aun reconociendo que puede necesitar modificaciones. También existen diferencias notables entre el artículo 18 del MC OCDE y el MC ONU, razón por la que se los explica de forma separada.

2. EL ARTÍCULO 18 DEL MC OCDE

2.1. El concepto de pensiones y pagos similares del artículo 18 del MC OCDE: concepto estricto de pensiones vinculado a empleos anteriores en el sector privado

El artículo 18 del MC OCDE se aplica a las pensiones y otros pagos similares. En la delimitación de ambos conceptos, los Comentarios del MC OCDE 2017, artículo 18, aclaran el ámbito de aplicación del artículo, que solo está vinculado a cierto tipo de pensiones (las pagadas por empleos pasados, excluidos los propios del sector público). Este restringido ámbito de aplicación del artículo 18 del MC OCDE determina que ciertas pensiones correspondan al ámbito del artículo 19 o 21 del MC OCDE, aunque no es infrecuente que algunos Estados extiendan en sus CDI el ámbito de aplicación del artículo 18 del MC OCDE para incluir en él todo tipo de pensiones y pagos similares (como ciertas rentas vitalicias o planes de pensiones privados no vinculados a empleos anteriores).

El término "pensiones" está necesariamente vinculado con los pagos realizados en relación con empleos pasados de carácter dependiente en el sector privado, ya se realice el pago a quien desempeñó el trabajo, o bien a su cónyuge o compañeros viudos o a sus huérfanos (Comentarios al artículo 18 del MC OCDE, párrafos 1 y 3). La nota esencial de los pagos cubiertos por el artículo 18 del MC OCDE es su estricta conexión con un empleo desempeñado en el sector privado con anterioridad, si bien el artículo también podrá aplicarse a pagos por empleos desarrollados en el sector público que no estén cubiertos por el artículo 19 del MC OCDE.

No resulta relevante a efectos de la aplicación del artículo 18 del MC OCDE cuál es la entidad que realiza el pago, que puede ser un fondo de pensiones o aseguradora, la propia empresa, un organismo estatal (vid., no obstante, más abajo las consideraciones sobre la seguridad social) o una mutualidad profesional (por ejemplo, en España existe la mutualidad de la abogacía, de deportistas, etc.). A estos efectos, resulta indistinto que el pago proceda de un fondo de pensiones reconocido en la definición del artículo 3.1.i del MC OCDE, pues esta definición solo es relevante a efectos del artículo 4 del MC OCDE y no del artículo 18 del MC OCDE.

El vínculo de la pensión con el trabajo dependiente anterior excluye de su ámbito de aplicación varias categorías de renta (vid. Los párrafos 3 a 7 de los Comentarios al artículo 18 del MC OCDE), a las que se aplica, en su mayoría, el artículo 21 del MC OCDE. Estas categorías son las siguientes:

- Las pensiones pagadas a profesionales libres (autónomos) o los reembolsos anticipados de planes de jubilación en ciertas mutualidades, como la de la abogacía en España, cuando no están vinculadas a trabajos dependientes anteriores, sino más bien al ejercicio de una profesión liberal.

- Las rentas vitalicias adquiridas por el rentista como consecuencia de la enajenación de un bien o derecho que no haya sido financiada a través de un sistema de previsión social (sistema empleo).

- Las pensiones pasadas a cónyuges, hijos o familiares, de naturaleza compensatoria o por alimentos.

- Cualquier tipo de pensión que no proceda de un trabajo, como las vinculadas a un accidente de tráfico o a un contrato de seguro privado no relacionado a un puesto de trabajo, o que corresponda a un plan de pensiones individual, no conectado a un trabajo anterior y que es abonado por una entidad financiera.

- Las prestaciones accesorias de ciertos pagadores de pensiones que no están vinculadas al trabajo anterior (por ejemplo, algunos pagos que realizan las mutualidades por razones varias, como enfermedad, nacimiento de hijos, becas, etc.).

Para la aplicación del artículo 18 no es determinante el tratamiento que se dé al esquema o sistema que generó el derecho al cobro en el Estado del pagador, por lo que un pago realizado en el marco de un plan de pensiones (sistema empleo) que no haya obtenido ningún beneficio fiscal (deducción) puede, sin embargo, constituir una pensión o remuneración similar cubierta por el artículo 18 del MC OCDE (Comentarios al artículo 18, párrafo 3). Lo mismo ocurre con el tratamiento en el Estado de residencia (exención o sujeción a gravamen), que tampoco determinará la inclusión o no en el artículo 18 del MC OCDE.

En ocasiones surgen problemas para calificar ciertas rentas, ya que los pagos que un trabajador puede recibir al cesar en un empleo son variados y pueden generar confusión si, además, el pago coincide con el momento de la jubilación y cese en el trabajo. Determinar la correcta calificación de la renta será una cuestión de hecho para la cual los ejemplos que proporcionan los Comentarios al artículo 15, párrafos 2.3 a 16, y al artículo 18, párrafo 6, del MC OCDE pueden ser orientativos. A estos efectos, lo importante es la naturaleza del pago y no su forma. Por ejemplo, la sustitución del derecho a la pensión por un pago único no excluye al mismo del artículo 18 del MC OCDE, ya que si bien el término pensión remite a pagos periódicos, la expresión "similares" pretende cubrir estos pagos únicos de efecto equivalente a la pensión. Al mismo tiempo, si el pago es una indemnización por cese en el trabajo, en realidad no se está ante una pensión o pago similar, dado que la causa no es la propia de las pensiones, sino el despido o cese de la relación laboral por otra causa distinta.

En los apartados siguientes se analizará cómo se califican los pagos realizados por la seguridad social o sistemas equivalentes o en los sistemas de

previsión social en los que el promotor es una persona distinta al empleador (sistema individual o sistema asociado no vinculado a un empleo) o en los planes de previsión asegurados.

2.2. Los pagos realizados por los sistemas públicos de pensiones (seguridad social o sistemas similares)

La calificación en los CDI de los pagos realizados por la seguridad social o los sistemas de previsión social públicos similares de otros Estados no resulta sencilla, puesto que los pagos recibidos de estos organismos pueden ser rentas del artículo 18, 19.2 o 21 del MC OCDE. En principio, cuando los pagos realizados por la seguridad social están vinculados a un empleo pasado de carácter dependiente, se encuentran incluidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 18 del MC OCDE. Una pensión pagada por la seguridad social está relacionada a un empleo anterior cuando ese empleo sea una condición indispensable para el cobro de la misma porque la cuantía esté vinculada al número de años trabajados, a las contribuciones realizadas durante esos años al ente público o a las rentas invertidas en ese número de años.

En principio, el párrafo 2 del artículo 19 del MC OCDE se aplicará a pensiones pagadas por la seguridad social (o entidades similares, como el régimen de clases pasivas para funcionarios en el caso de España) en atención a un empleo desarrollado en el sector público. Por su parte, los pagos se calificarán en el artículo 21 del MC OCDE si se trata de pensiones recibidas por autónomos (empresarios o profesionales que han cotizado a la seguridad social para asegurarse una pensión pública), o de pensiones no contributivas, por edad o invalidez, cuando no estén vinculados a un empleo anterior porque, por ejemplo, el cobro o la cuantía dependa del número de años de cotización o de la cuantía de las contribuciones realizadas (Comentarios al artículo 18 del MC OCDE, párrafos 25 y 26). Esto obliga a determinar qué pagos de la seguridad social o entes similares tienen vinculación con el ejercicio pasado de un empleo en régimen laboral y cuáles no, ya que solo los primeros están cubiertos por el artículo 18 del MC OCDE.

Los Comentarios al artículo 18, párrafo 27, reflejan que algunos Estados consideran que las pensiones pagadas por la seguridad social deben calificarse como rentas del artículo 19 del MC OCDE, con la consecuencia inmediata de que el Estado de la fuente (donde está la seguridad social pagadora) tiene potestad exclusiva para gravar estas rentas. Esta misma regla se aplica a otros pagos de la seguridad social distintos de las pensiones, como desempleo, enfermedad, accidentes, maternidad, etc. Para la OCDE, los Estados que mantengan esta postura deberían añadir a sus CDI una cláusula específica, como párrafo segundo del artículo equivalente al artículo 18 del MC OCDE, que asegure que el Estado de la fuente puede someter a gravamen los citados pagos por la seguridad social (por ejemplo, así lo hace el

artículo 18A del MC ONU, el artículo 18.3 del CDI España-Suecia o el artículo 17.2 del CDI España-Finlandia 2015).

Los Comentarios al artículo 18, párrafo 28, definen la seguridad social como un sistema de protección obligatoria que el Estado arbitra a fin de proporcionar a su población un nivel mínimo de renta o pensiones, o de mitigar el impacto financiero de eventualidades, como el desempleo, accidentes de trabajo, enfermedad o muerte. Una característica de estos sistemas es que el nivel mínimo de beneficios los fija el Estado. Es importante señalar que, si un CDI añadiera una disposición específica para asegurar que el Estado de la fuente pueda gravar los pagos realizados por su seguridad social, tal disposición incluiría en su ámbito de aplicación no solo los pagos correspondientes a empleos pasados, sino cualquier otro pago realizado por la seguridad social (maternidad, desempleo, enfermedad, pensiones no contributivas, etc.). En consecuencia, una disposición específica en materia de seguridad social que siguiera las líneas propuestas por la OCDE (un artículo 18.2 que se ocupara de los pagos de la seguridad social) reduciría también el ámbito de aplicación del artículo 21 del MC OCDE.

2.3. Los pagos procedentes de sistemas de previsión social individuales o sistemas asociados no vinculados a un empleo (en principio, excluidos del artículo 18 del MC OCDE)

En ocasiones, las pensiones se originan porque el individuo contribuye a planes de pensiones en un sistema no vinculado estrictamente con su empleo, sino al que tiene acceso porque pertenece a un determinado colectivo (son los planes de pensiones de sistema asociado, sin vinculación necesaria con el empleo) o de manera individual porque lo promueve, por ejemplo, con una institución financiera (planes de pensiones individuales). Ambos esquemas de ahorro pueden generar pensiones cuyo cobro se inicia exactamente por las mismas contingencias que cubren los planes de pensiones en los sistemas de empleo. La atención que dedica a este tipo de sistemas de previsión social el MC OCDE es mínima. Así, en el párrafo 29 prácticamente se limita a describir a grandes rasgos el funcionamiento de estos sistemas para sostener que adquieren formas distintas, o a comentar la problemática de las contribuciones transfronterizas a estos esquemas y el tratamiento de la rentabilidad de los mismos con anterioridad al cobro de las prestaciones, y propone alguna cláusula específica a estos efectos que puede añadirse a los CDI.

Los pagos recibidos por el contribuyente de estos sistemas, incluso si están vinculados a una contingencia como la jubilación, no pueden calificarse como pensiones o pagos similares del artículo 18 del MC OCDE puesto que faltará la vinculación con un empleo anterior. En ese caso deberán calificarse como otras rentas en el artículo 21 del MC OCDE (o como intereses del artículo 11 del MC OCDE

si el CDI sigue el Proyecto de Modelo de Convenio de la OCDE de 1963 (PMC OCDE) y la legislación interna asimila los rendimientos procedentes de estos sistemas a los intereses). Como se indicó previamente, hay CDI que asimilan el tratamiento de este tipo de instrumentos y de las pensiones derivadas de ellos a las vinculadas a empleos anteriores.

2.4. La relación con el artículo 19.2 del MC OCDE

Como explica el artículo 18 del MC OCDE, el artículo 19.2.b del MC OCDE crea una excepción a la regla del artículo 18 del MC OCDE de forma tal que las pensiones o remuneraciones similares pagadas por un Estado contratante, una subdivisión política o una autoridad local, ya sea directamente o con fondos constituidos a su cargo, por los servicios prestados a ese Estado, subdivisión o autoridad local, se someterán a tributación solamente en ese Estado. El artículo 19.2.b del MC OCDE, de forma paralela al artículo 19.1.b del MC OCDE, dispone una vuelta a la regla general (gravamen de la pensión en el Estado de residencia) cuando el perceptor sea residente y nacional de ese Estado. El resultado de la regla general (no la excepción) será que las pensiones y remuneraciones similares recibidas por los funcionarios tendrán idéntico tratamiento a las remuneraciones que perciban durante su vida laboral (de conformidad con el artículo 19.1 del MC OCDE); esto es, resultarán gravables en el Estado pagador con carácter exclusivo.

Lo relevante en este precepto no es que la pensión la pague el Estado o una entidad pública, sino que esté vinculada a servicios pasados prestados al Estado. La regla especial del artículo 19.2 del MC OCDE para las pensiones a funcionarios puede ocasionar diferencias relevantes entre situaciones esencialmente iguales: una pensión de idéntica cuantía puede tributar en el Estado de residencia o en el Estado del pagador en función de si está conectada con un empleo en el sector privado o en el sector público. Al mismo tiempo, para trabajadores que pasan parte de su vida laboral en el sector público y parte en el sector privado, la existencia de dos reglas distintas puede determinar que tengan que aplicar dos preceptos diferentes a la misma pensión, lo cual no tiene mucho sentido. Por esta razón, algunos Estados tratan las pensiones de igual forma en el mismo precepto con independencia de su origen.

2.5. La regla de distribución de la jurisdicción tributaria del artículo 18 del MC OCDE

De acuerdo con el artículo 18 del MC OCDE, las pensiones y pagos similares abonados por empleos desempeñados en el sector privado se encontrarán sujetos a tributación exclusivamente en el Estado de residencia.

Como señala el párrafo 1 de los Comentarios al artículo 18 del MC OCDE, esta regla encuentra un importante apoyo en razones de política tributaria y consideraciones de tipo administrativo: el Estado de residencia es el que está en una mejor posición para gravar la capacidad económica global del individuo y, además, de esta manera, se evita imponer a este la carga de tener que cumplir con las obligaciones tributarias de un Estado distinto a aquel donde reside. Como se ha indicado más arriba, desde una óptica de política tributaria, varios Estados han cuestionado esta distribución de potestades tributarias, como refleja también el párrafo 1 de los Comentarios al artículo 18 del MC OCDE, así como los párrafos 2 y 21 de tales comentarios. La razón principal se encuentra en que si un Estado permitió un beneficio fiscal vinculado a las contribuciones a planes de pensiones espera poder recuperar ese beneficio fiscal en el momento en que el partícipe recibe la pensión. Igualmente, si el Estado de residencia del pensionista no grava los beneficios derivados de los distintos sistemas de previsión social se pueden dar supuestos de doble no imposición (como ya se indicó, también es posible que surjan problemas de doble imposición cuando el traslado se realice desde un Estado que no permitió la deducción de la aportación hacia un Estado que grava la pensión en el momento de su percepción en su totalidad). Por ello, algunos Estados prefieren gravar en la fuente las pensiones pagadas por los sistemas de previsión social, ya sea de forma exclusiva o compartida con el Estado de residencia del pensionista (párrafos 12 y ss. de los Comentarios al artículo 18). De hecho, el párrafo 15 de los Comentarios recoge varios modelos de cláusulas que difieren de la redacción del artículo 18 del MC OCDE y que determinarían (1) la tributación exclusiva en la fuente de las pensiones, (2) la tributación compartida entre el Estado de la fuente y de residencia del perceptor de la pensión, (3) la tributación limitada en el Estado de la fuente mientras el Estado de residencia permita la deducción del importe pagado en el Estado de la fuente y (4) la tributación de la pensión en el Estado de la fuente cuando la misma no resulte sujeta a gravamen en el Estado de residencia (este último enfoque permite eliminar los problemas de doble no imposición).

Según la OCDE, la adición de cláusulas específicas que cambien las reglas generales del artículo 18 del MC OCDE exige que se tengan en cuenta también una serie de factores de índole política y administrativa, los cuales se examinan en los párrafos 16 y ss. de los Comentarios al artículo 18:

- La imposición en la fuente puede fácilmente generar doble imposición: habitualmente esa imposición tomará en cuenta el ingreso bruto, sin deducción de gastos, y no tendrá en cuenta las circunstancias personales y familiares del contribuyente (mínimos exentos), por lo que pueden darse situaciones en las que la imposición en el Estado de la fuente no pueda ser deducida en el Estado de residencia por ausencia de cuota en este último. Para corregir este problema, ciertos Estados aplican escalas progresivas de tributación a las pensiones o permiten al contribuyente optar por ser tratado como residente.

- Desde el punto de vista de la equidad, el sometimiento a gravamen de la pensión en la fuente puede plantear problemas: el gravamen total puede ser excesivamente oneroso o generoso desde la óptica del Estado de residencia (en comparación con pensiones similares en las que no exista un factor trasnacional).

- La imposición (plena o limitada) por el Estado de la fuente genera problemas especialmente difíciles de resolver cuando existen más de dos Estados-fuente implicados, pues los problemas se acentúan cuando el trabajador ejerció su empleo en varios Estados, como cada vez es más frecuente. En estos casos, será necesario determinar qué Estado tiene derecho a gravar una pensión: el Estado del fondo o plan de pensiones pagador, el Estado donde se aplicaron las deducciones o beneficios fiscales, o el Estado donde se ejerció un trabajo. Los Comentarios recomiendan que cuando un CDI permita la imposición en el Estado de la fuente se resuelvan los problemas que pueden resultar para determinar la fuente de la pensión. En este sentido, la imposición por el Estado de residencia del fondo o plan –es decir, del pagador (cuando no coincide con el Estado donde se desarrolló el trabajo o se aplicaron las deducciones)– parece difícil de justificar. Por su parte, si se atribuye el derecho a gravamen de la pensión al Estado en el que se desarrolló un trabajo o se obtuvieron beneficios fiscales puede ocurrir que, si el individuo trabajó en varios Estados, la misma pensión (o partes de ella) pueda gravarse en esos distintos Estados con los consiguientes problemas de doble imposición o administrativos. Los Comentarios aconsejan que los Estados miembros que incluyan cláusulas específicas que permitan la imposición en la fuente (plena o limitada) primero resuelvan los problemas relativos a la concreción de la fuente de una pensión.

- En el caso de las personas físicas, el gravamen de su renta en el Estado de la fuente de forma limitada o exclusiva genera especiales dificultades administrativas, dado que se verán obligadas a cumplir con las obligaciones formales tanto del Estado de residencia como del Estado de la fuente.

Como pone de manifiesto el párrafo 21 de los Comentarios al artículo 18 del MC OCDE, la atribución de potestad tributaria para gravar las pensiones al Estado de residencia de forma exclusiva no está exenta de problemas, pues los contribuyentes que perciben su pensión de una fuente extranjera podrían no declararla en el Estado de residencia, aunque un adecuado sistema de intercambio de información contribuirá a reducir este riesgo. Por otra parte, algunos Estados no someten a tributación las pensiones o ciertos tipos de pensiones, por lo que en estos casos la atribución de jurisdicción exclusiva al Estado de residencia puede originar que una pensión, generada en un Estado que no la sometería a tributación, esté sometida a gravamen cuando un individuo que ha cambiado su residencia cobre esa pensión en el Estado donde reside. En algunas ocasiones, se pueden producir resultados injustos, por lo que a fin de evitar estos problemas el párrafo 23 de los Comentarios propone adicionar un párrafo 2 al artículo 18 que permita que la pensión esté exenta en el Estado de residencia (en el momento del cobro de la misma) cuando esa pensión se encuentre exenta en el Estado donde se generó el derecho al cobro. Además, la generalización de regímenes para los impatriados, cuando los pensionistas puedan beneficiarse de ellos, también puede producir el efecto contrario; esto es, el no gravamen de la pensión en ningún Estado, a pesar de que las contribuciones a la misma pudieran ser deducidas en el Estado de empleo.

3. EL ARTÍCULO 18 (A Y B) DEL MC ONU

El MC ONU regula dos opciones distintas para la tributación de las pensiones, las cuales se presentan a continuación.

3.1. Artículo 18A

En su párrafo 1 esta opción sigue al artículo 18 del MC OCDE, pero añade un párrafo 2 que permite el gravamen en el Estado de la fuente, con carácter exclusivo, de las pensiones pagadas por un esquema público que forme parte del sistema de seguridad social de un Estado contratante o una de sus subdivisiones políticas (incluyendo las autoridades locales). Los Comentarios al artículo 18 del MC ONU, párrafo 5, explican cuándo esta cláusula puede generar doble no imposición y proponen una cláusula de sujeción a impuestos que permitiría al Estado de la fuente recuperar la potestad de gravar la pensión si la misma no resulta gravable en el Estado de residencia.

Este apartado (similar al recogido en el párrafo 27 de los Comentarios al artículo 18 del MC OCDE) refleja la posición de algunos países que consideran que los pagos de la seguridad social o esquemas públicos equivalentes deben someterse a gravamen en el Estado pagador, debido a que normalmente

generaron derechos de deducción para el beneficiario durante su vida laboral en ese país o a que los pagos siempre proceden de fondos de ese Estado financiados con cargo a impuestos allí exigidos. En la práctica convencional no es infrecuente encontrar variantes en las que, en lugar de atribuir jurisdicción exclusiva al Estado de la fuente, el Estado de residencia tendrá un derecho residual al gravamen de la pensión, al aplicar el artículo 23A o B del MC ONU para eliminar la doble imposición. El efecto de esta disposición es que reducirá el ámbito de aplicación de los artículos 19.2 y 21 del MC OCDE y el MC ONU con respecto a las pensiones, rentas o pagos similares que pudieran estar cubiertos por estos preceptos (vid. las consideraciones planteadas en la sección 2 más arriba).

Los Estados contratantes que deseen añadir el párrafo 2 del artículo 18A deberán considerar si agregan una disposición específica que permita la concesión a los no residentes de los mismos beneficios (mínimos exentos, circunstancias personales y familiares, etc.) que a los residentes con el fin de evitar discriminaciones (en muchos casos las cuantías de las pensiones podrían ser modestas, de manera que si el perceptor fuera residente podrían estar exentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas [IRPF]). Un modelo de esta cláusula puede encontrarse en los Comentarios al artículo 18 del MC ONU, párrafo 12.

Algunos países que incluyen disposiciones de este tipo en sus CDI también modifican el párrafo 1 de manera que se aplique no solo a pensiones o pagos similares vinculados con trabajos anteriores, sino a cualquier tipo de pensiones (ya que el párrafo relativo a la seguridad social se aplica a pensiones no necesariamente vinculadas con un empleo anterior).

3.2. Artículo 18B

Esta opción supone el reconocimiento de las preferencias de algunos países por la imposición de las pensiones y pagos similares en el Estado de la fuente. Por ello, introduce un párrafo 1 que reconoce el derecho residual del Estado de residencia del perceptor de la pensión a gravar la misma (eliminando la doble imposición de acuerdo con el artículo 23A o B) y un párrafo 2 que permite que cuando la pensión o pago similar la realice un residente o establecimiento permanente (EP) o base fija situado en el otro Estado contratante también ese Estado pueda gravar la pensión. La forma de reconocimiento del derecho de gravamen del Estado de la fuente para las pensiones o pagos similares, de manera análoga a lo que ocurre en los artículos 10 a 12A del MC ONU, vincula la fuente de la pensión a la residencia del pagador o, en el caso del EP o base fija, a que la obligación de pago esté conectada con el EP o base fija y sea soportada por estos últimos. Con esta regla, las pensiones o pagos similares que tengan su fuente en un tercer Estado quedan fuera del ámbito de aplicación del precepto.

Aquellos Estados que adopten los párrafos 1 y 2 del artículo 18B deberán considerar si trasladan al no residente los mismos beneficios (mínimos exentos, reconocimiento de circunstancias personales y familiares, etc.) que a los residentes por las mismas razones que ya se comentaron en relación con el artículo 18A (muchas pensiones pueden ser de cuantías modestas y estarían exentas en el caso de ser pagadas a residentes). El propio artículo 18 podría regular esta circunstancia.

Además, el artículo 18B regula un párrafo 3 en el artículo 18 que, como en el párrafo 2 del artículo 18A, permite al Estado de la fuente gravar de forma exclusiva las pensiones y pagos similares pagados por su seguridad social o sistemas de previsión pública de sus subdivisiones políticas.

3.3. Conexión con el artículo 1.3 del MC ONU

En la medida en que las disposiciones relativas a la seguridad social del artículo 18 A y B excluyen la jurisdicción del Estado de residencia, los Estados que opten por ellas deberán también tener en cuenta que tales disposiciones deben exceptuarse en el listado del artículo 1.3 (cláusula de salvaguardia [*saving clause*]) del MC ONU, de manera que se reconozca de forma coherente que se trata de casos donde el CDI sí puede producir efectos en relación con el Estado de residencia.

4. LAS CLÁUSULAS ALTERNATIVAS Y COMPLEMENTARIAS EN LOS COMENTARIOS AL MC OCDE Y EL MC ONU

Junto al tratamiento de las pensiones y pagos similares, los Comentarios al artículo 18 se ocupan de varios problemas accesorios que si bien no serán objeto de estudio detallado merecen alguna mención:

- **Pagos transfronterizos a sistemas de previsión social de otros Estados:** el MC OCDE considera en los Comentarios al artículo 18, párrafos 31 y ss., el tratamiento tributario de los pagos que los trabajadores (o autónomos) realizan a sistemas de previsión social de otros Estados. En relación con ello, propone la adición de una cláusula a los CDI que asegure la deducibilidad de las contribuciones a sistemas de previsión social del otro Estado contratante. Se añaden a estos efectos Comentarios detallados sobre una cláusula de este tipo que explican su ámbito de aplicación y problemática.

- **Portabilidad de planes de pensiones:** mientras que en el ámbito nacional el cambio de un plan de pensiones a otro resulta más sencillo y frecuentemente no suele plantear problemas fiscales, en el plano internacional esto puede no

ser así. Para solucionar estas cuestiones, el párrafo 68 de los Comentarios al artículo 18 del MC OCDE sugiere la adición de una cláusula específica a los CDI.

» **Cláusulas relativas a la renta derivada por los fondos de pensiones:** por último, los Comentarios al artículo 18 del MC OCDE, párrafo 69, incluyen una cláusula específica a fin de asegurar que, cuando los vehículos a través de los que se canalizan los sistemas de previsión social (por ejemplo, fondos de pensiones) estén exentos de tributación en un Estado, se asegure el mismo tratamiento a las entidades similares del otro Estado contratante. A tal fin, debe también tenerse en cuenta la categoría de fondo de pensiones reconocido a los efectos de los artículos 3.1.i y 4.1 del MC OCDE 2017, como indica el párrafo 69 de los Comentarios al artículo 18 del MC OCDE (vid. especialmente los párrafos 10.7 y 10.8 de los Comentarios al artículo 3.1.i del MC OCDE). En este caso, la solución óptima sería la inclusión de un nuevo artículo en el MC OCDE relativo al tratamiento de fondos y planes de pensiones y de inversión o entidades con regímenes especiales (pues estos últimos plantean problemas análogos) en línea con las propuestas de los párrafos 10.7 y 10.8 de los Comentarios al artículo 3.1.i del MC OCDE o del párrafo 69 de los Comentarios al artículo 18 del MC OCDE. Este tipo de cláusulas para planes de pensiones se incluyen cada vez más en los CDI (por ejemplo, el CDI España-México contiene cláusulas específicas para los fondos de pensiones en los artículos 10 (dividendos), 11 (intereses) y 13 (ganancias de capital), además de una definición de fondos de pensiones en el artículo 3.1.j.

Capítulo 19.

El artículo 19 del MC OCDE y el MC ONU relativo a los servicios gubernamentales (función pública)

1. LA FUNCIÓN DEL ARTÍCULO 19 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

El artículo 19 tiene una formulación idéntica en el modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) y el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU). Este precepto reserva el derecho exclusivo de gravamen de la remuneración de los servicios públicos y las pensiones conectadas con ellos al Estado pagador (a menos que el perceptor tenga la residencia y nacionalidad del otro Estado). Al excluir la jurisdicción del Estado de residencia sobre las rentas a las que se aplica, se trata de una disposición que queda afuera del ámbito de la cláusula de salvaguardia (*saving clause*) del artículo 1.3 del MC OCDE y el MC ONU.

El ámbito de aplicación del precepto se limita a empleados del sector público (nivel estatal, regional, local u otros órganos que formen parte de la administración del Estado) o a pensiones vinculadas con este tipo de empleos. Sin embargo, no se aplicará a servicios prestados al Estado sin que exista una relación laboral o funcionarial. No obstante, el artículo 19 debe conectarse con el artículo 28 del MC OCDE y el MC ONU, ya que no afectará a las reglas reguladas en este precepto.

El artículo 19 del MC OCDE y el MC ONU constituye una excepción a las disposiciones de los artículos 15 y 18, de manera que estos últimos dan prioridad a la aplicación del artículo 19 del MC OCDE y el MC ONU cuando proceda.

2. EL ARTÍCULO 19.1 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: LOS RENDIMIENTOS DEL TRABAJO DERIVADOS POR FUNCIONARIOS O PERSONAL CONTRATADO EN EL SECTOR PÚBLICO DE UNO DE LOS ESTADOS CONTRATANTES

El artículo 19.1.a sigue las reglas de cortesía internacional (Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas[225] y Convención de Viena sobre Relaciones Consulares)[226] que llevan a que el gravamen de los sueldos de los funcionarios de un Estado (u otra entidad pública, como una región o municipalidad) o de personas que prestan servicios en relación de dependencia (trabajadores) al mismo solo se atribuya al Estado para el que trabajan, con independencia de si sus servicios los prestan en el territorio del otro Estado contratante (normalmente este tipo de personal es tratado como residente del Estado para el que presta sus servicios, por lo que estas disposiciones evitan la doble imposición de tal salario). En el PMC OCDE la aplicación de esta letra se limitaba a los casos en los que la persona contratada "desarrollaba funciones gubernamentales". No obstante, el significado de esta expresión generaba dudas, razón que llevó a la redacción actual, aunque hay Estados que todavía prefieren esta redacción.

Sin embargo, el artículo 19.1.b del MC OCDE y el MC ONU contiene una excepción a la letra a, por la cual la misma no se aplicará en dos situaciones: (1) cuando la persona que recibe la remuneración sea un nacional del Estado contratante donde se recibe el salario pagado por el otro Estado o (2) cuando la persona no adquirió la residencia en ese Estado solo con la finalidad de prestar tales servicios públicos. Esta excepción busca limitar la aplicación del artículo 19.1.a del MC OCDE y el MC ONU de manera que el Estado de residencia pueda gravar el salario pagado al personal local típicamente contratado por embajadas, consulados, representaciones diplomáticas, etc. (por ejemplo, personal de administración local sin estatuto ni funciones diplomáticas, informáticos, personal de seguridad, etc.). La consecuencia de la aplicación de esta excepción será la atribución de la potestad exclusiva de gravamen al Estado de residencia (y no al Estado pagador).

En lo que respecta al ámbito objetivo de aplicación del precepto, este se aplica a los sueldos, salarios y remuneraciones similares. Esta referencia incluye tanto los sueldos ordinarios como extraordinarios (pagas extra) o en especie (que pueden ser relevantes en estos casos, por ejemplo, uso de residencia o automóvil, colegios de los hijos o seguros de salud o vida). En relación con el ámbito subjetivo, el artículo 19.1

225 Para consultar la convención sobre relaciones diplomáticas, visítese el siguiente enlace: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf.

226 Para consultar la convención sobre relaciones consultares, visítese el siguiente enlace: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf.

se aplica a cualquier empleado (funcionario o contratado laboral) del otro Estado, lo cual en ocasiones no será sencillo de decidir, ya que hay que tomar en cuenta la organización administrativa del otro Estado contratante (estatal, regional, local, administración institucional, etc.). La limitación del ámbito de aplicación del precepto a quienes son contratados por el otro Estado excluye a los empleados de organizaciones internacionales (Naciones Unidas, OCDE, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional [FMI], Banco Interamericano de Desarrollo [BID], etc.), por lo cual en estos casos debe acudirse a los acuerdos internacionales que afectan a estas organizaciones para determinar si sus empleados tienen algún tratamiento especial en el Estado en el que son residentes.

3. EL ARTÍCULO 19.2 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: LAS PENSIONES POR TRABAJOS EN EL SECTOR PÚBLICO

El artículo 19.2.a establece una regla idéntica a la prevista en el artículo 19.1.a del MC OCDE y el MC ONU para las pensiones y pagos similares vinculados al desempeño de trabajos a los que se refiere el párrafo 1.a, de manera que el Estado pagador tiene un derecho exclusivo de gravamen de la pensión relacionada con el empleo público anterior. La regla no se asocia tanto al pago de la pensión por un organismo estatal (por ejemplo, la seguridad social) sino a una pensión y pagos similares vinculados al empleo público, de manera que cubre también los realizados por organismos de gestión privada establecidos o promovidos por el Estado, aunque se nutran también de contribuciones realizadas por el trabajador.

El artículo 19.2.b del MC OCDE y el MC ONU, también de forma paralela al artículo 19.1.b del MC OCDE y el MC ONU, dispone una vuelta a la regla general (gravamen exclusivo de la pensión en el Estado de residencia) cuando el perceptor sea residente y nacional de ese Estado. En estos casos el cambio de nacionalidad puede determinar una modificación en la tributación de la pensión en relación con el artículo 19.2 letras a y b del MC OCDE y el MC ONU, ya que la doble nacionalidad no influye en la aplicación del precepto (dado que la condición es que la persona tenga la nacionalidad del otro Estado o no la tenga). Algunos CDI regulan estas situaciones de doble nacionalidad. Si bien el cambio de nacionalidad también puede producir efectos sobre el artículo 19.1.a, tal cambio será menos frecuente durante la vida laboral.

Al igual que ocurría en el artículo 18 del MC OCDE, las pensiones pagadas al cónyuge, su compañero o sus huérfanos por fallecimiento de quien generó el derecho a la percepción estarán incluidas en este precepto si están vinculadas a un empleo público.

El resultado de estas reglas será que las pensiones y remuneraciones similares recibidas por los funcionarios o contratados laborales por el Estado recibirán idéntico tratamiento que las remuneraciones que perciban durante su vida laboral.

En relación con el párrafo 2 del artículo 19, es preciso considerar que dependiendo de la redacción adoptada por el artículo 18, especialmente si sigue el MC ONU, podría ser deseable ajustar la redacción del párrafo 2.b o incluso eliminarlo. *A priori,* sin ningún ajuste, la redacción del artículo 19.2 del MC ONU tiene prioridad sobre el artículo 18, según dispone este último.

Los Comentarios al artículo 19 del MC OCDE, párrafos 5.3 a 5.6, analizan la situación cada vez más frecuente, especialmente tras las privatizaciones de empresas anteriormente públicas, de personas que perciben una pensión cuyo origen es en parte público y en parte privado porque pasaron diversos años trabajando en el sector público y otros en el privado. En aquellos sistemas donde sea posible trasladar los

derechos consolidados de un sistema de previsión social público a uno privado, los Comentarios interpretan que la totalidad de la pensión estaría incluida en el artículo 18 del MC OCDE al no cumplirse el requisito que señala el artículo 19.2.a del MC OCDE (pago por el Estado o por fondos constituidos a su cargo). Según la OCDE, si la transferencia se hiciera en el sentido contrario existiría más controversia puesto que algunos Estados incluirían la pensión en el artículo 19.2 del MC OCDE y otros prorratearían la pensión entre el artículo 18 y 19 del MC OCDE (salvo que una parte sea accesoria a la otra, en cuyo caso seguiría el tratamiento de la parte principal).

4. LA REGLA DEL ARTÍCULO 19.3 DEL MC OCDE Y EL MC ONU DE EXCEPCIÓN A LOS PÁRRAFOS 1 Y 2

El párrafo 3 del artículo 19 del MC OCDE y el MC ONU especifica que los apartados 1 (sueldos y salarios) y 2 (pensiones y pagos similares) no se aplican si los servicios se prestan en conexión con una actividad económica llevada a cabo por un Estado (en sentido amplio, incluyendo regiones, municipios o similares) en el otro Estado contratante. En estos supuestos, se deben aplicar las reglas generales del MC de los artículos 15 a 18.

El problema básico del artículo 19.3 del MC OCDE y el MC ONU será determinar el concepto de "actividades empresariales realizadas por el Estado o una de sus subdivisiones políticas". A estos efectos deberá utilizarse fundamentalmente el concepto de beneficios empresariales del artículo 7 del MC OCDE y la definición de empresa del artículo 3.1 del MC OCDE y el MC ONU. Así, cuando una persona haya prestado sus servicios en entidades que reúnan los requisitos propios para ser considerados como empresa (y no como autoridad pública) se podrá aplicar este precepto. Al mismo tiempo, habrá que determinar cómo se define el sector estatal en cada uno de los Estados contratantes (artículo 3.2 del MC OCDE). El párrafo 6 de los Comentarios al artículo 19 del MC OCDE también ofrece una guía, puesto que considera que a la vista de las funciones que desarrollan ciertos entes públicos, como compañías ferroviarias estatales, servicios postales, teatros o cines propiedad del Estado, etc., las rentas generadas por empleos en ellos deberían calificarse como rendimientos del artículo 15 (trabajo personal), 16 (consejeros), 17 (artistas o deportistas) y 18 (pensiones). El párrafo 6 explica también que los Estados que lo deseen podrán eliminar este párrafo o especificar que cierto tipo de entidades privadas puedan gozar del tratamiento previsto en el artículo 19.1 y 2 del MC OCDE y el MC ONU.

Capítulo 20.

El artículo 20 del MC OCDE y el MC ONU relativo a la tributación de estudiantes y personas en prácticas

1. FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 20 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

La cláusula recogida en el artículo 20 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE), que incluye de forma idéntica el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU), se refiere a la fiscalidad aplicable a situaciones de desplazamientos internacionales de estudiantes y personas en prácticas.

La cláusula convencional busca facilitar la movilidad de los estudiantes entre los Estados contratantes, de manera que la fiscalidad no suponga un obstáculo. De esta forma, determinada renta conectada con situaciones internacionales de desplazamientos de estudiantes y personas en prácticas resulta, como regla, exclusivamente gravable en el Estado de residencia del contribuyente. De esta manera, se evita que surja doble imposición como consecuencia de la imposición concurrente del Estado de la fuente y el Estado de desplazamiento (*host country*).[227]

No obstante, como se expone más abajo, la regla de tributación exclusiva en el Estado de residencia del contribuyente (*home country*) no aplica en todos los casos, si se considera el ámbito estricto objetivo y subjetivo de aplicación de la referida cláusula tipo.

227 La aplicación del artículo 20 del MC OCDE puede dar lugar a casos de doble no imposición, sin que tal circunstancia se considere problemática.

2. CONFIGURACIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 20 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

El artículo 20 está configurado de forma estricta, por lo que la exención de tributación en el Estado del desplazamiento (*host country*) donde se cursan los estudios o donde se llevan a cabo las prácticas aplica únicamente cuando concurren una serie de condicionantes definidos de forma restrictiva.

2.1. Ámbito objetivo de aplicación del artículo 20 del MC OCDE y el MC ONU

En relación con el ámbito objetivo y alcance del precepto, la exención en el Estado de desplazamiento contratante solo aplica a determinados pagos que reciban estudiantes, pasantes o personas en prácticas (aprendices) para su manutención, educación o capacitación. Debido a que los términos "estudiantes" y "personas en prácticas" no están definidos en el MC OCDE y el MC ONU, deben ser objeto de una interpretación contextual autónoma con arreglo al artículo 3.2 del MC OCDE y el MC ONU, aunque podría ser recomendable incluir una definición en el convenio para la eliminación de doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI).

A diferencia del MC ONU, el MC OCDE no se refiere a aprendices de empresa o negocio (*business trainees*),[228] sino únicamente a estudiantes y aprendices (*students and apprentices*), aunque los Comentarios no permiten determinar con claridad qué situaciones no quedan cubiertas por el artículo 20 del MC OCDE, al hacer referencia a aprendices de empresa o negocio (*business apprentices*).

En este orden de cosas, en el artículo 20 quedan incluidas rentas, como becas (públicas/privadas), subvenciones, ayudas de estudio y pagos dinerarios o en especie similares, en tanto que quedan por fuera de la exclusión de gravamen en el Estado de desplazamiento cualquier otro tipo de pagos o renta derivada de otras fuentes y en otros conceptos (servicios dependientes o independientes) que puedan estar comprendidas en el ámbito de aplicación de otros preceptos (artículos 7, 12A,[229] 14,[230] 15 o 19).[231]

228 El Modelo de Convenio en Materia de Imposición sobre la Renta de Estados Unidos (MC EE. UU.) define el concepto de *business trainee* en el apartado 2 del artículo 20, en el que destaca el carácter del desplazamiento temporal dirigido a adquirir capacitación técnica, profesional o experiencia empresarial en el otro Estado contratante.

229 El artículo 12A (honorarios por servicios técnicos) se refiere al MC ONU, dado que, como ya se ha indicado en este Manual, el MC OCDE no contiene esa cláusula de gravamen en el Estado de la fuente del prestatario o pagador de los servicios técnicos.

230 La mención al artículo 14 se refiere al MC ONU o a versiones del MC OCDE previas a la supresión del artículo 14 en el MC de 2000.

231 En otras palabras, el desplazamiento al otro Estado contratante debe estar motivado de forma dominante por la realización de estudios o prácticas empresariales, pero ello no excluye que el sujeto desplazado pueda llevar a cabo otras actividades de forma residual en sede del MC OCDE y el MC ONU. En algunos países la realización de otras actividades económicas está excluida por la normativa de inmigración que ordena las condiciones de concesión de los visados.

Al considerar el limitado ámbito objetivo del artículo 20, algunos países prefieren extender la exención a la renta de servicios conectados con los estudios o prácticas que resulta aplicable a situaciones locales. De hecho, el manual de Naciones Unidas de 2019 de negociación de convenios contiene una cláusula tipo a este respecto (párrafos 547-548).[232] Sin embargo, cabe advertir que esa cláusula puede generar una diferencia de trato entre estudiantes desplazados y domésticos. Por ese motivo, se considera que otra alternativa es establecer un párrafo adicional que disponga la aplicación a los estudiantes desplazados de las mismas exenciones o bonificaciones de las que disfrutan los estudiantes domésticos respecto a sus becas, contratos en prácticas, etc.[233] El artículo 20 de los CDI en ocasiones también se extiende a la tributación de profesores visitantes (vid. más abajo).

Continuando con el ámbito objetivo de la regla de exclusión del gravamen en el Estado de desplazamiento contratante, la exención del artículo 20 del MC OCDE y el MC ONU únicamente se refiere a pagos que deriven de fuentes situadas fuera del territorio del Estado de desplazamiento del estudiante/aprendiz, y que estén conectados, respondan o tengan por objeto financiar los costes de manutención, vivienda, educación o incurridos con motivo de la realización de las prácticas.[234]

En este sentido, los pagos derivados de fuentes situadas en el territorio del Estado de desplazamiento contratante quedan por fuera de tal exclusión de gravamen y se ubican en el ámbito del artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU (párrafo 4 de los Comentarios al artículo 20 del MC OCDE). Esto sucede, por ejemplo, cuando un residente del Estado de desplazamiento contratante o un establecimiento permanente (EP) situado en ese Estado soportan los pagos de la renta al estudiante o aprendiz. En otras palabras, el artículo 20 no impide ni limita el gravamen por parte del Estado de desplazamiento de rentas originadas en su territorio.

2.2. Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 20 del MC OCDE y el MC ONU

Desde una perspectiva que atienda al ámbito subjetivo de aplicación del artículo 20 del MC OCDE y el MC ONU, esta cláusula comprende únicamente los casos en los cuales un estudiante o persona en prácticas sea residente de un Estado contra-

232 Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties*, Nueva York: Naciones Unidas; 2019.

233 Tal previsión de igualdad de trato fiscal entre estudiantes domésticos e internacionales se eliminó del MC ONU debido a los problemas que planteaba su aplicación práctica.

234 Los Comentarios al artículo 20 del MC OCDE utilizan un criterio cuantitativo para delimitar el alcance de la exención, e indican que "los pagos por manutención, educación o capacitación no deberían exceder el nivel de gastos en los que previsiblemente se va a incurrir para asegurar la manutención, educación y capacitación del beneficiario" (párrafo 3 de los Comentarios al artículo 20 del MC OCDE). La jurisprudencia internacional revela que los desplazamientos de empleados o personas contratadas por una empresa de un Estado contratante que cobran salarios o remuneraciones por prestaciones de servicios no quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 20 del MC OCDE.

tante, o lo haya sido inmediatamente antes de llegar al otro Estado contratante (de desplazamiento), y se encuentre o localice en el Estado contratante donde se cursen los referidos estudios o prácticas.[235] El hecho de que el estudiante desplazado a un Estado contratante (*host country*) termine siendo calificado como residente fiscal de este Estado con posterioridad a su desplazamiento puede afectar la aplicación del artículo 20.[236]

El MC ONU y el MC OCDE no contemplan una cláusula referida a profesores simétrica a la establecida en relación con estudiantes (vid. las consideraciones en los Comentarios al artículo 20 del MC ONU, párrafos 11 y ss., a este respecto y sobre el contenido que debe regular tal cláusula). No obstante, la práctica convencional internacional revela que esas cláusulas existen allí donde los Estados desean favorecer el desplazamiento temporal de profesores y los programas de profesores visitantes,[237] por lo que se evita que la fiscalidad pueda obstaculizar esas actividades. Este tipo de cláusulas establecen una exención objetiva de la renta obtenida por esos docentes en el Estado de desplazamiento durante un período limitado que normalmente es de 2 años.[238] Dependiendo de las circunstancias y si no existe una cláusula específica, los servicios de profesores pueden quedar cubiertos por el artículo 7 del MC OCDE o 14 del MC ONU o 15, 19 o 21 del MC OCDE y el MC ONU.

235 Los Comentarios al artículo 20 del MC OCDE dejan claro que tal previsión está pensada para excluir la aplicación de esta cláusula cuando el estudiante o aprendiz trasladó su residencia a un tercer país antes de desplazarse al otro Estado contratante (párrafo 2 de los Comentarios al artículo 20 del MC OCDE).

236 Por ejemplo, puede acontecer que el estudiante se desplace al territorio del otro Estado contratante para cursar estudios de duración superior a un año, de manera que en el segundo año el Estado de desplazamiento contratante podría calificarlo como residente fiscal con arreglo a su legislación interna. Nótese que el artículo 20 del MC OCDE y el MC ONU no requiere que el estudiante desplazado siga siendo residente fiscal en el Estado contratante desde el que se desplazó (*home country*), aunque puede ser una situación bastante frecuente. De hecho, la jurisprudencia de algunos países, como España, también ha puesto de relieve que el Estado de residencia fiscal previa al desplazamiento puede seguir considerando al estudiante desplazado como residente fiscal, incluso con posterioridad al desplazamiento. Así, el TS español ha limitado el uso expansivo de la cláusula interna que determina la residencia fiscal en estos casos (sentencias del TS del 28 noviembre de 2017 y del 28 de enero de 2018, referidas a los becarios del ICEX España Exportación e Inversiones). Dicho esto, cabe argumentar que, en estos supuestos de desplazamiento temporal de estudiantes y aprendices al territorio del otro Estado contratante, este último no podría gravarles por la renta objeto del artículo 20 del MC OCDE mientras concurran los condicionantes que determinan la aplicación de este precepto, incluso cuando surgieran situaciones de doble no imposición e incluso de apatridia fiscal.

237 Por ejemplo, la red española de CDI incluye un buen número de CDI que contienen una cláusula convencional dedicada a profesores y/o personal investigador en términos similares a lo establecido en el artículo 20 del MC OCDE y el MC ONU. Vid., por ejemplo, los CDI de España con Argentina, Bolivia, El Salvador o Uruguay.

238 Pueden encontrarse más detalles en los párrafos 549 y ss. del manual de Naciones Unidas de negociación de convenios de doble imposición entre países desarrollados y en desarrollo de 2019 (Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing countries*, Nueva York: Naciones Unidas, 2019). Este tipo de cláusulas también plantean problemas en relación con el cómputo del período de los dos años al queda limitado el régimen de exención en el Estado de desplazamiento. En este sentido se ha recomendado la inclusión en los MC de una cláusula clara (v.gr., la recogida en el CDI Italia-Estados Unidos) que delimite los términos empleados en la misma y aporte seguridad jurídica a los desplazamientos académicos.

Capítulo 21.
El artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU relativo a otras rentas

1. EL ARTÍCULO 21 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: FUNCIÓN Y ASPECTOS GENERALES

1.1 La función del artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU

El artículo 21.1 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) atribuye al Estado de residencia la posibilidad de gravar las rentas a las que no se refieran los artículos 6 a 20 del MC OCDE con independencia de su fuente. Por su parte, el artículo 21.2 del MC OCDE indica que no se aplicará el artículo 21.1 del MC OCDE a rentas distintas de la renta inmobiliaria, si el perceptor de esa renta, residente de un Estado contratante, desarrolla una actividad económica en el otro Estado a través de un establecimiento permanente (EP) allí situado y el derecho o propiedad con respecto al que se paga esa renta está efectivamente conectado con el EP. Excepto la renta procedente de inmuebles situados en el Estado de residencia o en terceros Estados, en el caso de la existencia de EP se aplicará el artículo 7 del MC OCDE y los principios de atribución de rentas de este precepto (con algunos matices).

El artículo 21 del MC OCDE cumple la función de cláusula general o residual en los convenios para la eliminación de doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI), ya que se trata de una norma de cierre del CDI, que es aplicable donde no resulte operativa ninguna de las reglas distributivas de los artículos 6 a 20 del MC OCDE (las cuales deben conectarse con los impuestos cubiertos por el CDI, según el artículo 2 del MC OCDE). A pesar de que su ámbito de aplicación puede ser reducido o menos frecuente que otros artículos, dadas la amplitud del alcance de los artículos 6 a 20 del MC OCDE y la diversidad de rentas a las que estos se refieren, es una cláusula fundamental. Cuando los negociadores no incluyen el equivalente al artículo 21 del MC OCDE (o su versión del modelo de convenio de Naciones Unidas [MC ONU]), como ocurre en algunos CDI, se está frente a un CDI inacabado o incompleto. Esto puede producir problemas de interpretación y aplicación y dobles imposiciones en relación con rentas que no estén comprendidas en los artículos 6 a 20 del MC OCDE o con contribuyentes doblemente residentes a

los que se aplican las reglas de desempate de los artículos 4.2 y 4.3 del MC OCDE, acerca de los cuales el artículo 21 aclara la aplicación de esas reglas respecto de las rentas procedentes de terceros Estados.

Incluso en casos donde los dos Estados no se ponen de acuerdo sobre la versión del artículo 21 a seguir (si debe ser la versión del MC OCDE o la del MC ONU), es mejor tener esta cláusula que no incorporar ninguna. Esto es así debido a que dota de más seguridad jurídica al sistema del CDI, por tratarse de una disposición de cierre que además determina que el Estado de residencia está obligado a eliminar la doble imposición con respecto a las rentas gravadas en el otro Estado. Al mismo tiempo, la inclusión del artículo 21 también posibilita la utilización del procedimiento amistoso en los casos problemáticos no necesariamente contenidos en el ámbito de otros preceptos. La ausencia del artículo 21 no garantizará estos resultados.

En definitiva, a pesar de su aplicación subsidiaria o residual, el artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU se erige como una cláusula fundamental en el CDI, ya que cumple una función que no tiene ningún otro precepto.

Al ser una regla general, el artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU refleja también las aspiraciones de ambos MC y de los Estados negociadores. En el contexto del MC OCDE, el artículo 21 subraya la vigencia del principio de imposición en el Estado de residencia que permea al resto de las reglas distributivas del MC OCDE, salvo que exista un EP en el Estado de la fuente al que la renta sea atribuible. En este sentido, el artículo 21 del MC OCDE excluye la jurisdicción del Estado de la fuente sobre las rentas no incluidas en el ámbito de aplicación de otros preceptos del CDI. Sin embargo, la vocación expansiva de la jurisdicción del Estado de la fuente en el MC ONU lleva a este MC a reconocer que la jurisdicción residual de gravamen de rentas no comprendidas en los artículos 6 a 20 corresponderá al Estado de la fuente en relación con las rentas que su legislación le permita gravar. Esto es, a diferencia del artículo 21 del MC OCDE, el artículo 21 del MC ONU habilita al Estado de la fuente a gravar las rentas no incluidas en otros preceptos que su legislación le permita someter a gravamen. En este contexto, los Estados deben ser conscientes de que someter al artículo 21 del MC OCDE ciertas rentas que generan pagos deducibles en el Estado de la fuente (por ejemplo, algunos seguros, rentas vitalicias o pensiones) puede ocasionar una erosión de bases imponibles que no se producirá si se aplica el artículo 21 del MC ONU (o si ciertas de estas rentas se llevan a otros preceptos que permitan el gravamen en el Estado de la fuente).

Algunos Estados tienden a someter la aplicación de las reglas del artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU a que la renta sea obtenida por el beneficiario efectivo, concepto que adquiere el mismo significado en este contexto que en el ámbito de los artículos 10 a 12 del MC OCDE y el MC ONU. Tal adición únicamente será relevante para aquellos Estados que no consideren que el concepto de beneficiario efectivo

está implícito en los artículos del CDI y que, para aplicar los mismos, una persona que reciba una renta debe ser siempre el titular jurídico de la misma.

1.2. El concepto de "otras rentas"

El MC OCDE y el MC ONU no definen la expresión "otras rentas" ni proporcionan un listado de rentas que pudiera considerarse como tal. En cierto modo, el concepto aparece como el reverso de las disposiciones distributivas de los artículos 6 a 20 del MC OCDE y el MC ONU, de manera que toda renta no incluida en ellos podría tener cabida en el artículo 21 del MC OCDE, siempre y cuando a esa renta se le aplique un impuesto de los definidos en el artículo 2 del MC OCDE, ya que la sujeción de la renta a, por ejemplo, un impuesto sobre sucesiones y donaciones determinaría que quede fuera del ámbito objetivo del CDI y, en consecuencia, también excluido del ámbito del artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU. El concepto de "otras rentas" es más complejo de lo que inicialmente pudiera pensarse, dado que presenta dificultades de delimitación con otros preceptos y comprende varios tipos de renta de naturaleza heterogénea. Las consideraciones que siguen pueden ayudar a delimitar el ámbito de aplicación de este precepto:

» **Rentas de un tipo o una categoría no regulados en otros preceptos del CDI.** Por su naturaleza de cláusula de cierre del sistema del CDI, podría incluirse en el artículo 21 cualquier renta a la que no se refieran las definiciones del resto de los artículos del CDI. En particular, el MC OCDE menciona las pensiones por alimentos, cierto tipo de pagos de la seguridad social (las pensiones no procedentes de trabajos anteriores) o las rentas derivadas de instrumentos financieros no tradicionales como tipos de ingresos cubiertos por el artículo 21 del MC OCDE (Comentarios al artículo 21, párrafos 7 y 9, que se identifican con las obtenidas de instrumentos derivados).

  No obstante, tanto los Comentarios al artículo 21 del MC OCDE como los propios al MC ONU son equívocos e insuficientes. Son equívocos porque la tipología de rentas que mencionan no siempre estará comprendida en el ámbito del artículo 21: (1) las pensiones pagadas por la seguridad social solo se incluyen en este artículo si no existe un precepto específico relativo a este tipo de prestaciones y si no están cubiertas por los artículos 18 o 19 del MC OCDE y el MC ONU; (2) las rentas derivadas de instrumentos financieros solo están comprendidas por el artículo 21 si no pueden calificarse como rentas empresariales o ganancias de capital de los artículos 7 y 13 del MC OCDE y el MC ONU; (3) por último, las ganancias de lotería y premios solo serán renta del artículo 21 si no son obtenidas en el contexto de una actividad empresarial (por ejemplo, un jugador profesional puede obtener

rentas del artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU o rentas del artículo 17 del MC OCDE y el MC ONU si el juego implica una aparición pública).

Como se ha indicado, los Comentarios al artículo 21 del MC ONU, párrafo 2, mencionan los premios de lotería como renta incluida en el ámbito de este precepto (los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE, párrafo 19, excluyen los premios de lotería del concepto de ganancias de capital, lo cual determina que indirectamente se las considere rentas del artículo 21 del MC OCDE). En realidad, estos premios son una renta por incorporación al patrimonio de una persona de bienes o derechos, la cual, a pesar de estar cubierta en algunos países por el concepto de incrementos patrimoniales, no se encuentra comprendida en el ámbito del artículo 13 del MC OCDE o el MC ONU, que solo incluye las rentas derivadas de las enajenaciones de bienes o derechos. En consecuencia, cualquier tipo de renta que un contribuyente obtenga por incorporación de bienes o derechos en su patrimonio (becas, premios, subvenciones no empresariales, donaciones que no se consideren sujetas a impuestos específicos, etc.) y que no tenga conexión con una actividad empresarial pueden estar en el ámbito del artículo 21 del MC OCDE. Así podría ocurrir cuando, por ejemplo, un no residente recibe una donación o herencia que consiste en un bien inmueble situado en el Estado de la fuente y tal renta por incorporación se grava en el hecho imponible de un Impuesto sobre la Renta de la Persona Física (IRPF) o de una Sociedad (IS). Para evitar este efecto (que puede considerarse contrario al principio de que un Estado debe gravar las rentas derivadas de inmuebles situados en su territorio), aquellos Estados que utilicen el artículo 21 del MC OCDE deberán modificar la redacción del artículo 6 (rentas inmobiliarias) o la del artículo 21, aunque el mismo problema no existe si el CDI incorpora el artículo 21.3 del MC ONU.[239]

Con respecto a las rentas cubiertas por el artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU, la amplia gama de rentas a las que se aplican los artículos 6 a 20 del MC OCDE y el MC ONU determina que la tipología pueda ser heterogénea. En general, los siguientes tipos de rentas, a título ejemplificativo, podrían considerarse incluidos en el artículo 21 del MC OCDE (en el MC ONU existen algunos matices con respecto al MC OCDE debido a las variaciones de redacción de algunos preceptos, como el artículo 18B, que incluiría en su ámbito de aplicación cualquier pensión de la seguridad social de un Estado y la excluiría del artículo 21):

239 Vid., por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional española del 23 de febrero de 2023, Rec. 466/2019, que concluyó que España no podía gravar la renta que derivaba una fundación suiza por haber heredado un bien inmueble situado en España que le dejó un residente en Suiza. El CDI España-Suiza sigue el artículo 21.1 del MC OCDE. En varias resoluciones, la Dirección General de Tributos (DGT) española había mantenido que se aplicaba el artículo 13 del MC OCDE en estos casos, conclusión que los autores de este Manual no consideran correcta desde la perspectiva de los Comentarios al artículo 13 del MC OCDE y del artículo 21 del MC OCDE.

- Las anualidades basadas en contribuciones previas (por ejemplo, rentas de productos financieros, como planes de pensiones, seguros, etc., que generan una renta temporal o vitalicia), puedan entenderse comprendidas en ellos, salvo que en atención a la redacción de otros preceptos se desvíen del MC OCDE.

- Las pensiones pagadas a familiares por divorcios o alimentos (cónyuge, hijos, padres, etc.).

- Los pagos realizados por la seguridad social no vinculados a empleos anteriores (desempleo, pensiones no contributivas, nacimiento de hijos, enfermedad, etc.) o relacionados con el ejercicio de actividades por cuenta propia (por ejemplo, pagos de seguridad social a un abogado o pagos de una mutualidad obligatoria a un abogado, arquitecto, deportista, etc.).

- Los pagos por seguros no incluibles en otros preceptos del CDI.

- Los pagos realizados a una persona por no trabajar o los desvinculados del ejercicio de un trabajo (pagos por cláusulas de no competencia).

- Las ganancias por incorporación (premios, becas no incluidas en el artículo 20, etc.), siempre que no procedan de la realización de una actividad empresarial (por ejemplo, los premios de un jugador profesional de póker entrarían en el ámbito de los artículos 7 o 17, según el caso) y no estén sujetas a impuestos no cubiertos por el CDI (por ejemplo, el impuesto sobre sucesiones y donaciones).

- Las indemnizaciones por responsabilidad punitiva, compensaciones (no vinculadas a trabajos anteriores) o daños, por ejemplo, por incumplimiento de un contrato o cumplimiento tardío, aunque es probable que la responsabilidad por daños no se considere renta si simplemente repara un daño en el patrimonio del contribuyente.

- Las distribuciones de entidades o figuras, como ciertos contratos, agrupaciones o sociedades personalistas, si no pueden calificarse como dividendos o rentas empresariales por la redacción del artículo 10 o por la legislación interna. La calificación de las rentas pagadas por los fideicomisos (trust), ciertas fundaciones o entidades sin personalidad jurídica, incluyendo las herencias yacentes, puede plantear alguna dificultad, ya que para algunos Estados el pago en sede del beneficiario puede mantener la misma

naturaleza que tenía para el trust, fundación, entidad o herencia yacente si transparentan a esta figura, pero para otros, no (por ejemplo, puede considerarse que se trata de dividendos si el trust, fundación o entidad y las distribuciones que realizan se encuentran comprendidos en el ámbito del artículo 10). Para algunos Estados, y así lo demuestran las reservas realizadas en el MC OCDE, las distribuciones realizadas por trust, herencias yacentes o figuras similares se consideran rentas del artículo 21 del MC OCDE y de esta manera lo suelen especificar en sus CDI, aunque también se reservan su derecho a gravar estas distribuciones (si el Estado los considera transparentes, no es infrecuente encontrar CDI que afirman esta característica de estas entidades también en el artículo 21 del CDI específico).

- Las rentas de alquileres de bienes muebles si no están cubiertas por los artículos 7 o 12 (en este caso, en su versión del MC ONU) del respectivo CDI.

Particulares problemas se han planteado en relación con las rentas ficticias; en concreto, si a las mismas se les debería aplicar el artículo 21 o las reglas de los artículos 6 a 20 del MC OCDE. Las ficciones de renta relativas a ventajas específicas obtenidas por el contribuyente (como disposición de un inmueble, dividendos, intereses o cánones ficticios, ventajas concedidas a trabajadores relativas, por ejemplo, al uso de un coche de empresa, presunciones de remuneración cuando no se establezca ninguna, etc.) deben estar comprendidas en las reglas distributivas de los citados preceptos, ya que no tendría sentido diferenciar entre el tratamiento de pagos reales (por ejemplo, un canon efectivamente pagado) y el de pagos presuntos (presunción de uso de una propiedad generadora de canon). Para ello, sería deseable una interpretación flexible de los términos empleados en otros preceptos, sobre todo cuando hay referencias a pagados o a pagos, como ocurre en los artículos 10 a 12 del MC OCDE. No obstante, por ejemplo, los Comentarios al artículo 10 del MC OCDE, párrafo 38, generan algunas dudas cuando consideran, sin dar una solución específica, que la presunción de distribución de dividendos que se deriva de reglas como algunas normas de transparencia fiscal internacional puede determinar que la renta esté incluida en el artículo 10 o en el 21 del MC OCDE. En estos casos, también hay que valorar si la inclusión de una regla sobre ciertas rentas presuntas en la legislación interna puede alterar la distribución que realizan los artículos 6 a 20 del MC OCDE y suponer un problema desde la perspectiva del principio de buena fe que preside la interpretación y aplicación de los CDI. Sin embargo, con carácter general, si la renta ficticia está vinculada con los artículos 6 a 20 del MC OCDE y el MC ONU deberán aplicarse estos preceptos y no el artículo 21 del MC OCDE. En muchos países, como España, está admitido que

la ficción de atribución de renta por posesión de un inmueble esté comprendida en el ámbito del artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU.

A la hora de determinar las rentas a las que se aplica el artículo 21, conviene tener presente que otros preceptos de los CDI también contienen cláusulas residuales que adquieren prioridad con respecto al artículo 21 y determinan los tipos de renta a los que se aplica este último, con lo que se reduce su ámbito de aplicación. Es el caso del artículo 13.5 del MC OCDE relativo a las ganancias de capital no incluidas en otros párrafos del precepto o del artículo 15 del MC OCDE sobre los rendimientos del trabajo, que tiene la naturaleza de cláusula residual con respecto a los artículos 16 a 19 del MC OCDE.

» **La relación entre el artículo 21 y el concepto de otras rentas con preceptos del CDI que se remiten a la legislación interna de los Estados contratantes (en especial, la problemática de los servicios técnicos).** Como se ha indicado, el ámbito de aplicación del artículo 21 viene determinado por la tipología de rentas no incluida en los artículos 6 a 20 del MC OCDE y el MC ONU. Puesto que algunos de estos preceptos no contienen definiciones cerradas de las categorías de rentas o patrimonio a las que se aplican (como sucede con el artículo 7, rentas empresariales, o el artículo 15, rentas de trabajo), podría interpretarse que el ámbito de aplicación del artículo 21 también dependerá, en cierta medida, de la legislación interna. Especialmente cuando el artículo 21 sigue al MC ONU, y permite al Estado de la fuente gravar las rentas que tengan su origen en su territorio, pueden existir intentos de ampliar la tipología de rentas comprendida en el ámbito del artículo 21 para reducir el ámbito de otros preceptos (por ejemplo, el artículo 7, que solo permitiría gravar el beneficio empresarial si existe un EP en el territorio del Estado de la fuente). Los intentos de un Estado de dar definiciones amplias de alguna categoría de renta para incrementar sus derechos de gravamen, ya sea evitando la aplicación del artículo 21 del MC OCDE cuando la aplicación de este precepto sea menos favorable que otros, o llevando rentas al artículo 21.3 del MC ONU para ampliar el derecho de gravamen del Estado de la fuente, deben valorarse desde la perspectiva de la obligación de aplicar los CDI de buena fe.

En este sentido, una cuestión recurrente en relación con el artículo 21 (especialmente cuando el CDI sigue al MC ONU y prevé la posibilidad de gravamen en el Estado de la fuente) es qué relación tiene ese artículo con el 7 del MC OCDE y el MC ONU en aquellos casos donde el Estado de la fuente defina los beneficios empresariales internamente como rentas derivadas de actividades empresariales en sentido estricto y no se incluyan en este concepto los

pagos por prestaciones de servicios en general o vinculadas a cierto tipo de servicios (por ejemplo, los prestados de forma ocasional y no recurrente). En estos casos, algunos países han intentado calificar los servicios técnicos como otras rentas, una posición que no parece acoplarse bien con el concepto de "beneficios empresariales", al que frecuentemente se refiere con carácter amplio el artículo 3.1.h del MC OCDE para incluir cualquier tipo de servicios (aunque la definición de beneficios empresariales del artículo 3.1 del CDI puede provocar resultados diversos). Las mismas conclusiones cabe extender a otras posiciones, incluso más forzadas, que, por ejemplo, tratan de excluir la aplicación del artículo 7 sobre la base de que este se refiere a grupos de rentas, mientras que el artículo 21 a elementos de renta, por lo que el pago por una prestación específica y concreta de un servicio técnico debería incluirse en el ámbito de este último. Tales posiciones ya han sido desactivadas, incluso por algunos tribunales de países en desarrollo, cuando sus administraciones tributarias trataron de ampliar el ámbito objetivo de aplicación del equivalente al artículo 21 para gravar rentas (servicios técnicos) que el artículo 7 no les permitía gravar por carecer el prestador de un EP en su territorio.[240]

Problemas similares pueden plantearse en relación con otros preceptos, y en particular con el artículo 15 del MC OCDE y el MC ONU, ya que las legislaciones internas pueden asimilar los rendimientos derivados del trabajo con categorías que técnicamente no tengan tal calificación en un sentido estricto. También en estos casos habrá que considerar una interpretación convencional o contextual del término "trabajo dependiente" para determinar si la renta en cuestión puede estar cubierta por el artículo 15 o el artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU.

» **Renta de un tipo regulado en otros preceptos del CDI, pero a la que no se aplican los mismos en atención a su fuente.** Las reglas distributivas de los artículos 6 a 20 del MC OCDE normalmente ven limitado su ámbito de aplicación desde una perspectiva geográfica, de manera que cuando una renta

240 Vid., por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Kenia No. 199/2020, del 1 de abril de 2021, *McKinsey and Company Inc. V. Commissioner* (que concluye que los servicios de consultoría están comprendidos en el ámbito del artículo 7 y no del artículo relativo a otras rentas del CDI Sudáfrica-Kenia); la sentencia en la India del Income Tax Appellate Tribunal Mumbai Brench, del 10 de julio de 2013, *McKinsey v. Deputy Director of Income Tax* (que mantiene que el servicio de consultoría no puede considerarse otros ingresos ni regalías, sino beneficios empresariales en el contexto del CDI India-Tailandia); o la sentencia del Income Tax Appellate Tribunal Delhi Bench, del 14 de agosto de 2023, *GE v. Assistant Commissioner of Income Tax* (que sostiene que los pagos por licencias de *software* estándar que el cedente había adquirido de terceros no son otras rentas, sino beneficios empresariales, a efectos del CDI India-Estados Unidos, ya que se trata de *software* utilizado en el ámbito de la actividad empresarial de la cedente). En un sentido similar se pronunció el procedimiento amistoso interpretativo firmado entre España y Brasil, mediante el intercambio de cartas del 16 y 23 de febrero de 2003, para afirmar que los servicios técnicos no están incluidos en el artículo de otras rentas (aunque este CDI tiene algunas peculiaridades, ya que su protocolo permite calificar los servicios técnicos y la asistencia técnica como cánones).

esté por fuera de las citadas reglas desde el punto de vista geográfico –y no desde el punto de vista objetivo (concepto y tipo de renta)– también los artículos 6 a 20 dejarán de aplicarse. Este grupo puede subdividirse a su vez en dos subgrupos:

- **Rentas procedentes del Estado de residencia del contribuyente:** el ejemplo paradigmático sería una renta inmobiliaria (por ejemplo, derivada del arrendamiento de corta o larga duración) procedente de un inmueble situado en el Estado de residencia del dueño del inmueble. Si bien el artículo 6 del MC OCDE se aplica a la renta derivada de las propiedades inmobiliarias, en las versiones posteriores al MC OCDE 1977 ese precepto solo se empleará allí donde la propiedad se encuentre situada en el otro Estado contratante, pero no cuando la misma esté ubicada en el mismo Estado de residencia del contribuyente que obtiene rentas de tal inmueble. Por ello, si el pago de la renta lo realiza un contribuyente del otro Estado contratante pero el inmueble que la genera está fuera de ese Estado no se aplicaría el artículo 6, sino el artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU. Por ejemplo, si un contribuyente residente de un Estado contratante, como España, alquila a un residente de Colombia un apartamento en Madrid, se aplican los artículos 6 y 20, equivalentes al artículo 21 del MC OCDE, del CDI España-Colombia. En este caso, a pesar de que el pago pueda proceder de Colombia, el derecho exclusivo a gravar la renta corresponderá a España por efecto del artículo 21 del MC OCDE, ya que el artículo 6 no debe aplicarse al no verificarse las circunstancias que determinan su ámbito de cobertura (el propietario es residente en España y el inmueble está en España).

  Lo mismo ocurre con el artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU, que solo se aplica a las distribuciones de dividendos procedentes de sociedades residentes en el otro Estado contratante, pero no a las realizadas por sociedades del mismo Estado de residencia del contribuyente (aunque procedan de rentas derivadas del otro Estado contratante). Esto es así por la redacción del artículo 10 del MC OCDE, que vincula el derecho de gravamen del Estado de la fuente a la residencia de la entidad que distribuye el dividendo.

  Los intérpretes de los CDI deben estudiar con atención la determinación del ámbito geográfico del artículo relativo a las reglas distributivas, ya que no siempre se aplicará el artículo 21 para rentas procedentes del Estado de residencia del contribuyente, sino que dependerá de la redacción del precepto. Por ejemplo, si un residente de un Estado contratante recibe pagos de su empleador en el mismo Estado por trabajos realizados en otro Esta-

do, podría aplicarse en estos supuestos el artículo 15.1 o el 2, según el caso, y no el artículo 21. Al mismo tiempo, el artículo 17, por ejemplo, también permite al Estado de la actuación gravar la renta vinculada a una actuación en el otro Estado contratante y que proceda de pagadores del Estado de residencia del artista o deportista.

- **Renta procedente de Estados que no son los Estados contratantes (terceros Estados):** al vincular su aplicación a lo que ocurre en el otro Estado contratante (fuente), los artículos 6 a 20 del MC OCDE en ocasiones no incluyen o regulan las rentas procedentes de terceros Estados (Estados distintos del otro Estado contratante). Es decir, el artículo 21 del MC OCDE, con ciertas peculiaridades y excepciones en su párrafo 2, puede aplicarse a renta que tenga su fuente en un tercer Estado, aunque según su tipología se trate de renta que esté comprendida en otros preceptos del CDI. Por ejemplo, los dividendos que procedan de una sociedad residente fuera del territorio de ambos Estados contratantes no están regulados en el artículo 10 del MC OCDE y entrarían en el ámbito del artículo 21 del MC OCDE. Lo mismo ocurre con la renta de un inmueble situado en un tercer Estado o los intereses, cánones, etc. procedentes de terceros Estados que no están comprendidos en los artículos 6, 10, 11 o 12 del MC OCDE y el MC ONU.

  Sin embargo, a estos efectos, y en contra de lo que parece sugerir el párrafo 4 de los Comentarios al artículo 21 del MC OCDE, no siempre el artículo 21 se aplica a rentas derivadas de terceros Estados que no forman parte del CDI. Así, por ejemplo, los artículos 7, 13, 15 o 17 pueden aplicarse a las rentas derivadas de Estados distintos de aquellos que son parte en el CDI, ya sea porque estos preceptos ejercen una función residual con respecto a las rentas que regulan (por ejemplo, el artículo 13.5 del MC OCDE contiene una cláusula residual para las ganancias de capital, o el artículo 15 ejerce una función residual con respecto a otros preceptos, como los artículos 16, 18 o 19 del MC OCDE) o bien porque la propia regla distributiva ya incluye la renta derivada de terceros Estados de forma más o menos explícita (por ejemplo, así ocurre con el artículo 17 que permite al Estado donde se realiza la actuación gravar la renta vinculada a la misma aunque no proceda de su propio territorio sino de un tercer Estado).

1.3. Diferencias entre el artículo 21 del MC OCDE y el artículo 21 del MC ONU

La redacción de los párrafos 1 y 2 del artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU es idéntica, excepto porque en el párrafo 2 se menciona el concepto de base fija propio del artículo 14 del MC ONU, precepto que no existe en el MC OCDE actualmente.

La diferencia fundamental entre ambos MC se encuentra en que el artículo 21 del MC ONU añade un párrafo 3 que no existe en el MC OCDE. Este párrafo 3 genera un cambio en el sentido y efectos del artículo 21 del MC ONU con respecto al MC OCDE, ya que en el primero la regla de atribución de jurisdicción al Estado de residencia del párrafo 1 no se aplicará a las rentas que el otro Estado contratante considere que tienen su fuente en su territorio, de conformidad con su legislación interna. En otras palabras, el efecto de la regla del artículo 21.1 en el MC ONU queda limitado a rentas excluidas de las reglas distributivas por razón de la fuente en el Estado de residencia o en un tercer Estado; sin embargo, si la renta no es del tipo de los previstos en los artículos 6 a 20 y puede considerarse que tiene su fuente en el otro Estado contratante, el artículo 21.3 del MC ONU permitirá a este último su gravamen (acerca de esta regla y las dificultades que plantea, vid. la sección 4 más abajo).

1.4. Las situaciones de doble residencia (artículo 4) y el artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU

En el caso de que un contribuyente (persona física o entidad) sea considerado como doblemente residente en los dos Estados firmantes de un CDI, el artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU resulta importante para mitigar o eliminar la doble imposición que se podría producir. Las reglas de los artículos 4.2 y 4.3 del MC OCDE y el MC ONU producen el efecto de que una persona considerada doblemente residente a efectos del CDI pueda ser solo residente de uno de los Estados miembros. El artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU determinará que la renta que perciba esa persona de terceros Estados sea sometida a gravamen únicamente en el Estado que resulte "ganador" tras aplicar los criterios del artículo 4.2 y 4.3 del MC OCDE y el MC ONU (Comentarios al artículo 21 del MC ONU, párrafo 1). Es importante subrayar la función que el artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU tiene en relación con el artículo 4, a fin de evitar la doble imposición en casos de doble residencia de un contribuyente.

2. EL ARTÍCULO 21.1 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

El artículo 21.1 del MC OCDE y el MC ONU otorga jurisdicción exclusiva para gravar una renta no mencionada en los artículos 6 a 20 del MC OCDE, con independencia de su fuente (el otro Estado contratante, el Estado de residencia o un tercer Estado), al Estado de residencia del contribuyente. Puesto que en apartados anteriores ya se ha analizado el ámbito objetivo y geográfico del artículo 21, así como las cuestiones interpretativas que este precepto plantea, puede verse la sección 1 de este capítulo sobre estas cuestiones.

La atribución de jurisdicción al Estado de residencia en relación con otras rentas no depende del tratamiento en el Estado de residencia de la renta que proceda del otro Estado contratante o de terceros Estados; esto es, de si está sujeta a imposición sobre la renta o no en ese Estado. Para que tal resultado se produzca y se eviten supuestos de doble no imposición, sería necesario que el CDI o el precepto específico contenga una cláusula de sujeción a impuestos (Comentarios al artículo 21 del MC OCDE, párrafo 3, donde se indica que el problema no es distinto del considerado respecto de la aplicación del método de exención en el Estado de residencia en los Comentarios al artículo 23A del MC OCDE, párrafos 34 y 35). En relación con esta cuestión, conviene precisar que el efecto de las cláusulas de sujeción a impuestos recientemente aprobadas por la OCDE[241] o Naciones Unidas[242] tendrán un impacto muy limitado sobre el artículo 21 de ambos MC. En primer lugar, la cláusula de sujeción a impuestos aprobada por la OCDE en el contexto del Pilar 2, en atención a sus ámbitos objetivo y personal, solo se aplicará a rentas empresariales y no tanto a rentas incluidas en el ámbito del artículo 21 del MC OCDE (aunque puede tener efecto para ciertos CDI que incluyan alguno de los tipos de rentas a los que se aplica en el ámbito del artículo 21). En segundo lugar, la cláusula de sujeción a impuestos de carácter general aprobada por Naciones Unidas no producirá efectos cuando el CDI siga el artículo 21.3 del MC ONU, ya que este artículo habilitará al Estado de la fuente a gravar la renta.

En el MC OCDE la aplicación del artículo 21.1 está sujeta a la excepción del párrafo 2 del artículo 21 del MC OCDE (aunque para muchos países esta excepción carecerá de contenido, según se explica en el apartado siguiente). Además de la excepción del párrafo 2, la regla del párrafo 1 en el MC ONU está sujeta a la excepción

241 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), G20 y Marco Inclusivo, *Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy – Subject to Tax Rule (Pillar Two)*, París: OCDE; 2023, disponible en: https://www.oecd.org/tax/international-community-adopts-multilateral-convention-to-facilitate-implementation-of-the-global-minimum-tax-subject-to-tax-rule.htm (vid. el convenio multilateral que adopta la regla de sujeción, aunque no ha entrado en vigor).

242 Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, 26th Session, 27-30 de marzo de 2023, *Co-Coordinators' Report: Proposal for the Inclusion of a General 'Subject to Tax' Rule in the UN Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*, E/C.18/2023/CRP.12.

del artículo 21.3 del MC ONU que, como se indicó anteriormente, cambia la naturaleza y los efectos del precepto en el contexto de este MC y los CDI que lo contengan (el MC ONU acepta, en general, los Comentarios al artículo 21.1 del MC OCDE, con la salvedad de aquella parte que resulta incompatible con la excepción del artículo 21.3 del MC ONU).

3. EL ARTÍCULO 21.2 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

El artículo 21.2 crea una excepción al artículo 21.1 del MC OCDE y el MC ONU cuando una renta se derive de un derecho o propiedad vinculado efectivamente con un EP situado en el otro Estado contratante. En ese caso, el derecho a gravar la renta corresponde, en primer lugar, al Estado contratante donde se encuentre el EP.

No obstante, esta regla presenta una serie de peculiaridades relevantes que se desarrollan en los Comentarios al artículo 21.2 del MC OCDE y el MC ONU:

» **Excepción al artículo 21.2 del MC OCDE y el MC ONU para la propiedad inmobiliaria:** de acuerdo con el artículo 6.1 del MC OCDE y el MC ONU, la renta derivada por un residente de un Estado contratante de un inmueble situado en el otro Estado contratante podrá gravarse en el Estado de ubicación del inmueble. Por su redacción, tal disposición, al igual que los artículos 13 o 22 del MC OCDE y el MC ONU, no se aplicaría al caso de la propiedad inmobiliaria que un residente tiene en su propio Estado de residencia pero que está afecta a un EP situado en el otro Estado. Es decir, las rentas de esa propiedad inmobiliaria se gravarían en el Estado de residencia de forma exclusiva, con independencia de su afección o no a un EP. Al excluir este tipo de propiedad inmobiliaria del ámbito de aplicación del artículo 21.2 del MC OCDE y el MC ONU, este precepto aclara que solo el Estado de residencia será competente para gravar la renta derivada de una propiedad inmobiliaria ubicada en su territorio y afecta a un EP en el otro Estado contratante. Al mismo tiempo, de lo anterior se deriva que el artículo 21.2 no se refiere a rentas derivadas de propiedades inmobiliarias afectas a un EP que un residente de un Estado contratante tenga en el otro Estado cuando tales propiedades estén ubicadas en el mismo Estado del EP, ya que en estos casos se aplicarían los artículos 6, 13 y 22 del MC OCDE (en el caso del MC ONU, además de regularse la situación del EP, el artículo 21.2 se refiere al concepto de base fija derivado del artículo 14 del MC ONU).

  Sin embargo, si el inmueble se encuentra en un tercer Estado existe una cierta polémica, no aclarada explícitamente en los Comentarios del artículo 21, sobre qué precepto se aplica: si el párrafo 1 o el párrafo 2 del artículo 21 del MC OCDE. De conformidad con los artículos 6, 13 y 22, está claro que la renta

derivada de la propiedad inmobiliaria de un residente de un Estado contratante situada en un tercer Estado no resulta gravada en el otro Estado contratante. Tal conclusión resulta impecable si la propiedad inmobiliaria no está afecta a un EP en el Estado de la fuente, pero si existe tal EP plantea más dudas sobre si deben aplicarse los principios relativos a la atribución de beneficios a los EP del artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU y, en ese caso, aplicar el artículo 21.2 en caso de que la propiedad inmobiliaria en el tercer Estado esté afecta al EP situado en el otro Estado contratante. A este respecto, los Comentarios al artículo 6 del MC OCDE, párrafo 1, aclaran que en estos casos se aplicará el artículo 21.1 y no el apartado 2 de tal precepto (artículo 21) del MC OCDE a la renta derivada de la propiedad inmobiliaria situada en terceros Estados, incluso si está afecta al EP al que se refiere el artículo 21.2 del MC OCDE y el MC ONU. Una aclaración idéntica se puede encontrar en los Comentarios al artículo 7, párrafo 74, o al artículo 23A y B del MC OCDE, párrafo 10. Sin embargo, sorprendentemente la misma aclaración no se hace de forma evidente en los Comentarios al artículo 21 del MC OCDE.

» **Rentas cubiertas por el artículo 21.2 del MC OCDE y el MC ONU:** una vez excluidas las rentas inmobiliarias, el ámbito de aplicación del artículo 21.2 del MC OCDE y el MC ONU no resulta evidente y en algunos países podría estar desprovisto de significado. En principio, toda la renta de un EP está cubierta por el artículo 7 (o 14 en el MC ONU), al que remiten también los artículos 10, 11 y 12 del MC OCDE en relación con dividendos, intereses y cánones procedentes de activos y derechos efectivamente conectados con la actividad del EP y derivados del mismo Estado de ubicación donde se encuentra el EP (también el 12A en el MC ONU). Puesto que el artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU se refiere a rentas no tratadas en otros artículos del CDI, es difícil concebir a qué tipo de rentas del EP se refiere, dado que todas ellas estarían ya tratadas en otras disposiciones del CDI. Así, las rentas de terceros Estados de un EP, incluidos los dividendos, intereses, cánones, honorarios por servicios técnicos efectivamente vinculados al EP, estarían cubiertas por la regla general y excepción del artículo 7.1, por lo que, a estos efectos, no resultaría necesario el artículo 21. No obstante, hay quien considera que la función del artículo 21.2 del MC OCDE y el MC ONU es confirmar que se atribuirán al EP los dividendos, intereses, cánones u honorarios por servicios técnicos procedentes de terceros Estados, ya que son rentas a las que no se refieren el artículo 7.4 ni los artículos 10, 11, 12 del MC OCDE y el MC ONU o el 12A del MC ONU, cuando reenvían al artículo 7 en relación con los mismos tipos de rentas con fuente en el otro Estado contratante.

Los argumentos anteriores pueden ser válidos y aplicables en algunos países, mientras que en otros (como Reino Unido o Irlanda) la legislación interna no siempre considera que un EP o una sociedad deriva rentas vinculadas con la actividad empresarial, por lo que puede calificar algunas de las rentas del EP o la sociedad como no empresariales (así ocurre con las rentas más o menos pasivas, como intereses, no estrictamente vinculadas con el ejercicio de una actividad empresarial). En consecuencia, el artículo 21.2 del MC OCDE y el MC ONU pretendería cubrir la situación de este tipo de países con el fin de que se produzca el mismo efecto que en aquellos que consideran que toda la renta del EP tiene naturaleza empresarial.

Para otros países, como España, la tributación del no residente sin EP se rige por un esquema de categorías de renta donde no toda la renta derivada de una actividad empresarial se califica como tal, ya que determinadas rentas pueden incluirse en otras categorías definidas en la legislación interna (por ejemplo, regalías o cánones, ganancias patrimoniales, etc.). Sin embargo, toda la renta obtenida por una sociedad o un EP se calificará como empresarial. En estos países, el artículo 21.2 del MC OCDE y el MC ONU puede tener la función de aclarar que, aunque una renta se pueda calificar en el ámbito del artículo 21.1 si resulta obtenida sin EP (o base fija, si se aplica el MC ONU), allí donde exista el EP la renta se vincularía con este (de manera que, aunque el artículo 7 llevaría a la misma conclusión, la función del artículo 21.2 sería aclaratoria).

En definitiva, el ámbito de aplicación del artículo 21.2 del MC OCDE es probablemente muy reducido, si se toman en cuenta las disposiciones de los artículos 7, 10, 11 y 12 del MC OCDE, y tiene mayores efectos para unos países que para otros, lo cual tampoco es incoherente con la función del artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU como cierre del CDI. Sin embargo, los Comentarios al artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU no indican nada sobre la función del artículo 21.2 del MC OCDE y el MC ONU, aunque los negociadores de CDI deben tener claro qué efecto produce el artículo 21.2 y si prefieren optar por fórmulas menos controvertidas (por ejemplo, eliminar el artículo 21.2, salvo por la referencia a inmuebles, si consideran que no tiene ninguna función en el CDI, aunque deberán respetar el artículo 21.1 y aclarar en ese caso su significado, función, etc.).

» **Supuestos de pagador y perceptor de la renta de residentes en el mismo Estado contratante:** el artículo 21.2 del MC OCDE y el MC ONU también aplica en el caso en el que el pagador de una renta y el perceptor de la misma sean residentes en un Estado contratante, pero la renta esté vinculada a un EP ubicado en el otro Estado. Por ejemplo, si pagador y perceptor de la renta (in-

tereses, dividendos o cánones) son residentes del Estado R, pero la renta está efectivamente conectada con un EP en el otro Estado. En ese caso, el artículo 21.2 del MC OCDE y el MC ONU, en combinación con el artículo 7, permite al Estado en el que se encuentra el EP gravar tales dividendos, intereses o cánones, por lo que corresponde al Estado R la eliminación de la doble imposición de conformidad con el artículo 23A o B del MC OCDE y el MC ONU.

Por sí mismo, el artículo 7.1 del MC OCDE y el MC ONU llevaría a este resultado, por lo que el artículo 21.2 del MC OCDE y el MC ONU solo cumple una función clarificadora. En estos casos los artículos 10, 11 y 12 del MC OCDE y el MC ONU o 12A del MC ONU no aplicarían, ya que no existe ningún pago de dividendos, intereses, cánones o servicios técnicos procedente del mismo Estado de ubicación del EP, sino del Estado de residencia de la empresa propietaria del EP o base fija en el otro Estado.

En estos supuestos si el Estado R aplicara el método de exención podrían producirse afecciones interesadas de bienes al EP situado en el otro Estado para evitar que el Estado R someta a gravamen la renta, sobre todo si el otro Estado (ubicación del EP) no gravara la renta o lo hiciera de forma reducida. Los Comentarios al artículo 21.2 del MC OCDE, párrafo 6, recuerdan que en estos casos puede aplicarse el artículo 29.9 del MC OCDE (2017) para denegar los beneficios del artículo 23A en acuerdos que tengan tal finalidad elusiva. Al mismo tiempo, subrayan que el requisito de afección de bienes y derechos al EP va más allá del registro de los mismos en las cuentas del EP.

Algunos Estados consideran que en estas situaciones el Estado R debería poder gravar las rentas que el EP obtiene en su territorio, sobre todo cuando el propio Estado R está obligado a aplicar el método de exención. Por este motivo, los Estados que mantengan esta posición pueden tratar de establecer para las rentas derivadas de pagadores en el Estado R a favor del EP en el otro Estado, la posibilidad de gravar de forma limitada esas rentas en línea con lo dispuesto en los artículos 10 a 12 del MC OCDE (o 12A del MC ONU). En estos casos el otro Estado deberá eliminar la doble imposición jurídica que sufra el EP de acuerdo con el artículo 24.3 del MC OCDE y el MC ONU.

» **La conexión efectiva de la renta y el bien o derecho con el EP:** el requisito de conexión efectiva de los bienes y derechos generadores de renta debe interpretarse en el mismo sentido (propiedad económica) que en el contexto de los artículos 7, 10, 11 y 12 del MC OCDE (incluyendo los artículos 12A y 14 en el MC ONU); es decir, no bastará el mero registro del bien o derecho en los libros del EP.

4. EL ARTÍCULO 21.3 DEL MC ONU

El artículo 21.3 del MC ONU no tiene una disposición equivalente en el MC OCDE. De hecho, como se apuntó en la sección 1 de este capítulo, la presencia de este párrafo en el MC ONU cambia la función del artículo relativo a otras rentas, por lo que pasa de ser una regla de asignación de rentas al Estado de residencia para lo no previsto en otras disposiciones del CDI en el MC OCDE, a convertirse en una regla que otorga prioridad a la legislación del Estado de la fuente, que tendrá el derecho primario a gravar la renta que su legislación vincule con su territorio. De esta forma, la jurisdicción sobre rentas incluidas en el ámbito del artículo 21 que tengan su fuente en el otro Estado contratante resultará compartida entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia, sin que el Estado de la fuente tenga límites cuantitativos a la hora de gravar las rentas (en línea con los artículos 10 a 12, algunos Estados incluyen límites en sus CDI para algún tipo de rentas incluidas en su ámbito de aplicación). No obstante, en relación con las rentas que la legislación del Estado de la fuente considere que no se encuentran en su territorio, el Estado de residencia tendrá jurisdicción exclusiva de acuerdo con el artículo 21.1 del MC ONU (tal limitación no existe en los CDI en los que se opta por eliminar el equivalente al artículo 21.1 del MC OCDE y el MC ONU).

Dado que el artículo 21.3 del MC ONU no define el término "renta procedente del otro Estado", pueden existir disparidades entre la legislación del Estado de residencia, de terceros Estados y de la fuente a la hora de definir el lugar de procedencia de la renta, lo cual puede producir doble imposición. Por esta razón, los Comentarios al artículo 21 del MC ONU, párrafo 9, añaden una cláusula que determina la fuente de la renta, que es similar al artículo 11.5, 12.5 o 12A.5 del MC ONU. En el caso del MC OCDE, la atribución de jurisdicción exclusiva al Estado de residencia en el artículo 21.1 (con la excepción del artículo 21.2 del MC OCDE) hace innecesaria la inclusión de una regla sobre fuente de renta en este MC.

La regla del artículo 21.3 del MC ONU plantea varias cuestiones que deben ser consideradas por los negociadores de los CDI, además de algún problema de interpretación que indirectamente ya se ha mencionado. En primer lugar, la habilitación a la legislación del Estado de la fuente que regula el artículo 21.3 del MC ONU determina que ese Estado pueda gravar la renta de conformidad con su legislación interna, lo cual significa también que no existan límites cuantitativos a la imposición que pueda imponerse en este caso. La ausencia de limitación de tipos impositivos determina que, en ocasiones, los Estados traten de llevar rentas hacia preceptos convencionales que siguen el artículo 21.3 del MC ONU de manera artificiosa, a fin de poder gravar en ellos sin ninguna limitación la renta que tiene su fuente o genera gastos deducibles en su territorio (vid., por ejemplo, los casos de servicios técnicos citados en la nota al pie 240 del apartado 1.2 de este capítulo). Cuando tales in-

tentos se realizan en el plano interpretativo, pueden plantear serios problemas de adecuación al CDI o de buena fe como regla de aplicación de los CDI (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [CVDT]), si se tratan de articular a través de reformas de la legislación interna orientadas a eliminar los límites convencionales.

En segundo lugar, la utilización de la regla del artículo 21.3 del MC ONU debería conducir a los negociadores de CDI a considerar si la atribución de jurisdicción plena al Estado de la fuente genera el tratamiento diferenciado de rentas análogas en el CDI y, en ese caso, a que deban evaluar cómo eliminar estas asimetrías. Por ejemplo, si los negociadores de un CDI decidieran incluir un artículo 18 (pensiones) en línea con el MC OCDE, de manera que las pensiones derivadas de trabajos anteriores solo pudieran gravarse en el Estado de residencia del contribuyente, pero no incorporar un artículo 21.3 del MC ONU, podría ocurrir que las pensiones derivadas del ejercicio de actividades empresariales o profesionales estuvieran gravadas en el Estado pagador, ya que no se trata de rentas cubiertas por el artículo 18 del MC OCDE. Desde la perspectiva del Estado de la fuente, los negociadores de CDI deberían evitar tal efecto dispar para pensiones que, en definitiva, son análogas; para eso, muy probablemente, deberían considerar si tienen que ampliar el ámbito del artículo 18 o aplicar reglas similares a las propias del artículo 21 en el contexto del artículo 18.

5. CLÁUSULAS ADICIONALES PARA RELACIONES ESPECIALES

Tanto los Comentarios al artículo 21 del MC OCDE, párrafo 7, como del MC ONU, párrafo 7, contienen una disposición antiabuso, similar a los artículos 11.6 y 12.4 del MC OCDE (artículo 12.6 del MC ONU), relativa a pagos excesivos entre partes entre las que existan relaciones especiales. Tal disposición es frecuentemente empleada por Reino Unido en sus CDI (vid., por ejemplo, el artículo 20.4 del CDI España-Reino Unido). Tanto en el MC OCDE como en el MC ONU se vincula la disposición a los pagos relacionados con instrumentos financieros no tradicionales (derivados), aunque, como se indicó en la sección 1 de este capítulo, la inclusión de esta renta en el ámbito del artículo 21 dependerá de si el contribuyente obtiene el pago en el ejercicio de una actividad empresarial o no.

La citada cláusula adicional funcionará de forma similar a los artículos 11.6 y 12.4 del MC OCDE, por lo que se aplicarían a estos efectos los Comentarios relativos a estas cláusulas en esos preceptos. Sin embargo, esta cláusula cuenta con alguna peculiaridad. En primer lugar, todo el pago puede ser excluido de los beneficios del artículo 21. En segundo lugar, la exclusión de la aplicación del artículo 21 del MC OCDE y el MC ONU para los pagos excesivos podría determinar que si no se aplican otras reglas del CDI el exceso se deje al margen del convenio y no se apliquen el resto de las reglas distributivas de los artículos 6 a 20, sino solo la legislación interna de los Estados contratantes. Sin embargo, otras disposiciones del CDI, como la relativa a la eliminación de la doble imposición (artículo 23 del MC OCDE y el MC ONU), el procedimiento amistoso (artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU) o el intercambio de información (artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU) podrían resultar aplicables.

SECCIÓN QUINTA:

REGLAS DISTRIBUTIVAS EN MATERIA DE IMPOSICIÓN SOBRE EL PATRIMONIO

Capítulo 22.
El artículo 22 del MC OCDE y el MC ONU relativo a la imposición sobre el patrimonio

1. FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 22 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: CONFIGURACIÓN BÁSICA Y OBJETIVOS DE POLÍTICA FISCAL

1.1 Consideraciones generales sobre el artículo 22 del MC OCDE y el MC ONU

El artículo 22 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) constituye una cláusula tipo referida a la imposición sobre el patrimonio que pueda existir de acuerdo con la legislación interna de los Estados contratantes. El modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) se diferencia únicamente en relación con la opción que matiza su artículo 22.4, en la que sugiere que la cláusula residual del artículo 22.4 del MC OCDE, que limita los derechos del Estado de ubicación del patrimonio a favor del Estado de residencia del contribuyente, admita la tributación del patrimonio en el Estado donde está localizado o situado el patrimonio o bienes que formen parte del mismo.

El MC OCDE y el MC ONU conservan esta cláusula dedicada a la distribución del poder tributario en la sede de impuesto sobre el patrimonio, a pesar de tratarse de un impuesto que, en su formulación omnicomprensiva de gravamen del conjunto de bienes y derechos que ostenta una persona, esté en crisis por haberse eliminado en la mayoría de los países miembros de la OCDE.[243]

243 Una cuestión distinta es que se estén desarrollando medidas y propuestas que tendrían como finalidad el gravamen de la capacidad económica derivada de la tenencia de activos mediante un conjunto de medidas instrumentadas a través del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF). También se ha argumentado que la elevación de la tributación corporativa puede impactar fiscalmente sobre la tenencia de ciertos activos (acciones) por parte de las personas físicas.

En este sentido, no será infrecuente que ninguno de los dos Estados contratantes haya establecido o tenga vigente un impuesto general sobre el patrimonio. De hecho, la práctica convencional internacional revela que cada vez resulta más frecuente la omisión del artículo 22 en los convenios para la eliminación de doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI) concluidos durante la última década.[244]

De cualquier manera, esta cláusula tipo del MC OCDE y el MC ONU tiene por objeto distribuir el poder tributario entre los Estados contratantes en relación con la imposición sobre la tenencia de los distintos bienes, derechos o activos que forman parte del patrimonio de una persona física o del balance de una entidad. En cierta medida, cabría considerar que la inclusión del impuesto sobre el patrimonio en el MC OCDE y el MC ONU tiene sentido en la medida en que opera de forma complementaria al impuesto sobre la renta.[245]

A pesar de que se trata de un impuesto que, como se mencionó, viene experimentando un cierto retroceso o desmantelamiento, al menos en Europa y en los países de la OCDE,[246] existen jurisdicciones que siguen manteniendo impuestos sobre el patrimonio (estatales, regionales o locales) en sus ordenamientos tributarios. En consecuencia, si tales gravámenes se han incorporado al ámbito de aplicación del CDI con arreglo a su artículo 2,[247] tiene sentido y procede incluir el artículo 22 del MC OCDE y el MC ONU.[248] En el caso de que ninguno de los Estados contratantes haya

244 La red española de CDI refleja esta tendencia; vid., por ejemplo, los CDI de España con Albania, Andorra, Australia, Barbados, Brasil, Cabo Verde, Catar, China, Estados Unidos, Filipinas, Finlandia, Hong Kong, Irlanda, Italia, Japón, Malasia, Malta, Omán, Pakistán, Portugal, República de Corea, República Dominicana, Rumanía, Senegal, Singapur, Tailandia, Turquía y Vietnam, entre otros.

245 En este sentido se echa en falta que el MC OCDE y el MC ONU no se hayan ocupado de seguir desarrollando medidas de coordinación internacional en relación con la imposición sobre sucesiones y donaciones, si se consideran los problemas de doble imposición que pueden plantearse a nivel internacional y las conexiones con la imposición sobre la renta y patrimonial. Si bien es cierto que existe un modelo de convenio (1982) en materia imposición sobre sucesiones y donaciones, posiblemente requiera una actualización y conexión con los nuevos MC OCDE y MC ONU en materia de imposición sobre la renta y el patrimonio.

246 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD*, París: OCDE; 2018.

247 De esta forma, los impuestos sobre el patrimonio a los que se aplique el CDI, y el artículo 22 en particular, estarán mencionados en el artículo 2 del CDI. A su vez, la OCDE destaca que quedan excluidos de los CDI, con carácter general, los impuestos cuyo hecho imponible viene dado por transferencia de activos (impuestos objetivos/transaccionales sobre transmisiones patrimoniales) o el gravamen derivado de donaciones o transmisiones *inter vivos* o *mortis causa* de elementos patrimoniales a favor de personas físicas (v.gr, obligaciones patrimoniales [*estate duties*], impuestos sobre herencias [*inheritance taxes*], donaciones [*gift duties*] o transmisiones patrimoniales [*transfer duties*]). Vid. el párrafo 1 de los Comentarios al artículo 22 del MC OCDE.

248 Pueden plantearse cuestiones sobre la aplicación del artículo 22 del MC OCDE y el MC ONU en relación con impuestos híbridos que, por ejemplo, tienen como finalidad principal y hecho imponible el gravamen sobre la renta, pero al mismo tiempo incluyen ciertas manifestaciones de gravámenes sobre elementos patrimoniales (v.gr., los inmuebles o activos financieros) a partir de sistemas de imputación nocional de capacidad económica asignada a estos activos. Se considera que allí donde tales gravámenes nocionales sobre activos formen parte del sistema de imposición sobre la renta, no aplicaría el artículo 22 del MC OCDE; por el contrario, allí donde el gravamen patrimonial estuviera desconectado de la imposición sobre la renta y concurriera un doble gravamen sí aplicaría el artículo 22 del MC OCDE.

establecido un impuesto sobre el patrimonio, ni tenga previsto incorporarlo, podría tener sentido omitir esta cláusula y toda referencia a la imposición patrimonial.[249]

De todas maneras, la inclusión de esta cláusula tipo puede resultar aconsejable si se considera la posibilidad de que cualquiera de los Estados contratantes que no ha establecido un impuesto sobre el patrimonio, lo haga en el futuro. Quizás, si uno de ellos tiene impuestos sobre el patrimonio, podría vincularse la activación de tal cláusula a la existencia del impuesto en ambos países.[250]

1.2. Estructura y distribución del poder tributario establecida en el artículo 22 del MC OCDE y singularidades del MC ONU

Los distintos apartados del artículo 22 distribuyen el poder tributario entre los Estados contratantes al considerar los diferentes activos de que se trate.

Así, el apartado 1 del artículo 22 del MC OCDE y el MC ONU se refiere a bienes inmuebles y establece una regla que sigue lo establecido en el artículo 6, a favor del gravamen (no exclusivo) en el Estado de ubicación del inmueble. A los efectos de la aplicación de estas reglas de distribución del poder tributario, el artículo 22 no regula una cuestión clave, como referida a la atribución o imputación de los activos a un contribuyente concreto, de suerte que puede haber diferencias a este respecto debido a divergencias entre la legislación civil y fiscal de los Estados contratantes (v.gr., casos relacionados con sociedades de personas [partnerships]).[251]

El apartado 2 del artículo 22 del MC OCDE y el MC ONU establece una regla similar respecto de los bienes muebles que formen parte del activo empresarial de un establecimiento permanente (EP) de una empresa de un Estado contratante que está localizado en el territorio del otro Estado contratante, la cual le permite a este último su gravamen patrimonial.[252] En el MC ONU esa regla se aplica también en concordancia con el artículo 14, cuando exista una base fija en el otro Estado.

249 No obstante, es cierto que en algunas regiones y países (por ejemplo, en América Latina y el Caribe [ALC]), cabría identificar una tendencia a crear o restablecer impuestos sobre el patrimonio de grandes fortunas, considerando las crecientes necesidades financieras postcrisis (financiera y pandemia) y la percepción de desigualdad y falta de integridad del sistema tributario.

250 En este sentido, vid., por ejemplo, la cláusula del párrafo 14 del protocolo anexo al CDI España-México.

251 La doble imposición o doble no imposición que pudiera surgir en este contexto podría resolverse a través del procedimiento amistoso. Igualmente, se considera que la regla de calificación fiscal prevalente a favor del Estado de la fuente podría contribuir a la eliminación de la doble imposición por el Estado de la residencia del contribuyente, a pesar de tales divergencias.

252 El MC ONU contiene una cláusula equivalente en el artículo 22.3, pero incluye referencias a una base fija que un residente de un Estado contratante tiene a su disposición en el otro Estado contratante a efectos de llevar a cabo servicios personales independientes. Es decir, esta diferencia entre el MC ONU y el MC OCDE responde a que el primero conserva la cláusula del artículo 14 (servicios personales independientes) que el MC OCDE eliminó en el año 2000.

El apartado 3 del artículo 22 del MC OCDE se refiere al patrimonio de una entidad representado por buques o aeronaves empleados en tráfico internacional y por bienes muebles relacionados con la explotación de tales buques, aeronaves y embarcaciones, y asigna poder exclusivo de gravamen al Estado de residencia fiscal de la entidad.

El apartado 4 del artículo 22 del MC OCDE es una cláusula que posee una singularidad: tiene naturaleza residual ya que asigna al Estado de residencia del contribuyente el poder exclusivo de gravamen de los demás elementos del patrimonio que ostente. El MC ONU configura esta disposición de manera que sean los negociadores de los Estados contratantes los que definan la distribución del poder tributario sobre los demás activos, bienes o derechos que conformen el patrimonio de una persona. A este respecto, el MC ONU reconoce que podría preferirse una redacción que otorgara derechos de gravamen sobre ese patrimonio al Estado donde estuvieran localizados tales bienes o derechos (párrafo 3 de los Comentarios al artículo 22 del MC ONU).[253]

En los casos donde se haya previsto la tributación por parte del Estado de ubicación del patrimonio y el otro Estado (residencia del contribuyente) someta a gravamen el mismo hecho imponible, le corresponderá a este último la eliminación de la doble imposición con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23 del CDI.

Los Comentarios al artículo 22 del MC OCDE ponen de relieve que esta cláusula tipo no ordena la cuestión de la deducción de las deudas, cargas o gravámenes que recaen sobre los diferentes elementos patrimoniales, considerando las diferencias que existen entre las legislaciones nacionales de los distintos países a este respecto (párrafo 7 de los Comentarios al artículo del 22 del MC OCDE). No obstante, resultaría aplicable la cláusula de prohibición de discriminaciones fiscales del artículo 24.4 del MC OCDE en relación con casos donde el contribuyente y el acreedor no residen en el mismo Estado.

253 En relación con la configuración de esta cláusula tipo del artículo 22.4 del MC ONU, cabría poner de relieve que algunos países han establecido regímenes de impatriados que determinan una tributación "a tanto alzado" *(lump-sum taxation*) de renta y patrimonio extranjeros. De esta manera, en los casos donde esos impatriados puedan beneficiarse de ese régimen y de una tributación exclusiva de los activos en el Estado de residencia, podrían generarse situaciones de muy baja tributación amparadas por el CDI.

2. LA TRIBUTACIÓN SOBRE LOS DISTINTOS ELEMENTOS DEL PATRIMONIO DE ACUERDO CON LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 22 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

2.1. La tributación patrimonial de la propiedad inmobiliaria (apartado 1 del artículo 22 del MC OCDE)

El apartado 1 del artículo 22 del MC OCDE (y el MC ONU) se refiere a la aplicación del impuesto sobre el patrimonio, recogido eventualmente en el artículo 2 del CDI, sobre la propiedad inmobiliaria.

Esta cláusula establece una distribución del poder tributario entre los dos Estados contratantes, que permite que tanto el Estado de residencia del contribuyente como el Estado donde está situada la propiedad inmobiliaria ostentada por tal sujeto puedan gravar esos bienes con arreglo a su impuesto sobre el patrimonio. En estos casos, le corresponde al Estado de residencia del contribuyente la eliminación de la doble imposición que pudiera generarse, en los términos previstos en el artículo 23 del CDI.

La asignación de poder de gravamen al Estado contratante de situación o ubicación de los inmuebles responde al principio clásico de la imposición patrimonial que atiende al lugar donde está situado el inmueble. Este principio también se encuentra recogido en los artículos 6.1, 13.1 y 4 del MC OCDE y el MC ONU.

El artículo 22.1 del MC OCDE y el MC ONU no regula el modelo impositivo ni los límites de la tributación del patrimonio inmobiliario en el Estado contratante de situación de los inmuebles. Ahora bien, el apartado 1 del artículo 22 únicamente atribuye al Estado contratante de localización de los inmuebles que sean titularidad de un residente del otro Estado contratante, de manera que ese condicionante (titularidad jurídica) se establecería de acuerdo con su legislación nacional.

A estos efectos, resulta de aplicación el artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU a fin de determinar qué bienes o derechos constituyen propiedad inmobiliaria a la hora de aplicar el artículo 22.1.[254]

Algunos países, como Francia y España, consideran que los principios sobre los que pivota el artículo 22.1 del MC OCDE permiten fundamentar la tributación en la fuente de los inmuebles situados en su territorio que no se ostentan directamente, sino indirectamente a través de entidades cuyo activo principal está constituido por

254 El concepto de "propiedad inmobiliaria" remite a la legislación del Estado contratante donde están localizados los inmuebles, por más que el artículo 6 del MC OCDE y el MC ONU incluya una lista de bienes y derechos calificados como propiedad inmueble, de la que excluye a los barcos y aviones o aeronaves. Es decir, el artículo 6 contendría una suerte de "lista negra" y "lista blanca" (*black list & white list).*

inmuebles, en línea con la cláusula del artículo 13.4 del MC OCDE (párrafos 11 y 13 de los Comentarios al artículo 22 del MC OCDE).[255]

Esta posición requiere que se incorpore al CDI una cláusula *ad hoc*[256] y, de hecho, la práctica convencional internacional revela la presencia de este tipo de cláusulas *ad hoc* en la red de CDI.[257]

2.2. La tributación de bienes muebles que formen parte del activo empresarial de un EP (apartado 2 del artículo 22 del MC OCDE y singularidades del MC ONU)

El apartado 2 del artículo 22 del MC OCDE responde en gran medida al mismo principio impositivo que el apartado 1 del referido precepto (párrafo 3 de los Comentarios al artículo 22 del MC OCDE). La idea es permitir que el Estado contratante donde se localiza la propiedad mueble que forma parte de los activos afectos a un EP ubicado en tal Estado, y que integra una empresa residente del otro Estado contratante, pueda gravar a través de un impuesto patrimonial (recogido en el artículo 2 del MC OCDE) esa propiedad mueble.

Se trata nuevamente de una distribución del poder tributario entre los Estados contratantes que permite el gravamen concurrente (ilimitado) por parte del Estado de residencia del contribuyente y del Estado donde está situada la propiedad mueble afecta a un EP ubicado en el territorio de este último Estado. El Estado de residencia del contribuyente quedaría obligado a eliminar la doble imposición en los términos fijados en el artículo 23 del MC OCDE.

A efectos de aplicar la cláusula del artículo 22.2 del MC OCDE pueden plantearse varias cuestiones.

En primer lugar, la existencia de un EP de una empresa de un Estado contratante situado en el territorio del otro Estado contratante puede plantear problemas, si se considera la complejidad de la cláusula del artículo 5 del MC OCDE y el MC ONU y su naturaleza esencialmente fáctica.

En segundo lugar, la determinación de la propiedad mueble que forma parte o está afectada al referido EP también puede resultar dudosa y controvertida. El concepto de bienes muebles no está definido en el MC OCDE ni en el MC ONU, por lo que procede referirse a la legislación nacional del Estado contratante de la fuente a

255 Estos párrafos recogen las reservas introducidas por Francia y España.

256 No obstante, las autoridades fiscales de algunos países, como España, consideran que no resulta necesaria una cláusula *ad hoc;* vid., por ejemplo, las consultas tributarias emitidas por la Dirección General de Tributos (DGT) española (CVs4968-2016, 2675-13, 3874-2016, entre otras; existe doctrina administrativa en otro sentido basada en que los CDI no pueden crear hechos imponibles: CV3178-2019).

257 Por ejemplo, la red española de CDI permite verificar esa cláusula en los siguientes convenios: España con Alemania, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Bielorrusia, Egipto, El Salvador, Eslovenia, Francia, Georgia, India, Islandia, Israel, Kazajstán, Luxemburgo, México, Moldavia, Noruega, Panamá, Rusia y Uruguay.

efectos de determinar su significado y alcance, aunque teniendo en cuenta que quedarían excluidos los bienes inmuebles en el sentido del apartado 1 del artículo 22.

No acontece lo mismo en relación con la calificación de un bien mueble como afecto a la actividad económica del EP, toda vez que esa calificación resulta altamente influenciada por las reglas de tributación y atribución de beneficios a los EP que recoge el artículo 7 del MC OCDE y el MC ONU.

Debido a que tales reglas han ido evolucionando a lo largo del tiempo y existen diferencias significativas entre el régimen de tributación de los EP –de acuerdo con el artículo 7 del Proyecto de Modelo de Convenio de la OCDE de 1963 (PMC OCDE), los MC OCDE 1977-2008 y el denominado enfoque autorizado articulado a través del artículo 7 del MC OCDE 2010-2017, o en el contexto del MC ONU–, la determinación de la afectación de los bienes a un EP podría ser distinta dependiendo del modelo de atribución de beneficios a EP que estipule o establezca el CDI de que se trate (vid. a estos efectos los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE).

En este sentido, los Comentarios al artículo 22.2 del MC OCDE 2017 consideran que concurre tal afectación de los bienes muebles al EP cuando la titularidad económica (*economic ownership*) de tales activos es atribuida al EP con arreglo a los principios desarrollados por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE en su informe *Atribución de beneficios a los establecimientos permanentes* (2010, párrafos 72-97),[258] a los efectos de la aplicación del artículo 7.2 del MC OCDE 2010-2017 (párrafo 3.1 de los Comentarios al artículo 22 del MC OCDE 2010-2017). De acuerdo con los principios del enfoque autorizado de la OCDE, el mero registro contable de los bienes muebles en la contabilidad separada del EP no se considera suficiente para calificar esos bienes como efectivamente afectos a la actividad del EP. Por el contrario, el artículo 7.2 del MC OCDE 2010-2017 establece que la titularidad económica de un bien o derecho equivale a la titularidad a efectos fiscales por una empresa separada, incluyendo los beneficios y cargas que comporta (v.gr., el derecho a la renta imputable a la propiedad de dicho patrimonio, el derecho a practicar amortizaciones que correspondan y la posibilidad de obtener ganancias o de soportar pérdidas debido a la plusvalía o depreciación de ese patrimonio).

Las versiones anteriores de los Comentarios al artículo 22.2 del MC OCDE (previas a 2010) no se referían a la cuestión de la afectación a partir del criterio de la titularidad económica, dado que era más relevante en este contexto la contabilidad del EP y el criterio de la conexión efectiva/funcional.[259]

258 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, París: Comité de Asuntos Fiscales, OCDE; 2010.

259 Vid. los párrafos 16, 19 y 20 de los Comentarios al artículo 7 del MC OCDE 2008.

El MC ONU contiene una cláusula tipo similar a la prevista en el artículo 22.2 del MC OCDE. No obstante, existen dos diferencias relevantes entre estos MC. Por un lado, el artículo 22.2 del MC ONU incluye una referencia a la base fija de negocios a disposición de un residente de un Estado contratante y que está localizada en el territorio del otro Estado contratante a efectos de la realización de actividades profesionales independientes. Esta diferencia responde a que el MC ONU sigue manteniendo la cláusula del artículo 14, en tanto que el MC OCDE (2000-2017) la omite, por lo que aplica el artículo 7 del MC OCDE. Por otro lado, el MC ONU no ha incorporado los principios del enfoque autorizado de la OCDE (2010) sobre la atribución de beneficios a los EP, de manera que la afectación de un bien mueble a un EP no pivota sobre tales principios,[260] a diferencia de lo que acontece en el marco de los CDI que siguen el MC OCDE 2010-2017.[261]

2.3. La tributación de los activos que formen parte de empresas de navegación marítima y aérea en tráfico internacional (apartado 3 del artículo 22 del MC OCDE y el MC ONU)

Esta subcláusula del artículo 22 del MC OCDE se refiere a la tributación del impuesto sobre el patrimonio de los activos que forman parte de empresas de navegación marítima y aérea en tráfico internacional. En este caso, se sigue el patrón de articular un régimen singular de gravamen para estas entidades, al considerar su alta exposición a sufrir doble imposición internacional.

El apartado 3 del artículo 22 del MC OCDE fue modificado en 2017 a efectos de incorporar los cambios introducidos sobre la tributación de las entidades navieras y aerolíneas que llevan a cabo operaciones de transporte internacional. Los cambios introducidos en el artículo 22.3 son consistentes con los incorporados en 2017 a las otras cláusulas que afectan específicamente la tributación de empresas de navegación marítima y aérea en tráfico internacional, a saber, los artículos 3.1(e), 8 y 13.3 del MC OCDE.

El MC ONU (2021) sigue en este punto la cláusula tipo del artículo 22.3 del MC OCDE 2017.

260 La contabilidad y el criterio de conexión efectiva aplicarían a estos efectos.

261 Nótese que un cierto número de países (v.gr., Alemania, Japón y Países Bajos, entre otros) han alineado su legislación nacional con el enfoque autorizado de la OCDE a efectos del gravamen de los EP, de manera que es posible que se susciten cuestiones problemáticas incluso cuando el CDI no articula el modelo de atribución de beneficios a EP recogido en el artículo 7 del MC OCDE 2010-2017. Tales problemas deberían poder resolverse en el marco de un procedimiento amistoso del artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU.

Actualmente, el MC OCDE establece que el patrimonio de una empresa de un Estado contratante que opere barcos y aeronaves empleados en el tráfico internacional, constituido por tales barcos y aeronaves, así como los bienes muebles que estén afectos a sus operaciones, solo será sometido a imposición en tal Estado. Por lo tanto, esta regla sigue los principios fijados en las otras cláusulas del MC OCDE que ordenan la tributación de las entidades que realizan operaciones de tráfico internacional naviero y aéreo.

Es decir, el artículo 22.3 del MC OCDE (2017) establece una regla de tributación exclusiva del impuesto sobre el patrimonio a favor del Estado contratante de residencia de la entidad que realiza tales operaciones de tráfico internacional en relación con los activos afectos a esas operaciones, incluyendo los barcos, aeronaves y bienes muebles utilizados a tal efecto.[262] Los bienes inmuebles que estén conectados o afectos a la realización de operaciones de tráfico internacional de barcos y aeronaves quedan excluidos de esta cláusula, y aplica la regla del artículo 22.1 (tributación patrimonial en el Estado contratante donde estén situados los inmuebles) (párrafo 4 de los Comentarios al artículo 22 del MC OCDE 2017).

La versión de 2010 del artículo 22.3 del MC OCDE asignaba tal tributación exclusiva al Estado donde estaba localizada la sede de dirección efectiva de la entidad, e incluía igualmente en su ámbito de aplicación las embarcaciones utilizadas en la navegación por aguas interiores.

Con todo, los Comentarios al artículo 22.3 del MC OCDE 2017 contemplan la posibilidad de que los Estados contratantes prefieran utilizar el criterio de la sede de dirección efectiva de la entidad que realice estas operaciones de tráfico internacional marítimo y aéreo.

Los Comentarios al artículo 22.3 del MC OCDE 2017 aclaran que esta subcláusula aplica en relación con el gravamen de los activos (barcos y aeronaves en tráfico internacional) que la entidad dedicada al tráfico internacional opere y utilice activamente (artículo 3.1.e), tanto cuando realice esas operaciones por cuenta propia como en operaciones de cesión de medios humanos y materiales en el marco de una prestación de servicios a un tercero (*charter fully equiped*). Por el contrario, si la entidad que ostenta la titularidad de los barcos y aeronaves no los explota en operaciones de tráficos internacional, sino que se limita a su arrendamiento a casco desnudo (*occasional bare boat leasing*), no resulta de aplicación esta subcláusula sino que se considera que, dependiendo del caso, sería aplicable lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22 (párrafo 4.1 de los Comentarios al artículo 22 del MC OCDE 2017).[263]

262 El concepto de empresa de un Estado contratante se define en el artículo 3.1.d del MC OCDE.

263 La misma posición se encuentra en los Comentarios al artículo 22 del MC ONU.

2.4. La regla residual de tributación referida a otros elementos patrimoniales (apartado 4 del artículo 22 del MC OCDE y singularidades del MC ONU)

El apartado 4 del artículo 22 del MC OCDE constituye una cláusula tipo residual que aplicaría en casos donde el patrimonio o activos potencialmente sujetos a gravamen patrimonial no estuviera comprendido en el ámbito de aplicación de los apartados 1 a 3 del mismo precepto (v.gr., los activos financieros, embarcaciones de recreo o automóviles no afectos a actividades empresariales).

Esta regla residual o subsidiaria asigna de forma exclusiva el poder tributario sobre el gravamen patrimonial de estos otros bienes, derechos o activos al Estado contratante de residencia del contribuyente. Posiblemente, esa asignación de poder tributario exclusiva en favor del Estado de residencia del contribuyente responda al principio impositivo clásico, según el cual este Estado somete a gravamen la capacidad económica global de los contribuyentes a través de un impuesto personal y subjetivo.

Los Comentarios de la OCDE en relación con esta subcláusula tipo apenas aportan una guía sobre su aplicación. Únicamente se menciona que, allí donde la regla de tributación del artículo 22.4 fuera aplicable en relación con bienes muebles en régimen de usufructo, la doble imposición que pudiera generarse como consecuencia de la disparidad entre la legislación interna de los países puede resolverse a través del procedimiento amistoso del artículo 25 o de negociaciones bilaterales (párrafo 6 de los Comentarios al artículo 22 del MC OCDE 2017).

En relación con el MC ONU, este modelo adopta una posición abierta en relación con la regla de tributación residual o subsidiaria del artículo 22.4 del MC OCDE. Si bien en el apartado 4 del artículo 22 del MC OCDE se incluye entre paréntesis una cláusula tipo similar a la del MC OCDE, acto seguido se indica (también entre paréntesis) que la cuestión de la tributación de los restantes elementos de patrimonio de un residente de un Estado contratante se deja abierta a las negociaciones bilaterales, y se pone de relieve que podría considerarse la tributación por estos bienes, derechos o activos por parte del Estado contratante donde estén situados.

Los Comentarios al MC ONU enfatizan que existe un argumento de peso a favor de la tributación de tales elementos patrimoniales por el Estado contratante donde están localizados esos bienes, derechos o activos (*situs State*). Asimismo, se señala la coherencia derivada de la utilización de ese criterio en relación con lo previsto en el artículo 21.3 del MC ONU (párrafos 2 y 3 de los Comentarios al artículo 22 del MC ONU). A este respecto, el manual de Naciones Unidas de negociación de convenios de doble imposición entre países desarrollados y países en

desarrollo de 2019 (párrafo 576)[264] considera que, si se generara doble imposición en este contexto como consecuencia de las diferencias entre las legislaciones de los Estados contratantes a la hora de aplicar esta cláusula, el Estado contratante de residencia del contribuyente debería eliminar la doble imposición con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23 del CDI aplicable.[265]

264 Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing countries,* Nueva York: Naciones Unidas; 2019.

265 En algunos casos podría llegarse a la misma conclusión en el marco del MC OCDE si se consideran las reglas establecidas para casos de calificación asimétrica de rentas.

SECCIÓN SEXTA:

MÉTODOS PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Capítulo 23.

El artículo 23 del MC OCDE y el MC ONU: A (método de exención) y B (método de imputación)

1. EXPLICACIÓN BREVE DEL CAPÍTULO V DEL MC: OBJETIVOS DE POLÍTICA FISCAL DERIVADOS DE LOS MÉTODOS PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN RECOGIDOS EN EL ARTÍCULO 23A Y B DEL MC OCDE Y EL MC ONU

El capítulo V del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) y el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) incluye dos cláusulas tipo que ordenan las técnicas concretas para eliminar la doble imposición por parte del Estado de residencia del contribuyente, allí donde el propio convenio permite que se produzca doble imposición. De esta forma, cuando las reglas de distribución del poder tributario asignen de forma exclusiva el poder tributario a uno de los dos Estados contratantes, no se generará doble imposición y, en tal sentido, no procederá aplicar mecanismo adicional alguno, más allá de la posibilidad de tener en cuenta esa renta a otros efectos fiscales, como la progresividad o la aplicación de umbrales de imposición.

En este sentido, los métodos o técnicas para eliminar la doble imposición recogidos en el artículo 23A y B del capítulo V del MC OCDE y el MC ONU son prácticamente idénticos (párrafo 15 de los Comentarios al artículo 23 del MC ONU) y operan de forma equivalente al servicio de la distribución del poder tributario entre los Estados. Asimismo, sirven para eliminar los efectos derivados de un eventual solapamiento de poderes tributarios estatales sobre el mismo hecho imponible y contribuyente.

El convenio para la eliminación de doble imposición en materia de imposición sobre la renta y el capital (CDI) en sí mismo constituye un mecanismo para evitar los efectos de la doble imposición internacional, dado que las cláusulas a través de las que se logra tal objetivo van más allá de lo dispuesto en el artículo 23A y B

del MC OCDE.[266] De hecho, esos preceptos solo regulan la eliminación de la doble imposición en determinados casos, pero existen otras disposiciones del CDI (artículos 4, 9 y 25) que se aplican para la eliminación de la doble imposición en otras ocasiones (párrafos 3 y ss. de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE). El CDI también establece supuestos donde se excluye en origen la doble imposición, al asignar en exclusiva el poder tributario sobre el gravamen de una renta o patrimonio a un Estado contratante.

El capítulo V del MC OCDE y el MC ONU contempla dos cláusulas tipo que regulan dos combinaciones de métodos para eliminar la doble imposición.

Por un lado, el artículo 23A establece con carácter principal el método de exención (aplicable en relación con la renta o patrimonio que pueda gravarse en el Estado contratante de la fuente sin limitación) y el método de imputación (para los casos donde la renta o el patrimonio pueda gravarse de forma limitada en el Estado de la fuente, de manera que el Estado de residencia puede someter a imposición esa renta o patrimonio deduciendo, total o parcialmente, el impuesto extranjero exaccionado de conformidad con el convenio en el otro Estado contratante).

Por otro lado, el artículo 23B establece con carácter principal el método de imputación (*foreign tax credit*), de manera que el Estado de residencia debe permitir la deducción del impuesto extranjero exaccionado en el otro Estado (fuente) con arreglo al Convenio. Asimismo, en su apartado 2 el artículo 23B contiene la cláusula de salvaguarda de la progresividad, al igual que el artículo 23A (apartado 3), la cual permite al Estado de residencia del contribuyente tomar en consideración a efectos fiscales (aplicación del tipo de gravamen de un impuesto progresivo) la renta o patrimonio que solo puede gravarse en el Estado de la fuente, de cara a gravar renta o patrimonio no exento en el primer Estado (residencia).

Es decir, el artículo 23A y B del MC OCDE y el MC ONU recogen una suerte de combinación de técnicas para eliminar los efectos de la doble imposición en aquellos casos donde el convenio permite que se genere ese fenómeno. La cláusula de salvaguarda de la progresividad, recogida en ambos preceptos, posibilita igualmente al Estado de residencia del contribuyente gravar su renta o patrimonio (no exento por el convenio) considerando su capacidad económica derivada de la renta exenta, a efectos del gravamen de renta no exenta por el CDI. Esta combinación de técnicas en el artículo 23 del MC OCDE y el MC ONU refleja que el CDI constituye en realidad un minisistema fiscal entre los dos Estados contratantes, cuya finalidad trasciende la eliminación de la doble imposición.[267]

266 Cuando las reglas de distribución del poder tributario del CDI establecen que una renta (o patrimonio) solo puede gravarse en un Estado contratante, esa asignación exclusiva de poder tributario excluye la doble imposición en el marco del CDI y, en tal sentido, no resultan de aplicación los métodos del artículo 23A y B del MC OCDE. Vid. el párrafo 6 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE.

267 Los CDI también persiguen evitar casos de doble no imposición, prevenir el fraude y la elusión fiscal, y facilitar los flujos de capitales, bienes y servicios entre los Estados contratantes.

El CDI y sus distintas disposiciones constituyen un todo que debe aplicarse de forma sistemática y finalista, sin dejar de considerar su objetivo principal, pero también que las distintas cláusulas reflejan un acuerdo bilateral a través del cual reconcilian sus sistemas tributarios e instrumentan objetivos de política fiscal y extrafiscal (párrafo 2 de los Comentarios al artículo 23 del MC ONU).

La obligación de eliminación de la doble imposición del artículo 23A y B normalmente corresponde al Estado de residencia del contribuyente,[268] y requiere que la imposición que eventualmente se haya exaccionado en el otro Estado contratante sea conforme con lo dispuesto en el convenio.[269]

La obligación de eliminar la doble imposición tiene su fuente jurídica en el propio convenio de doble imposición, de manera que puede considerarse que con carácter general el CDI establece un método convencional autónomo para eliminar la doble imposición.[270] Ese método convencional autónomo coexiste con las medidas unilaterales para eliminar la doble imposición internacional establecidas por los Estados contratantes, que pueden ser distintas y quedar condicionadas a presupuestos diferentes, e incluso sus implicaciones y alcance pueden ser dispares. La correcta operatividad del sistema convencional requiere que los rasgos de autonomía de los métodos previstos en los CDI prevalezcan sobre las normas internas que puedan regular o afectar la eliminación de la doble imposición. En principio, la prioridad de la que gozan los tratados internacionales sobre la legislación nacional en la mayoría de los ordenamientos debería salvaguardar la autonomía y correcta aplicación de los métodos convencionales para eliminar la doble imposición.[271]

268 Existen situaciones donde los dos Estados contratantes pueden operar como Estados de residencia obligados a eliminar la doble imposición como consecuencia de una diferente calificación y gravamen de entidades (opacas/transparentes fiscalmente). En casos donde esa distinta tributación y gravamen resulte de asimetrías o disparidades entre las legislaciones de los dos Estados contratantes –y no de una diferente apreciación de los hechos o interpretación de disposiciones convencionales–las medidas del CDI para eliminar la doble imposición son de aplicación, mientras que en el resto de los casos procedería la eventual invocación del procedimiento amistoso del artículo 25 del MC OCDE. Vid. los párrafos 11.1 a 11.2 y 32.1 a 32.7 de los Comentarios al artículo 23A y B del MC OCDE. La sentencia del Tribunal Supremo (TS) de Reino Unido en el caso Anson vs. HMRC, del 1 de julio de 2015 (UKSC44), resulta ilustrativa dado que consideró que la administración tributaria británica (HMRC) estaba obligada a eliminar la doble imposición sobre el contribuyente de acuerdo con el CDI Reino Unido-Estados Unidos, a pesar de que concurriera una asimetría en la calificación de la entidad (compañía de responsabilidad limitada [LLC, por sus siglas en inglés] de Estados Unidos) que determinaba un gravamen de los partícipes en Estados Unidos, en tanto que la HMRC consideraba que tal entidad era opaca fiscalmente y el partícipe de la LLC no podía reclamar un crédito de impuesto extranjero hasta que tuviera lugar la distribución de la renta (vid. el *HMRC International Manual*, INTM180000 & 180050).

269 Vid. a este respecto los párrafos 32.1 a 32.7 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE.

270 Vid. el párrafo 579 de OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Manual para la negociación de convenios fiscales entre países desarrollados y países en desarrollo*, París: OCDE; 2019, así como el párrafo 13 de los Comentarios al artículo 23 del MC ONU y el párrafo 32.8 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE

271 Así lo reconoce la propia OCDE en el informe de 2015: OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2-2015: Final Report,* OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, París: OCDE; 2015, párrafo 444.

La práctica convencional internacional revela que en la mayoría de los casos el precepto que regula el método de eliminación de la doble imposición ordena esta cuestión de forma independiente para cada Estado contratante. Ello permite no solo que cada Estado opte por la combinación de técnicas que mejor se acople con su legislación y política económica y fiscal, sino también favorece la conexión del método convencional con la legislación interna de cada Estado. En este sentido, los autores de este Manual recomiendan que cada país opte por el modelo que le permita una mayor singularización de la regulación convencional para evitar la doble imposición.

2. LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN A TRAVÉS DE CDI QUE SIGUEN EL MC OCDE Y EL MC ONU: PRESUPUESTOS E INTERRELACIÓN CON MEDIDAS UNILATERALES PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL

Como se indicó, los métodos para eliminar la doble imposición recogidos en los CDI no tienen por qué coincidir con los previstos en la legislación interna de los Estados. De hecho, los métodos convencionales son básicamente autónomos en el sentido de que constituyen una regulación que prevalece sobre la legislación interna que ordene la eliminación de la doble imposición. Como consecuencia, normalmente la legislación interna operará de forma complementaria para rellenar aspectos no ordenados por el CDI, pero sin poder introducir limitaciones adicionales que no resultan del convenio.[272]

Ciertamente, la eliminación de la doble imposición a través de CDI presenta rasgos sustantivos propios que alejan este sistema de las medidas unilaterales para suprimir los efectos de este fenómeno, a pesar de que se empleen técnicas en buena medida coincidentes (v.gr., métodos de exención e imputación). El origen de esa diferencia radica en la coordinación de poderes tributarios que los CDI instrumentan al servicio de la eliminación del referido fenómeno. Este factor permite modular la forma de eliminación de la doble imposición, de manera que pueden arbitrarse medidas que garanticen la supresión en origen de la doble imposición internacional o la eliminación de sus efectos, así como lograr ambas consecuencias alternativamente (dependiendo del tipo de rentas o elementos patrimoniales). A su vez, los CDI permiten articular medidas de política fiscal y económica a través de los métodos para eliminar la doble imposición, ya sea por medio de un uso alternativo de las

272 Vid. en este sentido el párrafo 579 del manual de Naciones Unidas de negociación de convenios de doble imposición de 2019 (Naciones Unidas, *UN Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties*, Nueva York: Naciones Unidas; 2019), así como el párrafo 13 de los Comentarios al artículo 23 del MC ONU y el párrafo 32.8 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE.

técnicas de exención e imputación, o bien mediante otro tipo de cláusulas, como las de imputación de impuestos no pagados (*tax sparing/matching credit*).

A este respecto, cabe señalar que tanto el artículo 23A como el 23B del MC OCDE articulan una combinación de técnicas para eliminar la doble imposición. Así, el artículo 23A del MC OCDE integra la exención tributaria para las rentas que pueden gravarse en el Estado de la fuente con el método de imputación para las rentas cuya tributación en la fuente resulta limitada por el propio convenio. Por su parte, el artículo 23B del MC OCDE establece la aplicación del método de imputación con carácter general, aunque también recoge una cláusula de progresividad que permite al Estado de residencia considerar la renta o los elementos patrimoniales exentos por el CDI a efectos de calcular el tipo progresivo aplicable sobre la renta o patrimonio que resulta imponible en tal Estado. La aplicación de una u otra técnica posee consecuencias recaudatorias, fiscales y económicas muy diferentes. El hecho de que el MC OCDE y el MC ONU hayan articulado una combinación alternativa de métodos radica en la imposibilidad de llegar a un consenso entre los diferentes países a la hora de establecer una técnica única, debido precisamente a los distintos efectos que posee cada una según las diversas circunstancias o variables concurrentes en cada caso.

Del mismo modo, a fin de poner de relieve los diferentes presupuestos que rigen la aplicación de las medidas unilaterales y bilaterales (CDI) para eliminar la doble imposición, la aplicación de las técnicas previstas en el artículo 23 de un CDI que siga el MC OCDE solo tiene lugar allí donde el propio convenio permite que se produzca doble imposición internacional (de carácter efectivo/imputación o potencial/exención). En este sentido, la aplicación del artículo 23 tiene lugar, en este caso, con posterioridad a la operatividad de las reglas de distribución concretas del poder tributario que establece el CDI. De esta manera, el CDI establece para cada tipo de rentas (o elementos patrimoniales) un reparto concreto del poder tributario de forma que, como consecuencia del mismo, en algunas situaciones solo un Estado puede gravar la renta en cuestión (bien el Estado de la fuente o el de la residencia) mientras que en otros supuestos ambos Estados contratantes pueden someter a imposición la renta transnacional. Cuando las reglas de distribución del poder tributario atribuyen poder de gravamen exclusivo a uno de los dos Estados contratantes, entonces no puede producirse la doble imposición, en la medida en que el CDI la ha excluido o suprimido mediante la coordinación de poderes tributarios. Cualquier antinomia entre las reglas de distribución del poder tributario y el precepto convencional que regula el método de eliminación de la doble imposición solo puede resolverse a favor de este último cuando el CDI haya establecido expresamente tal solución.

Por el contrario, si las reglas de distribución convencionales del poder tributario permiten a los dos Estados contratantes gravar la misma manifestación de riqueza o el mismo hecho imponible, entonces el CDI permite el surgimiento de la doble

imposición internacional, a la vez que establece un mecanismo para eliminar sus efectos, a saber: los métodos previstos en el artículo 23. De esta forma, los métodos de exención tributaria o imputación establecidos en el artículo 23 de los CDI que siguen el MC OCDE y el MC ONU solo resultan aplicables donde el convenio permite que surja la doble imposición internacional. En este sentido, la obligación convencional del Estado de residencia de eliminar la doble imposición en aplicación del método específicamente previsto en el convenio solo surge y resulta exigible donde, y en la medida en que, la tributación exaccionada en el otro Estado contratante se ajuste a lo previsto en el CDI.[273] Asimismo, la aplicación del artículo 23 de los CDI, como ya se ha mencionado, puede tener lugar con el objeto de lograr otros efectos, como la preservación de la progresividad fiscal en el Estado de la residencia (apartado 3 del artículo 23A y apartado 2 del artículo 23B del MC OCDE) o la supresión de supuestos no previstos (y no queridos por los Estados contratantes) de doble no imposición (apartado 4 del artículo 23A del MC OCDE 2000-2017). Nótese que el hecho de que se produzca una situación de doble no imposición en el marco de un CDI no constituye per se una situación que resulte contraria al convenio o abusiva, de manera que deba corregirse por vía interpretativa.[274]

A este respecto, la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios de 2016 (MLI, por su sigla en inglés) recoge en su artículo 5 una cláusula que modifica las disposiciones de los CDI en materia de doble imposición a efectos de eliminar casos de doble no imposición.

En este mismo orden de cosas, debe destacarse que el MC OCDE de 2017, que se adapta a los informes de la OCDE y el Grupo de los 20 (G20) publicados en 2015, incorporó una modificación del tenor literal y también Comentarios al artículo 23A y B del MC OCDE 2017.[275] La frase introducida en el clausulado de los referidos preceptos ("*except to the extent that these provisions allow taxation by that other State solely because the income is also income derived by a resident of that State or because the capital is also capital owned by a resident of that State*")[276] tiene por objeto clarificar que, en tales casos, los dos Estados no estarían recíprocamente obligados a eliminar la doble imposición sobre los impuestos exaccionados por cada uno de ellos

273 Vid. el párrafo 25.1 de la introducción al modelo de convenio, incluido en la versión del MC OCDE de 2014.

274 A este respecto, vid. las sentencias del TS italiano del 24 de noviembre de 2018 (n.º 23984), del 18 noviembre de 2011 (n.º 24248), del 29 de enero de 2001 (n.º 1231) y del 11 de octubre de 2018 (n.º 25219), donde se declara que la interpretación del artículo 13.4 del CDI Italia-Alemania, que establece la exención en la fuente de las ganancias patrimoniales no mencionadas en los apartados anteriores de tal precepto, no requiere la tributación de esa ganancia patrimonial en el Estado de residencia del contribuyente, lo que resulta consistente con la estructura y sistemática del CDI y el significado ordinario de los términos empleados en tal cláusula, a pesar de que se genere doble no imposición.

275 Esta adición se incorporó también en el artículo 23A.1 y B.1 del MC ONU 2021.

276 "Salvo en la medida en que estas disposiciones permitan la imposición por ese otro Estado únicamente porque los rendimientos sean también rendimientos obtenidos por un residente de ese Estado o porque el capital sea también capital propiedad de un residente de ese Estado" (traducción de los autores).

exclusivamente sobre la base de la residencia del contribuyente. De esta manera, cada Estado estaría obligado a conceder la eliminación de la doble imposición únicamente en la medida en que el gravamen exigido por el otro Estado resulte acorde o conforme con las disposiciones del CDI que permitan la imposición de la renta o patrimonio como Estado de la fuente o como Estado donde existe un EP al que la renta o patrimonio resulta atribuible.

La OCDE considera que ese principio o regla ya resultaba implícito en el tenor del artículo 23A y B del MC OCDE, de manera que la modificación de 2017 simplemente lo clarifica y elimina cualquier duda al respecto. Los nuevos Comentarios recogidos en el MC OCDE 2017 en relación con el artículo 23A y B aclaran la aplicación de esta regla, para lo cual se incluye una serie de ejemplos relacionados con entidades híbridas (como *partnerships*) donde los dos Estados contratantes tratan de forma distinta a efectos fiscales a la entidad y los partícipes (párrafos 11.1, 11.2, 31.1, 61, 69.1 y 69.2 de los Comentarios al artículo 23A y B del MC OCDE).

3. EL MÉTODO DE EXENCIÓN RECOGIDO EN EL ARTÍCULO 23A DEL MC OCDE Y EL MC ONU

El método de exención recogido en el artículo 23A del MC OCDE y el MC ONU establece una técnica que excluye el gravamen sobre la misma renta (o patrimonio) y contribuyente en su Estado de residencia, sin perjuicio de la aplicación de la cláusula de progresividad, en caso de que esta cláusula tipo incluya el apartado 3 del referido MC. El efecto principal de esta cláusula es la eliminación de la doble imposición, ya que se excluye el gravamen sobre la misma renta por parte del Estado de residencia del contribuyente. A su vez, esta cláusula canaliza la neutralidad en la importación de capitales, ya que el capital se importa en el Estado de residencia del contribuyente sin que la política fiscal (incentivos fiscales) desarrollada por el Estado de la fuente sea distorsionada o anulada por el Estado de residencia del contribuyente.[277] De esta forma, podría considerarse que el método de exención favorece los intereses de los países que desean atraer inversiones a su territorio y utilicen para ello incentivos fiscales, en la medida en que el otro Estado exima esa renta, sin distorsionar la política fiscal del primero.[278] Pueden lograrse efectos equivalentes a través de las denominadas cláusulas de *tax sparing/matching credit*, pero su aplicación normalmente resulta más compleja y no existe consenso internacional sobre sus efectos y conveniencia de uso (párrafos 12 y ss. y 38 y ss. de los Comentarios al artículo 23A y B del MC OCDE).[279] Igualmente, algunos países introducen en los CDI cláusulas de cambio de método (*switch-over*), que excluyen la aplicación del método de exención cuando la renta se beneficia de un régimen preferencial en el otro Estado.[280]

La aplicación del método de exención normalmente opera respecto de la renta neta (renta extranjera bruta minorada con gastos específicamente imputables a la misma). De todas maneras, en el caso de que se produzcan rentas negativas (pérdidas), la exención excluye como regla la integración y compensación de esas pérdidas con las rentas positivas generadas y gravadas en el Estado de residencia, a menos que el convenio o la legislación interna del Estado permita esa integración y compensación. Por ejemplo, algunos países incluyen en sus CDI cláusulas

277 Aquí radica la razón de la preferencia de los países en desarrollo por el método de exención. Vid. los párrafos 3 a 12 de los Comentarios al artículo 23 del MC ONU.

278 No obstante, la neutralidad en la importación de capitales que canaliza el método de exención puede resultar afectada o distorsionada de forma significativa por la aplicación de las medidas de tributación global mínima (*GloBE Rules* o normas modelo) del Pilar 2, aprobadas en el marco inclusivo del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE (Plan BEPS)/OCDE/G20 en octubre de 2021.

279 Vid. los párrafos 3 a 12 y 28 de los Comentarios al artículo 23 del MC ONU, y párrafos 72 y ss. de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE.

280 Vid. también el párrafo 585 del manual de Naciones Unidas de negociación de convenios de doble imposición (Naciones Unidas, *UN Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties*, Nueva York: Naciones Unidas; 2019).

de compensación de pérdidas con recaptura respecto del gravamen de los EP en el extranjero.[281]

No obstante, la obligación de eliminación de la doble imposición por el Estado de residencia del contribuyente, con arreglo al artículo 23A o B, queda circunscrita a todas aquellas situaciones donde el otro Estado contratante haya sometido o pueda someter a gravamen al contribuyente y renta de que se trate, de conformidad con lo dispuesto en el CDI.[282] Ello significa que cuando el Estado de la fuente someta a imposición una renta de forma contraria a lo dispuesto en el convenio, el otro Estado no está obligado a eliminar la doble imposición. En esos casos, el conflicto de imposición puede resolverse bilateralmente a través del procedimiento amistoso del artículo 25 del MC. Sin embargo, puede acontecer que el Estado de la fuente y el Estado de residencia apliquen distintas disposiciones del CDI como consecuencia de las disparidades (o asimetrías) derivadas de su legislación interna que determinan una calificación distinta de la renta o del propio contribuyente. En estos casos se considera que como regla debe aceptarse la calificación realizada por el Estado de la fuente a los efectos de la eliminación de la doble imposición en el otro Estado.[283]

Existen distintos tipos de conflictos de calificación, algunos de los cuales pueden generar situaciones de doble no imposición.[284] En función de esto, la OCDE introdujo en el MC OCDE (2000) una cláusula (apartado 4 del artículo 23A) dirigida a neutralizar cierto tipo de conflictos de calificación que generan doble no imposición. Sin embargo, no parece que esta cláusula resulte especialmente relevante en la práctica ni que deba propiciarse su utilización o inclusión en un CDI, teniendo en cuenta una serie de circunstancias: (1) su complejidad técnica; (2) su muy limitado uso en la red de convenios internacional; (3) la implementación a nivel internacional de cláusulas internas que neutralizan situaciones de doble no imposición a través de transacciones o estructuras que generan asimetrías híbridas; y (4) la no inclusión de esta cláusula en el manual de Naciones Unidas de negociación de convenios de 2019.[285]

281 Vid. los párrafos 44 y 62 de los Comentarios al artículo 23A del MC OCDE.

282 Al respecto, vid. los párrafos 32.1 a 32.7 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE.

283 Vid. los párrafos 32.1 y ss. de los Comentarios al artículo 23A y B del MC ONU 2017.

284 Vid. los párrafos 56.1 a 56.3 de los Comentarios al artículo 23A del MC OCDE.

285 No obstante, la cláusula tipo recogida en el artículo 23A, apartado 4 del MC OCDE, se incluyó en el MC ONU 2021. Sin embargo, el apartado 4 del artículo 23A del MC ONU expande su ámbito operativo más allá de lo establecido en el MC OCDE, e incluye determinados casos donde el Estado de la fuente aplica disposiciones convencionales de tributación reducida (artículos 10.2, 11, 12, 12A y 12B). La guía recogida en los párrafos 19 a 25 de los Comentarios al artículo 23A del MC ONU justifica las diferencias en este punto con la cláusula tipo del MC OCDE.

4. EL MÉTODO DE IMPUTACIÓN RECOGIDO EN EL ARTÍCULO 23A Y B DEL MC OCDE Y EL MC ONU

En relación con el método de imputación (*foreign tax credit*), recogido con carácter principal en el artículo 23B del MC (y con carácter residual en el artículo 23A, apartado 2), cabe indicar que este mecanismo para eliminar la doble imposición opera de forma distinta que el método de exención. Esto es así dado que este último determina una exclusión o reducción de la base imponible del contribuyente a efectos de instrumentar una exención de imposición en el Estado de residencia del contribuyente, mientras que el método de imputación no opera sobre la base imponible sino que se instrumenta a través de una deducción o crédito de impuesto (extranjero) que reduce o minora (limitada o ilimitadamente) la cuota tributaria del impuesto sobre la renta o patrimonio exaccionado en el Estado de residencia del contribuyente.

De esta forma, el método de imputación, instrumentado a través de una deducción o crédito de impuesto que reduce la cuota tributaria del contribuyente, requiere la integración de la renta extranjera en la base imponible del contribuyente de conformidad con la legislación fiscal de su Estado de residencia. La aplicación del método de imputación, al igual que sucede con el método de exención, depende y está supeditada a una imposición en el otro Estado que sea conforme con lo establecido en el convenio. De esta manera, solo cabría tomar en cuenta (y deducir) el impuesto exaccionado en el otro Estado, en la medida que fuera conforme con lo establecido en el CDI. Esta fórmula resulta lógica, ya que el método de eliminación de la doble imposición opera dentro de un marco de distribución del poder tributario entre Estados que debe ser observado por ambos. Toda imposición en la fuente contraria al CDI debe resolverse a través del procedimiento amistoso o mediante la interposición de recursos o reclamaciones fiscales dirigidas a preservar la correcta aplicación del convenio en tal Estado.

El artículo 23B contiene el método de imputación ordinaria, que limita la aplicación de la deducción del impuesto extranjero, de manera que este no se deduce íntegramente en todos los casos (*full credit*). Por el contrario, la deducción del impuesto extranjero tiene como límite la cuota tributaria o impuesto nacional del Estado de residencia del contribuyente correspondiente a la renta sometida a gravamen en el extranjero. De esta forma, el contribuyente terminará siendo gravado por el impuesto más elevado de los dos impuestos que se proyectan sobre la misma renta.

La aplicación del método de imputación resulta técnicamente más compleja que el método de exención en la mayoría de los casos, y en tal sentido los Comentarios al artículo 23B recogen un buen número de cuestiones técnicas que se plantean con motivo de su aplicación. La mayoría de ellas deben ordenarse o resolverse a través de la legislación interna de los Estados (por ejemplo, la modalidad de cómputo del límite

del método de imputación: por renta, por país, por EP, cómputo global, por cestas de rentas, etc.), aunque determinadas cuestiones pueden regularse en el propio CDI. En particular, resulta interesante que los convenios que se negocien incluyan la eliminación de la doble imposición económica internacional sobre dividendos y plusvalías derivadas de transmisión de participaciones en entidades no residentes, para lo cual se utiliza alguna de las fórmulas recogidas en el MC OCDE y el MC ONU.[286]

A diferencia de lo que acontece con el método de exención, el método de imputación instrumenta la neutralidad en la exportación de capitales, toda vez que la renta extranjera se termina gravando de acuerdo con la legislación fiscal del Estado de residencia del contribuyente, prácticamente en los mismos términos que la renta interna. Ello conlleva que las exenciones, incentivos fiscales y en general la política fiscal desarrollada por el Estado de la fuente puedan quedar neutralizadas o distorsionadas por la aplicación del método de imputación en el otro Estado. Precisamente para evitar este efecto asociado al método de imputación se desarrollaron las cláusulas de *tax sparing/matching credit*. La negociación de estas cláusulas, y su inclusión en los CDI, resulta importante para todo país que desee atraer inversión extranjera y utilice incentivos fiscales a tal efecto. La mayoría de los países OCDE se muestra reacio a incorporar estas cláusulas, de manera que se trata de una de las cuestiones que puede constituir un elemento clave en las negociaciones de CDI entre países que adopten posiciones diferentes sobre este tema, en la medida en que se pretenda desarrollar una política económica dirigida a atraer inversión extranjera utilizando incentivos fiscales. El manual de Naciones Unidas de negociación de convenios de doble imposición de 2019 incluye varios modelos y recomendaciones a este respecto.[287]

La utilización de un método u otro (o una combinación de ambos) por parte de un país en las negociaciones de CDI constituye una decisión de gran relevancia desde la perspectiva técnica y de política fiscal. Tal decisión debería tomarse considerando un conjunto de circunstancias, como la distribución del poder tributario que se pacta en el convenio sobre las distintas categorías de rentas (en especial, las pasivas), el tipo de país con el que se está negociando el convenio (particularmente, si se trata de un país desarrollado o en desarrollo), y los flujos de rentas y transacciones actuales y los objetivos que pretenden alcanzarse de forma complementaria a través del convenio (fomento de la inversión extranjera a través de incentivos fiscales). A este respecto, ya se ha indicado que el método de exención utilizado por el otro Estado favorece la repatriación de rentas al preservar la fiscalidad del Estado

286 Vid. los párrafos 49 y ss. de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE. Vid. también el manual de Naciones Unidas de negociación de convenios de 2019 (pp. 167-168).

287 Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties*, pp. 168-170, Nueva York: Naciones Unidas; 2019.

de la fuente, en tanto que el método de imputación favorece la neutralidad en la exportación de capitales.[288]

5. LA CLÁUSULA DE PROGRESIVIDAD RECOGIDA EN EL ARTÍCULO 23A Y B DEL MC OCDE Y EL MC ONU

5.1. Consideraciones generales

La funcionalidad de la cláusula de progresividad prevista en el MC OCDE y el MC ONU es facilitar la aplicación en el marco de los CDI de uno de los principales principios constitucionales-tributarios que rige en la mayoría de los países de la OCDE y de América Latina y el Caribe (ALC). A través de esta cláusula, las rentas exentas en la residencia pueden tenerse en cuenta a efectos de determinar el tipo progresivo de gravamen que corresponde aplicar sobre el resto de las rentas o elementos patrimoniales no exentos de gravamen. En este sentido, esta cláusula únicamente canaliza la aplicabilidad del principio de progresividad dentro del mini-sistema tributario convencional.

Actualmente, la cláusula de progresividad aparece recogida en el artículo 23A.3 y en el artículo 23B.2 del MC OCDE. Ambas cláusulas poseen el mismo alcance y significado, de manera que la diferencia radica en que la primera se aplica en el marco del precepto que regula el método de exención y la segunda en el marco del método de imputación ordinaria.

La cláusula de progresividad está configurada de manera que, cuando un residente de un Estado contratante obtenga renta o elementos patrimoniales que, según el CDI, resulten exentos de imposición en el mismo, el Estado de residencia del contribuyente pueda tener en cuenta la renta o patrimonio exento convencionalmente a efectos de determinar el impuesto a aplicar sobre la restante renta o patrimonio de tal contribuyente. La mayor parte de los elementos que integran esta cláusula ya han sido analizados cuando se examinó el método de exención, de forma que a continuación se desarrollarán aquellos que no han sido expuestos en las secciones precedentes.

En primer lugar, la cláusula de progresividad recogida en el MC OCDE únicamente se refiere a la tributación en el Estado de la residencia, de manera que no prejuzga o afecta la progresividad en el Estado de la fuente (párrafo 56 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE).

288 A efectos de seguir los principios de la decisión CAN 478 de la Comunidad Andina de Naciones, posiblemente tenga sentido que los CDI que se concluyan con países miembros de esta Comunidad incluyan o hagan uso del método de exención, a efectos de preservar el derecho prioritario de gravamen del país fuente.

En segundo lugar, las rentas que se consideran exentas según el convenio incluyen tanto aquellas a las que se aplica el método de exención del artículo 23A.1 como aquellas en las que el convenio ha establecido la imposición exclusiva en el Estado de la fuente. Es decir, la cláusula de progresividad opera tanto cuando la renta puede gravarse en los dos Estados contratantes como cuando solo puede gravarse en el Estado de la fuente. Como se verá más adelante, esta afirmación únicamente puede predicarse respecto de los CDI que siguen en este punto al MC OCDE 1977 y versiones posteriores, pero no en relación con aquellos convenios que siguen el Proyecto de Modelo de Convenio de la OCDE de 1963 (PMC OCDE).

En tercer lugar, la cláusula de progresividad solo permite tener en cuenta las rentas exentas en el Estado de la residencia en virtud del CDI a efectos de determinar el impuesto aplicable a la renta o patrimonio no exento. En este sentido, debe destacarse que el convenio no introduce la progresividad en el impuesto del Estado de la residencia, a menos que tal principio fiscal ya esté reflejado en la normativa de ese impuesto.[289] Se considera que la legislación que ordena las tarifas impositivas de carácter progresivo constituye fundamento legal suficiente para articular la progresividad que posibilita el convenio, sin que ello vulnere el principio de legalidad tributaria.

En cuarto lugar, se ha planteado que, cuando un CDI recoja la cláusula de progresividad, el Estado de residencia puede tomar en cuenta las rentas negativas netas de fuente extranjera a efectos de determinar el tipo progresivo de gravamen sobre la renta o patrimonio no exento por el convenio. Allí donde no mediara esa cláusula no procede tomar en consideración estas rentas a los efectos de cifrar el tipo de gravamen.

Finalmente, el efecto derivado de la cláusula de progresividad convencional también resulta aplicable en el régimen de tributación conjunta en el que se acumulan rentas extranjeras exentas de uno de los miembros de la unidad familiar. De esta forma, las rentas extranjeras de uno de los cónyuges deben ser tenidas en cuenta para cifrar el gravamen progresivo aplicable en el régimen de tributación conjunta a la unidad familiar en el que aquel se integra junto con otros individuos (párrafo 55 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE).

289 Así se ha pronunciado el TS español, en su sentencia del 13 noviembre 2023, Rec. 5748/2022.

5.2. Evolución de la cláusula de progresividad en el MC de doble imposición

El artículo 23A del MC OCDE apenas ha experimentado modificaciones a lo largo del tiempo. El principal cambio operado tuvo lugar en 1977. En efecto, el MC OCDE de 1977 modificó el artículo 23A separando de su apartado 1 la cláusula de progresividad a fin de dotarla de autonomía. Tal objetivo se logró a través de la introducción de un nuevo apartado 3 en el citado precepto, así como mediante la reestructuración del tenor literal del artículo 23B con el mismo fin. Esta modificación en el artículo 23A.1 tiene un alcance que trasciende de la mera mejora sistemática. En este sentido, la cláusula de progresividad recogida en el PMC OCDE solo permitía al Estado de la residencia tener en cuenta las rentas o elementos patrimoniales respecto de los cuales tuviera que aplicar el método de exención, esto es: las rentas o elementos patrimoniales que con arreglo al convenio el Estado de la fuente puede someter a imposición. La cláusula de progresividad recogida en el apartado 3 del artículo 23A (y en el B.2) del MC OCDE 1977 y versiones posteriores amplía el ámbito operativo de la misma, de forma que el Estado de la residencia puede tener en cuenta toda la renta exenta en el mismo (tanto en virtud del artículo 23A.1 como de las reglas convencionales de distribución de poder tributario a favor de la tributación exclusiva en el Estado de la fuente) a los efectos de fijar el tipo de gravamen sobre la restante renta o patrimonio del contribuyente (párrafo 55 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE).

A su vez, el artículo 23B.2 del MC OCDE ha evolucionado a lo largo del tiempo, de manera que la cláusula de progresividad actual se incorporó al mismo a través de la reforma operada por el MC OCDE de 1977, ya que el PMC OCDE no contenía la cláusula de progresividad en su artículo 23B (párrafo 79 de los Comentarios al artículo 23 del MC OCDE).

El artículo 23A y B del MC ONU contienen la cláusula de progresividad en los mismos términos que el MC OCDE.

SECCIÓN SÉPTIMA:

DISPOSICIONES ESPECIALES

Capítulo 24.

El artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU: el principio de no discriminación

1. FUNCIONALIDAD, ESTRUCTURA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE NO DISCRIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 24 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

La cláusula de no discriminación del artículo 24 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) se presenta en términos muy similares en el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU),[290] aunque existen ciertas diferencias entre estas dos cláusulas tipo que serán destacadas más adelante.[291]

Esta disposición del modelo de convenio (MC) tiene como finalidad articular una serie de prohibiciones de discriminaciones fiscales (injustas), que toman en consideración los siguientes elementos y circunstancias: (1) la nacionalidad; (2) la realización, por parte de un residente de un Estado contratante, de actividades en el otro Estado a través de un establecimiento permanente (EP); (3) el carácter transfronterizo de ciertos pagos a efectos de su deducibilidad, y (4) la propiedad (extranjera) de una entidad residente de un Estado contratante.

La cláusula de no discriminación –en realidad, el conjunto de reglas que se agrupan en el artículo 24 del MC– no excluye toda fórmula o forma de discriminación, sino solo aquellas que se consideran contrarias a los objetivos principales del convenio, por ejemplo, establecer un marco que favorezca la inversión y el comercio transfronterizo entre los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación y que reduzca los obstáculos fiscales, como pueden ser normas discriminatorias frente a

290 Vid. los párrafos 1 y 3 de los Comentarios del artículo 24 del MC ONU.

291 Las principales diferencias se refieren a la lista de excepciones a la aplicación de la cláusula de no discriminación del apartado 4 del artículo 24 del MC OCDE. El MC ONU incluye una lista de excepciones más amplia que comprende lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 12A o el párrafo 11 del artículo 12B, y la mención a remuneraciones por servicios técnicos y pagos por servicios automatizados. Algunos países en desarrollo también parecen ser partidarios de una aplicación más estricta de la cláusula de no discriminación del artículo 24.4 del MC ONU, en el sentido de limitar la deducibilidad a que la renta esté efectivamente gravada en la sede del receptor residente del otro Estado contratante. Vid. el párrafo 3 de los Comentarios al artículo 24 del MC ONU.

operadores económicos o inversionistas no residentes o extranjeros residentes en el otro Estado contratante.

En este sentido, la cláusula de no discriminación posee una funcionalidad al servicio de los objetivos principales que se tratan de articular a través de un convenio de doble imposición (CDI) entre dos Estados contratantes, como favorecer las inversiones, los flujos de capitales y el desarrollo transfronterizo de actividades económicas entre personas residentes de los dos países firmantes dicho convenio. Las "diferencias de trato injustificadas",[292] carentes de justificación legítima, constituyen una barrera y un obstáculo a las inversiones y a las relaciones económicas internacionales que el CDI contribuye a restringir de forma significativa (si bien, dada la configuración tradicional del principio de no discriminación en el ámbito tributario, que es distinta a la que puede encontrarse en otras áreas, como la de los acuerdos de protección recíproca de inversiones, la funcionalidad y operatividad del principio es limitada).

Por cierto, la cláusula del artículo 24 no excluye todo tipo de diferencias de trato, y mucho menos aquellas que posean una justificación legítima, como es el propio régimen fiscal al que están sometidos los sujetos residentes y no residentes, o las que se basan en la capacidad económica. De esta forma, la cláusula se proyectaría sobre una tipología de diferencias de trato "injustas" por ser carentes de justificación legítima, aunque la naturaleza y la limitación de los efectos del artículo 24 suponga que ciertas diferencias de trato carentes de justificación, por ejemplo, en algunos casos entre residentes y no residentes, no puedan abordarse con el artículo 24 del MC OCDE por su limitado ámbito de aplicación. En este sentido, los Comentarios al MC OCDE indican que el artículo 24 no está pensado para aplicarse o proyectarse sobre "discriminaciones indirectas",[293] ni tampoco sobre las denominadas "discriminaciones inversas", es decir, cuando un país otorga un mejor trato fiscal a un no residente que a un residente.[294] En esta misma línea, el artículo 24 del MC OCDE excluye de la prohibición de no discriminación a aquellos casos donde la diferenciación esté amparada en otras situaciones y artículos regulados en el CDI.

Esta cláusula tampoco puede interpretarse en el sentido de que permite invocar el trato de nación más favorecida, tal y como se indica en los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU,[295] ni propiciar una imposición de sujetos no residentes más beneficiosa que la de sujetos residentes en situación comparable.[296]

292 Vid. el párrafo 1 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE.

293 Vid. el párrafo 1 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE.

294 La problemática asociada a las "discriminaciones inversas" en muchos casos puede tener "dimensión constitucional".

295 Vid. el párrafo 2 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE, que razonan en tal sentido invocando el principio de reciprocidad sobre el que pivotan los convenios de doble imposición (CDI).

296 Vid. los párrafos 3 y 34 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE. Se destaca aquí cómo la tributación de un establecimiento permanente, de acuerdo con las reglas del artículo 7 del MC OCDE, no puede, en principio, considerarse discriminatoria.

La aplicación de la cláusula de no discriminación requiere que el contribuyente que la invoque, de acuerdo con los términos de la cláusula del artículo 24 de que se trate, se encuentre en una "situación comparable" o realice una "actividad en las mismas circunstancias", o bien se trate de "empresas similares". Es decir, para que haya discriminación injusta debe partirse de una "situación comparable" en el sentido definido en el artículo 24.

En relación con el alcance del artículo 24 del MC OCDE, la aplicación de esta cláusula de no discriminación determina que, en el caso de que concurrieran sus presupuestos, la norma nacional que la trata no perdería vigencia, sino que, simplemente, no resultaría aplicable al sujeto no residente que la invoca.

Por último, en relación con el campo de aplicación del artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU, cabe señalar que la prohibición de no discriminación se refiere al tratamiento fiscal de sujetos comprendidos en su ámbito subjetivo, de manera que se proyecta sobre contribuyentes residentes de los Estados contratantes que han concluido un CDI que posee una cláusula que sigue estos MC.

Sin embargo, el ámbito de aplicación del artículo 24 del MC OCDE trasciende el del CDI, según las definiciones del artículo 2 (impuestos cubiertos). En efecto, la cláusula del apartado 6 del artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU extiende la prohibición de no discriminación que resulta de dicho precepto a todos los impuestos aplicables en los Estados contratantes, con independencia de si se incluyen o no en el artículo 2, y al margen de que su exacción dependa de una autoridad federal, regional o local.[297] De esta forma, allí donde constitucionalmente existan limitaciones para que un convenio internacional establezca prohibiciones de trato discriminatorio en relación con determinados impuestos, tales limitaciones deben tenerse en cuenta a la hora de negociar y configurar esta cláusula.[298]

297 El hecho de que la aplicación de la cláusula de no discriminación no quede circunscrita a los impuestos comprendidos en el convenio, de acuerdo con el artículo 2 del MC OCDE, no significa que resulte de aplicación universal respecto de todas las figuras tributarias que forman parte del sistema tributario de los Estados contratantes. En este sentido, se ha puesto de relieve cómo la aplicación del artículo 24 se limita a "impuestos", y existen dudas sobre si hay que realizar una interpretación atendiendo a la legislación interna de los Estados contratantes o, por el contrario, optar por un enfoque más estricto basado en la interpretación convencional autónoma del término "impuesto" en este contexto que puede excluir, por ejemplo, a los impuestos aduaneros y a las contribuciones a la seguridad social.

298 Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties Between Developed and Developing Countries*, párrafo 640, Nueva York: Naciones Unidas; 2019. La jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Australia en el caso *Addy* vs. *Commissioner of Taxation* (2021) ilustra cómo opera la cláusula de no discriminación a causade la nacionalidad en relación con impuestos que gravan transmisiones inmobiliarias de forma más pesada a ciudadanos extranjeros, con el objeto de reducir el incremento constante de los precios de las viviendas en las grandes ciudades.

2. LA ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO 24 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: LAS CINCO CLÁUSULAS QUE INSTRUMENTAN EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN FISCAL

Los diferentes apartados del artículo 24 contienen cláusulas de no discriminación específicas en relación con distintas situaciones donde se considera prohibida (e injusta) la diferencia de trato en virtud de las circunstancias o los criterios que comprenden.

2.1. El artículo 24.1 del MC OCDE y el MC ONU: la prohibición de no discriminación en razón de la nacionalidad

La cláusula del apartado 1 del artículo 24 se refiere a la discriminación fiscal en razón de la "nacionalidad". Esta disposición convencional prohíbe que un Estado contratante trate a los nacionales del otro Estado de forma discriminatoria en comparación con el trato que reciben sus propios nacionales, situados en las mismas circunstancias.

La cláusula convencional, por tanto, atiende a diferencias de trato basadas en la nacionalidad del obligado tributario,[299] de manera que otras "discriminaciones" que se apoyan en otros criterios o circunstancias (residencia) no estarían comprendidas en el ámbito de aplicación de esta cláusula, aunque pueden estar prohibidas por otras cláusulas del artículo 24 del MC OCDE, o bien por otros instrumentos internacionales (acuerdos de protección de inversiones) o normas nacionales (Constitución nacional, leyes administrativas o tributarias, etc.).[300]

El término "nacional" se define en el artículo 3.1.g del MC OCDE, e incluye entidades, personas jurídicas, sociedades de personas y asociaciones cuyo estatus o regulación resulta del otro Estado, así como personas físicas que son nacionales de tal país.

El artículo 24.1 únicamente excluye diferencias de trato fiscal formales (mayores obligaciones formales, documentales, procedimentales) o materiales (mayor tributación) que estén basadas en la condición de nacional extranjero, de manera que las diferencias de trato asentadas en situaciones de hecho o jurídicas diferenciadas (por ejemplo, el distinto trato de residentes y no residentes por la norma tributaria)

299 Vid. los ejemplos de los párrafos 20 y ss. de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE, a efectos de deslindar casos de discriminación basados en la nacionalidad y situaciones donde la diferencia de trato puede apoyarse en otros factores o circunstancias. El mero hecho de que el contribuyente sea no residente no excluye la concurrencia de una discriminación fundada en la nacionalidad, allí donde la residencia no constituye el factor que fundamenta la diferencia de trato fiscal. No parece que el artículo 4.2.c del MC OCDE pueda calificarse como norma discriminatoria desde la perspectiva del artículo 24.1 del MC OCDE.

300 Vid. los párrafos 7, 8 y 17 y ss. de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE.

no estarían prohibidas por esta cláusula.[301] Es decir, este párrafo solo se aplica a las discriminaciones directas (a causa de la nacionalidad), pero no a otro tipo de discriminaciones, como las indirectas (que se refieren no a la nacionalidad, sino a otros criterios, por ejemplo, la residencia, aunque produzcan los mismos efectos).

La prohibición de no discriminación en razón de la nacionalidad también se proyecta sobre casos donde el nacional de un Estado contratante reside en un país tercero, tal y como resulta de la última frase del apartado 1 del artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU.

Sin embargo, el artículo 24.1 del MC OCDE no está configurado para extender a entidades públicas del otro Estado el trato fiscal especial que un Estado contratante aplica a sus propias entidades o instituciones públicas.[302] La misma "reserva" se establece en relación con el tratamiento fiscal especial de las entidades sin fines lucrativos que un Estado contratante otorga a tales entidades, considerando el beneficio público que deriva de sus actividades de interés general.[303] En cierta medida, ello refleja el limitado alcance de la cláusula de no discriminación del artículo 24.1 del MC OCDE, que, como ya se ha indicado, no comprende la prohibición de discriminaciones indirectas debido a la nacionalidad, a diferencia de lo que resulta de otros tratados internacionales (por ejemplo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (UE) o los Acuerdos de Protección Recíproca de Inversiones, APRI).

2.2. El artículo 24.2 del MC OCDE y el MC ONU: la cláusula de no discriminación fiscal referida a los "apátridas"

El artículo 24, de acuerdo con su apartado 2, también prohíbe las discriminaciones fiscales frente a los apátridas (*stateless persons*) que sean residentes de uno de los dos Estados contratantes.[304] No quedan, por tanto, comprendidos en su ámbito de aplicación los apátridas residentes fiscales de países terceros.

Esta disposición pretende evitar que estos sujetos puedan ser objeto de diferencias de trato en términos similares a las que pretende excluir el apartado 1 del artículo 24 del MC OCDE;[305] la cláusula, además, complementaría la del artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de Nueva York (1954).[306]

301 Vid. el párrafo 2 de los Comentarios al artículo 24 del MC ONU 2017, donde se detallan varios ejemplos sobre el significado de la expresión "mismas circunstancias" en este contexto.

302 Vid. el párrafo 10 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE.

303 Vid. el párrafo 10 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE.

304 El concepto de "apátrida" a los efectos del artículo 24.2 del MC OCDE es el que resulta del artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de Nueva York (1954). Vid. el párrafo 32 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE.

305 Como un cierto número de convenios fiscales no incluyen esta cláusula, el MC ONU ofrece alternativas que modifican el ámbito de aplicación de este párrafo, a efectos de permitir su incorporación a través de otras fórmulas. Vid. el párrafo 2 de los Comentarios al artículo 24 del MC ONU 2017.

306 Vid. los párrafos 26 y 27 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE.

Nótese que las situaciones de apátridas, que no son frecuentes, pueden darse en casos de renuncia a la nacionalidad de un país o de retirada forzosa de este estatus como sanción. La práctica convencional revela un escaso uso de esta disposición.

El MC OCDE ofrece alternativas que modifican el alcance de esta cláusula de no discriminación fiscal de los apátridas.[307]

2.3. El artículo 24.3 del MC OCDE y el MC ONU: la cláusula de no discriminación fiscal de los EP

El apartado 3 del artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU trata de garantizar que los EP de una empresa residente de un Estado contratante que opera en el otro Estado contratante queden protegidos frente a discriminaciones fiscales injustificadas en el "país de acogida" (*host country*), de manera que no tributen de forma menos favorable que una empresa doméstica que realiza las mismas actividades que dichos establecimientos.

El manual de Naciones Unidas de negociación de convenios de doble imposición,[308] advierte a los negociadores sobre las importantes implicaciones derivadas del apartado 3 del artículo 24 del MC ONU, particularmente acerca de las consecuencias que resultan de esta regla de igualdad de trato de los EP, y recomienda la lectura de la guía al respecto incluida en los Comentarios del MC OCDE (párrafos 33 al 72 en relación con el artículo 24.3), incorporada en el MC ONU 2017 y 2021, sobre una serie de cuestiones que afectan a la tributación de tales EP (determinación de la base imponible del impuesto, tratamiento de los dividendos recibidos respecto de participaciones afectas al EP, estructura y tipo de gravamen del impuesto, retenciones en la fuente sobre dividendos, intereses y cánones percibidos por los EP, deducción por impuestos extranjeros y extensión a los EP de las ventajas de las deducciones recogidas en convenios de doble imposición con países terceros).

El citado manual de Naciones Unidas[309] hace hincapié en la importancia que posee el artículo 24.3 para los países en desarrollo, ya que excluye la aplicación de un "impuesto sobre la transferencia de los beneficios de los EP" (*branch profit tax*), de manera que aquellos países que quieran establecer un impuesto de esta naturaleza o preservar su aplicación en el caso de que ya esté vigente en el marco de un convenio de doble imposición, deben tomarlo en cuenta y negociar la inclusión de una cláusula ad hoc en el artículo 10, siguiendo el modelo de los Comentarios al artículo 10 del MC ONU (párrafos 24 al 30), que permite implementarlo con excepción de la

307 Vid. los párrafos 30 y 31 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE.

308 Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties Between Developed and Developing Countries*, Nueva York: Naciones Unidas; 2019.

309 Ibid., p. 174.

cláusula de no discriminación del artículo 24.3 del MC ONU (lo mismo ocurre en el caso del artículo 11 del MC OCDE y el MC ONU).

La aplicación de la cláusula de no discriminación fiscal de los EP puede resultar muy compleja y casuística, considerando su singular régimen de tributación internacional y las diferencias que existen entre tal régimen y el que aplica a una entidad residente en el Estado en el que está localizado y opera el EP.

En este sentido, los Comentarios al MC OCDE advierten que el propio régimen fiscal internacional del EP, tal y como se desarrolla en el artículo 7.2 del MC OCDE, no puede ser considerado discriminatorio simplemente porque resulta distinto, conforme a las singularidades de los EP frente a las sociedades, al ser aplicable por los sujetos residentes que realizan actividades similares en el otro Estado contratante.[310]

De acuerdo con la cláusula de no discriminación del artículo 24.3 del MC OCDE, la extensión del tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades (IS) que aplica a una sociedad residente o a un EP de una persona física, puede excluirse considerando la distinta "estructura legal" a través de la cual se desarrollan las actividades económicas.[311]

La misma "excepción" puede invocarse en relación con otra serie de casos a los que se refieren los Comentarios al artículo 24.3 del MC OCDE:

- El condicionante referido a las "mismas actividades" puede justificar un diferente trato fiscal a un EP respecto de una entidad residente sujeta a un "régimen regulado" (por ejemplo, entidades financieras) al que no está sujeto tal EP.

- La diferente "forma" y "régimen legal" a través del cual opera un EP (como parte de una entidad cuya casa central está situada en el otro Estado contratante) puede justificar diferencias de trato fiscal respecto de entidades residentes en el Estado contratante de acogida.

Los Comentarios al artículo 24.3 del MC OCDE (párrafos 40 y ss.) se refieren de forma detallada a una serie elementos del IS, y en cada caso se razona la aplicación concreta del principio de no discriminación respecto de entidades residentes que realizan las mismas actividades sobre las siguientes cuestiones:[312]

310 Vid. los párrafos 33 al 34 y 42 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE.

311 Vid. el párrafo 37 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE.

312 El párrafo 41 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE matiza que el "sistema de referencia" entre el régimen del establecimiento permanente (EP) y el régimen aplicado a empresas independientes que realicen actividades similares se refiere a estas últimas de forma individual y no a las reglas que las afectan en el marco de un grupo de empresas (por ejemplo, el régimen de grupo fiscal, etc.).

1. La determinación de la base imponible del impuesto (tratamiento de gastos fiscalmente deducibles, deterioros, provisiones, bases imponibles negativas, tributación de ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de transmisión de activos afectos, etc.).

2. El tratamiento de los dividendos derivados de participaciones cualificadas que den derecho a la eliminación de la doble imposición.[313]

3. La estructura y el tipo de gravamen del impuesto.[314]

4. Las retenciones sobre dividendos, intereses y cánones obtenidos por un EP.[315]

5. La aplicación de la deducción por doble imposición internacional.[316]

6. La extensión al EP del beneficio de las disposiciones para eliminar la doble imposición de convenios de doble imposición concluidos con países terceros.[317]

---

313 La extensión a los establecimientos permanentes (EP) de las medidas para eliminar la doble imposición económica respecto de los dividendos derivados de participaciones afectas a un EP que opera como entidad de mera tenencia de acciones o entidad *holding* no resulta pacífica, puesto que existen diferentes posiciones a nivel internacional. Algunos países que rechazan esta asimilación del EP *holding* a una "matriz" alegan, por ejemplo, que tal tratamiento permite evitar retenciones en la fuente sobre dividendos.

314 Los párrafos 55 y ss. de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE se dedican a esta cuestión y analizan la aplicación del principio de no discriminación en relación con impuestos con tarifas progresivas e impuestos mínimos; se considera, con carácter general, que pueden tomarse en cuenta los beneficios, la cifra de negocios, etc. de la empresa de la que forma parte el establecimiento permanente (EP), a efectos de determinar la tarifa progresiva o si procede aplicar la "imposición mínima" sobre los beneficios imputables al EP.

315 Los párrafos 62 y ss. de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE ponen de relieve cómo es posible exigir retenciones sobre pagos de dividendos, intereses y cánones al establecimiento permanente en términos similares a los que se aplican en situaciones puramente domésticas; en cambio, estas retenciones no podrían aplicarse si la exacción tiene lugar únicamente en situaciones internacionales, dado que pueden colisionar con el artículo 24.3 del MC OCDE.

316 El párrafo 67 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE pone de relieve cómo el principio de no discriminación determina la extensión de la aplicación de la legislación doméstica en materia de eliminación de doble imposición a los casos donde el establecimiento permanente obtiene renta extranjera.

317 Los párrafos 69 al 72 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE desarrollan la cuestión de la eliminación de la doble imposición en casos donde el establecimiento permanente (EP) recibe renta originada en un país tercero, con el que el Estado de residencia de su casa central puede haber concluido un convenio de doble imposición (CDI). Vid. igualmente OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Triangular Cases*, París: OCDE; 1992. El artículo 10 de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI) (2016) contiene una cláusula antiabuso en relación con estructuras triangulares donde un residente de un Estado contratante opera en un país tercero a través de un EP. La cláusula establece que los beneficios del CDI se denegarán si una renta obtenida por un residente a efectos del CDI que sea imputable a un EP situado en un país tercero está exenta en el Estado de residencia del contribuyente y es gravada en el país tercero donde está situado el EP, de manera tal que soporta un impuesto inferior al 60 % del impuesto que hubiera sido exigido en el Estado de residencia en el caso de que el EP estuviera localizado en su territorio. La cláusula antiabuso contempla una excepción para situaciones donde la renta obtenida por el EP está conectada con el desarrollo activo de una actividad empresarial a través del EP, e incluye un mecanismo de *discretionary relief* cuando los beneficios del CDI son denegados con arreglo a este precepto. La cláusula del artículo 10 de la MLI es del tipo *in place of or in absence of*; y no estamos ante un estándar mínimo de BEPS, de manera que los países firmantes pueden ejercitar una reserva dirigida a excluir su aplicación en el marco de sus *Covered Tax Agreements* (CTA).

2.4. El artículo 24.4 del MC OCDE y el MC ONU: la cláusula de no discriminación fiscal referida a la deducibilidad de gastos derivados de operaciones transfronterizas

La cláusula del apartado 4 del artículo 24 del MC OCDE y del MC ONU excluye una forma específica de diferencia de trato que afecta a la deducibilidad de intereses, cánones y otros pagos a no residentes, de manera que tal deducibilidad fiscal no puede resultar limitada por tratarse de pagos a sujetos no residentes allí donde resulte aplicable el convenio.

No obstante, esta cláusula (artículo 24.4) no excluye la aplicación de normas antisubcapitalización, en la medida en que sean compatibles con lo que se establece en otras disposiciones del convenio (básicamente, se trataría de los artículos 9.1 y 11.6) y que su aplicación no quede limitada a pagos a sujetos no residentes. Asimismo, esta cláusula de no discriminación no se opone a la exigencia de obligaciones informativas específicas en relación con pagos a no residentes, siempre y cuando su alcance resulte proporcional y adecuado para lograr un nivel de control fiscal similar al que están sujetos los pagos en situaciones internas. La lista de excepciones a la aplicación de la cláusula de no discriminación del apartado 4 del artículo 24 del MC ONU responde a la misma funcionalidad que la del MC OCDE, pero es más amplia, ya que comprende lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 12A o el párrafo 11 del artículo 12B, y la mención a remuneraciones por servicios técnicos y pagos por servicios automatizados.

En relación con la negociación del CDI y lo dispuesto en la cláusula del artículo 24.4 del MC OCDE y del MC ONU cabría considerar la eventual inclusión de disposiciones en el protocolo de un convenio de doble imposición que autoricen expresamente la aplicación de determinadas cláusulas antiabuso que protejan frente a la erosión de bases imponibles de las empresas residentes.[318]

Algunos países también se muestran partidarios de limitar la aplicación de la cláusula del apartado 4 del artículo 24 del MC ONU a la imposición efectiva de la renta en el Estado contratante de residencia del perceptor, aunque tal postura podría ser reconsiderada en este contexto en casos donde resultaran aplicables medidas de "tributación global mínima" (Pilar 2 del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE [Plan BEPS]).[319]

318 Vid. igualmente el párrafo 3 de los Comentarios al artículo 24 el MC ONU 2017 y 2021.

319 Vid. el párrafo 3 de los Comentarios al artículo 24 del MC ONU, sobre la tributación global mínima del Pilar 2 del Plan BEPS 2.0, vid. el capítulo final de este Manual.

2.5. El artículo 24.5 del MC OCDE y el MC ONU: la cláusula de no discriminación en razón del control de la entidad

La cláusula del apartado 5 del artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU prohíbe que los Estados contratantes puedan dispensar un trato fiscal menos favorable a una empresa cuyo capital pertenece o es controlado por uno o más residentes del otro Estado contratante total o parcialmente, directa o indirectamente; esto es, una "empresa bajo control o de capital extranjero".

La cláusula del artículo 24.5 del MC OCDE no despliega efectos en relación con el tratamiento de las personas o socios de la sociedad bajo control extranjero, sino que únicamente afecta a la tributación no discriminatoria de tal sociedad.[320]

Se considera que esta disposición no se refiere a normas que establecen ventajas fiscales o regímenes especiales que atienden las relaciones que median entre empresas residentes, como es el caso de los regímenes de grupo o consolidación fiscal. Por ejemplo, el artículo 24.5 del MC OCDE no se opondría a que la consolidación fiscal permitida por la legislación de un país respecto de entidades residentes que formen parte de un mismo grupo empresarial (exigiendo los correspondientes requisitos de porcentaje de participación, forma jurídica, etc.), no aplicara en relación con una filial residente y su matriz no residente.

Tampoco se considera que esta cláusula de no discriminación afecte al diferente régimen fiscal aplicable a los dividendos pagados por una entidad residente a su accionista residente y al no residente, ya que esta diferencia de trato responde a una circunstancia distinta a la que intenta regular el artículo 24.5 del MC OCDE.[321]

Las implicaciones derivadas del artículo 24.5 del MC OCDE y el MC ONU sobre medidas antierosión de bases imponibles (por ejemplo, las medidas antisubcapitalización, o sobre las que limitan la deducibilidad de intereses pagados a prestamistas no residentes), dependen de cómo esté configurada la medida de que se trate, de manera que, si su presupuesto de aplicación no atiende al control extranjero de la entidad, en principio no aplicaría el artículo 24.5 del MC OCDE. De esta forma, si el presupuesto de la medida antierosión de bases imponibles atiende a la condición de no residente del perceptor de la renta (con independencia de si media o no el control), se considera que aplicaría el apartado 4 del artículo 24 del MC OCDE, y es

320 Vid. el párrafo 76 y 77 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE.

321 Vid. el párrafo 78 de los Comentarios al artículo 24 del MC ONU 2017 y 2021, que reproducen los del MC OCDE.

entonces relevante si la medida resulta o no compatible con tal precepto y sus "exclusiones" (principio de plena competencia).[322]

No obstante, el manual de Naciones Unidas de negociación de convenios entre países desarrollados y países en desarrollo[323] advierte que aquellos países que hayan establecido normas que articulen una diferencia de trato fiscal en función de la titularidad o el control extranjero de una empresa residente deben considerar el impacto de esta cláusula y, en ese caso, introducir esta cuestión en las negociaciones de los convenios.

322 Vid. el párrafo 79 de los Comentarios al artículo 24 del MC OCDE. La OCDE parece limitar la aplicación de la cláusula del apartado 5 del artículo 24 del MC OCDE a casos donde la medida se basa en el control extranjero de la entidad de que se trate, y, además, tal medida sea contraria al principio de plena competencia; es decir, se trasladaría al apartado 5 lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 24 por vía interpretativa, lo cual es dudoso y puede generar controversia. En este sentido, esta cuestión debería tratarse en las negociaciones de los convenios de doble imposición (CDI) y, en ese caso, plasmarse el correspondiente acuerdo en un protocolo o memorándum de entendimiento (MOU) en el CDI.

323 Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties Between Developed and Developing Countries*, p. 175, Nueva York: Naciones Unidas; 2019.

Capítulo 25.
El artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU: el procedimiento amistoso

1. EL ARTÍCULO 25 DEL MC OCDE Y EL MC ONU: FUNCIÓN Y ASPECTOS GENERALES

1.1. Aspectos generales y función del artículo 25 del MC OCDE

El artículo 25 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) establece un mecanismo o cauce que permite a los Estados parte de un convenio de doble imposición (CDI), a través de sus autoridades competentes (AC), realizar consultas y resolver diferencias de interpretación y aplicación del CDI, o alcanzar acuerdos en relación con cualquiera de sus disposiciones, o incluso con aspectos que pudieran no estar cubiertos por el propio CDI.

A diferencia de lo que en ocasiones suele pensarse, y aunque será natural que el procedimiento amistoso (PA) se active cuando existan supuestos de doble imposición, el PA también se puede iniciar en caso de que haya diversas posiciones sobre cómo aplicar el CDI, o cómo interpretarlo, sin que se produzca la doble imposición. En este sentido, el PA es también el cauce a través del cual los contribuyentes pueden reclamar, con carácter general, frente a vulneraciones de los CDI por parte de los Estados contratantes.

Además de ser una vía para descartar interpretaciones o aplicaciones erróneas del CDI, exista o no doble imposición jurídica (gravamen de la misma renta para el mismo contribuyente), el artículo 25 del MC OCDE también cumple una función muy relevante para la eliminación de la doble imposición económica (gravamen de la misma renta para dos personas distintas). El artículo 25 del MC OCDE tiene una conexión intensa con el artículo 9.2, y suele ser, con frecuencia, el procedimiento empleado para eliminar la doble imposición económica que pueden producir los ajustes primarios en materia de precios de transferencia. El ajuste correlativo del artículo 9.2 del MC OCDE se realiza para muchos Estados en el contexto del PA casi de forma exclusiva (aunque también hay Estados que permiten su realización al margen del PA). Incluso en los CDI donde no exista el artículo 9.2 del MC OCDE,

se asume que el PA es el cauce adecuado para realizar dicho ajuste correlativo.[324] Como puede fácilmente intuirse, será en el ámbito de los precios de transferencia donde con frecuencia se active el PA, ya que las diferencias de calificación de las operaciones y la utilización de metodologías o comparables en general determinan que se produzca la doble imposición económica entre empresas asociadas que utilizarán el PA recurso para tratar de corregirla.

En consecuencia, con carácter general, la función del PA es garantizar la correcta interpretación y aplicación del CDI ante cualquier supuesto de que una de las AC se desvía del CDI, así como eliminar, si existe, la doble imposición jurídica y económica que pueda producirse al implementar el CDI. Esta idea delimita también el tipo de casos que tendrá acceso al PA, ya que no podrá iniciarse por cuestiones no vinculadas con el CDI (por ejemplo, solo conectadas con la interpretación o la aplicación de la ley interna). Únicamente cuando la legislación interna interfiera con alguna disposición del CDI podría iniciarse el PA. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando un Estado realice un ajuste por operaciones vinculadas sobre la base de lo dispuesto en su legislación interna, pero que sea susceptible de generar doble imposición económica con una entidad vinculada situada en el otro Estado contratante. Tal ajuste determinará que entre en juego el artículo 9 del MC OCDE y el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU), y pueda considerarse la resolución del caso a través del PA.

En el contexto de los PA, las AC no necesariamente deben seguir lo establecido en su legislación interna de forma literal para llegar a soluciones que permitan una correcta interpretación y aplicación del CDI. Con ciertas limitaciones, y solo en ocasiones, las AC pueden concluir los PA que se desvíen de la legislación interna. Por ejemplo, si bien la definición de partes vinculadas a las que se aplica el principio de imposición a precios de mercado o la metodología para llegar a determinar tal precio puede no ser idéntica en los dos Estados parte de un CDI, el artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU constituye la base para alcanzar acuerdos que solucionen la doble imposición que podría generarse, aunque, para uno de los Estados (aplicando su legislación interna) pueda no existir una parte vinculada o la jerarquía de métodos, o el procedimiento de determinación del rango de precios de mercado tenga ciertas diferencias respecto de lo previsto en el otro Estado, o se derive de las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias.*

Sin embargo, al mismo tiempo, las AC deben ser conscientes de que la legalidad interna o el principio de no agravación (los CDI no pueden crear gravámenes donde la ley interna no lo permita) constituyen un límite en la mayoría de los Estados al

324 Vid., a este respecto, también el artículo 17.3 de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI).

acuerdo que se pueda alcanzar. Por ejemplo, si la norma interna de operaciones vinculadas no permite recalificar operaciones y solo admite su valoración, es difícil que las AC puedan hacer en el contexto de los artículos 9 y 25 del MC OCDE lo que su legislación interna no les permite.

Precisamente por la existencia de límites internos en la legislación tributaria, las AC deben evaluar si estos pudiesen impedir cerrar cierto tipo de PA, y también, si fuera posible, si se debieran regular en el CDI para minimizar o eliminar sus efectos y que no resulten un obstáculo. Por ejemplo, se podría expresar de forma específica que el PA se podrá ejecutar a pesar de ciertos límites procedimentales que la legislación interna imponga en relación con actos administrativos firmes, acuerdos con la administración tributaria, sentencias anteriores, etc. Al menos en los casos donde existan límites internos infranqueables para la AC (sentencias judiciales y ciertos acuerdos o actos firmes) se debe regular que sea posible considerar la eliminación de la doble imposición. Por ejemplo, no es infrecuente encontrar una AC cuya posición esté determinada porque no puede apartarse de una sentencia de un tribunal, y la otra AC, sin embargo, tenga margen de maniobra para eliminar la doble imposición que se pudiera producir en el caso y ambos Estados regulen tal situación en el propio CDI.

La AC encargada de los PA se identifica en el artículo 3.1.f del MC OCDE. Normalmente, los Estados designan como tales a autoridades de alto rango, con capacidad de decisión y posibilidad de vincularse con el Estado (por ejemplo, el ministerio competente, como puede ser el de Hacienda o el de Finanzas, según el caso, la máxima autoridad de la administración tributaria, etc.) o con sus representantes autorizados, que serán normalmente quienes, en el día a día, se encarguen de la gestión de los PA. Estos representantes autorizados se especifican después de conformidad con los procedimientos internos o la legislación de cada país. Pero el artículo 25 del MC OCDE no es el único que atribuye funciones a las AC; este punto también se desarrolla, por ejemplo, en el artículo 4.2 del MC OCDE en relación con las reglas de desempate de la residencia y en el artículo 4.3 del MC OCDE.

El artículo 25 del MC OCDE regula tres tipos de PA: el PA para casos específicos (artículos 25.1 y 2), el PA interpretativo (artículo 25.3 de la primera frase) y el PA legislativo (artículo 25.3 de la segunda frase). De ellos, probablemente el más relevante es el PA para casos específicos, puesto que es el cauce a través del cual el contribuyente y las AC pueden considerar supuestos de aplicación incorrecta del CDI o de doble imposición jurídica o económica. Además, es el que se ha desarrollado con mayor intensidad últimamente en el contexto internacional (aunque también el PA legislativo ha registrado una revitalización importante).

Los Estados deben ser conscientes de la importancia de la celebración de un PA en la interpretación y la aplicación del CDI, de manera que el artículo 3.2 del MC OCDE, desde 2017, subraya que la conclusión de un PA (hermenéutico) relativo

a la determinación del significado de un término tiene el efecto de desplazar la necesidad de recurrir a la legislación interna para dotarlo de significado. Si bien esta referencia del artículo 3.2 del MC OCDE está vinculada especialmente al PA interpretativo o legislativo (artículo 25.3 del MC OCDE), también resulta de aplicación para los PA para casos específicos. Los Estados deben, en consecuencia, verificar que esta relación de los PA con su legislación interna (que consiste en que el PA puede desplazar la eficacia y la aplicación de la legislación interna) es conforme con sus ordenamientos, de manera que la inclusión de la fuerza consolidada del PA a través del artículo 3.2 del MC OCDE resulte admisible en los CDI que negocien.

Por otra parte, el PA se completa con la posibilidad de arbitraje (artículo 25.5 del MC OCDE), que se concibe como una fase final, no independiente, que se podrá activar cuando las AC no sean capaces de llegar a un acuerdo que cierre el PA en el plazo de dos años a partir de la obtención toda la información para considerar el caso. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en otros foros (acuerdos bilaterales de protección recíproca de inversiones, acuerdos de libre comercio), no se trata de un arbitraje donde un tribunal u órgano específico decidirá la disputa, sino, más bien, de una forma de cerrar el PA que todavía forma parte de la fase administrativa y que presenta enormes peculiaridades, como se verá, con respecto a los arbitrajes en otros sectores (por ejemplo, en los acuerdos de protección de inversiones).

1.2. La naturaleza del PA como procedimiento interestatal y la posición del contribuyente en el PA

El PA es un procedimiento que se desarrolla entre Estados; en particular, entre las AC involucradas, que se encargan de interpretar y aplicar un CDI. No obstante, nada impedirá que se dé entrada a más Estados para tener PA multilaterales que produzcan efectos más allá de los Estados firmantes del CDI, o que se coordinen varias AC para que existan PA bilaterales gemelos cuyos efectos sean idénticos a un PA multilateral.

Por sus características de procedimiento interestatal, la posición del contribuyente y sus derechos en el PA están limitados, si bien cada vez son más reconocidos en el ámbito internacional. A diferencia de lo que ocurre en los procedimientos regulados, por ejemplo, en materia de arbitraje de inversiones, que enfrentan a un inversionista con un Estado, o en los recursos judiciales internos, en el PA el papel del contribuyente se limita a solicitar su inicio y a esperar que las AC (1) consideren que su caso debe pasar a la fase bilateral para ser negociado y (2) lleguen a un acuerdo, ya que no tienen obligación de hacerlo.

Obviamente, una actitud colaborativa del contribuyente en el PA (aportando la documentación e información necesaria, ayudando a las AC a entender su caso, avanzando en soluciones que aceptaría, etc.) facilita el desarrollo más fluido del PA. Sin embargo, la entrada que el contribuyente tenga en el PA depende por completo

de la voluntad de las AC, ya que, técnicamente, el contribuyente permanece al margen del PA: no tiene necesariamente derecho a ser oído (aunque lo normal será que sí lo tenga) ni se lo notificará de manera formal, en ocasiones, acerca de las razones técnicas que llevan al acuerdo alcanzado por las AC para que lo acepte. El contribuyente tampoco conoce cuánto tiempo tardará en resolverse su caso ni tiene información intermedia sobre cómo evoluciona o acerca de si su caso se solucionará en el PA (por supuesto, si el CDI regula el arbitraje, existe la garantía de que, al final, tal solución se producirá de alguna forma y que en el plazo marcado en el CDI puede iniciarse el arbitraje).

Como consecuencia, los contribuyentes deben ser conscientes de que el desarrollo del PA es completamente distinto a los recursos judiciales internos y a los arbitrajes de inversiones, y que gran parte el éxito del procedimiento depende de su actitud colaborativa y de la transparencia que muestre frente a las AC. En el PA, el contribuyente también debe saber que, en muchos casos, alguna de las AC será su aliada cuando los intereses de uno y otro confluyan.

1.3. Los "estándares mínimos" en materia de resolución de disputas y el PA: la Acción 14 del Plan BEPS y la MLI

La inclinación del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE (Plan BEPS), iniciado en 2013 y concluido en 2015, hacia la definición de normas y acciones relativas a la erosión de bases imponibles (y el interés de las administraciones tributarias) determinó que también se reconociera la necesidad de mejorar los procedimientos de resolución de disputas de aplicación de los CDI en el informe final de la Acción 14 del Plan BEPS, como una concesión a los contribuyentes.[325] Si bien este informe no supuso grandes cambios en la redacción del artículo 25 del MC OCDE, sí desarrolló lo siguiente:

1. Un estándar mínimo en esta materia que todos los Estados debían cumplir.

2. Un conjunto de buenas prácticas que contribuirán al funcionamiento eficaz del procedimiento.[326]

325 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Making Dispute Resolution Mechanism More Effective, Action 14-2015 Final Report*, París: OCDE; 2015.

326 Vid. el contenido detallado del estándar mínimo y las buenas prácticas de la Acción 14 del Plan BEPS, párrafos 13 y ss.

La finalidad de establecer el citado estándar mínimo es triple:

1. Asegurar que el artículo 25 del MC OCDE (o más bien, sus disposiciones equivalentes) se aplica de forma efectiva y de buena fe, de manera que los casos sometidos al PA se concluyen en plazos razonables.

2. Garantizar la aplicación de procesos administrativos que promuevan la prevención y resolución oportuna de litigios relacionados con los CDI.

3. Asegurar que, cuando tienen derecho, los contribuyentes pueden acceder de manera efectiva al PA.[327]

El estándar mínimo en materia de PA se desarrolló en el artículo 25 del MC OCDE y sus Comentarios, y en el artículo 16 de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI), en este último caso con la voluntad de actualizar los CDI más antiguos para que cumplieran con el citado estándar; de ahí que las opciones de reserva que permitía a los Estados firmantes fueran mínimas. El estándar mínimo, en esencia, consiste en el compromiso de los Estados miembros del Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE y el G20 de incluir en sus CDI los párrafos 1 al 3 del artículo 25 del MC OCDE, con las alternativas posibles que admiten los Comentarios a este precepto. En este sentido, el artículo 16 de la MLI permite incorporar a los CDI más antiguos los aspectos del estándar mínimo que no estén adaptados los CDI. Al respecto, es preciso subrayar que el cumplimiento por parte de los miembros de dicho Marco del estándar mínimo se monitoriza a través de un procedimiento de peer-review por la OCDE (la Acción 14 del Plan BEPS, párrafos 37 y ss., estableció el marco de este procedimiento).

1.4. El PA como marco general que necesita ser completado por la legislación interna

La regulación del PA en el artículo 25 del MC OCDE (al igual que en el artículo 16 de la MLI) es parca y se limita a establecer los aspectos o hitos básicos del procedimiento a través del cual las AC deben actuar, por más que los Comentarios a estos preceptos o ciertos materiales complementarios (vid. 1.6 más abajo) puedan ser de ayuda para aplicarlo y desarrollarlo. La implementación efectiva del PA, como se deriva del estándar mínimo de la Acción 14 del Plan BEPS o de los Comentarios al artículo 25 del MC OCDE demanda que los distintos Estados desarrollen: 1) una

327 Acción 14 del Plan BEPS, párrafo 9.

normativa interna que regule todos los detalles del PA, de manera que permita a los contribuyentes y a las autoridades conocer con certeza cómo actuar para activar y desarrollar los PA, y 2) una organización administrativa que cuente con personal cualificado y recursos suficientes, de modo que los PA se desarrollen y se tramiten de forma efectiva y se cierren en el tiempo máximo previsto de 24 meses.

1.5. Relaciones con otros procedimientos (internos e internacionales) de resolución de disputas

1.5.1. Relación con recursos administrativos o judiciales

El PA es un procedimiento distinto a cualquier otro de reclamación o recurso previsto en el ordenamiento interno, no sujeto a sus plazos, formalidades o límites temporales. Precisamente por esta independencia que se predica del PA, la relación con los recursos internos (sobre todo del PA de los artículos 25.1 y 2 del MC OCDE) es una cuestión que normalmente plantea dificultades en dos momentos: (1) si es posible simultanear los recursos internos (administrativos o judiciales) con el PA o (2) cuál es la relación del PA con resoluciones o sentencias de los tribunales administrativos o judiciales de cualquiera de las partes contratantes.

Son cuestiones a las que los Comentarios al artículo 25 del MC OCDE (párrafos 42 al 45) dedican atención, desarrollando las distintas posiciones que pueden encontrarse en el ámbito del derecho comparado, con recomendaciones específicas. Sin embargo, corresponderá a cada Estado regular esta materia, aunque siempre deben tener presente que, en la medida en que el PA dará al contribuyente una solución bilateral (o multilateral), sería deseable que los procedimientos internos se suspendieran a expensas de lo que ocurra en el PA. Además, si se llega a una solución en el contexto del PA, las AC deben tener la seguridad de que el contribuyente no continuará con los recursos internos que puedan considerar exactamente las mismas cuestiones que son objeto del PA y, por lo tanto, llegar a soluciones contradictorias. La solución de un problema de interpretación o aplicación del CDI en un PA no necesariamente supone la renuncia al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando el acceso al PA sea voluntario y el contribuyente pueda aceptar o rechazar las soluciones que se le ofrezcan en el PA, o este no condicione la posibilidad de acudir a los tribunales en aspectos no considerados o solucionados en ese contexto (otros aspectos de la liquidación recibida, cuestiones procedimentales, etc.).

Al mismo tiempo, en las relaciones entre el PA y los recursos internos, las AC deben tener presente qué posibilidades tienen de llegar a acuerdos allí donde hayan recaído las sentencias de los tribunales de uno de los dos países en relación con los mismos asuntos que son objeto del PA. En principio, en la mayoría de los Estados, la solución del PA podría imponerse frente a actos administrativos firmes

de liquidación de la deuda tributaria, pero será más difícil, para muchas AC, apartarse de precedentes recaídos en sentencias judiciales, que normalmente vincularán a las administraciones tributarias. No obstante, desde la perspectiva de la mayoría de los ordenamientos o del derecho internacional público, nada impide a las AC llegar a acuerdos que, en definitiva, son tratados internacionales, de aplicación del CDI incluso con soluciones distintas a las propias de los tribunales internos (por ejemplo, cuando no apliquen fielmente el CDI o causen doble imposición).

Como indican los Comentarios, y salvo alguna consideración que realizaremos al hilo del artículo 25.2 del MC OCDE, estas cuestiones se deben regular en la legislación interna con precisión y de forma completa.

1.5.2. Relación con otros procedimientos internacionales de resolución de disputas

La relación de los CDI con otros tratados internacionales no es siempre sencilla, sobre todo cuando no existen normas que prioricen un acuerdo internacional u otro (cada vez es más frecuente que tanto los tratados internacionales de libre comercio como los acuerdos bilaterales de protección y promoción de inversiones establezcan cláusulas prioritarias que permitan solucionar potenciales conflictos). En este contexto, podrían existir también problemas de solapamiento entre los procedimientos de resolución de disputas de otros tratados internacionales y el PA.

En particular, los Comentarios al artículo 25 del MC OCDE, para solventar algunas dificultades que presenta la cláusula de incompatibilidad del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) con los CDI,[328] proponen añadir una cláusula específica sobre el modelo incluido en el párrafo 93, que impide que cualquier procedimiento de no discriminación (cláusula de tratamiento nacional) del AGCS se sustancie en el contexto de los procedimientos de resolución de disputas de este tratado multilateral, a no ser que las AC de los dos Estados contratantes así lo acuerden también (cualquier cuestión o duda relativa a esta cláusula también puede resolverse en el contexto del PA, o, si no se cerrara un PA a este respecto, a través de otro procedimiento acordado por las partes). No es muy frecuente que los CDI añadan cláusulas de este tipo, aunque sí pueden encontrarse ejemplos, con algunas variaciones de redacción, en el párrafo 2 del protocolo anexo al CDI España-

328 Tal cláusula (artículo XXII, párrafo 3 del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios [AGCS]), que se sintetiza en el párrafo 89 de los Comentarios al artículo 25 del modelo de convenio elaborado por la OCDE para eliminar la doble imposición y prevenir el fraude y la evasión fiscal en su versión de 2017 (MC OCDE), dispone que cualquier disputa sobre la aplicación de la regla de tratamiento nacional (artículo XVII) del AGCS no pueda ser tratada en los procedimientos de resolución de disputas de este acuerdo internacional si cae en el ámbito de aplicación de un convenio de doble imposición (CDI) entre las partes. No obstante, tal cláusula contiene una nota a pie que matiza su aplicación ("si la disputa se refiere a un acuerdo existente al tiempo de entrada en vigor del AGCS, el asunto no podrá ser llevado al Consejo a menos que los dos Estados estén de acuerdo"), sin que tenga razón de ser la distinción entre CDI anteriores o posteriores a la entrada en vigor del AGCS para las partes del CDI.

Chile de 2003, en el artículo 28.4 del CDI España-Canadá y el artículo 1.5 del CDI España-Estados Unidos (el Modelo de Convenio en Materia de Imposición sobre la Renta de Estados Unidos [MC EE. UU.] de 2016 incluye esta cláusula en su artículo).

Los Comentarios al artículo 25 del MC OCDE (párrafo 94) subrayan que problemas de interacción con el AGCS similares a los descritos se plantean en relación con acuerdos bilaterales o multilaterales de libre comercio o protección recíproca de inversiones, y sugieren que los Estados parte de un CDI, al negociarlo, puedan incluir cláusulas semejantes a la relativa al AGCS, de forma que aseguren que cuestiones que hacen referencia a impuestos cubiertos por el CDI se traten a través del PA y no en los procedimientos de resolución de disputas de dichos acuerdos. Sin embargo, estas cláusulas no se suelen añadir a los CDI, lo cual determinará que, desde la perspectiva del CDI, y en materias cubiertas por el CDI, puedan aplicarse también los citados acuerdos.

A pesar de ello, en la práctica internacional, tales cláusulas (*tax-carve outs*) se añaden cada vez con más frecuencia, con mayor o menor alcance y complejidad, ya que no responden a una tipología única en los acuerdos de libre comercio o de protección recíproca de inversiones. Sobre todo, la finalidad de estas cláusulas es evitar que se apliquen en materia tributaria los estándares de estos acuerdos (trato nacional, trato justo y equitativo, etc.) y se utilicen en esta materia sus procedimientos de resolución de disputas (en especial, los arbitrajes ante tribunales internacionales). Es importante que los Estados sean conscientes de la necesidad de esta coordinación, aunque la exclusión completa de las cuestiones tributarias del ámbito de los citados acuerdos de libre comercio o inversiones puede no ser un buen mensaje para los inversionistas internacionales, por lo que la forma de ejecutar tal coordinación debe examinarse adecuadamente.

1.6. El artículo 25 del MC ONU

El artículo 25 del MC ONU es muy similar a la misma disposición del MC OCDE, aunque presenta dos peculiaridades:

- En el MC ONU se incluyen dos versiones del artículo 25 (A y B). La única diferencia entre ellas se encuentra en que la B añade una cláusula de arbitraje similar a la que contiene el artículo 25.5 del MC OCDE, aunque con alguna diferencia relevante, mientras que el artículo 25A no contempla esta opción.

- El artículo 25.1 del MC ONU , para casos específicos de los PA, opta por una de las alternativas en materia de iniciación del PA que se contemplan como opciones al estándar mínimo, de manera que, en lugar de poder iniciarse el PA en cualquiera de los dos Estados, solo se puede implementar en el Estado

de residencia del contribuyente, aunque deben arbitrarse en este caso mecanismos de notificación para que el otro Estado esté informado acerca de la iniciación del PA si el Estado donde se abordó rechaza que pueda aplicarse.

El artículo 25.4 del MC ONU, en las dos alternativas, contiene una frase que habilita a las AC a desarrollar los aspectos del PA que consideren oportunos. En sentido estricto, tal habilitación no es necesaria, ya que los Estados contratantes siempre pueden utilizar el artículo 25.2 del CDI para esta finalidad (y así lo indican los Comentarios al artículo 25.2 del MC OCDE). Los Comentarios al artículo 25 del MC ONU (párrafos 25 y ss.) explican, de forma no exhaustiva, algunos aspectos procedimentales que podrían acordar las AC para desarrollar el PA.

A diferencia de lo que ocurre en el MC OCDE, el artículo 3.2 del MC ONU no contiene la mención que excluye la referencia a la legislación interna para dotar de significado a un término cuando el mismo haya sido definido en un PA. Sin embargo, esta exclusión no significa que no deba atribuirse fuerza alguna al PA a efectos de interpretación y aplicación del CDI que sigan el MC ONU, ya que, incluso en ausencia de esta mención en el artículo 3.2, los PA interpretativos y legislativos del artículo 25.3 pueden tener gran relevancia para la aplicación de los CDI. De todas maneras, los negociadores de los CDI deben comprobar que sus ordenamientos confieren la autoridad o competencia correspondiente a sus AC para concluir los acuerdos que se pueden instrumentar de acuerdo con el artículo 25.3 del MC OCDE y del MC ONU.

1.7. Materiales relevantes o de ayuda para la interpretación y la aplicación del artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU

Los Comentarios al artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU desarrollan numerosas cuestiones relevantes que deben ser tomadas en consideración por los Estados contratantes, ya sea para elaborar una legislación interna que permita aplicar con más claridad el PA en el Estado en cuestión (lo cual es recomendable) o para llegar a acuerdos con la otra AC sobre cómo aplicar el precepto específico.

Además, existen otros materiales que pueden resultar de gran utilidad, fundamentalmente, los dos siguientes:

1. El manual de Procedimientos Efectivos de Acuerdo Mutuo (MEMAP) de la OCDE, cuya versión final solo fue publicada en la página web de la OCDE.[329] Este manual puede no estar completamente actualizado en algún aspecto tras la evolución del MC OCDE y el MC ONU a lo largo de los años o la definición del estándar mínimo derivado de la Acción 14 del Plan BEPS; sin embargo, todavía resultan útiles los contenidos que no han sido afectados por los desarrollos posteriores y algunas de sus recomendaciones.

2. El manual de Naciones Unidas sobre Prevención y Resolución de Disputas,[330] cuyos capítulos 4 al 6 se ocupan del PA y el arbitraje con explicaciones detalladas de problemas prácticos y ejemplos.

Para los casos de acuerdos previos, sobre todo en materia de precios de transferencia, que normalmente se canalizan a través del artículo 25.1 o 3 (segunda frase) del artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU, los siguientes materiales son relevantes:

- El anexo II del capítulo IV de las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*, que contiene guías relativas a los llamados *Advance Pricing Agreements* concluidos en el seno del PA (*Guidelines for Conducting Advance Pricing Agreements under the Mutual Agreement Procedure*).[331]

- El documento *Forum on Tax Administration* de la OCDE sobre acuerdos previos de valoración de precios de transferencia (APA) bilaterales.[332]

- El documento *Forum on Tax Administration* de la OCDE sobre APA multilaterales.[333]

329 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Dispute resolution in cross-border taxation*, París: OCDE; 2007, disponible en: https://www.oecd.org/tax/dispute/manualoneffectivemutualagreementproceduresmemap.htm.

330 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *United Nations Handbook on Dispute Avoidance and Resolution*, París: OCDE; 2021, disponible en: https://desapublications.un.org/publications/united-nations-handbook-dispute-avoidance-and-resolution.

331 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Guidelines for Conducting Advance Pricing Arrangements under the Mutual Agreement Procedure*, París: OCDE; 2017, disponible en: https://doi.org/10.1787/tpg-2017-20-en.

332 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Bilateral Advance Pricing Arrangement Manual*, París: OCDE; 2022.

333 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Manual on the Handling of Multilateral Mutual Agreement Procedures and Advance Pricing Arrangements*, París: OCDE; 2023.

2. EL PA PARA CASOS ESPECÍFICOS: LOS ARTÍCULOS 25.1 Y 2 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

2.1. El PA para casos específicos: consideraciones generales

La regulación del PA para casos específicos se presenta en los párrafos 1 y 2 del artículo 25 del MC OCDE. Ambos párrafos regulan dos fases bien diferenciadas: el artículo 25.1 del MC OCDE se ocupa de la iniciación del PA, y el artículo 25.2 del MC OCDE, de la fase propiamente dicha de contacto con las autoridades del otro Estado contratante y de la ejecución del acuerdo alcanzado. Cada una de ellas tiene una problemática específica que justifica su estudio por separado.

Tras el acuerdo en el seno del Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE que representa la Acción 14 del Plan BEPS y la definición del "estándar mínimo" de resolución de disputas, conviene subrayar, como se destaca en los Comentarios al artículo 25 del MC OCDE, que el compromiso de resolver, a través del PA para casos específicos, los supuestos de imposición no conforme con el CDI es una parte fundamental de las obligaciones asumidas por un Estado al firmar un CDI, y deben ser cumplidas de "buena fe" (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [CVDT]). En este sentido, aunque del artículo 25 del MC OCDE no se derive un compromiso de cerrar un acuerdo que ponga fin a la imposición no conforme con el CDI, se entiende que existe una obligación de las AC de tratar de resolver el caso de una manera justa y objetiva, sobre la base de la situación específica planteada y de acuerdo con los términos del CDI y los principios de derecho internacional público aplicable. Lo que realmente significa esta obligación es que las denegaciones de apertura del PA o de negociación y cierre del acuerdo no pueden fundamentarse por motivos internos o interpretaciones y aplicaciones no razonables del CDI, de acuerdo con los principios de los artículos 31 y 32 de la CVDT (por ejemplo, no resultaría razonable la denegación de apertura del CDI por la aplicación de una cláusula antiabuso o porque no existe imposición en el otro Estado).

En relación con las dos fases, los Comentarios al artículo 25 del MC OCDE subrayan que, al margen de la existencia de plazos preclusivos (tres años para la presentación de la solicitud de inicio) o de la necesidad de que el obligado tributario colabore con las AC, el desarrollo del PA no debe estar sujeto a formalismos excesivos.

Como puede fácilmente intuirse, el inicio de un PA puede implicar, sobre todo en la fase bilateral, que las AC puedan intercambiar información relativa al contribuyente que ha planteado el PA, o incluso vinculada a otros contribuyentes. Con tal funcionalidad, se utilizará el procedimiento de intercambio de información del CDI (artículo 26 del MC OCDE), que permite trasladar a los contribuyentes afectados también los niveles de protección y derechos (por ejemplo, confidencialidad de la información) que regulan aquel precepto.

2.2. El inicio del PA para casos específicos y su "fase unilateral": artículo 25.1 del MC OCDE

El artículo 25.1 del MC OCDE regula un procedimiento (PA para casos específicos) que, al margen de las reclamaciones o recursos existentes en el derecho interno, los contribuyentes pueden activar en el seno del CDI para solicitar a las AC que consideren si existen potenciales vulneraciones del CDI. En particular, el artículo 25.1 del MC OCDE regula la fase inicial, unilateral o nacional del PA, que comprende desde el momento en que se produce un acto contrario al CDI y el contribuyente solicita iniciar el PA hasta el momento en que recae una decisión por parte de la AC nacional que satisfaga los intereses del contribuyente, ya sea eliminando la medida o el acuerdo contrario al CDI o, si esta medida fue tomada por el otro Estado, dirigiéndose a él con vistas a comenzar la fase bilateral.

Los requisitos fundamentales para la iniciación del PA son tres:

» **Que una persona considere que los actos de uno o los dos Estados contratantes vulneran o podrían vulnerar el CDI:** En la práctica, en la mayoría de los casos, el PA se activará cuando exista la doble imposición (jurídica o económica) que el CDI pretende evitar (por ejemplo, diferencias de atribución de beneficios a establecimientos permanentes (EP), diferencias de interpretación sobre el concepto de cánones o beneficios empresariales, diferencias en la determinación de la residencia de un contribuyente, aplicación de cláusulas antisubcapitalización y recalificaciones de intereses en dividendos, distintas decisiones en materia de precios de transferencia y atribución de beneficios a empresas del mismo grupo, etc.). No obstante, como ya se indicó, no es necesario que exista doble imposición para activar el CDI, puesto que basta con que el acto de determinación de una deuda tributaria en uno de los dos Estados contratantes sea contrario al CDI, aunque la renta o el patrimonio no esté sujeto a tributación en el otro Estado (por lo tanto, son incorrectas las decisiones judiciales o administrativas que denieguen el acceso al PA en supuestos de inexistencia de doble imposición).

  La redacción del artículo 25.1 del MC OCDE expresamente admite que el PA se inicie incluso antes de que exista el acto formal contrario al CDI (con una reforma legislativa que pueda reputarse contraria al CDI, en el momento de presentar una declaración impositiva, en el desarrollo de una inspección en la que no haya existido todavía una liquidación formal girada por la inspección, etc.), aunque esto no suele ocurrir con frecuencia.

» **Que el caso sea presentado a cualquiera de las dos AC:** Tras la modificación en el artículo 25.1 del MC OCDE, y como consecuencia del estándar mínimo definido por la Acción 14 del Plan BEPS (vid. el artículo 16 de la MLI), los Comentarios del MC OCDE reconocen que los Estados deben permitir la presentación del caso por el obligado tributario (contribuyente, persona que debe efectuar la retención, etc.) ante cualquiera de las AC, las del Estado de residencia o las del Estado donde se adoptó el acto que pudiera vulnerar el CDI. La opción de que el PA deba iniciarse en el Estado de residencia del contribuyente, con independencia del Estado donde se genere la imposición contraria al CDI, es ahora (a partir de 2017) una excepción mencionada en el párrafo 18 de los Comentarios al artículo 25 del MC OCDE (anteriormente, era la regla general y, en este supuesto, la única excepción se refería a los supuestos de discriminación previstos en el artículo 24.1 del MC OCDE, en cuyo caso el PA debía iniciarse ante la autoridad competente del Estado del que es nacional el contribuyente). No obstante, en este punto el estándar mínimo y el artículo 16 de la MLI admiten excepciones, de manera que pueda mantenerse la posibilidad de que el contribuyente inicie el PA en su Estado de residencia (con la excepción de los supuestos de discriminación del artículo 24.1 del MC OCDE). Aun así, los Estados que prefieran esta opción deben establecer procedimientos adecuados que garanticen que la decisión de una AC de que el PA no prosiga a la fase bilateral sea conocida por la otra AC, de manera que pueda, a su vez, indicar si le parece o no correcta la decisión de cerrar el PA.

» **Que el caso se presente en el plazo de tres años desde la primera notificación de la acción que resulte en una imposición no conforme con el CDI:** El plazo de tres años para presentar la solicitud de inicio del PA pretende dejar tiempo suficiente para que se pueda reclamar frente a cualquier vulneración del CDI; pero, al mismo tiempo, pretende proteger a los Estados contratantes frente al inicio de reclamaciones excesivamente tardías. El plazo de tres años es mínimo (y forma parte del estándar mínimo de la Acción 14 del Plan BEPS), por lo que, si los Estados contratantes desean que sea más prolongado, pueden perfectamente establecerlo. El plazo se computa de la forma más favorable para el contribuyente (vid. el Comentario al artículo 25.1 del MC OCDE, párrafo 21 y ss.), de manera que, por ejemplo, normalmente se vinculará a los actos formales u oficiales de liquidación del tributo, y si existieran acciones de cobro anteriores, no tendrán relevancia.

La regulación de la forma (en general, escrita) de presentación de la solicitud de inicio, la documentación a incluir con la solicitud y los efectos de la presentación sobre la deuda (si suspende o no su ejecución, con o sin garantías, la relación con

los procedimientos internos de recurso, el paso a la segunda fase del PA, etc.) suele establecerlos la legislación interna de los distintos Estados, que siempre debe seguir la idea de aplicación de buena fe de los CDI y no suponer una traba, con el fin de eliminar el riesgo de aplicaciones incorrectas del CDI. Al respecto, el MEMAP presenta indicaciones relevantes.

Una cuestión problemática, a la que los Comentarios a los artículos 25.1 y 2 del MC OCDE dedican cierta atención, es el margen de maniobra que tienen las AC del Estado frente al que presenta la solicitud para rechazar el inicio de la fase bilateral del PA. El principio general es que, allí donde pueda existir un acto que suponga la aplicación no correcta del CDI, los Estados deben iniciar de buena fe el PA y no rechazar el inicio, salvo que exista una buena razón (no son razones relevantes la aplicación de una norma antiabuso, una sanción, la existencia de no imposición, etc.). No obstante, los Comentarios recogen toda una serie de excepciones a este principio, que representan las políticas que siguen algunos Estados (por ejemplo, cuando se aplican sanciones penales o de especial gravedad, por la existencia de sentencias firmes o de acuerdos con la administración, etc.). En muchos casos, tales excepciones no están justificadas por el derecho internacional público y, sin embargo, pueden conllevar obstáculos prácticos para que una AC decida proceder a la fase bilateral. Tales supuestos, donde un Estado deniega el acceso al PA, deberían estar previstos en el propio CDI (por ejemplo, la disposición equivalente al artículo 9.3 del MC ONU) y publicarse, de forma que los obligados tributarios sepan a qué atenerse. En estos casos, el PA debiera iniciarse para, al menos, verificar si, aun no siendo posible la modificación de un acuerdo de liquidación interno, el otro Estado puede eliminar la doble imposición. Cada vez más, es posible encontrar un mayor número de sentencias de los tribunales en los distintos ordenamientos que examinan si el inicio del PA se rechazó de forma razonable o si fue injustificada su denegación (por ejemplo, en España, las Sentencias del Tribunal Supremo (STS) del 20 de junio de 2000, del 15 de abril de 2003 y del 15 y el 25 de junio de 2004, o, más recientemente, la SAN 171/2017, del 28 de marzo, o la SAN del 18 de abril de 2017, rec. 232/2015, o la SAN 1885/2019, del 22 de abril).

El plazo de tres años para presentar la solicitud de inicio del PA normalmente se computa en paralelo con los plazos de los recursos internos. No es infrecuente, sin embargo, que las normativas internas establezcan, o las propias AC acuerden, algunas reglas a este respecto para evitar que los resultados de uno de los procedimientos influyan en el otro, o sean incompatibles, ya que, en principio, el inicio del PA no paralizará las reclamaciones y los recursos o procedimientos internos, y viceversa. Se pueden adoptar dos enfoques: (1) que los procedimientos internos se suspendan hasta que se decida el PA o, si se decide, que se condicione la firma y la ejecución a que se retiren las reclamaciones internas (obviamente, en la parte afectada por el PA) o (2) que las AC no consideren el caso en profundidad hasta que

estén resueltas las reclamaciones internas. Los Estados deben decidir qué modelo seguir, puesto que no existe ninguna solución predeterminada en los Comentarios al MC OCDE, pero debe considerarse que el otorgamiento de prioridad al PA permitirá, por lo común, obtener una solución bilateral (o incluso multilateral) que los recursos internos no garantizan.

Una cuestión relevante en el momento de solicitar la iniciación del PA será qué ocurre con la deuda tributaria liquidada que está siendo cuestionada en el propio PA. En la práctica de muchos Estados, el comienzo del PA no suspenderá la ejecución de la deuda, o solo lo hará de forma similar a como ocurre en la legislación interna al interponer una reclamación de este tipo. Al respecto, los Estados deben considerar que la aplicación incorrecta del CDI, sobre todo cuando esté acreditada la existencia de doble imposición, debería en general determinar, como buena práctica, la suspensión de la ejecución de la deuda tributaria y su mantenimiento durante el plazo de duración del PA. En todo caso, el pago de la deuda no debería ser una condición indispensable para el inicio del PA, por las dificultades de tesorería que puede generar para el contribuyente (si así fuera, esto debe notificarse al otro Estado en el momento de negociar el CDI). En el MC EE. UU. 2016, el artículo 25.2 expresamente regula la suspensión de cualquier procedimiento de determinación de la deuda tributaria o de recaudación mientras esté abierto el PA, un principio que la OCDE considera buena práctica administrativa, pero que, sin embargo, no forma parte del estándar mínimo derivado de la Acción 14 del Plan BEPS. En consecuencia, tal cláusula se plantea como una opción en el artículo 25 del MC OCDE (vid. el párrafo 47 de los Comentarios).

Por último, conviene remarcar que, tras la solicitud de iniciación del PA, realmente lo que se inicia es la llamada fase unilateral del PA, en la que la AC del Estado ante el que se presenta la solicitud debe considerar, de forma fundada, pero sin hacer un análisis exhaustivo, si existen razones suficientes para abrir la fase bilateral del PA, contactando a las AC del otro Estado. Puede ocurrir que, si la AC detecta un caso de aplicación inapropiada del CDI que pueda corregir, proceda a realizar tal corrección por sí misma, sin abrir la fase bilateral.

2.3. El desarrollo del PA, la fase bilateral y la ejecución del PA: artículo 25.2 del MC OCDE

El artículo 25.2 del MC OCDE contiene dos frases que subrayan diferentes aspectos del PA, el desarrollo del PA en su fase bilateral y la ejecución del acuerdo alcanzado en el seno del PA.

La primera frase del artículo 25.2 del MC OCDE indica que las AC "se esforzarán" por llegar a un acuerdo con las AC del otro Estado competente si la objeción les parece justificada y no fueron capaces de resolver el problema en la fase unilateral. Precisamente, esta es una de las características más significativas del PA: no garantiza que se llegue a un acuerdo que resuelva la aplicación inapropiada del CDI; por lo tanto, las AC deben desplegar sus mejores esfuerzos para solucionar el objeto del PA. Esta es la razón por la que el artículo 25 del MC OCDE regula en su párrafo 5 un procedimiento de arbitraje, ya que solo con esta disposición se garantiza que, finalmente, se llegue a un acuerdo. De otra forma, en los CDI que no contengan tal disposición arbitral es perfectamente posible que el PA se cierre sin acuerdo alguno (en cuyo caso, la única opción para el obligado tributario será la vía de recurso interna en cada uno de los Estados).

Esta fase bilateral se desarrolla exclusivamente entre administraciones tributarias, entre las AC, de manera que, por lo general, el contribuyente no participará en ella, o solo lo hará si, por alguna razón (por ejemplo, la necesidad de más información), las AC consideran oportuno que participe. En esta fase, la AC que recibió la solicitud de inicio la reenviará a la otra AC con toda la documentación adjunta y su propia postura, para que también esta última pueda fijar su posición y, a partir de ahí, vean si es posible alcanzar una solución.

Si bien el PA, dada la propia naturaleza bilateral de los CDI, normalmente se desarrollará solo con la otra AC, también es posible que varias AC acuerden el inicio de un procedimiento multilateral allí donde el mismo asunto afecte a tres o más Estados, negociándose como un único acuerdo o como una serie de acuerdos bilaterales pero coordinados. Tal sería el caso, por ejemplo, de una licencia de intangibles a una filial en un Estado con un CDI que emplea el intangible, además, para vender productos a otras filiales en otros Estados. Todas las AC podrían tener interés en que el procedimiento se desarrolle de forma multilateral y no solo bilateral. Lo mismo ocurrirá en el caso de los acuerdos previos en materia de precios de transferencia que se desarrollen en el seno de un PA, que podrán ser bilaterales o multilaterales.

La duración del PA dependerá de las AC involucradas, y cuando no exista ninguna disposición sobre arbitraje en el CDI, puede prolongarse durante bastante tiempo. Si tal disposición existiera, no debería prolongarse por más de dos años desde que las AC tengan la información relevante para resolver el caso, momento

a partir del cual puede iniciarse el arbitraje. En relación con esto, reviste especial importancia que la deuda tributaria haya quedado suspendida en todas las fases (PA y, en su caso, arbitraje) y que las AC consideren la situación de los intereses y las sanciones, si fuera posible, en su acuerdo final (si llegan a él), con efectivos reembolsos de intereses para los casos donde el contribuyente ingresó la deuda tributaria a alguno de los Estados, que luego se le reembolsa por efecto del acuerdo en el PA (habrá que considerar también la situación en términos de intereses en el otro Estado afectado, a fin de imponer perjuicios indebidos al contribuyente o facilitar que tenga rendimientos no razonables).

Si en el seno del PA las AC llegan a un acuerdo, la segunda frase del artículo 25 del MC OCDE dispone que "cualquier acuerdo alcanzado se ejecutará con independencia de los plazos en la legislación de los Estados contratantes". Esta frase forma parte del estándar mínimo de la Acción 14 del Plan BEPS y los Estados del Marco Inclusivo sobre BEPS deben incluirla en sus CDI para evitar que los plazos de prescripción nacionales se conviertan en un problema para la ejecución de los PA; aunque, a estos efectos, también el estándar mínimo da la opción de que los Estados contratantes establezcan períodos máximos durante los cuales aceptarán ajustes correlativos en materia de precios de transferencia o beneficios atribuibles a los EP (para lo cual también tales cláusulas deben incluirse en los artículos 7 y 9 (vid. los Comentarios a los artículos 7 [párrafo 62] y 9 [párrafo 10] del MC OCDE, o el artículo 16.5.c de la MLI).

Sin embargo, los plazos de prescripción no son los únicos obstáculos procedimentales que pueden encontrar los Estados en la ejecución de los PA. Otros obstáculos de este tipo pueden ser los actos firmes de una administración tributaria o de los tribunales administrativos, los acuerdos previos unilaterales con una administración, etc. Por esta razón, los Estados pueden modificar también la segunda frase del artículo 25 en sus CDI, para dejar claro que ni el período de prescripción ni otros obstáculos impedirán la ejecución de los acuerdos alcanzados en el seno del PA (así se indica, por ejemplo, en el artículo 25.2 del MC EE. UU. 2016).

Como ya se subrayó, la relación del PA con las reclamaciones internas es importante, sin que existan reglas fijas al respecto (vid. los Comentarios al artículo 25 del MC OCDE, párrafos 42 y ss.). Hay AC que no iniciarán con seriedad esta segunda fase bilateral hasta que se resuelvan las reclamaciones internas. Sin embargo, en otros países el PA paraliza la reclamación interna y, si existiera acuerdo en el seno del PA, su ejecución se condicionará a la retirada de tales reclamaciones o recursos internos en la parte que afecta al PA. Es decir, cómo se regule esta cuestión es algo a determinar en la legislación de cada Estado, siempre sobre la idea de que ambos procedimientos no se tramiten simultáneamente, internos y PA, y tomando en consideración si su legislación permite a las AC apartarse de las decisiones de los tribunales de sus países. Si se paraliza el PA a la espera de una decisión judicial,

y luego la AC no puede apartarse de la sentencia, aunque implique imposición no conforme con el CDI, en la práctica se podría estar vaciando de contenido el PA. Esta es la razón por la que tiene más sentido dar prioridad a la resolución del problema de las reclamaciones y recursos internos en el PA.

En cualquier caso, allí donde existan obstáculos procedimentales para uno de los Estados (por ejemplo, acuerdos unilaterales con la administración tributaria no modificables, ya sean previos o en el contexto de una inspección, sentencias de las que no se pueden apartar, etc.), también es posible, como se ha indicado, explorar en el contexto del PA hasta qué punto podría eliminarse la doble imposición en el otro Estado contratante (y publicar la actitud de los Estados en estos casos).

La fase bilateral del PA puede terminar de diversas formas. En primer lugar, con el acuerdo de las AC que resuelva el problema planteado por el contribuyente y este lo acepte (en ocasiones, la solución no es la ideal, e incluso puede ser contradictoria de un ejercicio a otro, pero los contribuyentes suelen aceptarla como el mal menor y el resultado óptimo frente a las reclamaciones o recursos internos). En segundo lugar, el PA puede terminar sin acuerdo por una causa imputable al contribuyente, que desiste o retira su solicitud por alguna razón o circunstancia, o, simplemente, cuando el obligado tributario no facilite la información y documentación necesaria para solucionar el caso. La paralización del procedimiento también puede producirse por causas atribuibles al mismo o, eventualmente, porque el contribuyente no acepta la solución que le proponen las AC. Por último, el PA puede finalizar sin acuerdo por causas achacables a alguna de las dos AC o a ambas. En los CDI que tengan arbitraje, la falta de acuerdo de las AC normalmente determinará la apertura de la fase de arbitraje, como fase final del PA.

2.4. Diferencias entre el PA para casos específicos en el MC OCDE y el MC ONU

Como ya se ha señalado, la iniciación del PA para casos específicos en los CDI que siguen el MC ONU debe realizarse en el Estado de residencia del contribuyente (salvo para los casos del artículo 24, que pueden presentarse en el Estado de nacionalidad). El cumplimiento del estándar mínimo de la Acción 14 del Plan BEPS en estos supuestos requerirá que se instrumente un procedimiento específico para notificar a las AC del otro Estado la decisión de una AC de denegar el inicio del PA. Aparte de este aspecto relativo a la iniciación, la aplicación del estándar mínimo derivado de la Acción 14 del Plan BEPS en el contexto del artículo 25 del MC ONU determina que no existan diferencias sustantivas con respecto al mismo precepto del MC OCDE y el MC ONU en el caso de los PA para casos específicos.

3. EL PA INTERPRETATIVO: PRIMERA FRASE DEL ARTÍCULO 25.3 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

La primera frase del artículo 25.3 del MC OCDE y el MC ONU (que es idéntica en ambos modelos de convenio [MC]) dispone que "las autoridades competentes de los Estados contratantes se esforzarán en resolver mediante el PA cualquier dificultad o duda que surja respecto a la interpretación o aplicación del convenio". Se trata del llamado PA interpretativo al que hacen referencia los Comentarios del MC OCDE (párrafo 50), que señalan que la facultad de interpretación otorgada a las AC se refiere, esencialmente, a las dificultades de carácter general que afecten, o puedan afectar, a una categoría de contribuyentes, aunque hayan surgido en relación con un supuesto específico comprendido en el ámbito de aplicación de los artículos 25.1 y 25.2 del MC OCDE.

El párrafo 6.1 del MC OCDE ha matizado que las dudas interpretativas pueden resolverse en relación con un caso concreto que afecte a un único contribuyente o para casos generales (por ejemplo, la interpretación conjunta de una disposición que afecte a una pluralidad de contribuyentes). En particular, dicho párrafo indica que, sobre la base del artículo 25.3 del MC OCDE, las autoridades pueden alcanzar un PA interpretativo para concretar el significado de un término no definido en el CDI o para completar o aclarar la definición de un término que sí está definido, pero genera dudas interpretativas. Al respecto, el artículo 3.2 del MC OCDE expresamente reconoce que un PA de esta naturaleza prevalece sobre el significado local de un término (en el MC ONU no existe, según se indicó, tal previsión, pero nada impide que se consiga un efecto similar).

El párrafo 52 de los Comentarios del MC OCDE ofrece algunos ejemplos de cómo las AC de los Estados contratantes pueden emplear el PA interpretativo:

- Cuando un término haya sido definido de forma incompleta o ambigua en el CDI, pueden completar o clarificar su definición para evitar dificultades.

- Si las leyes de los Estados han cambiado sin alterar el equilibrio o afectar a la sustancia del CDI, pueden solucionar las dificultades que surjan del nuevo sistema de imposición que resulte de esos cambios.

- Para determinar si (y en qué condiciones) los intereses son tratados como dividendos en la legislación del Estado del prestatario como consecuencia de la aplicación de la legislación en materia de subcapitalización, y cuándo es posible aplicar deducciones por doble imposición en el país de residencia del prestamista de forma similar a los dividendos.

- Para concluir APA bilaterales o multilaterales con las AC de los países con los que tengan CDI en casos donde existan dificultades o dudas sobre la interpretación o aplicación de estos convenios (para algunos países, la base legal de estos APA multilaterales puede ser el artículo 25.1 del MC OCDE; vid. los materiales citados sobre APA y su problemática específica en la sección 1.7).

- Para estipular los procedimientos, las condiciones y las modalidades para aplicar los párrafos 1 y 2 del artículo 25 y la segunda frase de este último en los casos multilaterales, o para involucrar a terceros Estados cuando la resolución del caso pueda afectarlos.

El párrafo 55.2 enlaza el PA interpretativo con los casos triangulares, ya que indica que las AC pueden acordar con carácter general que resolverán los casos presentados de conformidad con el artículo 25.1 del MC OCDE con la AC de un tercer Estado en circunstancias donde los impuestos de ese tercer Estado afecten la resolución del caso. Esto se puede prever expresamente en el CDI, y se da un ejemplo de cláusula que es posible emplear con esta finalidad (párrafo 55.2).

Obviamente, una de las condiciones para que el PA interpretativo produzca efectos en un ordenamiento es que sea conocido por los integrantes de la administración tributaria y los contribuyentes, y siga los cauces específicos para ello marcados en cada ordenamiento (por ejemplo, la publicación en boletines oficiales).

Si bien el PA interpretativo vincula a la administración tributaria de los Estados parte del CDI, no está clara cuál es la relación entre el PA interpretativo y las sentencias de los tribunales nacionales. En principio, el PA interpretativo puede considerarse un elemento relevante a la hora de interpretar un CDI (así lo subraya el artículo 3.2 del MC OCDE) y debe contemplarse a la luz del artículo 31.3 de la CVDT.

El PA interpretativo, al igual que el legislativo, forma parte del estándar mínimo de la Acción 14 del Plan BEPS.

4. EL PA "LEGISLATIVO": SEGUNDA FRASE DEL ARTÍCULO 25.3 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

La segunda frase del artículo 25.3 del MC OCDE y el MC ONU (con idéntica redacción en ambos MC), dispone que las AC pueden consultarse en relación con la eliminación de la doble imposición en los supuestos no previstos en el CDI. Sin embargo, esta obligación de consulta no entraña el deber de llegar a un acuerdo y, desde luego, tampoco impone a las AC a apartarse de su normativa interna.

El Comentario al artículo 25.3 del MC OCDE (párrafo 55), explica que el PA legislativo permite a las AC tratar supuestos de doble imposición que no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones de un CDI, y pone como ejemplo el caso de las transacciones entre EP situados en los Estados contratantes de un residente de un tercer Estado.

Para algunos Estados, el PA legislativo es una cláusula problemática, puesto que constituye una delegación de autoridad a las AC de cada Estado en relación con supuestos o asuntos no tratados por el CDI. Por esta razón, estos Estados cuestionan la legalidad de una cláusula de este tipo en los ordenamientos nacionales en los que se necesita la intervención del poder legislativo en materias como la tributaria, protegidas por el principio de reserva de ley o que reclaman la intervención del poder legislativo en la celebración de tratados internacionales. Sin embargo, el artículo 25.3 del MC OCDE y el MC ONU forma parte del estándar mínimo de la Acción 14 del Plan BEPS que debe ser ejecutado por los Estados integrados en el Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE. Al respecto, debe subrayarse que el PA legislativo no impone a los Estados ninguna obligación de apartarse de su derecho interno o del CDI, sino tan solo el deber de considerar los casos no previstos en el CDI y llegar a acuerdos sobre los hechos y circunstancias del caso para aplicar la normativa de una forma coherente y armónica. Es decir, no son acuerdos o procedimientos referidos a la norma por aplicar, ni procedimientos que permitirán eliminar la doble imposición en casos no previstos en la normativa interna o los CDI con terceros Estados, sino cauces para determinar y concretar los hechos relevantes y realizar un enfoque coherente en relación con el mismo asunto.

Por esta función de coordinación y coherencia en el entendimiento de este tipo de casos no cubiertos por el CDI, el MC OCDE ha subrayado la importancia del artículo 25.3. respecto de los problemas de atribución de beneficios a los EP de residentes de un tercer Estado y en el contexto de los acuerdos multilaterales, o para coordinar asimismo la aplicación de PA bilaterales. Nada impide tampoco que los casos planteados en el contexto del PA de carácter legislativo (por ejemplo, los relativos a los EP de residentes de terceros Estados situados en cada uno de los Estados contratantes) se sometan al arbitraje que regula el artículo 25.5 del CDI (vid. el párrafo 73 de los Comentarios al artículo 25 del MC OCDE).

Este precepto también puede ser aplicable en casos donde el artículo 9 del MC OCDE no sea una herramienta útil para eliminar la doble imposición (aunque esta no sea una opción que se mencione en el artículo 25.3 del MC OCDE o del MC ONU, ni en los Comentarios a tales modelos). Por ejemplo, en correcciones de beneficios que afecten a dos entidades o personas no residentes vinculadas entre sí en el Estado de la fuente y que puedan producir efectos en el Estado de residencia. En este caso, no será aplicable el artículo 9 del MC OCDE, ya que exige que las dos empresas afectadas sean residentes de los dos Estados contratantes; sin embargo, los principios del artículo 9 del MC OCDE deberían poder aplicarse igualmente allí donde la corrección afecta a los dos no residentes sin EP que sean partes vinculadas. La única forma de tratar este supuesto será a través del artículo 25.3 del MC OCDE; esto es, del PA de carácter legislativo.

Al mismo tiempo, nada impide que el artículo 25.3 del MC OCDE y el MC ONU sea también un cauce de aplicación armónica de la legislación del Pilar 2 del Plan BEPS, y que pueda ser utilizado con esta finalidad.

5. LA COMUNICACIÓN ENTRE LAS AC EN EL CONTEXTO DEL PA: EL ARTÍCULO 25.4 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

El artículo 25.4 del MC OCDE y el MC ONU prevé que las AC puedan comunicarse entre sí al margen de los canales diplomáticos habituales. Precisamente, este es uno de los propósitos del PA: garantizar un instrumento de administración y aplicación del CDI en el que participen los dos Estados, eliminando trabas formales a la comunicación entre sus autoridades (párrafo 57). De hecho, los Comentarios al artículo 25.4 del MC OCDE (párrafo 58) recogen el principio de libertad de formas en la comunicación, y mencionan que las autoridades podrán comunicarse por teléfono, carta, fax, en reuniones presenciales o a través de cualquier otro medio conveniente más moderno, como el correo electrónico, la videoconferencia, etc.

El artículo 25.4 del MC OCDE y el MC ONU prevé también la posibilidad de que las AC formen una comisión compuesta las AC o sus representantes, designados a los efectos de estudiar los casos problemáticos. El procedimiento de estas reuniones no está regulado, por lo que corresponderá implementarlo de común acuerdo entre las AC, garantizando ciertos derechos básicos a los contribuyentes (derecho a hacer presentaciones o alegaciones ante la comisión y a estar representados por un abogado). Sin embargo, algunos Estados prefieren que el PA se desarrolle a través de cauces menos formales y no hacen referencia a esta comisión en sus CDI.

El MC ONU, en el artículo 25.4, añade una frase que no contiene el MC OCDE, que indica que las AC pueden elaborar los procedimientos, las modalidades, las condiciones y las técnicas para la llevar a cabo, desarrollar y ejecutar los PA, y detalla en los Comentarios al artículo 25 (párrafos 25 al 52) algunos aspectos sobre los que puede versar tal acuerdo. En el contexto del MC OCDE, expresamente se prevé que estos acuerdos pueden adoptarse en el seno del PA interpretativo.

6. EL ARBITRAJE PARA LOS CASOS DE INEXISTENCIA DE ACUERDO EN EL PA: LOS ARTÍCULOS 25.5 DEL MC OCDE, 25B.5 DEL MC ONU, Y LA PARTE VI DE LA MLI

6.1. El artículo 25.5 del MC OCDE: características generales, naturaleza y función

El artículo 25.5 del MC OCDE regula, desde 2008, un arbitraje obligatorio para las cuestiones no resueltas en el PA (no para todos los aspectos considerados en el PA), que debe ser iniciado por el obligado tributario, normalmente en relación con PA para casos específicos (aunque también podría existir un arbitraje en los casos de los PA del artículo 25.3 del MC OCDE). El presupuesto para poder iniciar el arbitraje es la existencia de, al menos, un punto de desacuerdo entre las AC en el PA iniciado por el contribuyente, y, además, que haya una imposición no conforme con el CDI (incluyendo casos de falta de acuerdo sobre la residencia de un contribuyente contemplados en el artículo 4.2 del MC OCDE). Esto es, la existencia de acuerdo sobre prácticamente todos los aspectos del PA no puede conducir su cierre cuando hay, al menos, un punto todavía no resuelto y algún aspecto no conforme con el CDI. Por el contrario, si la imposición en ambos Estados contratantes es conforme con el CDI, pero existe doble imposición, no podrá acudirse al arbitraje (la imposición conforme no debe dar lugar a inicio del PA y, en ocasiones, los CDI no eliminan la doble imposición en todo caso).

El arbitraje comenzará, si el obligado tributario lo solicita, una vez transcurrido el plazo de dos años desde la fecha en la que ambas AC tengan toda la información requerida para solucionar el caso (es decir, no son dos años desde el inicio del PA por el obligado tributario, sino desde el momento en el que ambas autoridades cuentan con toda la información relevante. Este aspecto se regula en el modelo de PA de desarrollo del arbitraje anexo a los Comentarios al artículo 25 del MC OCDE y en sus Comentarios específicos).

Debido a su regulación relativamente reciente, y a la oposición de algunos países a este tipo de forma de resolución de conflictos, a pesar de sus ventajas, el artículo 25.5 del MC OCDE no es una disposición que se encuentre con frecuencia en muchos CDI (sobre todo, si son de países en desarrollo). No obstante, como se subrayará, la MLI le ha dado un impulso importante al arbitraje en esta materia, en su Parte VI de adopción voluntaria por los Estados.

A pesar de que formalmente se denomina "arbitraje", el artículo 25.5 del MC OCDE no regula un arbitraje en sentido estricto, similar al que puede existir en los acuerdos de protección recíproca de inversiones, en el que un inversionista, una empresa o un particular solicita el arbitraje frente a un Estado. Más bien, el artículo 25.5 del MC OCDE

regula una fase final del PA para ciertos casos y en relación con las cuestiones específicas sobre las que las AC no se pongan de acuerdo durante el PA. De hecho, la función del arbitraje del artículo 25.5 del MC OCDE es más incentivar a las AC a que cierren el PA en todos sus aspectos y no tanto que llegue a activarse el procedimiento arbitral, sobre la máxima de que el mejor arbitraje es el que no existe. En este sentido, la función del arbitraje del artículo 25.5 del MC OCDE es superar los problemas del PA tradicional en los casos que no se han resuelto por falta de acuerdo o cuando las soluciones se demoran demasiado tiempo, al no existir un plazo específico para que las AC alcancen un acuerdo.

Incluso cuando se inicie, el arbitraje se configura como una fase final del PA, que solo se extenderá a los aspectos sobre los que las AC no llegaron un acuerdo previo. Precisamente por su naturaleza peculiar, este tipo de arbitraje se desarrollará de forma muy distinta a como lo hacen los arbitrajes de inversiones, con costos mucho menores para los Estados y el contribuyente, y a través de un procedimiento menos complejo y más rápido.

El artículo 25.5 del MC OCDE solo regula los aspectos más básicos o esenciales del arbitraje, y no incluye ninguna indicación respecto de los detalles específicos del procedimiento arbitral. En relación con los aspectos más básicos o esenciales, los distintos Estados pueden tener diferencias y querer modular los supuestos en los que puede aplicarse el arbitraje, así como regular diversas cuestiones procedimentales básicas en el equivalente al artículo 25.5 del MC OCDE (por ejemplo, limitando los casos a someter a arbitraje; estableciendo la necesidad de que las AC autoricen la posibilidad de acudir a este procedimiento; haciendo posible la ampliación del plazo para su inicio; suspendiendo el arbitraje o los efectos de los requerimientos al contribuyente para que aporte más información; determinando su formato o si se puede o no continuar cuando ha habido resoluciones de tribunales administrativos o judiciales, etc.).[334] Al respecto, los Comentarios al artículo 25.5 del MC OCDE ofrecen y desarrollan distintas alternativas y cláusulas que los Estados pueden considerar al regular el arbitraje en sus CDI. Los Estados pueden regular los detalles básicos del arbitraje (sustantivos y procedimentales) en el equivalente al artículo 25.5 del MC OCDE, pero también en protocolos o intercambios de notas adicionales, o, si para ellos resulta posible, en PA específicos que añadan el arbitraje a los CDI que no lo contengan, con carácter general o para algún caso en particular.

En este punto, merecen cierta atención los casos de exclusión o de excepción del arbitraje que los Estados puedan querer incluir en sus CDI (por ejemplo, con frecuencia se excluyen del arbitraje supuestos donde se considera el comportamiento abusivo o abiertamente fraudulento por parte de uno de los dos Estados, o casos que las AC entienden que no deben ser objeto de arbitraje). La regulación amplia

334 De hecho, existe alguna diferencia relevante entre el arbitraje que originariamente se reguló en el artículo en 2008.

de cláusulas de exclusión del arbitraje resultará en que los PA puedan iniciarse en esos supuestos sin que avancen hacia la fase de arbitraje, por lo que no existirá ningún incentivo para las AC para solucionar la situación específica. Es decir, antes de añadir exclusiones a la fase arbitral, los Estados deben valorar si realmente tienen sentido o están vaciando de contenido (sobre todo, si son amplias) el propio procedimiento arbitral; o, incluso, si suponen un cierto incumplimiento del estándar mínimo de la Acción 14 del Plan BEPS o del principio de buena fe que favorece el inicio del PA y su resolución, ya que, en estos supuestos donde es conocido que no existirá arbitraje por causas propias de cada Estado, no será muy frecuente tampoco el acuerdo previo en la fase del PA.

La última frase del artículo 25.5 del MC OCDE especifica que las AC idealmente deberán establecer, a través de un acuerdo, un PA que regule esta materia (para tener más flexibilidad en aquellos casos que sea necesario hacer cambios posteriores), la forma de aplicación del artículo 25.5 del MC OCDE en lo que no está previsto o regulado por este precepto. Preferentemente, tal acuerdo se debería negociar y cerrar en el momento de la firma del CDI para que el arbitraje sea posible a partir de que el propio CDI sea aplicable de manera efectiva. Al mismo tiempo, debe ser público. De hecho, los Comentarios al artículo 25.5 del MC OCDE añaden como anexo una "muestra de PA" relativa a la ejecución del artículo 25.5 del MC OCDE que las AC pueden utilizar como modelo, realizando los cambios necesarios para adaptarla al diseño que le hayan dado a la disposición arbitral (en caso de que se hayan apartado de la configuración básica del arbitraje del citado precepto o para adaptarlo a sus circunstancias y necesidades). La muestra o modelo de PA regula los aspectos procedimentales y formales del arbitraje, y precisa cuestiones que el artículo 25.5 del MC OCDE no aclara (por ejemplo, cómo realizar la solicitud de arbitraje; el comienzo del cómputo del plazo de dos años; la selección y designación de los árbitros; cómo se desarrollará el procedimiento arbitral, sus plazos y su modalidad –dando prioridad a la modalidad de *baseball arbitration*, esto es, a la "mejor oferta", en la que los árbitros eligen la posición de una de las partes, y no al arbitraje de opinión independiente–; los aspectos relativos a la comunicación y la confidencialidad de la información transmitida en el arbitraje; las suspensiones del procedimiento; la distribución de sus costos; las consecuencias del incumplimiento de los plazos; la posibilidad de que la decisión arbitral no sea necesaria, ya sea por acuerdo previo entre las AC o por la retirada del caso, y la forma de la decisión final y su ejecución). La "muestra de PA" incluye, además, Comentarios específicos relativos a las cuestiones que regula.

A priori nada impide que el arbitraje regulado en un CDI se aplique a casos que pudieran surgir bajo un CDI anterior que no contenga esta disposición, o que la nueva regulación del arbitraje más favorable se aplique en relación con casos que se presentan bajo la vigencia de otra disposición sobre arbitraje más restrictiva, y este

es un aspecto que deben regular los Estados. Al mismo tiempo, si existieran otros procedimientos de resolución de disputas de naturaleza similar en vigor entre las dos partes de un CDI y que afecten a su interpretación o aplicación (por ejemplo, en el contexto de acuerdos multilaterales o regionales, como ocurre en la Unión Europea (UE) con la Directiva 2017/1852 o el Convenio 90/436), el CDI deberá contener reglas que prioricen uno u otro procedimiento arbitral.

En lo que respecta a la relación del arbitraje con los recursos internos, las cuestiones que se plantean son muy similares a las relativas a la interacción de los recursos internos con el PA en sentido estricto, ya que, en definitiva, el arbitraje es la fase final del PA (vid. Comentarios al artículo 25.5 del MC OCDE, párrafos 76 y ss.). Los distintos Estados, al regular el arbitraje, deben tomar en consideración cuál es su situación interna. En principio, la vía de recurso interno debería suspenderse y el contribuyente renunciar a ella para que pueda ejecutarse la decisión arbitral (o, si los contribuyentes están obligados a continuar la vía interna, antes de acudir a la arbitral, como ocurre en algún Estado, deberían normalmente renunciar a esta, si ello es posible, para activar el arbitraje, lo cual requerirá garantías de que el caso va a solucionarse). Si algún Estado permite simultanear los procedimientos de recurso internos y los arbitrales, debería establecer reglas de priorización para evitar decisiones contradictorias (por ejemplo, la finalización del procedimiento arbitral si, con anterioridad, hay una sentencia interna).

En cuanto a los efectos de la decisión arbitral, el artículo 25.5 del MC OCDE dispone que, a menos que la persona directamente afectada no acepte el PA que ejecuta la decisión, esta será vinculante para los dos Estados contratantes y deberá ejecutarse al margen de los límites de prescripción de la legislación de estos Estados. Los únicos casos donde no tendrá tal efecto vinculante serán aquellos donde un tribunal de uno de los dos Estados declarara nulo el arbitraje (en general, por vulneración del procedimiento previsto, por violación de los árbitros de la obligación de imparcialidad, por incumplimiento de las obligaciones convencionales de confidencialidad, etc.). Es posible también que los Estados regulen la posibilidad de que las AC se aparten de la solución arbitral si llegan a un acuerdo diferente en un plazo determinado tras la decisión arbitral; pero, en estos casos, deberían añadir a los CDI una cláusula que lo posibilitara.

El párrafo 83 de los Comentarios al artículo 25.5 del MC OCDE aclara que la decisión arbitral vincula solo con respecto a los hechos específicos sometidos al arbitraje. Y, si bien en principio nada impedirá que la misma solución la apliquen las AC a otros casos o ejercicios, también podrían apartarse de ella (motivadamente) en otros supuestos. Esta ausencia de valor de precedente de las decisiones anteriores será problemática en muchos Estados (aunque la escasa publicidad respecto de estas decisiones plantea igualmente dificultades en términos de transparencia y control).

6.2. Ventajas e inconvenientes del arbitraje

Algunos países, en especial aquellos en desarrollo, son reacios a incluir cláusulas arbitrales en sus CDI, razón que explica que el artículo 25 del MC ONU contenga dos versiones, una que regula el PA sin cláusula de arbitraje (artículo 25A del MC ONU) y otra que contiene este tipo de disposición (artículo 25B del MC ONU), aunque con algunas variaciones relevantes con respecto al artículo 25.5 del MC OCDE.

La decisión de incluir o no cláusulas arbitrales en el CDI dependerá de consideraciones políticas y administrativas. Las ventajas y los inconvenientes que los distintos países ven en las cláusulas arbitrales aparecen enumerados en los párrafos 7 y 8 de los Comentarios al artículo 25 del MC ONU, y son sencillas de sintetizar. Por lo general, los países contrarios al arbitraje consideran como factor relevante, entre otros, que puede limitar indebidamente su soberanía. La inexistencia de una práctica consolidada en materia de PA en estos países obedece también a que ven el arbitraje con desconfianza. Existe la percepción de que, o bien es difícil encontrar árbitros neutrales que ponderen adecuadamente los intereses de los países en desarrollo, o de que el arbitraje funcionará a favor del país más experimentado, con más recursos para prepararlo. En definitiva, hay una cierta percepción de que son los países desarrollados exportadores de capitales los más interesados en el arbitraje.

Por el contrario, los países a favor del arbitraje consideran que es la forma de asegurar que no existirán supuestos de doble imposición o imposición no conforme con el CDI sin resolver y que el desarrollo del PA no se demore en exceso, o que otorga seguridad jurídica a los inversionistas y fomenta la inversión, y aporta ventajas evidentes frente a los recursos y reclamaciones internos al otorgar soluciones bilaterales igualmente aplicables en ambos Estados contratantes. Por otro lado, los costos, a diferencia de los arbitrajes de inversiones, no son elevados, y es posible encontrar árbitros experimentados que consideren adecuadamente los intereses de los países en desarrollo. En definitiva, el límite a la soberanía estatal, si existe, es más bien residual.

En el contexto posterior al BEPS y de crecientes cambios en la fiscalidad internacional, el arbitraje puede garantizar una resolución efectiva de los múltiples conflictos que pueden surgir entre administraciones tributarias, aportando seguridad jurídica a los inversionistas y actuando como un elemento relevante para la atracción de la inversión. En definitiva, los distintos pros y contras deben ser evaluados cuidadosamente por los Estados a la hora de negociar sus CDI, al igual que la potencial existencia de obstáculos constitucionales para la ejecución de cláusulas de arbitraje (estos obstáculos no existen en la mayoría de los países o resultan de una interpretación un tanto anticuada de principios generales, como la indisponibilidad de los créditos tributarios, que, en realidad, rectamente entendidos, no deberían

plantear problemas para la regulación del arbitraje). Una vez que un Estado decida incluir cláusulas arbitrales en sus CDI, debe ponderar de manera adecuada el tipo de arbitraje que desea (obligatorio, voluntario, ampliado, etc.) y cuál sería la regulación procedimental más apropiada a sus circunstancias.

6.3. La configuración del arbitraje en el artículo 25B.5 del MC ONU (2021)

En el MC ONU, el arbitraje como fase final del PA solo se regula en el apartado B, el único que tiene un párrafo 5 dedicado a esta cuestión. La razón de que existan ambas alternativas se encuentra en el hecho de que muchos países en desarrollo, como se ha indicado, no desean incluir cláusulas de arbitraje en sus CDI, y atribuyen más peso a las razones en contra que a favor de este procedimiento (vid. el párrafo precedente).

La regulación del arbitraje en el artículo 25B.5 del MC ONU (2021), a pesar de que es similar al artículo 25.5 del MC OCDE (2017), tiene diferencias reseñables, a saber:

- La iniciativa del comienzo de la fase arbitral corresponde, en lugar de a un contribuyente, a una de las AC. De esta forma, el carácter interestatal del procedimiento se acentúa al convertir el arbitraje en voluntario para las AC, con el efecto colateral de que disminuye el protagonismo del contribuyente que, en el artículo 25.5 del MC OCDE, tiene la iniciativa (arbitraje obligatorio). Al mismo tiempo, esta forma de inicio significa que el arbitraje no comenzará si las AC acuerdan no someter un caso específico o una de sus categorías a arbitraje. Los Comentarios al artículo 25.5, del MC ONU ofrecen otra variante, en la que las dos AC y el contribuyente tienen que estar de acuerdo en someter el caso a arbitraje, lo cual, obviamente, endurece todavía más el acceso a este, ya que en la versión del artículo 25B.5 del MC ONU, si una de las dos AC no está de acuerdo, esta negativa no impide que el arbitraje sea activado por la otra AC.

- El arbitraje solo comenzará si han transcurrido tres años desde la presentación del caso a la AC del otro Estado; en cambio, en el artículo 25.5 del MC OCDE el plazo es de dos años.

- El inicio del cómputo del plazo que habilita a solicitar el arbitraje es también diverso. Si bien en el artículo 25.5 del MC OCDE el *dies a quo* se sitúa en el momento en que las AC tengan toda la información correspondiente al caso, en el artículo 25.5 del MC ONU (2021) el comienzo del cómputo del plazo se produce con la presentación del caso a la AC del Estado que no recibió inicialmente la solicitud del PA.

» El artículo 25.5 del MC ONU (2021) dispone que las AC pueden todavía llegar a un acuerdo tras la decisión arbitral en el plazo de seis meses desde que la decisión fue comunicada a las AC. En el artículo 25.5 del MC OCDE (2017), esta posibilidad se regulaba como opción en los Comentarios (párrafo 84), pero el citado precepto no la contempla.

En definitiva, el artículo 25B.5 del MC ONU (2021), subraya los rasgos "interestatales" del arbitraje, sobre todo al permitir que su inicio o su final estén condicionados por las posiciones de las AC. Si bien esto da mayor control a las AC sobre el arbitraje, para los contribuyentes es un mensaje menos certero en torno a la posibilidad de que los eventuales conflictos se resuelvan satisfactoriamente. En definitiva, si la divergencia está causada por una interpretación o una aplicación errónea del CDI, el arbitraje voluntario puede impedir que esta deficiencia se depure cuando las dos AC acuerden no llevar a arbitraje el caso específico, por la razón que sea. Este dato debe llevar a los Estados a ponderar adecuadamente qué modelo de arbitraje desean seguir (en la redacción del artículo 25B.5 del MC ONU, al menos una AC puede iniciar el arbitraje sin que la otra AC esté de acuerdo, pero, si ninguna de estas autoridades lo desean, el acceso al arbitraje puede quedar bloqueado).

6.4. El arbitraje en la MLI: Parte VI

La Parte VI de la MLI (artículos 18 al 26) regula el arbitraje de una manera bastante similar al artículo 25.5 del MC OCDE (aunque todavía con elementos de la versión de 2014 del citado precepto) y su función es que los Estados que la elijan incluyan (o actualicen) la regulación del arbitraje de sus CDI anteriores a la firma de la MLI y estén cubiertos por sus medidas (los nuevos CDI que un Estado negocie no estarán afectados por la MLI y, para regular el arbitraje, deben incluir un precepto expreso en esta materia).

La naturaleza de la Parte VI es distinta a la del resto del articulado de la MLI; su configuración también difiere del artículo 25.5 del MC OCDE (2017), aunque más en la forma que en el fondo, ya que regula tanto los aspectos materiales como los procedimentales del arbitraje. En el artículo 25.5 del MC OCDE, la misma regulación se reparte entre este precepto y el modelo de PA relativo a la aplicación del arbitraje; en la MLI, alguna de las opciones de los Comentarios al artículo 25.5 del MC OCDE son preceptos de aplicación obligada si el Estado opta por la Parte VI. La regulación de la MLI, además, está diseñada para ser aplicada solo entre Estados que expresamente optan por aplicar los artículos 18 al 26 de la MLI con respecto a sus CDI (32 hasta ahora). La estructura de la Parte VI también es diferente a la del resto de la MLI: todos los artículos del 18 al 26 están diseñados para ser aplicados en bloque, razón por la cual las reglas de compatibilidad con los distintos preceptos

de los CDI se regulan en un único precepto: el artículo 26. Sin embargo, quizás su característica más significativa es que los artículos 18 al 26 no modifican las disposiciones de CDI anteriores, sino, más bien, las sustituyen completamente cuando un Estado opta por aplicar la Parte VI y el otro Estado contraparte del CDI también haya optado por la Parte VI.

Es importante subrayar que el artículo 28.2 de la MLI admite que los Estados que opten por la Parte VI de la MLI formulen reservas (sujetas a la aceptación de la otra parte) con respecto al tipo de casos que pueden solucionarse a través del arbitraje. Muchos Estados (por ejemplo, España) han formulado reservas amplias que reducen sustancialmente el número de casos que pueden ser considerados en el arbitraje. Con respecto a este tipo de reservas, el artículo 28.2. letra b de la MLI indica que están sujetas a aceptación y que se entiende que serán aceptadas si el resto de los Estados no se oponen en el plazo de 12 meses desde que se las notificaron, o cuando la otra parte deposita el instrumento de ratificación (los Estados que elijan la aplicación del arbitraje posteriormente a la ratificación, pueden oponerse a las reservas cuando ejercitan tal opción). Cuando un Estado se opone a las reservas al acceso al arbitraje que ha realizado otro Estado, el efecto será que el arbitraje de la MLI (Parte VI) no se aplicará en su totalidad entre el Estado que formula la reserva y quien se opone a ella.

Al mismo tiempo, el artículo 19.11 de la MLI permite a las partes, a través del procedimiento de reserva, sustituir el período de dos años por otro de tres. Al respecto el párrafo 231 de los Comentarios a la MLI especifica que, cuando un Estado parte de un CDI cubierto hace esta reserva, se aplicará a las dos jurisdicciones parte. Es decir, como excepción, la reserva de una parte producirá efectos bilaterales en el sentido que define el artículo 28.3 de la MLI.

Como puede observarse, la función de la Parte VI de la MLI es permitir a un Estado añadir cláusulas arbitrales a aquellos CDI en vigencia que no las contengan o que presenten una naturaleza más restringida. De esta manera, el Estado que opta por la Parte VI retiene un margen de flexibilidad para limitar los casos que acceden a la MLI. Sin embargo, la opción por la Parte VI de la MLI no exime a los negociadores de los CDI considerar si es deseable incluir cláusulas de arbitraje en línea con el artículo 25.5 del MC OCDE y el 25B.5 del MC ONU en CDI posteriores a la fecha de la opción por la aplicación de la Parte VI, y afectados por esta.

Capítulo 26.

El artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU: el intercambio de información tributaria

1. FUNCIONALIDAD Y OBJETIVOS DE LA CLÁUSULA DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA DEL ARTÍCULO 26 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

La cláusula del artículo 26 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE 2017) y del modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU 2021) es prácticamente idéntica, aunque el lenguaje que emplea el MC ONU (en la cláusula y en los Comentarios) difiere en ocasiones del que utiliza el MC OCDE, con el objetivo de expandir o instrumentar un intercambio de información más amplio. No obstante, a lo largo de estos Comentarios se parte de la premisa de la equivalencia esencial entre las cláusulas de intercambio de información tributaria que se presentan en ambos modelos de convenio, sin perjuicio de que puntualmente se deje constancia de alguna diferencia sustantiva, más allá de lo indicado en la nota al pie.[335]

La funcionalidad de la cláusula ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, pasando de constituir un mecanismo para facilitar la asistencia administrativa para la aplicación del propio convenio a operar como un sistema de asistencia mutua que permite la aplicación de los sistemas tributarios de los Estados contratantes en un contexto de globalización económica, donde las autoridades fiscales deben ser

335 Por un lado, el MC ONU incluye en el apartado 1 del artículo 26 una frase que no aparece en el MC OCDE ("*In particular, information shall be exchanged that would be helpful to a Contracting State in preventing avoidance or evasion of such taxes*"), simplemente con el objetivo de evidenciar cómo el mecanismo de intercambio de información debe utilizarse con el mayor alcance posible, tal y como se indica en los Comentarios al artículo 26 del MC ONU (párrafos 31 y 60, por ejemplo). Por otro lado, el MC ONU incluye en el artículo 26 un apartado (el 6) que el MC OCDE no establece, pero que no posee gran relevancia a los efectos del alcance de la cláusula, ya que se limita a autorizar a las autoridades contratantes a acordar las distintas fórmulas en las que se concretará la asistencia mutua del artículo 26. Ciertamente, el hecho de que el MC ONU maximice las posibilidades de intercambio de información tributaria puede propiciar que aquellos países más interesados en este objetivo prefieran utilizar el artículo 26 del MC ONU a la hora de negociar sus modelos de convenio (MC). Tal elección por uno u otro MC debería exteriorizarse de forma adecuada en los correspondientes convenios de doble imposición (CDI). Vid. el párrafo 3 de los Comentarios al artículo 26 del MC ONU.

tan globales como los contribuyentes. La cláusula del artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU también opera instrumentando el estándar internacional de transparencia fiscal desarrollado por la OCDE y el Global Forum on Transparency and Exchange of Information (GFTEOI).

Todo intercambio de información tributaria en el marco del CDI debe realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26; piénsese, por ejemplo, en la aplicación de las cláusulas de los artículos 25 y 27 que regulan, respectivamente, los procedimientos amistosos (PA) y de asistencia en la recaudación tributaria. La cláusula de intercambio de información de los convenios de doble imposición (CDI) también sirve de base legal para que las autoridades fiscales de los Estados contratantes negocien los acuerdos previos de valoración de precios de transferencia (APA) o transmitan automáticamente información sobre cuentas financieras (*Common Reporting Standard* [CRS]), o de manera espontánea (por ejemplo, a efectos del estándar mínimo de la Acción 5 del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE (Plan BEPS), o emitan los Informes Fiscales País por País (CbCR) derivados de la Acción 13 de Plan BEPS.

Por tanto, el intercambio de información fiscal entre Estados responde a la necesidad de dotar a las administraciones tributarias de los medios adecuados para verificar el cumplimiento de los deberes que corresponden a los obligados tributarios que operan transnacionalmente. El control de las obligaciones tributarias, a la postre, no representa otra cosa que "administrar información", de manera que el fisco puede controlar todo aquello de lo que tiene o puede tener conocimiento. Cuando la administración pretende verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de contribuyentes que realizan operaciones transnacionales, se encuentra frente a un grave problema: la falta de información sobre tales operaciones. En un contexto económico altamente internacionalizado, resulta inadmisible para el Estado que los contribuyentes sujetos a imposición por su renta mundial puedan escapar al control y al cumplimiento de sus deberes fiscales acudiendo al expediente que proporciona la ubicación de sus inversiones o actividades económicas en el extranjero. Puede afirmarse, por tanto, que la principal función que desempeña el intercambio de información es la de servir de instrumento de control fiscal de las obligaciones tributarias de los contribuyentes que realizan operaciones económicas internacionales.

La cláusula del artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU articula un puente de cooperación administrativa entre las autoridades fiscales de los Estados contratantes, a efectos de la aplicación del convenio y de la gestión tributaria y el control fiscal de los sistemas tributarios de tales Estados. En un mundo globalizado, las administraciones tributarias deben ser tan globales como los contribuyentes, y ello se logra a través de la cooperación administrativa, como la que expresa el artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU.

La cláusula del artículo 26 de estos modelos de convenio (MC) resulta conforme y está alineada con los estándares fiscales internacionales en materia de transparencia e intercambio de información que ha ido desarrollando el GFTEOI y que también han adoptado la OCDE y Naciones Unidas.[336] Al respecto, nótese que el cumplimiento de estos estándares internacionales en materia de transparencia e intercambio de información no solo pasa por el desarrollo de un marco legal alineado con dicho estándar, sino también con su efectiva aplicación. En este sentido, no puede perderse de vista que la cláusula de intercambio de información requiere que las administraciones de los Estados contratantes pongan en marcha medios y soporten costos para lograr su aplicación y cumplimiento recíproco. En relación con esto, la OCDE, Naciones Unidas y el propio GFTEOI han desarrollado manuales prácticos para la aplicación de las distintas modalidades de asistencia mutua en materia tributaria.[337]

Asimismo, resulta relevante señalar que el intercambio de información tributaria que regula básicamente el artículo 26 del MC OCDE y el MCONU no se limita al intercambio rogado o con requerimiento previo, sino que comprende otras modalidades de cooperación fiscal (por ejemplo, intercambios automáticos y espontáneos, e inspecciones fiscales coordinadas). Al respecto, el MC ONU 2017 y 2021 contiene en los Comentarios al artículo 26 una serie de útiles observaciones y una guía sobre las diferentes cuestiones técnicas que se plantean con motivo de la aplicación de esta cláusula de cooperación fiscal internacional.[338]

La cláusula del artículo 26 de los convenios de doble imposición, al igual que otros tratados multilaterales de asistencia mutua en materia tributaria,[339] constituye la base legal que permite la conclusión de otros acuerdos administrativos para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras o sobre el CbCR, toda vez que la información obtenida o recabada por las administraciones tributarias, como regla, se considera confidencial y protegida por la normativa interna (cláusulas de "secreto tributario") que garantiza, a través de la confidencialidad y el uso limitado de la información tributaria, los derechos a la intimidad, la protección de datos, los secretos empresariales y profesionales, y el correcto funcionamiento del sistema de gestión voluntaria que pivota sobre el aporte de información por parte de los obligados tributarios.

336 Vid. Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties Between Developed and Developing Countries*, p. 186 y ss., Nueva York: Naciones Unidas; 2019, así como los Comentarios al artículo 26 del MC ONU, párrafos 1 y ss.

337 Vid. OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Manual on the implementation of Exchange of information provisions for tax purposes*, París: OCDE; 2006, y el conjunto de materiales, manuales y guías elaborados por el *Global Forum on Transparency and Exchange of Information* (GFTEOI); disponibles en:www.oecd.org/tax/transparency/documents/key-publications-and-documents.htm.

338 Puede consultarse el capítulo IX de Naciones Unidas, *United Nations Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries*, Nueva York: Naciones Unidas; 2013.

339 Vid. el Acuerdo multilateral de la OCDE y el Consejo de Europa de Asistencia Administrativa en Materia Tributaria de 1988 (reformulado mediante Protocolo Modificatorio en 2010).

2. EXAMEN DE LA ESTRUCTURA Y DISTINTOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 26 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

La cláusula de intercambio de información tributaria está estructurada a través de varias disposiciones que conforman un "sistema" que ordena los distintos elementos de la asistencia administrativa mutua:

- El apartado 1 del artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU ordena el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del intercambio de información tributaria que articula el CDI.

- El apartado 2 del artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU contiene la denominada "cláusula de secreto tributario internacional", que regula el "círculo de confidencialidad" (quién puede tener acceso a la información transmitida) y las "posibilidades de uso" de la información tributaria que se intercambia (por ejemplo, utilización a efectos fiscales y, eventualmente, no fiscales).

- El apartado 3 del artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU establece una serie de supuestos donde no resulta obligatorio el intercambio de información por parte de las autoridades requeridas, aunque, en caso de llevarse a cabo, estaría comprendido en el ámbito de aplicación de la cláusula del artículo 26 ("intercambios discrecionales").

- Los apartados 4 y 5 del artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU vendrían a complementar la regulación establecida en el apartado 3 del mismo precepto, incluyendo *anti-blocking statutes rules*, que descartan que las cláusulas locales que exigen "interés nacional" para obtener la información solicitada, o que limitan el acceso a información en poder de entidades financieras, agentes o fiduciarios, puedan limitar la obligación general de intercambio de información tributaria que especifica esta cláusula convencional.

- El MC ONU contiene un apartado 6 que el MC OCDE no incluye, pero no posee gran relevancia a los efectos del alcance de la cláusula, ya que se limita a facultar a las autoridades contratantes a acordar las distintas fórmulas a través de las cuales se concretará la asistencia mutua del artículo 26 del CDI.

2.1. La cláusula del apartado 1 del artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU: el ámbito de aplicación de la asistencia administrativa mutua a través del intercambio de información tributaria

En determinados casos, el apartado 1 del artículo 26 del MC OCDE permite que las autoridades competentes (AC) del Estado requerido obtengan y transmitan información tributaria relevante o trascendente solicitada por las AC del otro Estado contratante (y las obliga a ello), sin que este suministro de datos se limite a los impuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del CDI con arreglo al artículo 2;[340] tampoco queda restringido a la información que afecte o se refiera a residentes en los Estados contratantes.

Actualmente, la cláusula de intercambio de información aplica no solo a efectos de la implementación del CDI (antigua *narrow clause*), sino también de la legislación fiscal de los Estados contratantes en general, y para la lucha contra el fraude y la elusión fiscal en particular. La cuestión clave resulta determinar en qué medida una solicitud de obtención e intercambio de información posee suficiente motivación en términos de superar el "umbral de relevancia o trascendencia tributaria" sobre el que pivota el artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU, y que dejaría fuera las "investigaciones de pesca". A este respecto, ya se ha indicado que el MC ONU incluye en el apartado 1 del artículo 26 una frase que no aparece en el MC OCDE (*In particular, information shall be exchanged that would be helpful to a Contracting State in preventing avoidance or evasion of such taxes*), simplemente con el objetivo de evidenciar cómo el mecanismo de intercambio de información debe utilizarse con el mayor alcance posible, tal y como se indica en los Comentarios al artículo 26 del MC ONU.

En el caso de que la autoridad competente no posea la información requerida por la autoridad del otro Estado, debe poner en marcha todos los medios disponibles para obtenerla, como si hubiera sido solicitada por una autoridad fiscal nacional. Esta obligación de conseguir tal información por parte de las autoridades del Estado requerido está matizada y complementada por lo establecido en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU.

La información solicitada debe resultar "de previsible o potencial relevancia" o "dotada de potencial trascendencia tributaria", en el sentido indicado en los Comentarios al

340 Algunos países se han mostrado reacios a aplicar la cláusula de intercambio de información en relación con todos los impuestos y tributos que forman parte de su sistema tributario, y, por ello, se contemplan fórmulas más limitadas en el MC ONU (párrafo 28 de los Comentarios al artículo 26). En este sentido, no puede dejar de señalarse que el hecho de que la aplicación de la cláusula del artículo 26 no quede circunscrita a los impuestos comprendidos en el convenio, de acuerdo con el artículo 2 del MC OCDE y el MCONU, no significa que resulte de aplicación universal respecto de todas las figuras tributarias que forman parte del sistema tributario de los Estados contratantes. A este respecto, se ha puesto de relieve cómo la aplicación del artículo 26 se limita a "impuestos", y existen dudas sobre si hay que realizar una interpretación atendiendo a la legislación interna de los Estados contratantes o si, por el contrario, se debe optar por un enfoque más estricto basado en la interpretación convencional autónoma del término "impuesto" en este contexto que puede excluir, por ejemplo, a los impuestos aduaneros y a las contribuciones a la seguridad social.

artículo 26 del MC OCDE[341] y el MC ONU.[342] La autoridad requirente, a través de su solicitud, debe motivar de forma razonable esta potencial relevancia fiscal, poniendo de relieve, por ejemplo, la existencia de una investigación en marcha en relación con un contribuyente o con un grupo determinado de contribuyentes objeto de una investigación (externalizada o no). Este requisito no tendrá lugar, y por tanto no se procederá al intercambio de la información, en los casos de "expediciones de pesca" o de requerimientos especulativos que tratan de detectar bolsas o nichos de fraude o evasión fiscal, al margen de una investigación abierta o en curso sobre un grupo concreto de contribuyentes. La concurrencia del presupuesto de la relevancia tributaria requiere de un análisis casuístico, y puede generar controversias que afectan la legalidad de la solicitud y de la transmisión de la información, tal y como ha quedado evidenciado en la práctica internacional.[343]

Sin embargo, la obligación de obtener y transmitir la información solicitada por un Estado contratante en los términos del apartado 1 del artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU está sujeta a una serie de potenciales limitaciones que se explican en el apartado 3, y que se terminan de configurar en los apartados 4 y 5.

A los efectos de la conclusión de un CDI, las AC de los Estados contratantes deben examinar si su legislación interna (principalmente las potestades de obtención de información e investigación fiscal) está alineada con el estándar de transparencia e intercambio de información tributaria que se expresa en el artículo 26 del MC OCDE, ya que, de otro modo, podrían generarse conflictos entre los Estados contratantes a la hora de aplicar este mecanismo, una vez concluido el CDI.

2.2. La cláusula del apartado 2 del artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU: la "cláusula de secreto tributario internacional", que regula el "círculo de confidencialidad" y las "posibilidades de uso" de la información tributaria intercambiada

El artículo 26.2 del MC OCDE y el MC ONU establece una cláusula que pretende garantizar la confidencialidad de "toda" la información que ha sido objeto de intercambio entre las autoridades competentes de los Estados contratantes en el marco del CDI.[344] Tal confidencialidad es absoluta, y la regulación del "secreto tributario" es

341 Vid. los párrafos 5 al 8 de los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE.

342 Vid. los párrafos 20 al 34 de los Comentarios al artículo 26 del MC ONU.

343 Vid., por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 16 de mayo de 2017, asunto: C-682/15 (*Berlioz*).

344 La confidencialidad comprende incluso la "carta de solicitud" de la información remitida por las autoridades del Estado requirente, por más que esta pueda ser accesible para jueces y tribunales (*in camera*) a efectos del control judicial de la legalidad de la transmisión de la información. Se contempla la posibilidad de que se acuerde un memorándum de entendimiento (MOU) entre las autoridades competentes con el fin de precisar las obligaciones referidas a la confidencialidad de la información objeto de intercambio. Vid. el párrafo 11 de los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE.

eminentemente "convencional", aunque puede complementarse con lo dispuesto en la legislación interna de los Estados contratantes.[345]

Esta cláusula también regula las "excepciones" o "modulaciones" instrumentales al deber de confidencialidad que afecta a la información intercambiada a través del cauce de los CDI. En este sentido, el apartado 2 del artículo 26 del MC OCDE y del MC ONU se refiere básicamente al uso que la autoridad competente del Estado que recibe la información puede hacer de la información o los datos transmitidos, delimitando igualmente el "círculo de confidencialidad"; esto es, con qué autoridades pueden compartirse dichos datos.

La idea principal se apoya en el uso limitado a efectos fiscales (en sentido amplio) de la información transmitida a través de este mecanismo, lo que permite acceder a esta y que todas las autoridades públicas encargadas de funciones de gestión, recaudación, inspección, revisión o procedimientos sancionadores, así como de los propios jueces y tribunales, tengan conocimiento de las correspondientes controversias fiscales en las que se utiliza información intercambiada internacionalmente.[346] A título excepcional (y sujeto a la concurrencia de una serie de condicionantes), algunos CDI contienen una cláusula *ad hoc* que posibilita el "intercambio triangular" de información; esto es, la transmisión por parte de un Estado contratante receptor de información remitida por las autoridades del otro Estado contratante a las autoridades de un país tercero.[347]

Más allá de esta esfera de uso a efectos fiscales por las AC para la aplicación de los tributos (*lato sensu*), la información transmitida debe protegerse como confidencial, de manera que no puede utilizarse para otros fines ni compartirse con otras personas que no sean las referidas. No obstante, el MC OCDE y el MC ONU contemplan, como excepción, la utilización de la información intercambiada para "fines no fiscales" (por ejemplo, la prevención del blanqueo de capitales y la lucha contra la corrupción, entre otros) cuando concurran una serie de circunstancias que se enumeran en el apartado 2 *in fine* del artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU.[348] En particular, las autoridades del Estado contratante que transmitieron la información deben autorizar tal uso, y la legislación de los Estados contratantes debe contemplarlo.

345 El incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad establecidas en el artículo 26 de un convenio de doble imposición (CDI) que siga en este punto el MC OCDE y el MC ONU puede determinar la suspensión de la aplicación de esta cláusula en el sentido de "congelar" el intercambio de información tributaria. Vid. el párrafo 11 de los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE y lo indicado en este Manual al hilo del artículo 32 del MC OCDE y el MC ONU.

346 En principio, la información intercambiada de acuerdo con un convenio de doble imposición (CDI) que siga el MC OCDE o el MC ONU puede utilizarse en el marco de procesos por delitos fiscales, pero cabe indicar que estos convenios no constituyen el cauce propio ni el más adecuado para la transmisión de información a efectos penales.

347 Vid. el párrafo 12.2. de los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE, y párrafo 42 de los Comentarios al artículo 26 del MC ONU.

348 Tal uso para fines no fiscales debe ser compatible con la regulación de protección de datos de carácter personal.

2.3. La cláusula del apartado 3 del artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU: los límites recogidos en relación con la aplicación de la cláusula de intercambio de información tributaria (y los "intercambios discrecionales")

El apartado 3 del artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU establece los límites a la obligación de intercambiar información derivada del apartado 1 de la misma cláusula. Básicamente, estos límites se originan por la imposibilidad de obtener información con arreglo a la normativa y la práctica administrativa de los dos Estados contratantes, o cuando el suministro de la información revela un secreto profesional (abogado-cliente) o secretos comerciales, industriales o empresariales, o cuando la revelación de los datos es contraria al orden público.

La aplicación de estos límites a la obligación de intercambio de información se configura de tal forma que su implementación o invocación por parte de la autoridad requerida pasa por su interpretación estricta, a efectos de evitar que, de otro modo, esta cláusula pierda buena parte de su virtualidad.[349] Al respecto, cabe indicar cómo la diferente capacidad de obtención de información que puede existir entre las administraciones tributarias de los distintos países que concluyan un CDI no constituye en sí misma un elemento que puede esgrimirse de forma ritual o estructural para rechazar la obligación de intercambio de información (principio de reciprocidad relativa).

Asimismo, los denominados "derechos de participación" que algunos países otorgan a los "obligados tributarios" (derechos de notificación, audiencia previa y presentación de determinados recursos administrativos, entre otros) a efectos de poder estar al corriente de ellos, depurar errores materiales y supervisar la legalidad de los intercambios de información tributaria, no pueden regularse de manera que obstaculicen el efectivo funcionamiento del mecanismo.[350]

Siguiendo los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE, estas limitaciones al intercambio de información que se derivan del apartado 3 podrían sintetizarse de la siguiente forma:

1. Un intercambio no resulta obligatorio cuando la información solicitada no puede obtenerse (o conlleva a adoptar medidas contrarias o distintas) con arreglo a lo previsto por la legislación o la práctica administrativa normal del Estado contratante requerido.

349 Vid. los párrafos 15 al 19.4. de los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE.

350 Vid. el párrafo 14.1. de los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE.

Las AC del Estado contratante requerido no están obligadas a obtener y transmitir información, documentación o datos que no puede recabar con arreglo a la legislación interna, ya sea porque carece de potestad a tal efecto o porque ya no puede ejercitarse al haber transcurrido el plazo de prescripción tributaria.[351]

2. Un intercambio debe calificarse como no obligatorio o "discrecional" cuando el Estado requirente no puede obtener ni suministrar, por razones de hecho o de derecho, la información que ha solicitado al Estado contratante requerido (*mutuality clause*).

Considerando esto, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE recomienda que esta cláusula de "reciprocidad" se interprete de forma flexible y pragmática, de manera que no se frustre la finalidad del artículo 26 (lograr un efectivo intercambio de información).[352] Al respecto, se señala que las diferentes formas y procedimientos a través de los cuales los Estados obtienen la información no debe suponer un quebranto de reciprocidad, en la medida en que las variaciones no afecten de forma relevante la capacidad de obtener información por parte del Estado requirente en un supuesto similar al que integra su requerimiento de información al Estado requerido. Así, no se puede pretender que las facultades de obtención de información que posea el fisco del Estado requerido sean una "réplica" exacta en el ordenamiento del Estado requirente. En aras de minimizar el límite representado por la reciprocidad, en los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE (párrafo 18) se ha incorporado una presunción de reciprocidad en el sentido de que, si el Estado requirente no indica nada, se entenderá que puede obtener la información solicitada en un supuesto similar.

Los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE (párrafo 15.2) abordan la incidencia del derecho de no autoincriminación (*privilege against self-incrimination*) con la cláusula de reciprocidad del artículo 26. En primer lugar, se acepta esta incidencia toda vez que la mayoría de los países reconocen en su ordenamiento que una información no puede ser obtenida de una persona cuando esta pueda invocar el derecho de no autoincriminación. En este sentido, un Estado contratante requerido puede, por tanto, rechazar una solicitud de información si el Estado contratante requirente no hubiera podido obtener dicha información en similares circunstancias de acuerdo con su normativa interna de no incriminación. En segundo lugar, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE procede a minimizar el alcance práctico de esta garantía en el marco de los procedimientos de inter-

351 Vid. también el párrafo 47 de los Comentarios al artículo 26 del MC ONU.

352 Vid. los párrafos 15 y 15.1 de los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE.

cambio de información cubiertos habitualmente por los CDI. Así, se indica que la garantía de no autoincriminación es personal y no puede ser invocada por una persona distinta de aquella que está en riesgo de autoinculparse a efectos penales. La inmensa mayoría de los requerimientos de información pretenden obtener los datos de terceras personas, como entidades financieras, intermediarios o la otra parte en los contratos, pero no del individuo objeto de la investigación. Además, se señala que la garantía de no autoincriminación generalmente no ampara más que a personas físicas, y no se extiende a las personas jurídicas.

3. Un intercambio no resulta obligatorio sino "discrecional" cuando afecta "secretos empresariales y profesionales" de un obligado tributario.

Esta cláusula permite rechazar una solicitud de intercambio de información con el objeto de proteger el tejido empresarial asentado en el Estado requerido. La protección se lleva a cabo restringiendo al máximo la comunicación a terceros de los secretos industriales y comerciales que los obligados tributarios mantienen confidencialmente, pero que, en ocasiones, deben revelar a la administración fiscal, de manera que no sean usados para fines diferentes a los estrictamente tributarios ni revelados a personas que no están a cargo de la gestión tributaria (*lato sensu*). De esta forma, se protege la capacidad de generar beneficios y la ventaja competitiva que supone la tenencia de "secretos empresariales" (*lato sensu*) para los obligados tributarios. De acuerdo con los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE (párrafo 19.2), un "secreto empresarial o comercial" existe cuando los hechos o las circunstancias que se mantienen confidenciales poseen un considerable valor económico y pueden ser explotados en la práctica, de suerte que su uso no autorizado puede causar un daño grave al afectado. La información financiera, incluyendo libros y registros contables, por su naturaleza no constituye un secreto comercial o empresarial, salvo en casos particulares (por ejemplo, los registros de proveedores o de distribuidores). En el supuesto caso de que la información financiera requerida contuviera datos que puedan constituir secretos empresariales, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE recomienda la disociación de estos últimos a efectos de que se transmita la información financiera.

Con todo, es importante destacar que esta cláusula no impide el intercambio, sino que solo lo convierte en discrecional. Es la administración del Estado requerido la que debe apreciar la existencia de un secreto empresarial entre la información solicitada y ponderar la procedencia del intercambio; no obstante, algunos países excluyen el intercambio de este tipo de "información sensible". Es cierto que la confidencialidad de esta clase de información en principio ya resulta

protegida por la cláusula de secreto tributario internacional del artículo 26. Pero, dada la necesidad que existe en muchas ocasiones de transmitir este tipo de datos, y teniendo en cuenta lo "sensible" de la materia, algunos países han llegado a una vía intermedia y exigen garantías suplementarias de confidencialidad antes de intercambiar información que puede dañar la capacidad competitiva de los obligados tributarios.

Asimismo, la referencia al "secreto profesional" contenida en este presupuesto de la cláusula de intercambio de información se entiende en el sentido de que solo otorga cobertura a los datos comunicados por el cliente a un profesional que podrían tener valor económico para terceros. De esta forma, como han puesto de relieve algunos comentaristas, tal disposición no puede confundirse con la protección que dispensa la garantía del "secreto bancario". Algunas normas de protección del secreto bancario adoptadas en determinados países también limitan el ámbito operativo del intercambio de información, especialmente allí donde tal información bancaria no resulte accesible por las propias autoridades nacionales o lo sea en casos excepcionales; en este sentido, estos Estados pueden negarse a suministrar este tipo de información argumentando que no pueden obtenerla de acuerdo con su legislación o práctica administrativa, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 26 del MC OCDE. El Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE incluyó en 2005 nuevos Comentarios al artículo 26 (párrafos 19.3 y 19.4) en relación con la incidencia de la normativa interna que protege la confidencialidad de las comunicaciones entre los representantes legales y los abogados y sus clientes en relación con la cláusula del apartado 3 del artículo 26 del MC OCDE, y allí se observa que tal protección debe ser definida de forma estricta a los efectos del referido precepto, esto es, al objeto de que un Estado requerido pueda rechazar una solicitud de información invocando que afecta al secreto profesional. En concreto, se indica que tal protección otorgada a las comunicaciones entre el representante legal y el cliente no alcanza a los documentos o registros enviados al primero con el fin de proteger dichos documentos o registros de la revelación requerida por la ley. Asimismo, toda información referida a la identidad de una persona en su calidad de director o beneficiario efectivo de una entidad, por lo general no es considerada ni protegida como una comunicación confidencial. Los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE destacan que, aunque la protección de las comunicaciones confidenciales entre clientes y sus representantes legales es distinta en el panorama internacional, no debería definirse de forma tan amplia que dificultase gravemente el efectivo intercambio de información.

4. Un intercambio no tiene carácter obligatorio sino "discrecional" cuando su ejecución resulta contraria al "orden público" del Estado requerido.

Los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE (párrafo 19.5) se refieren al "orden público" como una suerte de "cláusula de cierre" que permite a los Estados contratantes rechazar el intercambio cuando su realización contraviniera sus principios jurídicos sustantivos o intereses esenciales. Ello acontecería, por ejemplo, en casos donde la información va a ser utilizada en persecuciones políticas, raciales o religiosas. También se incluyen dentro del ámbito de esta cláusula los denominados "secretos de Estado", como la información estratégica o la que afecta la seguridad nacional en poder de los servicios secretos de un Estado, cuya revelación perjudicaría los intereses vitales del Estado requerido. Si concurriera cualquiera de las cuatro circunstancias expuestas, el Estado requerido puede negarse a intercambiar la información solicitada.

Finalmente, cabe apuntar que lo dispuesto en el apartado 3 debe interpretarse de forma sistemática con las cláusulas articuladas en los apartados 2, 4 y 5 del artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU. Nótese que los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU van en la misma dirección, pero se aprecian diferencias entre ambos en el sentido ya señalado.

2.4. La cláusula del apartado 4 del artículo 26 del MC OCDE y del MC ONU: la neutralización de medidas internas que exigen un "interés fiscal nacional"

El apartado 4 del artículo 26 del MC OCDE y del MC ONU elimina la denominada "excepción de interés fiscal interno", de manera que no es posible que la AC invoque que no puede obtener la información porque no tiene relevancia (trascendencia tributaria) para la aplicación de sus impuestos. Esto significa que debe utilizar todos los procedimientos y potestades que la legislación interna establezca para la obtención de información tributaria por parte de las autoridades fiscales en el marco de una comprobación interna.

De alguna forma, el apartado 4 clarifica el alcance de la obligación convencional de obtención e intercambio de información tributaria del artículo 26 del MC OCDE, de modo que las autoridades del Estado contratante requerido no pueden negarse a obtener y transmitir la información solicitada por las autoridades del otro Estado contratante a menos que aplique lo dispuesto en el apartado 3 de tal precepto.[353]

353 Vid. los párrafos 19.6 al 19.8 de los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE.

2.5. La cláusula del apartado 5 del artículo 26 del MC OCDE y del MC ONU: la obligación de intercambio de información en poder de entidades financieras, agentes o fiduciarios

El apartado 5 del artículo 26 excluye que una AC pueda invocar *blocking statutes* o normas nacionales que impidan a las autoridades fiscales locales obtener información "bancaria" ostentada por un banco, una entidad financiera, un representante o persona que actúe como agente o fiduciario, o bien simplemente exhibida porque está referida a la participación en la titularidad de derechos en una entidad.

Esta cláusula, por lo tanto, determina el levantamiento del secreto bancario y mercantil (beneficiarios últimos de entidades) a los efectos de la aplicación de la cláusula de intercambio de información tributaria prevista en los CDI que siguen el estándar internacional de transparencia e intercambio de información. Así pues, las autoridades de los Estados, antes de incluir una cláusula de este tipo en un convenio, deben verificar que la legislación interna está alineada y permite obtener dicha información en el curso de una comprobación fiscal.

Estamos ante una cláusula que posee una naturaleza sustantiva y que persigue reforzar las obligaciones del Estado requerido de obtención y suministro de información en relación con datos sobre la titularidad de cuentas bancarias y de todo tipo de entidades.

En este sentido, la cláusula del apartado 5 del artículo 26 del MC OCDE y del MC ONU debe guiar la interpretación de los apartados 1 y 3 del artículo 26 del MC OCDE, de modo que los límites a la obligación de intercambio de información que se prevén en el apartado 3 no pueden invocarse para rechazar un requerimiento de información cursado correctamente por la AC del otro Estado en relación con la titularidad de cuentas bancarias y entidades por parte de un determinado sujeto que está siendo investigado en el Estado requirente.

Los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE (párrafos 19.10 al 19.15) explican con cierto detalle el alcance del apartado 5 de tal precepto, en el siguiente sentido:

- El apartado 5 del artículo 26 del MC OCDE persigue garantizar que las limitaciones previstas en el apartado 3 del mismo precepto no pueden emplearse para impedir el intercambio de información en poder de los bancos, las entidades financieras, mandatarios, agentes y fiduciarios, así como información sobre titularidad de derechos.

- La incorporación del apartado 5 al artículo 26 del MC OCDE no debe interpretarse en el sentido de que las versiones anteriores del referido precepto no autorizan el intercambio de la información mencionado en el párrafo precedente.

» Cuando el apartado 5 del artículo 26 del MC OCDE establece que un Estado contratante no podrá negarse a intercambiar información a otro Estado contratante únicamente porque la información esté en poder de un banco u otra institución financiera, tal cláusula está invalidando o anulando la cláusula del apartado 3 del mismo precepto, puesto que este último permitiría a un Estado requerido negarse a intercambiar dicha información de otra forma sobre la base de sus normas internas de secreto bancario. Los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE se refieren particularmente a la interrelación entre los apartados 3 (letras a y b), 4 y 5 del artículo 26 del MC OCDE, a los efectos de robustecer la prevalencia de lo dispuesto en el apartado 5 en relación con la obligación del Estado requerido de disponer de los medios para obtener e intercambiar información en poder de entidades financieras en aquellos casos o situaciones donde existen indicios de que la información requerida está en poder de un banco o una institución financiera. Al respecto, se considera que un Estado requerido no puede apelar al apartado 3 del artículo 26 del CDI para declinar un requerimiento de información cursado en tal sentido por otro Estado contratante en los casos donde la legislación interna establece condicionantes diferentes en relación con el alcance de las potestades administrativas de obtención de información en poder de entidades financieras, y requiere que exista información específica disponible sobre el contribuyente objeto de la investigación. De los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE parece deducirse que esta diferencia en el umbral de probabilidad, de indicios o rastros de conexión económica entre el sujeto investigado y el sujeto potencial fuente de la información no resulta compatible con el apartado 5 del artículo 26 del MC OCDE a los efectos de delimitar el alcance de potestades administrativas, según se trate de información en poder de entidades financieras o de otros sujetos fuente.

» El apartado 5 del artículo 26 también establece que un Estado contratante no podrá negarse a intercambiar información únicamente porque tal información esté en poder de personas que actúan en calidad de mandatario, agente o fiduciario. Así, si un Estado contratante posee en su ordenamiento una norma de acuerdo con la cual toda información en poder de un fiduciario se trata como un "secreto profesional" meramente porque está en poder de tal fiduciario, ese Estado no podría aplicar la norma interna como base para negarse a intercambiar información a otro Estado contratante. Se considera que una persona actúa "a título de fiduciario" cuando la operación económica que realiza, el dinero o la propiedad que maneja no le pertenece ni es para su propio beneficio, sino que actúa en beneficio de otra persona a la que el fiduciario se encuentra unido por una relación de confianza y buena fe como fideicomisario (*trustee*). El término "agente" (*agency*) es muy amplio e incluye todas las formas de prestación de

servicios corporativos (por ejemplo, los agentes de constitución de sociedades, *trust companies*, agentes de registro, abogados, etc.).

- El apartado 5 del artículo 26 también establece que un Estado contratante no puede negarse a intercambiar información únicamente porque tal información se refiera o afecte a la titularidad de derechos o intereses en una persona, incluyendo sociedades, sociedades de personas, fundaciones o estructuras organizativas similares. Los requerimientos de información no pueden rechazarse solo porque las normas o las prácticas internas del Estado requerido pueden tratar ese tipo de información como un secreto comercial o de otra clase.

- No obstante, el apartado 5 del artículo 26 no impide a un Estado contratante invocar el apartado 3 del referido precepto para negarse a intercambiar información en poder de un banco, otra institución financiera, un mandatario o una persona que actúa como agente o fiduciario, o porque afecta la titularidad de derechos o los intereses de una persona. Ahora bien, tal denegación de asistencia mutua debe basarse en razones no relacionadas con el estatus de la persona como banco, institución financiera, agente, fiduciario o mandatario, o con el hecho de que la información se refiera a la titularidad de derechos e intereses. Por ejemplo, un representante legal puede actuar para un cliente a título de agente, pero respecto de cualquier información protegida como comunicación confidencial entre un representante legal y su cliente el apartado 3 del artículo 26 sigue proporcionando un marco posible para rechazar el intercambio de información requerido por otro Estado contratante.

- Finalmente, el párrafo 19.15 de los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE contiene una serie de ejemplos que ilustran el alcance del nuevo apartado 5 del artículo 26, que ya se ha especificado más arriba.

2.6. El apartado 6 del artículo 26 del MC ONU en relación con las modalidades de intercambio de información tributaria

El apartado 6 del artículo 26 del MC ONU habilita a las autoridades competentes a que acuerden fórmulas para ejecutar las obligaciones de intercambio de información que establece esta cláusula.

La sección C de los Comentarios al artículo 26 del MC ONU desarrolla una guía útil a este respecto.

El MC OCDE no recoge esta cláusula, pero los Comentarios al artículo 26 (párrafo 10) parecen indicar que implícitamente permitiría a las autoridades competentes de los Estados contratantes acordar las modalidades de intercambio de información tributaria, de acuerdo con lo establecido en esta cláusula. Quizás la fórmula que elabora el MC ONU sea más clara y evite potenciales problemas de legalidad tributaria en relación con el desarrollo de determinadas modalidades o pautas para instrumentar el intercambio de información tributaria en el marco de un CDI.

3. MODALIDADES DE APLICACIÓN DE LA ASISTENCIA ADMINISTRATIVA AMPARADAS POR EL ARTÍCULO 26 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

En cuanto a las modalidades de intercambio de información que pueden instrumentarse de acuerdo con el artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU, lo cierto es que son tres las fórmulas más típicas, aunque se considera que los CDI no impiden otros sistemas.[354] Lo mismo acontece con el Acuerdo multilateral de la OCDE y el Consejo de Europa de Asistencia Administrativa en Materia Tributaria (Protocolo de 2010) que comprende un conjunto de mecanismos de asistencia administrativa mutua en materia tributaria.

En primer lugar, el denominado "intercambio rogado" o "previo requerimiento", como su nombre lo indica, se produce cuando las autoridades competentes de un Estado contratante se dirigen a las del otro Estado para requerirles datos sobre un concreto obligado tributario que está siendo investigado. Este tipo de intercambios son los que se emplean en el marco de procedimientos de inspección con el objeto de recabar o comprobar datos sobre las actividades foráneas del inspeccionado y, por tanto, constituyen posiblemente la modalidad de intercambio más relevante.

Por su parte, el "intercambio espontáneo" tiene lugar cuando las autoridades de un Estado contratante consideran que un obligado tributario que ha sido investigado podría estar defraudando los impuestos de otro Estado contratante con el que media un CDI. Tiene, por tanto, carácter esporádico y no responde a un requerimiento previo.

En tercer lugar, el "intercambio automático" se produce en "masa" y con arreglo a un "plan previo" que han acordado las autoridades competentes de los Estados. Lo que se intercambia son datos relativos a la obtención de rentas pasivas (información relativa a cuentas financieras, dividendos, intereses, cánones, pensiones, rentas inmobiliarias, etc.) por parte de residentes de un Estado en el territorio del otro. Se trata de un mecanismo antifraude muy efectivo, en especial en los últimos tiempos, dado que se está "estandarizando su formato" e informatizando la transmisión, lo cual facilita enormemente su procesamiento y utilización por el Estado receptor. En principio, para que puedan llevarse a cabo este tipo de intercambios, parece necesario que las autoridades competentes de los Estados contratantes concluyan un acuerdo *ad hoc*.

Existen otras formas de intercambio de información con las que se articula en el marco de "inspecciones fiscales simultáneas" o del "desplazamiento de inspectores" de un Estado al territorio de otro, que se emplean cada día con mayor asidui-

354 Vid. los párrafos 8 y 9 de los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE y Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties Between Developed and Developing Countries*, párrafos 677 y ss., Nueva York: Naciones Unidas; 2019.

dad como consecuencia de la necesidad que tienen las administraciones tributarias modernas de intensificar la cooperación internacional para controlar la fiscalidad de las empresas multinacionales (MNE) y, en general, de las operaciones económicas transnacionales. En la misma línea, estarían las "inspecciones conjuntas", que trascienden las fórmulas de controles fiscales multilaterales coordinados. La OCDE publicó en 2010 el *Joint Audit Report*, donde se ponían en valor las ventajas derivadas de este modelo de inspecciones conjuntas multilaterales, y se indicaba que tanto los CDI como el Acuerdo multilateral de la OCDE y el Consejo de Europa de Asistencia Administrativa en Materia Tributaria constituían una base legal suficiente para llevarlas a cabo, sin ocultar los obstáculos legales y prácticos que existen para desarrollar este tipo de mecanismos a gran escala.

Capítulo 27.

El artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU: la asistencia en la recaudación tributaria

1. LA FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 27 DEL MC OCDE Y DEL MC ONU: OBJETIVOS DE POLÍTICA FISCAL

El artículo 27 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) contiene una cláusula de asistencia administrativa en la recaudación tributaria que complementa la cláusula del artículo 26 del MC OCDE en materia de intercambio de información entre administraciones tributarias. El modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) reproduce la cláusula del artículo 27 del MC OCDE, de manera que los Comentarios a esta cláusula se consideran igualmente válidos a los efectos del artículo 27 del MC ONU.[355]

Estos artículos, en conexión con el artículo 25 del MC OCDE y el MC ONU, estructuran una suerte de puente entre las autoridades fiscales de los Estados contratantes, tanto a los efectos de la aplicación del convenio de doble imposición (CDI) como de cara a poder supervisar la correcta aplicación de otras disposiciones de sus sistemas fiscales, evitando el fraude y la elusión fiscal. De esta forma, el "minisistema fiscal" derivado del CDI en términos materiales (distribución del poder tributario) se complementa con mecanismos de asistencia administrativa mutua en materia tributaria. No obstante, cabe apuntar cómo la cláusula de intercambio de información tributaria presenta mayor relevancia a los efectos de su inclusión en un CDI, toda vez que existe un estándar internacional en materia de transparencia fiscal y que el artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU está configurado para instrumentar su cumplimiento, en tanto que el artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU se considera una cláusula opcional, es decir que su inclusión no resulta crítica para la negociación de un CDI.

355 Vid. los Comentarios al artículo 27 del MC ONU.

En los últimos tiempos, se ha observado un desarrollo de los mecanismos de asistencia administrativa en la recaudación tributaria por motivos muy similares a los que vienen impulsando el avance de los instrumentos de intercambio de información. Esta tendencia normativa, centrada en la cooperación administrativa internacional, se está reflejando tanto en los modelos de convenio (MC) de la OCDE y Naciones Unidas como en la red global de CDI y a través del específico Acuerdo multilateral de la OCDE y el Consejo de Europa de Asistencia Administrativa en Materia Tributaria (1988 y Protocolo 2010), que han firmado más de 140 jurisdicciones. Nótese que este acuerdo multilateral no restringe la aplicación de otros tratados o instrumentos relacionados con la cooperación fiscal internacional, por lo que resulta de aplicación el mecanismo que permita una asistencia más amplia o eficaz (principio de la máxima eficacia establecido en el artículo 27 del Acuerdo multilateral de la OCDE y el Consejo de Europa de Asistencia Administrativa en Materia Tributaria).

El Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes ha elaborado un *toolkit* con el objetivo de facilitar la articulación y el funcionamiento efectivo del mecanismo de asistencia en la recaudación tributaria, que incluye recomendaciones organizativas y buenas prácticas dirigidas a las administraciones tributarias de los distintos países.[356]

Los párrafos 1 y del 6 al 9 de los Comentarios al artículo 27 del MC OCDE también son ilustrativos de una serie de cuestiones prácticas que las autoridades competentes (AC) deberían considerar y, eventualmente, acordar o debatir durante las negociaciones con la finalidad de configurar y aplicar esta cláusula convencional; por ejemplo, temas relacionados con el tipo de documentación exigida, los umbrales mínimos cuantitativos en relación con los requerimientos de asistencia administrativa, los costos derivados de la asistencia, los plazos de cumplimiento de la asistencia solicitada, la forma de remisión de la recaudación obtenida en el Estado requerido, etc.

Como ya se ha apuntado, el MC OCDE y del MC ONU incluyen cláusulas en materia de intercambio de información y asistencia en la recaudación tributaria en términos equivalentes en sus artículos 26 y 27. No obstante, es cierto que dichos MC contienen, además, una serie de cláusulas alternativas para aquellos países que no pueden o no consideran adecuado comprometerse a una asistencia mutua en materia de recaudación en términos amplios como los que plantea el artículo 27 del MC OCDE. Por ejemplo, en los Comentarios al artículo 27 del MC OCDE se prevé limitar la asistencia mutua a los efectos de la aplicación del CDI en casos donde el convenio haya sido invocado por sujetos no comprendidos en su ámbito subjetivo, o de cara a la aplicación de los impuestos que se engloban

356 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Global Forum on transparency and Exchange of Information for Tax Purposes: A Toolkit for Cross-Border Assistance in the Recovery of Tax Claims*, París: OCDE; 2023.

en su ámbito de aplicación, o también para tener en cuenta las limitaciones de la prescripción tributaria local o la propia observancia de los principios tributarios generalmente aceptados.[357]

Tal y como se indica en los Comentarios al artículo 27 del MC OCDE (párrafos 1 y 2), existe un conjunto de factores relacionados principalmente con cuestiones legales relacionadas, en gran medida, con la equivalencia entre los ordenamientos de los dos Estados contratantes en términos de derechos y garantías fundamentales de los obligados tributarios, cuestiones constitucionales y de capacidad administrativa para aplicar estos mecanismos, que deben ponderarse a la hora de definir si incorporar o no una cláusula tipo en los términos del artículo 27 del MC OCDE, o bien adoptar una cláusula más limitada como, por ejemplo, la del párrafo 11 de los Comentarios al artículo 27 del MC OCDE.

La cláusula del artículo 27 del MC OCDE establece una obligación que le corresponde cumplir a las AC (y a las administraciones tributarias) de los Estados contratantes, relativa a la asistencia en la recaudación de deudas tributarias allí donde el Estado requirente ha agotado sus posibilidades de recaudación a nivel nacional. Como ya se ha indicado, esta cláusula puede operar con fines complementarios a la de intercambio de información, particularmente en casos de fraude y evasión fiscal, pero su funcionalidad supera o trasciende tales supuestos. Esta es la razón por la que esta cláusula de asistencia en la recaudación se incorporó tanto en el MC OCDE como en el MC ONU, lo cual ha traído consigo su progresiva articulación en los CDI por parte de países en desarrollo, superando un enfoque que visualiza esta disposición como generadora de cargas administrativas para sus administraciones.

357 Vid. los párrafos 2, 11, 12, 23, 14 y 37 de los Comentarios al artículo 27 del MC OCDE.

2. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA DE RECAUDACIÓN TRIBUTARIA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 27 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

2.1. Comentarios generales referidos al contenido y el alcance del artículo 27 del MC OCDE y el ONU

El funcionamiento y la regulación de los mecanismos de asistencia en la recaudación tributaria resultan muy complejos. A continuación, se exponen de forma muy sintética sus aspectos fundamentales, así como la interrelación que guarda esta asistencia recaudatoria transfronteriza con el intercambio de información. A este respecto, debe indicarse que los intercambios de información que se produzcan en el marco de la aplicación de las disposiciones convencionales de asistencia en la recaudación se ordenan y deben realizarse de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU. En este sentido, puede afirmarse que ambas cláusulas operarán en muchos casos de manera complementaria.

Las principales notas características de la asistencia mutua en materia de recaudación tributaria que contempla el artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU son las siguientes:

1. Tiene por objeto articular un mecanismo de asistencia administrativa ejecutiva (no declarativa); esto es, para el desarrollo de un procedimiento ejecutivo (recaudación) en relación con deudas tributarias liquidadas o para la adopción de medidas cautelares dirigidas a garantizar el cobro de deudas tributarias.

2. La finalidad de la asistencia administrativa son las deudas tributarias, las cuales incluyen las cantidades debidas por tributos de cualquier clase o la descripción impuestos por parte de los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, siempre que dicha tributación no sea contraria al CDI o a cualquier instrumento legal de los Estados contratantes. La definición de deuda tributaria comprende los intereses, las sanciones administrativas y los costos derivados de la recaudación y cautelares.

3. La asistencia puede requerirse para todo tipo de sujetos que resulten deudores de un tributo en virtud de la legislación del Estado requirente y que no puedan oponerse a la ejecución de dicha deuda en la sede administrativa o judicial. Por tanto, la asistencia en la recaudación puede emplearse no solo en relación con los contribuyentes, sino también frente otro tipo de obligados tributarios, como los sustitutos y los propios responsables tributarios.

El procedimiento de asistencia en la recaudación previsto en el CDI no crea nuevos derechos y obligaciones tributarias para los obligados afectados por este, ya que la fuente jurídica de tales derechos y obligaciones deriva de la normativa interna de los Estados contratantes. No obstante, resulta claro que la posición jurídica de un obligado tributario afectado por el procedimiento de asistencia en la recaudación tributaria queda alterada por el inicio de tal procedimiento, ya que está sujeto a un deber de colaboración en los dos Estados contratantes.

4. Para que pueda solicitarse la asistencia deben concurrir dos requisitos: (1) que la deuda sea ejecutable en el Estado requirente y (2) que el sujeto afectado por la recaudación no pueda impedirla. No se exige, por tanto, que la deuda tributaria sea firme (administrativa o judicialmente) para poder solicitar la asistencia. Así, la existencia de un litigio pendiente sobre la legalidad o exigibilidad de la deuda no impide la solicitud y la prestación de asistencia si en el Estado requirente este hecho no conlleva la suspensión de la ejecución de la deuda tributaria, salvo cuando, con arreglo a las normas del Estado requerido, dicha ejecución no pudiera llevarse a cabo. Por el contrario, el Estado requerido debe abstenerse de discutir la validez o la legalidad, tanto de la deuda exigida como de su ejecutividad. Solo los litigios relativos a los vicios del procedimiento ejecutivo deben ventilarse en el Estado requerido y conforme a su propia normativa.

5. La ejecución de la deuda tributaria del Estado requirente en el Estado requerido se llevará a cabo de acuerdo con las normas, los procedimientos y las prácticas del Estado requerido como si dicha deuda fuera una deuda nacional (principio de autonomía procedimental nacional). No obstante, la aplicación de la normativa sobre recaudación de deudas tributarias del Estado requerido no afecta la regulación de las exigencias temporales (prescripción) ni la aplicación de los criterios de preferencia y privilegios del cobro de las deudas tributarias.

6. El Estado requerido puede negarse a prestar asistencia administrativa cuando concurran determinadas circunstancias:

a) Cuando la asistencia suponga adoptar medidas no previstas en su legislación o práctica administrativa, o resulte desproporcionada considerando el beneficio obtenido por el Estado requirente y la carga administrativa que recae sobre el Estado requerido.

b) Cuando la asistencia resulte contraria a su orden público.

c) Cuando el Estado requirente no haya agotado todas las medidas razonables a su disposición para lograr el cobro de la deuda tributaria.

7. El Estado requerido puede verse compelido a adoptar medidas cautelares con arreglo a lo previsto en el artículo 27.4 del MC OCDE y el MC ONU. Tal posibilidad, con carácter general, solo resulta exigible cuando los dos Estados contratantes prevean la adopción de tales medidas en su normativa interna.

2.2. Comentarios específicos en relación con los ocho apartados del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU

2.2.1. El subapartado 1 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU: alcance y ámbito general de aplicación de la asistencia en la recaudación tributaria

Este subapartado establece la obligación de los Estados contratantes de asistencia mutua en la recaudación tributaria de sus impuestos en los términos previstos en el convenio.

La asistencia en la recaudación de los impuestos adeudados a cada uno de los Estados contratantes no está limitada por los artículos 1 y 2 del CDI, lo cual significa que la asistencia en la recaudación tributaria no está limitada a los impuestos comprendidos en el CDI[358] ni tampoco está restringida a impuestos adeudados por obligados tributarios residentes en los Estados contratantes. No obstante, los negociadores de los CDI son libres para apartarse del artículo 27.1 del MC OCDE y el MC ONU y limitar de cualquier otra forma la asistencia mutua en la recaudación, por ejemplo, restringiéndola a los impuestos cubiertos o a contribuyentes residentes de los Estados contratantes. La cláusula del artículo 27.1 del MC OCDE y el MC ONU no parece permitir la asistencia mutua triangular, a través de la cual un Estado contratante A solicitaría al otro B la asistencia en la recaudación de un crédito tributario devengado con la colaboración de un tercer país (C), de acuerdo con el artículo 27 del CDI entre B y C.

Los Comentarios a este subapartado del artículo 27 ponen de relieve la aplicación de la cláusula convencional de intercambio de información prevista en el CDI (artículo 26 del MC OCDE y el MC ONU) a los efectos de la asistencia en la recauda-

358 No puede dejar de señalarse que el hecho de que la aplicación de la cláusula del artículo 27 no quede circunscrita a los impuestos comprendidos en el convenio, de acuerdo con el artículo 2 del MC OCDE y el MC ONU, no significa que resulte de aplicación universal respecto de todas las figuras tributarias que forman parte del sistema tributario de los Estados contratantes. A este respecto, se ha puesto de relieve cómo la aplicación del artículo 27 se limita a "impuestos" (*taxes*), y existen dudas sobre si hay que realizar una interpretación atendiendo a la legislación interna de los Estados contratantes o, por el contrario, optar por un enfoque más estricto basado en la interpretación convencional autónoma del término "impuesto" en este contexto, que puede excluir, por ejemplo, a los impuestos aduaneros y a las contribuciones a la seguridad social.

ción tributaria, lo que determina que las obligaciones de confidencialidad fiscal y la limitación del uso de la información y la documentación transmitida que regula tal cláusula opera en este contexto. Las dos cláusulas de asistencia mutua deben estar coordinadas, tal y como advierten los Comentarios al artículo 27.[359]

La parte final del artículo 27.1 conecta esta cláusula con la del procedimiento amistoso (PA) (artículo 25), instando en cierta medida a que las AC de los Estados contratantes acuerden, a través de un PA, los detalles para la aplicación práctica de la asistencia en la recaudación tributaria. Para ello, se indica que el acuerdo debería contemplar la siguiente serie de cuestiones:

1. La documentación referida en los apartados 3 y 4 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU, de manera que el requerimiento cursado por las autoridades del Estado requirente esté respaldado por las autoridades del Estado requerido en términos de buena gobernanza administrativa y control de legalidad, a los efectos de la asistencia administrativa. De otra forma, las autoridades del Estado requerido podrían no estar en condiciones legales de adoptar actos administrativos de recaudación o para tomar medidas cautelares. Dicha documentación puede comprender una declaración en virtud de la cual el crédito tributario es exigible y adeudado por una persona que no puede, conforme a la ley del Estado requirente, impedir su recaudación, o una copia oficial del instrumento que posibilita la exigencia del crédito tributario en el Estado requirente. El acuerdo amistoso también puede "regular" las condiciones para la validez del instrumento tributario del otro Estado requirente o la "conversión" en un instrumento jurídico nacional del Estado requerido con el propósito de instrumentar la asistencia mutua.

2. El acuerdo debería ordenar la cuestión de los costos en que incurrirá el Estado requerido para satisfacer una petición realizada conforme al artículo 27.3. o 4 del MC OCDE y el MC ONU. La regla implica considerar que los gastos o costos ordinarios están a cargo del deudor del crédito tributario, en tanto que determinados costos extraordinarios (procedimiento judicial o concurso) normalmente corresponden al Estado requirente y son asumidos por este, salvo acuerdo bilateral en otro sentido.[360]

3. Otros potenciales contenidos del acuerdo sobre asistencia en la recaudación serían los siguientes: (1) la fijación de un plazo máximo para la solicitud de asistencia para un determinado crédito tributario; (2) el establecimiento de un tipo de cambio aplicable cuando un crédito tributario es recaudado en una moneda

359 Vid. el párrafo 13 de los Comentarios al artículo 27 del MC OCDE.

360 Vid. el párrafo 8 de los Comentarios al artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU, que menciona más detalles.

diferente a la del Estado requirente, y (3) el modo de entrega al Estado solicitante de las cantidades recaudadas por el Estado requerido a través de la asistencia en la recaudación tributaria.

2.2.2. El subapartado 2 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU: el concepto de crédito tributario en el marco de cláusula de la asistencia en la recaudación

Esta cláusula delimita el concepto de "crédito tributario" a los efectos de la asistencia en la recaudación tributaria que articula un CDI que siga este convenio tipo del MC OCDE y el MC ONU.

El apartado 2 del artículo 27 define la expresión "crédito tributario" como todo importe debido en concepto de impuestos de toda clase y naturaleza exigibles por los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o sus entidades locales, en la medida en que esta imposición no sea contraria al respectivo MC o a cualquier otro instrumento del que los Estados contratantes sean parte. Asimismo, la expresión comprende los intereses, las sanciones administrativas y los costos de recaudación o de establecimiento de medidas cautelares relacionados con dicho importe.

La expresión "impuesto de toda clase y naturaleza" a la que se refiere el artículo 27.2 del MC OCDE y el MC ONU apunta hacia un concepto amplio de "tributo" que, en principio, remite al significado de esta categoría en el Estado requirente.

Los Comentarios al MC OCDE incluyen dos cláusulas alternativas que permiten limitar los impuestos y las cuantías que caen en el ámbito de aplicación de la asistencia en la recaudación, en caso de que los Estados contratantes hayan optado por un enfoque más restrictivo sobre su eficacia objetiva.[361]

Además, puede restringirse temporalmente el ámbito de aplicación de esta cláusula, de modo que solo opere para los impuestos devengados o exigibles a partir de la entrada en vigor o de la eficacia de las disposiciones del CDI en cuestión. De no establecerse tal eficacia prospectiva de la cláusula del artículo 27 del MC, cabría defender su aplicación para los impuestos devengados con anterioridad a su entrada en vigor.[362]

Debe destacarse que, allí donde las autoridades del Estado requerido considerasen que la liquidación tributaria, la sanción o los intereses objeto de la asistencia mutua resultan o podrían resultar contrarios al CDI, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27.2 del MC OCDE y el MC ONU, podrían fundamentar la negativa a seguir adelante con el procedimiento y generar un PA con arreglo al artículo 25 del CDI entre ambos Estados contratantes, cuando menos en determinadas circunstancias.

361 Vid. el párrafo 11 de los Comentarios al artículo 27 del MC OCDE.

362 Vid. el párrafo 14 de los Comentarios al artículo 27 del MC OCDE.

2.2.3. El subapartado 3 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU: condicionantes procedimentales referidos a la ejecución de las medidas de asistencia en la recaudación tributaria

Esta cláusula regula básicamente dos cuestiones importantes respecto de la aplicación del mecanismo de la asistencia en la recaudación tributaria, a saber: (1) determinados condicionantes procedimentales referidos a la posibilidad de recaudar el crédito tributario de que se trate en el Estado contratante requirente y (2) los procedimientos de recaudación que se utilizarán en el Estado requerido para recaudar el crédito tributario objeto de la asistencia mutua.

En relación con la primera cuestión, el artículo 27.3 del MC OCDE y el MC ONU parte de la premisa de que un Estado contratante ostenta un derecho de crédito tributario frente a un obligado tributario o deudor, que resulta exigible con arreglo al derecho de tal Estado respecto de tal deudor, sin que este pueda impedir (por ejemplo, suspendiendo la ejecución de la liquidación tributaria) la recaudación en ese momento (cuando solicita la asistencia administrativa). En principio, la verificación de esta premisa o condicionante del artículo 27.3. obliga a las AC del Estado contratante requerido a atender la solicitud de recaudación de tal crédito tributario según lo establecido en el precepto convencional.

En este orden de cosas, debe señalarse que la legislación de algunos Estados no permite la recaudación de un crédito tributario cuando el deudor tiene la posibilidad de oponerse a tal recaudación a través de recursos administrativos o judiciales. Esto incluye los casos en los que se ha planteado ante un tribunal y pende un recurso que afecta la legalidad o validez de la liquidación, o de las propias medidas adoptadas para el cobro de la deuda. En estos casos no se cumple la premisa prevista en el artículo 27.3 del MC OCDE y del MC ONU, tanto si afecta al Estado contratante requirente como al Estado requerido, de acuerdo con su legislación interna. No obstante, los Comentarios al artículo 27.3 del MC OCDE (párrafo 16), contemplan una cláusula alternativa que permite la asistencia en la recaudación tributaria por el Estado requerido en situaciones donde se pueda recaudar el crédito en el Estado requirente, pero no en el Estado requerido, en virtud de lo previsto en sus legislaciones. Allí donde los Estados deseen darle mayor virtualidad a la asistencia mutua, podrían utilizar esta cláusula alternativa, aunque la decisión debe analizarse de forma casuística, tomando en consideración otras cuestiones (por ejemplo, el nivel de aplicación y observancia de las garantías jurídicas fundamentales en el otro Estado).

La segunda cuestión que trata el artículo 27.3 se refiere a la legislación, los procedimientos y las medidas que debe utilizar el Estado requerido a los efectos de la asistencia en la recaudación tributaria. La regla aplicable consiste en que las autoridades del Estado requerido recauden el crédito tributario como si se tratara de su propio crédito tributario, incluso si en ese momento no resultara preciso que

emprendiera acciones de recaudación para sus propios fines respecto a ese contribuyente. Los Comentarios de la OCDE a esta cláusula (párrafo 17) matizan que los plazos de prescripción nacionales y las reglas de prelación de créditos no aplican en este contexto, dado que la cláusula del apartado 3 del artículo 27 resulta modulada por lo previsto en el apartado 5 del mismo precepto.

La puesta en marcha y la aplicación de las normas, los procedimientos y las medidas de recaudación tributarias del Estado requerido son obligatorias, con arreglo al artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU, a pesar de que el impuesto cuyo crédito tributario es objeto de la asistencia en la recaudación no exista en el sistema fiscal del Estado requerido. En este caso, habrá que identificar las normas del Estado requerido en materia de recaudación de tributos análogos al que es objeto de asistencia mutua.[363]

2.2.4. El subapartado 4 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU: la posibilidad de solicitar medidas cautelares en el marco de la asistencia en la recaudación tributaria

Esta cláusula completa las reglas del apartado 3 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU, y desarrolla una regulación específica en relación con la adopción de medidas cautelares o provisionales (*measures of conservancy*) transfronterizas en el marco de la asistencia mutua internacional en materia tributaria.

Básicamente, la cláusula del artículo 27.4 del MC OCDE y el MC ONU permite al Estado contratante requirente de asistencia en la recaudación tributaria solicitar al otro Estado contratante la adopción de medidas cautelares dirigidas a la recaudación de un crédito tributario, incluso en casos donde todavía no pudiera solicitar la asistencia en el cobro, por ejemplo, en situaciones donde el crédito no es exigible en ese momento o cuando el deudor tiene aún derecho a paralizar la recaudación tributaria.

La procedencia de esta modalidad de asistencia mutua, que incluye la obligatoriedad para las autoridades del Estado requerido, se fundamenta en que la legislación de los dos Estados contratantes permita la adopción de medidas cautelares referidas a la recaudación tributaria, de manera que, cuando la legislación de uno de ellos no contemple este mecanismo y potestad administrativa, no se dará lugar a cursar un requerimiento de asistencia de este tipo.

El artículo 27.4 del MC OCDE y el MC ONU se refiere a medidas cautelares para el aseguramiento del cobro del crédito tributario. En este sentido, la asistencia en la recaudación tributaria debe limitarse a medidas proporcionadas y adecuadas a tal efecto. Esta cláusula no especifica qué medidas cautelares pueden adoptarse o

363 Vid. el párrafo 18 de los Comentarios al artículo 27 del MC OCDE.

quedan excluidas, cuestión que puede clarificarse en un acuerdo amistoso sobre el alcance de la asistencia administrativa recaudatoria.

La solicitud de este tipo de medidas (por ejemplo, un "embargo" o la "congelación de activos") antes de que se dicte una resolución definitiva, con el fin de garantizar la recaudación del crédito tributario exigible en un momento posterior, solo procede cuando el Estado requirente pueda adoptar medidas similares de acuerdo con su legislación interna, tal y como se establece con claridad en el apartado 8 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU.

La solicitud de medidas cautelares debe comprender información suficiente sobre la necesidad de las medidas de aseguramiento del crédito tributario y sobre el estado del crédito tributario en términos de liquidación, exigibilidad y recaudación. Asimismo, la administración de tal Estado contratante debe ostentar potestad para su adopción en los términos solicitados, con arreglo a su legislación.

2.2.5. El subapartado 5 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU: cuestiones procedimentales y materiales de la asistencia en la recaudación tributaria desde la perspectiva del Estado contratante requerido

Esta cláusula complementa la regulación de la asistencia en la recaudación que se desarrolla principalmente en los apartados 3 y 4 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU, pero desde la perspectiva del Estado contratante requerido.

En primer lugar, el apartado 5 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU pone de relieve que la regulación de los plazos de prescripción tributaria que aplica en este contexto es únicamente la que establece la legislación interna del Estado contratante requirente. Es decir, el crédito tributario respecto del que se solicita asistencia por parte de un Estado contratante no puede estar prescrito con arreglo a su Derecho, y no resulta relevante que tal plazo o reglas de prescripción tributaria del Estado solicitante coincidan o no con las del Estado requerido. Solo son de aplicación los plazos de prescripción tributaria del Estado requirente a los efectos de lo previsto en el artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU.[364] No obstante, los Estados que lo deseen pueden acordar una solución distinta, como fijar un plazo a partir de la exigibilidad de un crédito tributario en un Estado contratante, por lo que la obligación de prestar asistencia mutua decae.[365] En este mismo orden de cosas, el artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU no regula expresamente que las actuaciones desarrolladas por las autoridades fiscales del Estado requerido dirigidas a recaudar el crédito tributario del Estado requirente determinen la interrupción de la prescripción tributaria en este

364 Vid. los párrafos 22 y 23 de los Comentarios al artículo 27 del MC OCDE.

365 Vid. los párrafo 24 de los Comentarios al artículo 27 del MC OCDE.

último, aunque tal efecto sí se ha establecido en algunos instrumentos internacionales de recaudación tributaria.

En segundo lugar, el apartado 5 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU establece que las reglas de los dos Estados contratantes (requirente y requerido) que otorgan prelación a sus propios créditos tributarios frente a las de los demás acreedores no se aplican a un crédito tributario respecto al cual se ha hecho una petición conforme al artículo 27.3 y 4 del CDI. De esta forma, la cláusula del apartado 5 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU matiza la regla de recaudación como si se tratara de un crédito propio que establecen los apartados 3 y 4 del mismo precepto. Los Estados pueden, en el marco de negociaciones bilaterales, excluir esta modulación, de manera que las reglas internas de prelación de créditos sean extensibles y aplicables en casos de asistencia en la recaudación tributaria con arreglo a un CDI.

Los Comentarios al artículo 27.5 del MC OCDE (párrafo 27) clarifican que la expresión "por razón de su naturaleza de crédito tributario" (primera frase del precepto) debe entenderse en el sentido de que los plazos de prescripción y las reglas de prelación del Estado requerido a los que se refiere este apartado son solo aquellos específicos de los impuestos impagados. De esta forma, el artículo 27.5. no impide la aplicación de las reglas generales relativas a los plazos de prescripción o a la prelación de las deudas en general (por ejemplo, reglas que otorgan prelación a un crédito tributario por haberse generado o registrado con anterioridad a otro).

2.2.6. El subapartado 6 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU: deslinde competencial en relación con los recursos que pueden interponerse en el marco de la asistencia en la recaudación tributaria

El principal propósito de esta cláusula es evitar que se solicite a los organismos administrativos o a los tribunales del Estado requerido la revisión de decisiones o actos que afectan a la existencia, la validez o la cuantía del crédito tributario exigido de acuerdo con la legislación del Estado contratante requirente en el marco de la asistencia en la recaudación.

La cláusula del artículo 27.6 del MC OCDE y el MC ONU, por tanto, trata de excluir la competencia de las autoridades administrativas y judiciales del Estado contratante requerido sobre actos o actuaciones referidas al crédito tributario que es objeto del procedimiento de asistencia en la recaudación con arreglo al CDI de que se trate. Los organismos administrativos y judiciales del Estado contratante requirente son los competentes para resolver los recursos sobre las cuestiones a las que se refiere el apartado 6 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU. Es cierto que, en algunos casos, tal deslinde competencial puede resultar problemático desde una perspectiva constitucional, considerando los derechos de defensa y tutela judicial

efectiva, lo cual puede motivar que se adopten soluciones específicas para estos casos en el marco de las negociaciones del convenio o del acuerdo amistoso *ad hoc*.

2.2.7. El subapartado 7 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU: situaciones donde procede suspender la asistencia administrativa

Se trata de una medida que complementa lo establecido en los apartados 3 y 4 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU.

El apartado 7 de este artículo establece un mecanismo que paraliza, suspende o finaliza la asistencia en la recaudación tributaria entre los Estados contratantes cuando las condiciones que han fundamentado su puesta en marcha, con arreglo a los apartados 3 y 4 del artículo 27, ya no existen.

El Estado contratante requirente debe notificar al otro Estado contratante que las condiciones vigentes en el momento de la solicitud, que permitían fundamentar el requerimiento de asistencia por concurrir los condicionantes del artículo 27.3. o 4 del MC OCDE y el MC ONU, han dejado de existir; por ejemplo, porque un crédito tributario ha dejado de ser exigible en el Estado requirente, se pudiera impedir la recaudación o no fuera posible adoptar medidas cautelares en dicho crédito.[366]

En estos casos, el Estado requerido tiene derecho a solicitar al Estado requirente la suspensión o la retirada del requerimiento de asistencia en la recaudación para tal crédito tributario no recaudado todavía por el Estado requerido. Esta cláusula no regula los casos donde el Estado requerido no comunica la suspensión o la retirada de la petición. No obstante, cabría considerar que el artículo 27.7 del CDI permite al Estado requerido paralizar las actuaciones de asistencia en la recaudación tributaria.

2.2.8. El subapartado 8 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU: límites a la obligación de asistencia en la recaudación tributaria del Estado requerido

La cláusula del apartado 8 del artículo 27 del MC OCDE y el MC ONU es similar a la del artículo 26.3. de estos MC en cuanto a sus objetivos. Básicamente, estas cláusulas establecen límites generales para las obligaciones de asistencia mutua que resultan del CDI para el Estado requerido, allí donde recibe una solicitud que cumple con las condiciones generales que determinan *prima facie* una obligación de atender tal solicitud con arreglo al convenio.

En el caso de que el Estado requerido opte por acogerse a lo establecido en el artículo 27.8 del MC OCDE y el MC ONU, por concurrir sus condicionantes, la negativa a llevar a cabo la asistencia administrativa no se considerará un incumplimiento

366 Vid. el párrafo 29 de los Comentarios al artículo 27 del MC OCDE.

de las obligaciones que le corresponden en conformidad con el CDI. Asimismo, en el caso de que las autoridades del Estado requerido opten por atender el requerimiento de asistencia mutua cursado con arreglo al CDI, sin invocar la cláusula del apartado 8 del artículo 27, tal actuación, que tiene que resultar legalmente admisible de acuerdo con la legislación interna, se considera que está comprendida y amparada por lo previsto en el CDI, sin perjuicio de que pueda cuestionarse la discrecionalidad técnica en el ejercicio de una potestad administrativa.[367]

En buena medida, los supuestos del artículo 27.8 del MC OCDE y el MC ONU ya aparecen reflejados en los apartados 3 o 4 de la cláusula, y atienden a la legalidad de la actuación de las autoridades del Estado requerido según su propia legislación interna.

En este sentido, el apartado 8 deja claro que "en ningún caso las disposiciones de este artículo se interpretarán en el sentido de obligar a un Estado contratante a:

a) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa o a las del otro Estado contratante;

b) adoptar medidas contrarias al orden público;

c) suministrar asistencia cuando el otro Estado contratante no haya aplicado, razonablemente, todas las medidas cautelares o para la recaudación, según sea el caso, que disponga conforme a su legislación o práctica administrativa;

d) suministrar asistencia en aquellos casos en que la carga administrativa para ese Estado esté claramente desproporcionada con respecto al beneficio que vaya a obtener el otro Estado contratante".

La letra (a) deja claro que las reglas de asistencia administrativa mutua no obligan a ninguno de los dos Estados contratantes a ir más allá de lo previsto en su propia legislación nacional y de su práctica administrativa o las del otro Estado contratante a los efectos de cumplir con las obligaciones derivadas con carácter general del artículo 27. Es decir, si el Estado contratante requirente no permite adoptar medidas cautelares para garantizar la recaudación tributaria, el Estado requerido puede negarse a adoptarlas; y, en el caso de que este último no las contemplara en su legislación, también podría negarse a la solicitud cursada por el otro Estado cuando este sí las pudiera adoptar. En los casos donde las medidas solicitadas (embargo) fueran legales, pero no se hubieran utilizado de facto en la práctica en el Estado requerido, cabe entender que este debe proceder a su aplicación con carácter ge-

367 Vid. los párrafos 30 y 31 de los Comentarios al artículo 27 del MC OCDE.

neral, salvo que se justificara de forma plausible que se trata de medidas "contrarias a la práctica administrativa".

La letra (b) del artículo 27.8 del MC OCDE y el MC ONU limita las obligaciones del Estado requerido en virtud de la cláusula de asistencia en la recaudación tributaria apelando al concepto jurídico indeterminado del "orden público". Este concepto se ha precisado con mayor detalle en los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE (párrafo 19.5), que hacen referencia a casos excepcionales donde la asistencia mutua violenta intereses vitales del Estado requerido; por ejemplo, casos de investigaciones tributarias en las que el Estado requirente tuviera motivaciones de persecución política, racial o religiosa, o casos de actuaciones fiscales agresivas sobre grupos de empresas o personas relevantes del otro Estado contratante o de un país tercero con el que median tratados internacionales de cooperación en distintas materias. En este sentido, el Acuerdo multilateral de la OCDE y el Consejo de Europa de Asistencia Administrativa en Materia Tributaria (1985 y Protocolo 2010), contiene una cláusula que permite ir más allá de lo previsto en la letra b), al permitir al Estado requerido a declinar la asistencia mutua si considera que la imposición respecto de la que se solicita la cooperación administrativa es contraria a los principios de la imposición generalmente admitidos.

La letra (c) del artículo 27.8 del MC OCDE y el MC ONU atiende al denominado "principio de subsidiariedad", de manera que las autoridades del Estado requerido no están obligadas a poner en marcha los procedimientos de asistencia administrativa allí donde las autoridades del Estado requirente no han adoptado todas las medidas y actuaciones dirigidas a la recaudación tributaria (incluidas las medidas cautelares) previstas en su legislación y práctica administrativa.

Finalmente, la letra (d) del artículo 27.8 del MC OCDE y el MC ONU permite al Estado requerido rechazar la solicitud de asistencia por "consideraciones prácticas", por ejemplo, en casos donde los costos de las actuaciones de asistencia en la recaudación fueran claramente desproporcionados y excedan la cuantía del crédito tributario objeto del procedimiento.

Capítulo 28.

El artículo 28 del MC OCDE y el MC ONU: la tributación de los "agentes diplomáticos"

1. FUNCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 28 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

El artículo 28 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) 2003 y 2017 –artículo 27 en las versiones anteriores a la de 2003– constituye una cláusula cuya funcionalidad radica en preservar los "privilegios fiscales" que disfrutan los miembros de misiones diplomáticas y de oficinas consulares de acuerdo con principios generales del derecho internacional público o en virtud de disposiciones de acuerdos especiales.[368] Es decir, se trata de impedir que las diferentes reglas de reparto de poder tributario que contienen los convenios de doble imposición (CDI) afecten estos privilegios reconocidos y articulados por el derecho internacional.

Se puede afirmar, por tanto, que el artículo 28 del MC OCDE y el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) plantea una "regla de conflicto" confirmatoria de la prevalencia de los principios generales del derecho internacional público o de acuerdos especiales referidos a "privilegios fiscales" establecidos a favor de determinados sujetos. Allí donde resulten aplicables estos privilegios –o, más bien, su régimen fiscal especial por razón de los sujetos y su singular circunstancia y función diplomática o consular– no es aplicable la norma del CDI que, de otro modo, determinaría su tributación en conjunción con la norma interna de aplicación al caso (*back-stop function*).[369] Lo mismo sucede en relación con el artículo 19 del MC OCDE, que no es aplicable cuando concurren los presupuestos para la aplicación del artículo 28.[370]

368 Los denominados "privilegios fiscales" (exenciones tributarias) poseen diferente alcance (pueden ser totales o parciales, objetivos o subjetivos) y varían, en gran medida, en función del "nivel" del agente diplomático o consular y según el tratado internacional específico.

369 Allí donde no aplicaran las exenciones fiscales establecidas por el derecho internacional (*lato sensu*), operarían las reglas del convenio de doble imposición (CDI) y la legislación interna de los Estados contratantes.

370 El artículo 19 del CDI, no obstante, puede aplicarse a pensiones de agentes diplomáticos o agentes consulares ya jubilados.

El artículo 28 del MC ONU es idéntico a la cláusula del MC OCDE, lo cual conduce a que los Comentarios del MC OCDE a este precepto se reproduzcan en el MC ONU.

Dichos Comentarios al artículo 28 del MC OCDE y el MC ONU hacen referencia a dos cuestiones adicionales que pueden plantearse al hilo de la aplicación de esta cláusula convencional. Por un lado, advierten sobre la posibilidad de que se produzcan situaciones de doble no imposición o infraimposición como consecuencia de la combinación de las reglas del artículo 28 del CDI y los principios del derecho internacional aplicables a los miembros de misiones diplomáticas y oficinas consulares.[371] La OCDE propone una cláusula que neutralizaría estos problemas, dejando a los Estados contratantes la opción de incorporar esta cuestión en los convenios que concluyan.[372]

Por otro lado, los Comentarios al artículo 28 del MC OCDE advierten cómo, en muchos países miembros de la OCDE, la legislación interna contiene disposiciones al respecto en el sentido de que los integrantes de las misiones diplomáticas y de las oficinas consulares son calificados como residentes fiscales del Estado acreditante durante el período de estancia (o residencia) en el extranjero (Estado de destino).[373] La OCDE observa que, en este tipo de situaciones, los Estados contratantes podrían negociar bilateralmente la inclusión de una cláusula en el CDI que coordine tal legislación interna con lo previsto en el artículo 4 del convenio, con el objeto de contemplar que el Estado acreditante se considere el país de residencia de los miembros de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares.[374]

En el caso de que los miembros de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares de un tercer Estado estén acreditados (y destinados) ante un Estado contratante, no tendrán la consideración de residentes de este último (Estado receptor) si solo están sometidos a una imposición limitada en el mismo (*source taxation*).

371 Vid. el párrafo 2 de los Comentarios al artículo 28 del MC OCDE.

372 La cláusula propuesta sería la siguiente: "En la medida en que, por razón de los privilegios fiscales reconocidos a los miembros de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares al amparo de las normas generales del derecho internacional o de las disposiciones de acuerdos internacionales especiales, la renta o el patrimonio no se someta a imposición en el Estado receptor, el derecho de imposición queda reservado al Estado acreditante".

373 Como ejemplo, puede traerse a colación la normativa interna española que preserva el régimen de extraterritorialidad que afecta a los diplomáticos y personas asimiladas, según la cual conservan su estatuto fiscal de sujeción original al Estado que los acredita al margen de su residencia de hecho (artículos 9.2., 10.1. y 65 de la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas [IRPF]). De acuerdo con estas disposiciones internas, los diplomáticos españoles y personas asimiladas amparadas se consideran residentes en territorio español a los efectos del IRPF, a pesar de que residan habitualmente en el país donde desempeñan la función diplomática. La misma regla resulta de aplicación a los nacionales extranjeros que residan en España con motivo del desempeño de su función diplomática o consular; en este caso, la calificación de estos sujetos como "no residentes" a los efectos del IRNR resultará de la aplicación de los "tratados internacionales específicos" en los que España sea parte o "a título de reciprocidad". Puede citarse también el Informe de la Dirección General de Tributos española sobre la tributación de las remuneraciones del personal que presta servicios en las embajadas y oficinas consulares de España en el extranjero, de acuerdo con lo dispuesto en los CDI suscritos por España, del 24 de marzo de 2010, donde se expone el tratamiento fiscal que le corresponde a este personal. Dependiendo de una serie de circunstancias (estatus funcionarial, nacionalidad española, residencia en España con anterioridad al desplazamiento) tributarán como residentes o no residentes fiscales en España, de acuerdo con la normativa española y los CDI aplicables (normalmente, el artículo 19 del MC OCDE dedicado a funciones públicas).

374 La cláusula tipo propuesta por la OCDE aparece en el párrafo 3 de los Comentarios al artículo 28 del MC OCDE.

Esta consideración se extiende al caso de las organizaciones internacionales y sus agentes establecidos en un Estado contratante, ya que generalmente disfrutan de ciertos privilegios fiscales en virtud del convenio o el tratado internacional que regula la organización, o de un tratado entre la organización internacional y el Estado donde está establecida.[375] No obstante, la OCDE considera que aquellos Estados contratantes que estén interesados en regular expresamente esta cuestión o evitar desgravaciones tributarias no deseables puedan incorporar una cláusula *ad hoc* en este sentido, de manera que, en tales circunstancias, se clarifique que no resulta de aplicación un CDI entre dos Estados contratantes a sujetos localizados en su territorio que no califican ni son gravados como residentes fiscales en el sentido que plantea el artículo 4 del MC OCDE.[376]

375 Vid. el párrafo 4 de los Comentarios al artículo 28 del MC OCDE.

376 Vid. el párrafo 4 de los Comentarios al artículo 28 del MC OCDE.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 28 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

La regla del artículo 28 del MC OCDE y el MC ONU se refiere o ampara únicamente a ciertos sujetos específicos, y solo en la medida en que los principios generales del derecho internacional o las disposiciones de acuerdos especiales establezcan "privilegios fiscales" que les resulten aplicables.[377]

2.1. Sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 28 del MC OCDE y el MC ONU

Los sujetos a los que se refiere de manera genérica el artículo 28 del MC OCDE y el MC ONU son los "miembros de las misiones diplomáticas o de las oficinas consulares" protegidos por los principios del derecho internacional público o por un acuerdo específico. La terminología poco precisa empleada por los MC en este punto se resuelve en buena medida cuando se conecta esta regulación con el derecho internacional público, lo cual resulta particularmente importante a la luz de las diferentes expresiones empleadas a lo largo de la evolución de los MC de la OCDE y Naciones Unidas, y que tienen su correspondiente reflejo en la práctica convencional internacional.[378] Así pues, los términos empleados en los MC son objeto de definición expresa por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, del 18 de abril de 1961, y por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, del 24 de abril de 1963.

377 En este orden de cosas, cabe poner de relieve cómo en ocasiones se plantean dudas sobre la "aplicación" y el alcance de los "privilegios fiscales" derivados de los tratados internacionales reguladores de una organización internacional y su interrelación con los convenios de doble imposición (CDI). Así, a título de ejemplo podría mencionarse el criterio fijado por la administración española (Resolución Vinculante de la Dirección General de Tributos, V1360-17 del 2 de junio de2017) sobre la aplicación del Protocolo de Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas (BOE N.º 249 del 17 octubre de 1974) y el CDI España-Suiza, en relación con la tributación de las "dietas" pagadas por Naciones Unidas a un experto independiente residente de España en un caso donde no mediaba ninguna otra relación contractual. Dichas dietas no se abonaban como salario, sino que se trataba de dietas diarias en los períodos en los que el experto trabajaba en Suiza para cubrir los costos de su viaje, estancia y manutención. La autoridad fiscal española consideró que la exención que figura en el artículo VI (sección 22) del referido Protocolo de Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas no aplicaba a las rentas que puedan percibir expertos o peritos contratados para misiones específicas; y, en relación con la tributación con arreglo al CDI con Suiza, se planteó la potencial aplicación de los artículos 14 (rentas derivadas de prestación servicios profesionales) y 15 (rendimientos del trabajo), de suerte que en ambos casos España podría someter a imposición tales rentas como Estado de residencia del contribuyente. En este mismo orden de cosas, es interesante señalar cómo los tribunales nacionales consideran que los "privilegios fiscales" previstos en estos tratados internacionales (por ejemplo, la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, acerca del tratamiento de las pensiones percibidas por la condición de exfuncionario de Naciones Unidas) dejan de ser aplicables al cesar la prestación de servicios a tal organización internacional con motivo de la jubilación (vid. la resolución R.G. 1594/2017 del Tribunal Económico Administrativo Central [TEAC] español del 5 de abril de 2018).

378 Puede acudirse al ejemplo que aporta la red de convenios de doble imposición (CDI) española; vid., por ejemplo, lo dispuesto en los CDI de España con Hungría, Bulgaria, Francia o la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

2.2. Los privilegios fiscales incardinados en el artículo 28 del MC OCDE y el MC ONU: privilegios fiscales articulados por otros tratados internacionales, y la cuestión de la inmunidad fiscal de los Estados

Los "privilegios fiscales" a los que se refiere el artículo 28 del MC OCDE y el MC ONU son los que se otorgan a favor de los sujetos a los que aluden "los principios generales del derecho internacional o en virtud de las disposiciones de acuerdos especiales". La referencia a los principios generales del derecho internacional podría explicarse por el origen consuetudinario del reconocimiento de estos privilegios. No obstante, actualmente estos principios generales están codificados en las convenciones de Viena de 1961 y 1963. El artículo 34 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas establece que el agente diplomático estará exento de todos los impuestos y gravámenes personales o reales, nacionales, regionales y municipales, con las excepciones previstas en tal precepto. El artículo 49 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares dispone que los funcionarios o empleados consulares, y los miembros de su familia que vivan en su casa, estarán exentos de todos los impuestos y gravámenes personales o reales, nacionales, regionales y municipales, con las excepciones que allí se detallan.[379] Estos privilegios fiscales resultan invocables cuando el CDI se ha concluido con un Estado que ha ratificado las convenciones de Viena. Más dudoso es el caso donde esta circunstancia no concurre, aunque en este supuesto podría mantenerse la aplicación de tales privilegios al considerarse que constituyen "costumbre internacional" reconocida como fuente del derecho internacional por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945.

Del mismo modo, el artículo 28 del MC OCDE y el MC ONU admite la prevalencia de los privilegios fiscales establecidos a favor de este tipo de sujetos por "acuerdos especiales". En este sentido, todo tratado internacional que articule una regla fiscal específica a favor de miembros de misiones diplomáticas o consulares prevalecería sobre lo previsto en los CDI. En principio, dicha regla no admite dudas en relación con tratados ratificados por los dos Estados contratantes de un CDI. Más dudas plantea el caso de tratados internacionales multilaterales no ratificados por uno o por ambos Estados parte de un CDI. En este supuesto, solo podrá defenderse la prevalencia del tratado internacional multilateral sobre el CDI allí donde el tratado constituya "costumbre internacional" en el sentido indicado.

379 Los Comentarios al artículo 28 del MC OCDE (párrafo 5) ponen de relieve cómo, aunque los "agentes consulares honorarios" no pueden ampararse en las disposiciones de esta cláusula para disfrutar los privilegios a los que no tengan derecho en virtud de las normas generales del derecho internacional, ya que no existe una exención tributaria más que para los pagos que los cónsules honorarios reciben para atender a los gastos que realicen por cuenta del Estado acreditante, los Estados contratantes tienen la facultad de excluir expresamente de la aplicación de este precepto, por acuerdo bilateral, a los funcionarios consultares honorarios.

Por último, cabría apuntar que el artículo 28 del MC OCDE no aborda la cuestión de la "inmunidad fiscal" de los Estados, que se considera que está amparada por la costumbre internacional y se reconoce en las convenciones de Viena.[380] No obstante, este principio de inmunidad soberana posee carácter relativo y se considera que no comprende ni proyecta su cobertura sobre situaciones en las que un Estado opera con fines mercantiles o empresariales, ya sea a través de una entidad privada o de un fondo soberano de inversión.

380 La OCDE ha puesto de relieve la inexistencia de un consenso internacional sobre el alcance del principio de inmunidad de los Estados, y ha llegado a indicar que incluso aquellos que reconocen su aplicación en el ámbito tributario lo hacen de forma parcial y con importantes limitaciones (párrafo 6.11. de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE 2010 y 2017, y lo indicado al respecto en este Manual al hilo de tal precepto). Vid. también el párrafo 8.5. de los Comentarios al artículo 4 del MC OCDE, donde se aborda la cuestión de la aplicación de los CDI a fondos soberanos, teniendo en cuenta los *Santiago Principles* de octubre de 2008. Además, se han planteado casos de no discriminación fiscal que han conducido a extender el régimen de exención de los fondos soberanos nacionales a fondos soberanos extranjeros (vid. la sentencia del Tribunal Supremo español del 24 de febrero de 2021, en relación con el fondo de pensiones soberano de Noruega y la aplicación de la libre circulación de capitales del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo).

Capítulo 29.

El artículo 29 del MC OCDE y el MC ONU: el derecho a los beneficios del convenio

1. EL "USO IMPROPIO DE LOS CDI" Y EL "ESTÁNDAR INTERNACIONAL" DEFINIDO EN EL MC OCDE Y EL MC ONU, Y EN LA MLI

1.1. El uso impropio o abusivo de los CDI

La naturaleza bilateral de los CDI y el hecho de que no sean iguales sus disposiciones (por ejemplo, presentan distintos tipos de retención, de definiciones de establecimientos permanentes (EP), de métodos de eliminación de la doble imposición, etc.) o de que existan convenios de doble imposición (CDI) con algunos países, pero no con otros, frecuentemente lleva a los contribuyentes a explorar cómo pueden hacer un uso más efectivo de estos convenios para optimizar su tributación (*treaty shopping*).

La definición de residencia a efectos del acceso al CDI en el artículo 4 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) y el modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) hace que tales maniobras sean relativamente sencillas, ya que cualquier residente del otro Estado tiene, en principio, acceso al CDI: el artículo 4.1 del MC OCDE y el MC ONU remite a la definición de residente de la legislación interna y, con frecuencia, estas definiciones no exigen un "nexo o conexión intensa" con el Estado en cuestión. Por ejemplo, es raro que, en el caso de las entidades, un Estado exija requisitos de sustancia o de actividad para que una entidad sea considerada como residente, y basta con su mera constitución conforme a la legislación local o la presencia de la sede real en ese Estado para que cumpla el requisito de residencia y acceso al CDI.

No obstante, la búsqueda de la optimización fiscal a través del *treaty shopping* en ocasiones será legítima y, en otras, puede suponer la existencia de un uso im-

propio o abusivo de los CDI.[381] El estándar de tolerancia dependerá de cada CDI, de su clausulado y de su correcta interpretación, de acuerdo con las propias reglas del convenio y de los principios de los artículos 31 al 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).

Además, perfectamente puede ocurrir que un residente del otro Estado pretenda acceder a las reglas del CDI que le resulten más beneficiosas sin que necesariamente exista *treaty shopping*, y tener acceso a una norma más ventajosa del propio CDI, en ocasiones de manera un tanto artificial. Por ejemplo, así sucede si se divide un único contrato de construcción en varias partes para eludir la regla del establecimiento permanente (EP) de obras de construcción del artículo 5.3 del MC OCDE [5.3. letra a] y el MC ONU; o cuando se fragmenta la presencia en un territorio para evitar la existencia de un EP del artículo 5 del MC OCDE y el MC ONU en sentido general si los CDI no tienen cláusulas orientadas a atacar estos comportamientos; o cuando, justo antes del cobro de un dividendo, se aumenta la participación en una entidad del otro Estado para tener acceso a los tipos reducidos y, justo después del cobro, se vuelve a enajenar la participación previamente adquirida. También en estas formas de proceder podría hablarse de uso abusivo o impropio, en este caso, de una disposición del CDI (*rule shopping*) por una persona que tiene acceso legítimo al CDI.

Obviamente, tales comportamientos de uso impropio de los CDI (*treaty o rule shopping* de carácter abusivo) preocupan a los Estados, que han diseñado diversas estrategias para luchar contra ellos.

1.2. La lucha contra el uso impropio de los CDI: el estándar internacional derivado de la Acción 6 del Plan BEPS

Como en el ámbito interno, los Estados han tratado de definir sus políticas contra el uso abusivo o impropio de los CDI a través de diversos instrumentos de naturaleza heterogénea (cláusulas generales o específicas antiabuso o elusión, doctrinas de sustancia sobre forma, realidad económica, etc.). La variedad de enfoques nacionales en la lucha contra la elusión puede suponer que se ponga en peligro la aplicación efectiva y uniforme de los CDI, así como la seguridad jurídica de los contribuyentes. Por esta razón, desde la publicación de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE 2003, que todavía se mantienen con un mayor desarrollo en la versión de 2017 y en el MC ONU, la OCDE y Naciones Unidas han tratado de definir un enfoque uniforme para delinear cuándo existe uso impropio o abusivo de los CDI sin poner en peligro su aplicación efectiva.

381 Los términos uso "impropio o abusivo" se utilizarán de forma equivalente al concepto de "elusión fiscal", y de manera diferenciada al concepto de "evasión o fraude". La lucha contra este último fenómeno no requiere de ninguna cláusula antiabuso o antielusión, aunque es cierto que las cláusulas antiabuso en el ámbito del Derecho comparado pueden tener un amplio campo de aplicación y permitir a la administración tributaria utilizarlas tanto en el caso de comportamientos elusivos como abiertamente fraudulentos.

Esta labor de definición del estándar internacional antiabuso o antielusión culminó en la Acción 6 del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE (Plan BEPS),[382] que, junto con algunas modificaciones relativas al título y al preámbulo de los CDI, propuso la inclusión de tres medidas específicas (actualmente reguladas en el artículo 29 del MC OCDE y el MC ONU) que concretan el significado del concepto de "uso impropio" de los CDI:

- Una cláusula de limitación de beneficios, a la que se refieren los párrafos 1 al 7 del artículo 29 del MC OCDE y el MC ONU, cuya finalidad es excluir del ámbito de aplicación del CDI, de forma objetiva (sin valoración de las circunstancias), ciertas transacciones que presentan elementos de riesgo y que potencialmente podrían dar lugar al uso impropio de los CDI (por ejemplo, ciertas entidades que son propiedad de personas no residentes en el otro Estado contratante).

- Una cláusula (artículo 29.8 del MC OCDE y el MC ONU) de exclusión de los beneficios del CDI para rentas obtenidas a través de EP situados en terceros Estados, distintos de los Estados parte del CDI, cuando tal renta está exenta en el Estado de residencia de la entidad y no haya tributado o lo haga de una forma mínima.

- Una cláusula general antiabuso (conocida como *principal purpose test* o cláusula de propósito principal [PPT]) regulada en el artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU que deniega los beneficios del CDI cuando uno de los propósitos principales de las transacciones o acuerdos sea la obtención de los beneficios del CDI, a menos que se establezca que el acceso a esos beneficios sea acorde con el objeto y finalidad de las disposiciones del CDI.

La Acción 6 del Plan BEPS también definió un "estándar mínimo" obligatorio para los Estados miembros del Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE integrado por los siguientes elementos, que concretan el contenido y la interacción de las medidas antiabuso mencionadas, así como las obligaciones que asumen los Estados en esta materia:

- Los Estados deben incluir en el preámbulo sus CDI una mención expresa a que su intención común es eliminar la doble imposición sin crear oportunidades de doble no imposición o de imposición reducida a través de comportamientos fraudulentos o abusivos, incluido el *treaty shopping*.

382 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), P*reventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6: 2015, Final Report*, París: OCDE; 2015.

» Los Estados deben definir el estándar antiabuso en sus CDI mediante una de las siguientes tres alternativas:

- Incluir en el CDI una cláusula PPT (artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU).

- Incluir una cláusula de limitación de beneficios (LOB) (artículos 29.1 al 7 del MC OCDE y el MC. ONU) más una cláusula PPT (artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU).

- Incluir una cláusula LOB (artículos 29.1 al 7 del MC OCDE y el MC ONU) más una normativa o doctrina interna, o cláusulas convencionales que permitan atacar las transacciones y los acuerdos de *conduit* no cubiertos por la cláusula LOB (esto es, las operaciones con residentes del otro Estado contratante que caen en el ámbito del CDI de acuerdo con la cláusula LOB cuando se realizan por cuenta y a favor de personas sin acceso al CDI).

La adopción de un enfoque u otro por parte de los distintos Estados dependerá de las diversas tradiciones existentes en ellos y de sus capacidades administrativas. Mientras que Estados Unidos opta por cláusulas LOB en sus CDI, que se complementan con una compleja legislación interna relativa a los acuerdos *conduit*, que la mayoría de los países no tienen, otros países simplemente consideran que basta con aplicar una cláusula PPT, por ejemplo, una disposición antiabuso de amplio espectro. La opción de algunos Estados por las cláusulas LOB se fundamenta en la objetividad de su aplicación, ya que no generan las discusiones propias de las cláusulas PPT en el sentido de si un comportamiento está o no incluido en la finalidad del CDI: desde el momento que un determinado contribuyente o transacción queda situada extramuros de la cláusula LOB, está claro que, *a priori*, no se aplicará el CDI a esa persona o transacción. Sin embargo, al mismo tiempo, las cláusulas LOB, para resultar de aplicación efectiva, exigen una administración tributaria más bien sofisticada, una colaboración relativamente intensa con la administración tributaria del otro Estado y un esfuerzo de desarrollo de una normativa o guía sobre su aplicación, sin que puedan prescindir de una legislación o doctrina interna, o cláusulas convencionales complementarias que cierren las lagunas que estas cláusulas dejan abiertas para las operaciones de "*conduit*". Estas dificultades hacen que muchos Estados opten, simplemente, por aplicar una cláusula de PPT en línea con el artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU, a pesar de que la definición de sus elementos con frecuencia genera conflictos y controversias entre la administración y los contribuyentes, o por una cláusula LOB más simplificada complementada por una cláusula PPT. En consecuencia, cada Estado debe ponderar qué opción resulta más adecua-

da a la situación de su ordenamiento y a las capacidades y habilidades de sus administraciones tributarias dentro de las que ofrece la Acción 6 del Plan BEPS.

Por otra parte, es preciso subrayar que el artículo 29.8 del MC OCDE y el MC ONU no está incluido en el estándar mínimo, por lo que los Estados podrán optar por incluir o no tal disposición en sus CDI. En realidad, el mismo tipo de comportamientos a los que se refiere el artículo 28.8 del MC OCDE y el MC ONU podrían ser atacados con una cláusula de PPT, por lo que no es estrictamente necesario, aunque sí aclarará los casos donde el uso de un EP en un tercer Estado puede resultar problemático para los Estados parte de un CDI.

La opción por una forma de ejecutar el estándar mínimo en materia de uso impropio de los CDI no solo tiene repercusiones en las disposiciones específicas de cada CDI que negocie un Estado, sino también en cómo puede decidir la aplicación de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI) a los CDI ya vigentes. Los artículos 6 y 7 de la MLI regulan el estándar mínimo de forma paralela a como lo hacen los artículos 29 del MC OCDE y el MC ONU, con la salvedad de que el modo de "transferencia" de este estándar a los CDI existentes está también condicionado por la posición que adopte el otro Estado contratante. Es decir, la ratificación por parte de un Estado de la MLI no lo exime de reflexionar sobre cuál es la mejor manera de aplicar el estándar mínimo en esta materia y cómo se trasladan las disposiciones de la MLI a los CDI que ya tiene firmados, así como de definir la coherencia necesaria que debe existir entre los CDI a los que se aplica la MLI y las políticas antiabuso en los CDI futuros.

Otro punto es que, a la hora de definir el estándar mínimo en materia de uso impropio de los CDI, los Estados deben considerar que existe una cierta contradicción entre la Acción 6 del Plan BEPS, los Comentarios al artículo 29 del MC OCDE y las reglas de interpretación internacional de los CDI. Al respecto, las recomendaciones de la OCDE parecen considerar que todos los CDI son iguales y que, en consecuencia, el estándar mínimo se aplica de la misma manera en todos ellos. No obstante, el estándar antiabuso de cada CDI dependerá, en gran medida, de las circunstancias relativas de cada CDI y de su texto, de modo que, incluso tras la generalización del estándar mínimo, el resultado de su aplicación a hechos concretos puede variar de un CDI a otro, pues no todos los CDI necesariamente tienen siempre una finalidad del todo idéntica (por ejemplo, no es lo mismo un CDI con un socio comercial intenso con flujos recíprocos de inversiones y pagos de rentas que un CDI que se firma con un paraíso fiscal o jurisdicción equivalente, que está claro que responde a distintas políticas tributarias y de firma del CDI). Por lo anterior, junto con sus políticas de uso impropio de los CDI, los Estados deben considerar de forma conectada si sus políticas de firma y mantenimiento en vigor de los CDI es coherente, y elaborar estrategias que sean consistentes y homogéneas, aunque esto será difícil a lo largo de los años.

1.3. Los CDI que no incorporen el estándar mínimo derivado de la Acción 6 del Plan BEPS

La conexión del estándar mínimo con los CDI que no lo contengan por no haber sido actualizados en concordancia con la MLI, o porque un Estado no sea parte de esta convención (por ejemplo, Estados Unidos o Brasil) no es una cuestión sencilla. En atención a esto, los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE, desde 2003, sugieren que, si las doctrinas y disposiciones internas antiabuso se aplican en el contexto de un CDI (lo cual genera bastante discusión en algunos Estados y dependerá del CDI específico), deberán, en todo caso, estar alineadas con los elementos estructurales de la cláusula PPT, ya que la aplicación de las cláusulas o doctrinas internas antiabuso no puede servir de excusa para que un Estado desconozca las obligaciones que asume en un CDI (principio de *pacta sunt servanda* del artículo 26 de la CVDT). Tal alineación exige también un esfuerzo por aplicar dichas disposiciones o doctrinas internas en línea con el estándar internacional (*guiding principle*), cuya redacción es equivalente a la del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU, aunque presenta algunas diferencias significativas (vid. los Comentarios al artículo 1 [párrafo 61] y los Comentarios a este precepto de este Manual).[383]

Sin embargo, es preciso subrayar también que cada CDI debe interpretarse de conformidad con los principios propios del derecho de los tratados (artículos 31 al 33 de la CVDT), y puede perfectamente ocurrir que el CDI, o la jurisdicción en particular, no admita la aplicación de cláusulas antiabuso internas o nacionales.[384] Justamente, la finalidad de incorporar la cláusula PPT a los CDI es permitir la aplicación de esta cláusula general antiabuso en Estados donde no está claro que su ordenamiento interno pueda alcanzar este resultado (aunque, hay que insistir, es preciso interpretar cada CDI, incorpore o no una cláusula general antiabuso, para determinar cuál es su objeto y finalidad y qué comportamientos puede admitir).

383 Para un mayor desarrollo de esta cuestión, con ejemplos específicos, y una mayor elaboración de cómo las distintas teorías o normas antiabuso internas interaccionan con los convenios de doble imposición (CDI), vid. la sección IV de Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties Between Developed and Developing Countries*, Nueva York: Naciones Unidas; 2019, y la bibliografía allí citada.

384 Vid. por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (TS) de Canadá en el caso Alta (Canadá v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L., 26 de noviembre de 2021)que excluyó la aplicación de la cláusula antiabuso interna canadiense en relación con el convenio de doble imposición (CDI) Canadá-Luxemburgo en su versión original, anterior a la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI).

1.4. El estándar mínimo, el artículo 29 del MC OCDE y el MC ONU y otras cláusulas antiabuso de los CDI o la legislación interna (incluyendo el beneficiario efectivo)

No puede olvidarse que el texto de los CDI, adaptados o no al estándar mínimo derivado de la Acción 6 de Plan BEPS, puede permitir de forma expresa la aplicación de ciertas cláusulas antiabuso internas, incluso cuando no estuvieran en línea con las disposiciones del MC OCDE y el MC ONU. En primer lugar, si un Estado opta por incorporar el estándar mínimo derivado de la Acción 6 del Plan BEPS solo con cláusulas LOB ampliadas, debe completarlas con legislación o doctrinas judiciales internas o cláusulas convencionales que cumplan con los principios de la cláusula PPT y se adapten a ellos (artículo 29.9 del MC OCDE), y con el *guiding principle* de los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE (párrafo 61) (vid. el párrafo 187 de los Comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE).

En segundo lugar, nada impide que un CDI salvaguarde la aplicación de la legislación interna de un Estado relativa a cláusulas específicas antiabuso (por ejemplo, de subcapitalización que no cumplan con el principio de no discriminación del artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU, o ciertas cláusulas que atraen hacia su territorio determinadas bases imponibles de residentes que cambiaron su residencia años anteriores: los llamados *trailing taxes*). Por ello, los Estados, además, de adaptar sus CDI al estándar mínimo internacional, deben ponderar, al negociar su texto, cuándo incluir cláusulas que puedan salvaguardar sus propias normas antiabuso internas, normalmente de carácter especial, de manera que su aplicación no plantee dificultades en el contexto de los CDI de los que sean parte.

Al mismo tiempo, los Estados deben considerar que, al depender la aplicación del CDI del derecho interno, ciertas cláusulas domésticas con tintes de disposiciones especiales antiabuso pueden no estar afectadas por el propio CDI. Por ejemplo, el artículo 10 del MC OCDE y el MC ONU admite que se califiquen como dividendos ciertas recompras de acciones que se considerarían en ausencia de estas cláusulas como ganancias de capital, por efecto de normas internas específicas que llevan a esta recalificación. En este sentido, los CDI dan margen para el diseño de cláusulas específicas antiabuso que no están necesariamente afectadas por el estándar mínimo de manera directa.

Asimismo, no se puede dejar de tener en cuenta que el propio CDI usualmente puede contener cláusulas específicas antiabuso (por ejemplo, el concepto de beneficiario efectivo en los artículos 10 al 12 del MC OCDE y el MC ONU, las cláusulas antifragmentación de actividades del artículo 5 de estos MC, la cláusula de enajenación de participaciones con componente inmobiliario del artículo 13.4 del MC OCDE, etc.), cuya relación con el estándar definido en el artículo 29 del MC OCDE puede plantear alguna dificultad práctica, pero que no excluyen, *a priori,* la aplicación de

este. En particular, debe considerarse que el concepto de beneficiario efectivo de los artículos 10 al12 del MC OCDE y el MC ONU tiene un significado y un ámbito de aplicación distintos a los de las cláusulas del artículo 29 del MC OCDE y el MC ONU. En primer lugar, en relación con el artículo 29.9. de estos MC, el concepto de beneficiario efectivo está orientado no tanto a buscar una realidad económica (como ocurre con el artículo 29.9. y la cláusula PPT), sino a determinar si el perceptor de una renta es su propietario legal, estrictamente jurídico. Esto es, la aplicación del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU solo se produce cuando se pueda concluir que un sujeto es el propietario jurídico de la renta, ya que, si esto no es así, el concepto de beneficiario efectivo ya excluirá a tal sujeto y a la renta de la protección de los artículos 10 al 12 del MC OCDE (12A en el MC ONU) sin necesidad de acudir al artículo 29.9 del MC OCDE. Al mismo tiempo, el concepto de beneficiario efectivo no es equivalente a la cláusula PPT del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU, por lo que su utilización para atacar comportamientos cubiertos por dicha cláusula será incorrecta. Es decir, no resulta acertado pretender atacar con el concepto de beneficiario efectivo comportamientos que vayan más allá del reconocimiento o la determinación de la realidad legal subyacente en la transacción (esto es, el beneficiario efectivo no es una norma de realidad o sustancia económica).

En segundo lugar, si un Estado opta por incluir una cláusula LOB en sus CDI, su aplicación no descartará que, para operaciones y sujetos no excluidos del CDI por esta cláusula, obviamente la puesta en práctica del CDI, una vez pasado el filtro de la cláusula LOB, también debe requerir que quien recibe un dividendo, un interés o un canon sea el propietario legal y beneficiario efectivo de la renta para poder acceder a los beneficios de los artículos 10 al 12 del MC OCDE.

Además, debe subrayarse que las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*, en su versión post-BEPS (2022), admiten, por ejemplo, en los capítulos 1 y 6, que puedan realizarse recalificaciones de operaciones vinculadas, de manera que no solo se modifique su valoración, sino también que, a la vista de las circunstancias, las administraciones tributarias puedan modificar su calificación jurídica y su tratamiento a efectos tributarios. Este estándar está vinculado al artículo 9 del MC OCDE y el MC ONU y, como indican los Comentarios al artículo 1 de estos MC, se erige en una cláusula especial antiabuso o antielusión diferenciada con respecto al artículo 29.9. No obstante, los distintos Estados deben considerar que, para que las normas de precios de transferencia produzcan estos efectos, su legislación interna debe otorgar a sus autoridades tributarias la posibilidad de realizar dichas recalificaciones sobre la base jurídica de sus propias normas de precios de transferencia.

En todo caso, cualquiera sea el enfoque adoptado para atacar los comportamientos abusivos, es fundamental que los Estados tengan mecanismos y regulaciones internas que permitan la aplicación de sus normas antiabuso de manera

proporcionada, sin arbitrariedades y salvaguardando sus obligaciones internacionales (de otra forma, no solo se podrían producir vulneraciones de los CDI, sino también de los estándares de los acuerdos de protección recíproca de inversiones). La regulación de mecanismos de certeza anticipada para los contribuyentes sobre la aplicación o no de cláusulas generales o especiales antiabuso puede ser muy útil en este contexto tanto para el propio Estado a la hora de atraer inversiones como para los contribuyentes, puesto que aportan seguridad jurídica.

2. LAS CLÁUSULAS LOB: ARTÍCULOS 29.1. AL 7 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

2.1. Consideraciones generales sobre la redacción de los artículos 29.1 al 7 del MC OCDE y el MC ONU y la finalidad de las cláusulas LOB

La redacción de los artículos 29.1 al 7 del MC OCDE y el MC ONU refleja las opciones de los Estados en materia de incorporación del estándar mínimo derivado de la Acción 6 del Plan BEPS. El MC OCDE incluye en los párrafos 1 al 7 del artículo 29 distintas versiones de la cláusula LOB, que forma parte de este estándar mínimo. En ambos MC, se subraya que (1) los negociadores de los CDI no están obligados a incluir una cláusula LOB en caso de que sencillamente opten por incorporar en el CDI una cláusula PPT (artículo 29.9 del MC OCDE) y (2) que, si incluyeran la cláusula LOB, pueden optar por la versión simplificada o por la detallada o ampliada (aunque en el MC ONU se incorpora en el artículo 29.1 al 7 únicamente la versión detallada de la cláusula LOB, más robusta y con más potencial para atacar el *treaty shopping*).

Tanto la versión simplificada como la detallada de la cláusula LOB tienen la función de restringir la aplicación de los artículos 1 y 4 del MC OCDE y el MC ONU, de manera que las personas que teóricamente tendrían acceso al CDI con estos artículos solo podrán aplicar sus disposiciones si cumplen las condiciones de la cláusula LOB. La exclusión de un contribuyente o un acuerdo del ámbito de aplicación del CDI de conformidad con las cláusulas LOB no necesariamente implica una valoración sobre la existencia o no de *treaty shopping*, sino que se excluyen del ámbito del CDI tales contribuyentes o transacciones por causas objetivas (el incumplimiento de las condiciones de la cláusula LOB para ser considerado como persona cualificada con derecho a los beneficios del CDI). No obstante, las autoridades competentes (AC) de ambos Estados tienen todavía la posibilidad de salvar algunas de esas estructuras o personas de la exclusión que provocan las cláusulas LOB, y considerarlas incluidas en el CDI de acuerdo con la cláusula de beneficios discrecionales de los párrafos 5 (versión simplificada) y 6 (versión ampliada) de la cláusula LOB del artículo 29 del MC OCDE (y artículo 29.6 del MC ONU).

Al mismo tiempo, debe considerarse que el acceso a los beneficios del CDI por cumplir las condiciones de la cláusula LOB no necesariamente determina que los contribuyentes y las transacciones que superen los test objetivos de la cláusula LOB tengan, por ello, acceso al CDI. Los contribuyentes con derecho a aplicar el CDI según las cláusulas LOB todavía deben superar el test del beneficiario efectivo (artículos 10 al12 del MC OCDE y 10 al 12A del MC ONU) o la cláusula antiabuso general (artículo 29.9. de ambos MC), ya que cualquiera de las dos podría aplicarse para valorar si una transacción o una estructura puede ser considerada abusiva.

Los Comentarios al MC OCDE y el estándar mínimo derivado de la Acción 6 del Plan BEPS realizan, en relación con las cláusulas LOB, dos consideraciones relevantes que las administraciones tributarias y los contribuyentes deben tener presentes:

- Si un Estado opta por una cláusula LOB simplificada, debe aplicar también una cláusula PPT, de manera que la cláusula LOB simplificada excluya del CDI ciertos comportamientos o riesgos frecuentes de *treaty shopping* automáticamente, pero que la cláusula general PPT otorgue a ese Estado la flexibilidad de poder atacar cualquier otro comportamiento que no haya sido excluido del CDI por la cláusula LOB simplificada. A efectos del cumplimiento del estándar mínimo derivado de la Acción 6 del Plan BEPS, no es suficiente la inclusión únicamente de una cláusula LOB simplificada que no contenga una cláusula PPT.

- Si un Estado opta por una cláusula LOB en su versión ampliada, sin incluir la cláusula PPT del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU, debe tener presente que necesitará una legislación o doctrinas judiciales internas, o incluso cláusulas específicas en el CDI robustas, para poder atacar las estructuras *conduit* que la cláusula LOB no excluirá automáticamente del ámbito de aplicación del CDI. El párrafo 187 de los Comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE ofrece ejemplos de este tipo de estructuras conduit (por ejemplo, la utilización de entidades que pasan los test de la cláusula LOB para operaciones de *treaty shopping* en estructuras donde un préstamo u otra operación se canaliza a través de estas entidades a cambio de una rentabilidad mínima), junto con otros que no deben ser considerados como tales, y que los Estados pueden tomar como referencia para la redacción de sus legislaciones o de cláusulas específicas en el CDI en esta materia.

En este punto, debe remarcarse la principal diferencia entre el artículo 29.9 del MC OCDE con respecto al mismo precepto del MC ONU: en este último, se ha optado por incluir únicamente la versión ampliada de la cláusula LOB junto con la cláusula PPT, ya que se estima que ofrece una protección más sólida que la versión simplificada. Es decir, el artículo 29 del MC ONU se vincula a la cláusula LOB ampliada más una cláusula PPT, lo que supone la adopción del estándar mínimo de la Acción 6 del Plan BEPS en su vertiente más reforzada (cabe recordar que el estándar mínimo puede cumplirse, siguiendo el modelo de Estados Unidos, con la cláusula LOB ampliada más la legislación interna o cláusulas convencionales para estructuras *conduit*, sin necesidad de una cláusula PPT de alcance más general).

2.2. Las cláusulas LOB y su redacción específica

La redacción de las cláusulas LOB, en su versión detallada o simplificada, no es sencilla (de hecho, el artículo 29.1 al 7 y sus Comentarios son probablemente los más extensos y minuciosos del MC OCDE y el MC ONU). La finalidad de esta sección no puede ser otra que ofrecer una visión general de los distintos párrafos que componen la cláusula LOB, sin entrar en las especificaciones que desarrollan los Comentarios al artículo 29 del MC OCDE y el MC ONU. Los negociadores de los CDI y sus intérpretes deben tomar en consideración que los Comentarios al artículo 29.1 al 7 del MC OCDE y el MC ONU incluyen toda una serie de disposiciones alternativas en relación con cada uno de los párrafos y las adaptaciones que explican que la redacción de la cláusula pueda variar de un CDI a otro, así como ejemplos específicos de aplicación práctica de cada párrafo de las cláusulas LOB en sus distintas versiones.

La mecánica de funcionamiento de las cláusulas LOB, en su versión reducida o ampliada, es similar. Se define una categoría de personas que tienen acceso al CDI ("personas cualificadas") en atención a algunas de sus características, que van más allá de la residencia en el otro Estado contratante (lo cual crea la presunción de que existe un nexo específico con el otro Estado contratante) y se añaden otras cláusulas que pueden permitir, para quienes no gozan del estatuto de persona cualificada, el acceso a los beneficios del CDI a determinadas rentas o categorías de contribuyentes, tomando en consideración también ciertas circunstancias que hacen suponer que no existirá abuso (por ejemplo, la realización de una actividad empresarial vinculada con la renta obtenida, la posibilidad de acceder a beneficios comparables sin interponer entidades intermedias o el examen de la situación por las AC que les permita valorar que no existe un problema de *treaty shopping*).

Los distintos componentes de la cláusula LOB son los siguientes:

1. **La cualificación de otras disposiciones del CDI y el acceso a los beneficios del CDI solo por las "personas cualificadas" (artículo 29.1 del MC OCDE y el MC ONU):** Este artículo es la disposición que aclara que los beneficios del CDI no se aplicarán a los residentes del otro Estado contratante (artículo 4), salvo que se consideren personas cualificadas "en el momento en que debería concederse el beneficio" (esto es, normalmente la condición de persona cualificada se vincula a la fecha de obtención de la renta o a cuando deba aplicarse el CDI) o se verifiquen los supuestos de alguna de las cláusulas de la propia cláusula LOB que admita la aplicación del CDI. Sin embargo, este artículo sí permite la aplicación de algunas disposiciones de los CDI a quienes no tengan acceso al mismo de acuerdo con la cláusula LOB (los artículos 4.3. [la regla de desempate para entidades doblemente residentes], 9.2. [la regla de ajustes correlativos] y 25 [procedimiento amistoso y, en su caso, arbitraje] del MC OCDE y el MC ONU).

Igualmente, otras disposiciones de los CDI que no dependan de la residencia también serían aplicables a quienes no sean persona cualificada (por ejemplo, el artículo 24.1 del MC OCDE que se aplica a los nacionales del otro Estado).

La redacción de esta cláusula "de cualificación" es idéntica en la versión detallada y en la simplificada de la cláusula LOB. En ningún caso, la condición de persona cualificada (o el acceso a los beneficios del CDI a través de otras cláusulas previstas para personas no cualificadas) exime la necesidad de reunir otros requisitos que puedan exigir las disposiciones del CDI para su aplicación (por ejemplo, una persona cualificada debe, además, ser el beneficiario efectivo para poder aplicar los artículos 10 al 12 del MC OCDE y el MC ONU).

2. **Situaciones en las que un residente es una persona cualificada (artículo 29.2 del MC OCDE y el MC ONU):** Este párrafo determina qué personas, por su naturaleza y características, se considerarán cualificadas y tendrán acceso, como tales, a los beneficios del CDI. A este respecto, la definición de persona cualificada puede presentar divergencias en función de que un Estado opte por la versión simplificada o la detallada, y los Comentarios al artículo 29.2 del MC OCDE explican las distintas alternativas y las interpretaciones del precepto, e incorporan también ejemplos aclaratorios. Normalmente, las personas cualificadas son las siguientes:

   i) Las personas físicas.

   ii) Un Estado contratante, sus subdivisiones políticas y sus organismos y entidades (incluyendo los niveles regionales o locales). En general, las entidades incluidas en este párrafo serán las que desarrollan funciones públicas.

   iii) Ciertas empresas y entidades que cotizan en bolsa.

   iv) Ciertas filiales de compañías y entidades cotizadas.

   v) Determinadas organizaciones sin ánimo de lucro y fondos de pensiones reconocidos (vid. los Comentarios al artículo 3.1.i del MC OCDE).

   vi) Otras entidades que cumplan determinados requisitos de propiedad y/o erosión de la base imponible.

   vii) Determinados vehículos de inversión colectiva, si los dos Estados acuerdan incluir esta categoría en el CDI (vid. los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE).

3. **Acceso para personas que realizan una actividad empresarial activa en el otro Estado vinculada a la renta obtenida en el Estado de la fuente (artículo 29.3 del MC OCDE y el MC ONU):** Una persona que no sea cualificada tendrá acceso al CDI en relación con rentas derivadas del otro Estado si desarrolla una actividad empresarial activa en su Estado de residencia y si la renta derivada del otro Estado "emana de" o es "incidental a" esa actividad empresarial. Sin embargo, se aplicarán ciertas excepciones o exclusiones de esta cláusula (que afectan a entidades *holding*, servicios de supervisión o administración de un grupo de entidades, servicios financieros, la realización o gestión de determinadas inversiones) y, al mismo tiempo, ciertas presunciones, a efectos de considerar cuándo concurre el desarrollo de la actividad empresarial activa. Esta cláusula se aplica por "renta" y no al "contribuyente" en general.

4. **Beneficios derivados (artículo 29.4 del MC OCDE y el MC ONU):** De acuerdo con la cláusula de beneficios derivados, ciertas entidades que no son personas cualificadas, y cuyo capital poseen residentes de terceros Estados de forma mayoritaria, podrán tener acceso al CDI si quienes controlan su capital hubieran podido tener acceso a beneficios equivalentes al realizar una inversión directa. Esta cláusula se aplica no a la persona, sino a la renta que obtiene, y presenta una versión simplificada que recoge el MC OCDE y versiones diversas más complejas en la versión ampliada (con test de erosión de bases imponibles), en atención a ciertas circunstancias que desarrollan los Comentarios al artículo 29.4 del MC OCDE y el MC ONU y que hacen más compleja y detallada la aplicación de la cláusula.

5. ***Headquarters company* (artículo 29.5 del MC OCDE y el MC ONU):** Según esta cláusula (exclusiva de la versión detallada de la cláusula LOB), una entidad que no sea persona cualificada puede todavía tener acceso, en relación con ciertas rentas (dividendos e intereses), a los beneficios del CDI si cumple las condiciones para ser considerada como *headquarter* (cabecera o matriz) de un grupo multinacional y satisface las seis condiciones que regula el precepto (relativas a la propia entidad, sus filiales y sus ingresos).

6. **Posibilidad de que las AC otorguen el acceso al CDI (artículo 29.6 del MC OCDE y el MC ONU en la versión ampliada o artículo 29.5 de la simplificada):** Si un residente del otro Estado contratante no tiene acceso al CDI con motivo de otras cláusulas (residente cualificado, actividad, beneficios derivados, etc.), la AC del Estado que deniega los beneficios puede todavía otorgar los beneficios del CDI para rentas específicas (o elementos de capital) o para el CDI en su totalidad, tomando en cuenta el objeto y el fin del CDI, si el residente

demuestra que ni su establecimiento, adquisición o mantenimiento, ni sus operaciones tienen como uno de sus propósitos principales la obtención de beneficios derivados del CDI. La AC a la que se hace la petición consultará con la AC del otro Estado antes de conceder o denegar los beneficios, aunque la decisión puede ser unilateral de la AC que deniega el acceso al CDI.

7. **Definiciones (artículo 29.7 del MC OCDE y el MC ONU, versión ampliada, o artículo 29.6 del MC OCDE, versión simplificada):** Este párrafo incluye las definiciones de conceptos y términos relevantes que se emplean en los párrafos 1 al 6 de este precepto (mercado de valores reconocido, acciones, principal clase de acciones, personas relacionadas, beneficiario equivalente, lugar principal de gestión y control de la empresa, etc.) para la aplicación de la cláusula LOB del artículo 29 del MC OCDE y el MC ONU.

8. **Cláusula de determinación del modo de aplicación de la cláusula LOB (artículo 29.7 del MC OCDE, versión simplificada):** La versión simplificada de cláusula LOB establece que las AC determinarán el modo de aplicación de este artículo. En realidad, esta cláusula es innecesaria y puede perfectamente utilizarse el artículo 25.3 de ambos MC a estos efectos, con carácter general o para aspectos interpretativos específicos de la cláusula simplificada o de la ampliada.

3. LAS CLÁUSULAS RELATIVAS A EP EN TERCEROS ESTADOS: ARTÍCULOS 29.8 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

3.1. LA FUNCIÓN DEL ARTÍCULO 29.8 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

El artículo 29.8 del MC OCDE y el MC ONU (la redacción es igual en ambos MC) es una cláusula antiabuso específica referida a ciertas estructuras triangulares con EP que buscan evitar toda imposición a la renta atribuible al EP o que la renta sea gravada de forma mínima. Como es sabido, los CDI son normas bilaterales que se aplican también a los residentes de un Estado, incluyendo a los EP que dichos residentes puedan tener en un Estado tercero. En consecuencia, si el Estado de residencia del contribuyente (normalmente una entidad) exime de tributación los beneficios atribuibles a un EP extranjero, es posible que una sociedad residente en ese Estado constituya un EP en un tercer Estado desde el cual invierta en el otro Estado contratante y obtenga rentas procedentes del territorio de este último que (1) no tributen o lo hagan de forma reducida en el otro Estado contratante, esto es, el Estado de la fuente (por efecto del CDI); (2) no tributen en el Estado del EP (por ejemplo, si aplica un sistema territorial o tipos reducidos de gravamen, o ciertos incentivos), y (3) no se incluyan en la base imponible en el Estado de residencia de la entidad si este Estado aplica el método de exención para los beneficios atribuibles a los EP extranjeros.

Por ejemplo, si los Estados R y S tienen un CDI en vigor que solo grava los servicios en S si existe un EP en su territorio (de acuerdo con los artículos 5 y 7 del MC OCDE), es posible que una entidad de R establezca un EP en un Estado T, con un Impuesto sobre Sociedades (IS) igual a 0 para las rentas atribuibles al EP, y desde el EP del Estado T preste servicios a residentes en S. El efecto sería el siguiente: en S, el pagador normalmente podría deducir (si es una sociedad) el pago realizado al EP en T, y tal pago no tributaría en S por efecto del CDI R-S. En T no existiría tributación alguna, ya que la renta atribuible al EP en T no paga ningún IS en T. Y, en el caso de que R aplicara el método de exención a los beneficios atribuibles a T (ya sea de conformidad con su legislación interna o por efecto de un CDI R-T), la renta atribuible al EP en T no paga impuestos en ningún Estado.

Los Comentarios al artículo 10 (párrafos 11, 12, 21, 24, 25, 32 y 71) se refieren a los potenciales abusos que pueden surgir en estos casos, como consecuencia del efecto en cierto tipo de activos (que normalmente generan rentas más o menos pasivas) a EP en el extranjero con la finalidad de disminuir la tributación o eliminarla en el Estado de residencia. Precisamente, este es el efecto que el artículo 29.8 del MC OCDE y el MC ONU trata de evitar. Este precepto no es estándar mínimo derivado de la Acción 6 del Plan BEPS y, por lo tanto, el artículo 10 de la MLI admite la posibilidad de formular reservas sobre su aplicación. Sin embargo, algunos CDI

recientes incluyen una disposición de este tipo (por ejemplo, el artículo 29.1 del CDI entre Perú y Japón).

Técnicamente, este tipo de estructuras pueden atacarse también con normas generales antiabuso (cláusulas PPT o similares) o de transparencia fiscal internacional cuando se aplican a EP situados en el extranjero.

3.2. La regla del artículo 29.8 del MC OCDE y el MC ONU

El artículo 29.8 del MC OCDE y el MC ONU establece que, si una empresa de un Estado contratante deriva beneficios (empresariales u otro tipo de rentas, como dividendos, intereses, etc.) del otro Estado contratante a través de un EP de un Estado tercero (que trata esta renta como atribuible al EP), y los beneficios están exentos en el Estado de la empresa, no se aplicará el CDI a las rentas (computadas de forma individual) en relación con las cuales el impuesto en la jurisdicción tercera sea inferior a la menor de dos cantidades: un porcentaje de ese ingreso determinado bilateralmente o el 60 por 100 del impuesto que se aplicaría en el Estado de residencia de la empresa. Si se verifica esta circunstancia (ausencia de tributación mínima del EP en relación con el tipo de renta específico), la renta podrá gravarse en el Estado donde se obtiene (Estado de la fuente), de acuerdo con su legislación interna; es decir, no se aplicará el CDI a dicha renta.

Los Comentarios al artículo 29.8 del MC OCDE y el MC ONU también contienen una variante de esta regla, por lo que se aplicará no solo cuando el EP obtenga rentas exentas derivadas del otro Estado, sino cuando la imposición a la que esté sujeto sea inferior a un mínimo (determinado bilateralmente o el 60 por 100 del Estado de residencia de la empresa), tomando en consideración el impuesto pagado por el EP y en el Estado de residencia.

3.3. Las excepciones a la regla del artículo 29.8 del MC OCDE y el MC ONU

El artículo 29.8 del MC OCDE y el MC ONU establece dos excepciones a la regla:

1. No se aplicará esta disposición si la renta obtenida por el EP emana de (o es incidental a) una actividad empresarial sustantiva o activa del EP (distinta de la actividad de realizar, dirigir o simplemente mantener inversiones por cuenta de la propia empresa, a menos que se trate de actividades bancarias, de seguros o de valores realizadas por un banco, una empresa de seguros o un agente de valores registrado, respectivamente). Esta excepción es similar a la cláusula de actividad empresarial activa de las cláusulas LOB (artículo 29.3 del MC OCDE y

el MC ONU), aunque también presenta algunas diferencias en los requisitos de aplicación.

2. El artículo 29.8 del MC OCDE y el MC ONU regula una cláusula de beneficios discrecionales similar al artículo 29.6. de ambos MC para las cláusulas LOB. La AC del Estado donde se obtiene un elemento de renta derivado a través de un EP de un residente del otro Estado contratante en un tercer Estado podrá, previa petición del contribuyente, conceder los beneficios del CDI para ese elemento de renta cuando estime que tal concesión está justificada (por ejemplo, en casos de pérdidas del EP). Antes de tomar una decisión, la AC debe consultar a la autoridad del otro Estado, aunque la decisión final será suya.

4. LA CLÁUSULA GENERAL ANTIABUSO (PPT): ARTÍCULO 29.9 DEL MC OCDE Y EL MC ONU

4.1. La función del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU

El artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU es una cláusula PPT (antiabuso) que permite a los Estados atacar cualquier tipo de comportamiento que entrañe un uso impropio del CDI; en particular, los siguientes:

- **Los supuestos en los que resultan aplicables las cláusulas LOB (artículo 29.1. al 7 del MC OCDE y el MC ONU):** En cualquiera de los casos de estos artículos podría resultar aplicable la cláusula PPT para rechazar personas u operaciones excluidas del CDI por la cláusula LOB (obviamente, si se cumplen los parámetros y los elementos que permiten aplicar la cláusula PPT, que no son objetivos, a diferencia de los de la PPT).

- **Los supuestos de *treaty shopping* que quedan afuera de las cláusulas LOB, como estructuras o acuerdos *conduit* con personas que cumplen las exigencias de las cláusulas LOB:** El estándar mínimo derivado de la Acción 6 del Plan BEPS recomienda que las cláusulas LOB se complementen con la legislación interna o con cláusulas convencionales que permitan atacar las estructuras y los acuerdos de *conduit* (casos de *treaty shopping* considerados abusivos) que escapen a las cláusulas LOB. Por ejemplo, una sociedad cotizada de un Estado es persona cualificada para la cláusula LOB (tiene acceso al CDI con independencia de su accionariado), pero no impide la realización de una operación triangular (*back-to-back*) con alguien que no tenga derecho a la aplicación del CDI. Sin embargo, la cláusula PPT puede aplicarse a una operación *back-to-back* o *conduit* de la sociedad que es persona cualificada con un accionista u otra persona residente en un Estado tercero. Es decir, la cláusula PPT, por su generalidad, permite atacar este tipo de estructuras que quedan afuera de las cláusulas LOB.

- **Los supuestos de uso impropio diferentes de los anteriores:** La amplitud del alcance de la cláusula PPT permite atacar no solo casos de *treaty shopping* abusivo, sino también cualquier práctica de *rule shopping* que determine el uso impropio de alguna disposición del CDI; por ejemplo, evitando la existencia de un EP a través de la fragmentación de contratos o de actividades, impidiendo casos de fragmentación artificiosa de contratos vinculados para eludir retenciones, etc.

Sin embargo, la cláusula PPT tiene diferencias de aplicación fundamentales respecto de la cláusula LOB (y también de otras cláusulas especiales antiabuso), ya que exige acreditar la vinculación existente entre la obtención de un beneficio fiscal y la estructura específica que se considera, así como si la misma puede o no resultar admitida en el contexto y la finalidad del CDI. La cláusula LOB normalmente no exige esta valoración, puesto que opera sobre datos objetivos que permitirán excluir al contribuyente o la transacción de la aplicación del CDI si no entra dentro de las definiciones que da la cláusula LOB (incluso en la definición de "beneficiario equivalente" donde la imposición de quien tiene esta condición y quien recibe la renta es un dato que se requiere para permitir el acceso al CDI).

La generalidad de la cláusula PPT, cuya redacción es idéntica en el artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU, al permitir atacar cualquier comportamiento abusivo o de uso impropio del CDI, es la razón por la que muchos Estados la eligen para ejecutar el estándar mínimo derivado de la Acción 6 de Plan BEPS. No obstante, la aplicación de esta cláusula no es tan sencilla, a pesar de que los Comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU dan amplias explicaciones sobre sus elementos y ejemplos a este respecto (que no siempre siguen una lógica uniforme), especialmente para los Estados que no tienen experiencia en la aplicación de cláusulas generales de este tipo o no cuentan con procedimientos específicos para la implementación de cláusulas generales antiabuso en su ordenamiento interno. De hecho, los Comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE (párrafo 183) y el MC ONU (párrafo 36) recuerdan que aquellos Estados que opten por cláusulas PPT deben pensar en la regulación de procedimientos de aprobación para su aplicación por parte de funcionarios de la administración tributaria de un nivel superior, por paneles o comités, o en la regulación de procedimientos que garanticen la certeza anticipada (guías sobre aplicación de la cláusula, *rulings*, etc.), así como asegurar la independencia del poder judicial con el fin de que el contribuyente pueda obtener revisiones judiciales de los actos eventualmente arbitrarios de la puesta en práctica de la cláusula. Estos procedimientos deben garantizar la seguridad jurídica y que no se haga un uso demasiado laxo de una cláusula que, por definición, solo debe ser un instrumento de último recurso para atacar acuerdos, estructuras o transacciones que van más allá de la letra y el espíritu del CDI y sus disposiciones.

En aquellos CDI que no contengan una cláusula de este tipo se aplicarán los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE y el MC ONU sobre uso impropio, que se basan en principios y elementos prácticamente idénticos a los de la cláusula PPT (vid. los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE [párrafos 54 y ss.] y del MC ONU [párrafos 39 y ss.]).

4.2. Los elementos de la cláusula PPT y su aplicación

La cláusula PPT del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU tiene una serie de elementos que determinan su aplicación; aunque, quizás, los más conocidos son el test de propósito principal (o elemento subjetivo) y el test de finalidad de la norma (o elemento objetivo). A pesar de lo dicho, es necesario hacer referencia, siquiera breve, a todos los elementos de la cláusula del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU, que son los siguientes:

» **Existencia de un "beneficio directo o indirecto" vinculado a una disposición del CDI.** El desencadenante de la aplicación de dicho artículo es la obtención de un beneficio; esto es, el acceso indebido a cualquier limitación en la imposición exigida sobre los Estados contratantes por el CDI, ya sean las reglas distributivas de los artículos 6 al 22, los métodos de eliminación de la doble imposición regulados en el artículo 23 (incluyendo el acceso indebido a cláusulas de *tax sparing* cuando existan) o, incluso, la protección que garantiza el artículo 24 del MC OCDE y el MC ONU (no discriminación). El beneficio puede ser directo o indirecto; es decir, incluye situaciones abusivas vinculadas a operaciones comercialmente válidas. Un ejemplo de beneficio indirecto sería el que indica el párrafo 176 de los Comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE: la adquisición por un residente del Estado T de una sociedad del Estado S con sus deudas, sin que exista CDI entre T y S, y la asignación de la deuda inmediatamente después a otra filial residente en el Estado R con CDI con el Estado S que exime de tributación los intereses en S. Esta operación se realiza dejando un margen mínimo de beneficio en R. La operación de adquisición de la sociedad de S con sus deudas es comercialmente válida, pero la asignación del préstamo a la filial en R tiene una finalidad puramente fiscal.

  La denegación de un beneficio (acceso al CDI o a una disposición de este para cierto tipo de rentas), de conformidad con la cláusula LOB, no es un parámetro que pueda emplearse para determinar si existe un beneficio a efectos de la cláusula general antiabuso, ya que los parámetros de aplicación de la cláusula LOB son distintos de los de aplicación del artículo 29.9 del MC OCDE (la cláusula LOB excluye el CDI o el beneficio de manera objetiva, sin necesidad de acudir a un test subjetivo u objetivo). Al mismo tiempo, debe recordarse que, en los CDI que tengan una cláusula LOB, simplificada o ampliada, el hecho de que esta no excluya a un contribuyente o una transacción de la aplicación del CDI no significa que no pueda excluirse el beneficio que obtenga el contribuyente aplicando la cláusula PPT.

» **Existencia de un "acuerdo o transacción", considerado individualmente o de forma conjunta con otros actos (Comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE, párrafo 177):** El acceso a los beneficios de una disposición del CDI debe ser consecuencia de un acuerdo o transacción, entendido de la forma más amplia posible, como cualquier acuerdo, entendimiento, plan, transacción o serie de transacciones, sean o no jurídicamente exigibles. Se incluyen, además, aquellos relativos al establecimiento, el mantenimiento o la operativa de la persona que deriva la renta con vistas a considerar que reside en el otro Estado contratante y los pasos que se adoptan para ser residente en un Estado (por ejemplo, los acuerdos adoptados para realizar reuniones de una entidad en otro Estado y considerarla, de esta forma, como residente en él). Si bien no existe una definición de "serie de transacciones", cabe entender que son pasos que individualmente considerados podrían no producir ningún efecto, pero que, en su conjunto, determinan o están orientados a obtener el acceso al beneficio de una disposición del CDI.

» **Uno de los propósitos principales del acuerdo o la transacción debe ser la obtención del beneficio del CDI o una de sus disposiciones (test subjetivo) (Comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE, párrafos 178 y ss.):** Es el llamado "elemento subjetivo de la cláusula de PPT" o test subjetivo, que se aplica cuando "uno de los propósitos principales" del acuerdo o transacción es la obtención del "beneficio del CDI o una de sus disposiciones", aunque otro/s propósito/s principal/es no tengan que ver con el CDI. Este test exige, a su vez, una serie de consideraciones sobre su importancia y elementos constitutivos:

- Para aplicar la cláusula PPT no es suficiente la concurrencia del elemento subjetivo; este solo es la "puerta de entrada" en el artículo 29.9 del MC OCDE para valorar si concurre o no el elemento objetivo (al que se hace referencia más abajo). Esto es, la identificación de que uno de los propósitos de una operación es el acceso a los beneficios del CDI no indica nada sobre la aplicación de la cláusula general antiabuso, ya que, para su puesta en práctica, deberá acreditarse que la obtención del beneficio es contraria al objeto y al fin de la norma aplicable.

- A diferencia de lo que ocurre con algunas normas antiabuso generales nacionales, donde puede bastar una prueba de artificiosidad que, en ocasiones, se identifica con el test subjetivo de la cláusula PPT, en el artículo 29.9 del MC OCDE la prueba de que existe una finalidad fiscal en una operación no determina, por sí misma, la exclusión de la aplicación del CDI o de una disposición específica de este.

- El umbral de aplicación del test subjetivo es relativamente bajo, ya que se requiere que "uno de los propósitos" principales de la operación sea el beneficio fiscal. Es decir, no es necesario que el propósito del acuerdo o de la transacción sea únicamente fiscal o que el propósito fiscal domine la operación o el acuerdo; bastará con que sea lo suficientemente relevante para erigirse como una de las finalidades esenciales de la operación. El hecho de que un contribuyente pretenda beneficiarse en un caso de *treaty shopping*, no solo de uno, sino de varios CDI de un mismo Estado, no excluye la finalidad esencialmente fiscal de la operación.

- Los Comentarios no definen con claridad cuándo un "fin fiscal" se convierte en "uno de los propósitos principales" que excluya la relevancia de uno o más "fines comerciales de la operación". En particular, en relación con comportamientos de *treaty shopping*, los Comentarios no ofrecen suficiente precisión sobre cuándo, por ejemplo, la interposición de una entidad puede tener un "nexo específico" o una "sustancia económica suficiente" con su Estado de residencia, de manera que permita concluir que no se verifica el test subjetivo. De los ejemplos y Comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE, da la impresión de que la existencia de funciones o personas significativas, o los controles riesgos relevantes (en el sentido de estos términos a efectos de la atribución de beneficios a EP [artículo 7], o de precios de transferencia [artículo 9 del MC OCDE]) serían suficientes para que el motivo comercial excluya el fiscal; sin embargo, los ejemplos no son completamente claros. Por lo tanto, también será crucial la valoración de la concurrencia del test objetivo y la finalidad de la norma.

- La concurrencia del test subjetivo exige un análisis objetivo de los "hechos y circunstancias", ya que la determinación del propósito de la operación está vinculada a este tipo de análisis, no a la prueba de la voluntad subjetiva del contribuyente. En esta observación, el fin fiscal de la transacción o el acuerdo no debe asumirse a la ligera; por ejemplo, los efectos fiscales favorables de una operación no necesariamente reflejarán la finalidad fiscal de esta; pero, si un acuerdo o transacción solo puede ser explicado de manera razonable por los beneficios del CDI, podría concluirse que "uno de los propósitos principales" era obtener los beneficios del convenio. En la determinación de si concurre el test subjetivo, se requiere un análisis de "razonabilidad", que exige ponderar las pruebas que existan (hechos y circunstancias), y la consideración objetiva de las distintas interpretaciones de los eventos.

- La carga de la prueba de que es "razonable" concluir (a la vista de los hechos y circunstancias) que el acuerdo o la transacción tiene como uno de sus propósitos principales el acceso a una o varias disposiciones del CDI corresponderá a la administración tributaria que invoca la aplicación de la cláusula del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU.

» **Inaplicación del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU si se establece que el beneficio está amparado por el objeto y finalidad de la disposición específica (test objetivo):** Este segundo test, a pesar de su escaso desarrollo en los Comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU, es realmente fundamental, ya que puede determinar que una operación con una finalidad principal de naturaleza fiscal pueda quedar excluida del ámbito de aplicación de la cláusula antiabuso general. Al respecto, los Comentarios dan algunas indicaciones, que resultan mínimas y no siempre claras, pero sí relevantes:

- El artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU, como indica el párrafo 173, debe interpretarse en relación con el preámbulo (hay que recordar también estándar mínimo según la Acción 6 del Plan BEPS y artículo 6 de la MLI).

- El artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU, como subraya el párrafo 174, pretende asegurar que los CDI se aplican "de acuerdo con el propósito para el que se firman", esto es, aplicar de buena fe beneficios para operaciones de intercambio de bienes y servicios, y movimientos de capital y de personas, no para acuerdos cuyo objetivo principal sea asegurar un trato fiscal más favorable.

Estas indicaciones sobre el test objetivo no son muy concretas. Por un lado, de la lectura del preámbulo cabe deducir que el CDI no pretende aplicarse a operaciones que entrañen abuso o evasión, lo cual es una referencia puramente circular de la que tan solo se puede concluir que el mero hecho de que una operación o un acuerdo no resulte gravado en ningún Estado, por sí mismo no determina que pueda ser calificado como impropio. El preámbulo solo indica que la finalidad del acuerdo es eliminar la doble imposición sin crear oportunidades de doble no imposición o imposición reducida "a través de operaciones de evasión o elusión", por lo que la doble no imposición que no entrañe abuso no está comprendida necesariamente en el ámbito de la cláusula. Es evidente que el CDI solo se aplica a operaciones de buena fe, pero, puesto que no se determina el grado de vinculación de una operación con un Estado, o cómo se concreta la buena fe, se deja un margen de interpretación que planteará dudas relevantes acerca de qué operaciones y transacciones están cubiertas por un

CDI, y que exigirán valorar todas las circunstancias y las expectativas de los Estados parte que rodean la conclusión del CDI, así como la redacción específica de sus disposiciones.

Por ejemplo, la conclusión de un CDI con un territorio de baja tributación, conocido por la existencia de sociedades sin sustancia, que solo contenga el artículo 4 del MC OCDE y el MC ONU, sin más cualificación, puede tener como finalidad atraer inversionistas de ese Estado, con independencia de que, en su mayoría, procedan realmente de Estados terceros. En este caso, es difícil pensar que una sociedad con escasa sustancia radicada en ese territorio es, por sí misma, abusiva, cuando precisamente la finalidad del CDI es atraer la inversión de este tipo de sociedades. Es decir, el test objetivo exige la valoración en concreto de la finalidad del CDI y la disposición específica que se está aplicando.[385]

La redacción del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU parece que desplaza al contribuyente la carga de la prueba del objeto y la finalidad de las disposiciones del CDI, y así lo confirma la última frase del párrafo 170 de los Comentarios a este precepto ("la última parte del párrafo permite a la persona a quien se le haya denegado la posibilidad de establecer que la obtención del beneficio en esas circunstancias sería conforme con el objeto y finalidad de las disposiciones de este convenio"). Tal desplazamiento de la carga probatoria no parece que pueda ser admitido en la mayoría de los ordenamientos, ya que la administración, al razonar sobre la concurrencia del elemento subjetivo, deberá también valorar por qué motivo se está vulnerando el objeto y la finalidad de una disposición o del CDI. En este sentido, probablemente debe interpretarse la referencia a "razonable" del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU y la carga que corresponde a la administración. Obviamente, como reacción a la prueba aportada por la administración, el contribuyente debe poder aportar elementos que acrediten la finalidad comercial o económica de la operación y por qué respeta la finalidad del CDI o la disposición específica aplicable.

385 Vid., por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (TS) de Canadá en el caso Alta (Canadá v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L., del 26 de noviembre de 2021)), que rechazó la aplicación de la cláusula general antiabuso canadiense a una clara operación de *treaty shopping* relativa al convenio de doble imposición (CDI) Canadá-Luxemburgo. Si bien el CDI era anterior al Plan BEPS, muchas de las conclusiones del TS canadiense pueden ser trasladables a CDI post-BEPS que no resulten demasiado claros en torno a su finalidad, o incluyan la redacción del artículo 4 del MC OCDE y del MC ONU sin ninguna cualificación, cuando el otro Estado se caracteriza por ser un territorio donde se constituyen sociedades sin ninguna sustancia. También es cierto que el tipo de operación considerada en Alta (constitución de una sociedad en Luxemburgo sin actividad con la única finalidad de vender una participación de otra entidad canadiense) era probablemente el paradigma de *treaty shopping* y que podría pensarse que el razonamiento de TS fue un tanto formalista en el caso concreto considerado, de manera que en un entorno post-BEPS las conclusiones sobre este tipo de operación podrían variar.

La formulación de los elementos del *guiding principle* en los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE, presenta alguna diferencia relevante respecto del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU. En primer lugar, en vez de referirse a "uno de los propósitos principales" en el test subjetivo, se vincula con "el propósito principal", lo cual hace pensar que su umbral pueda ser más elevado y solo se aplicaría allí donde la finalidad comercial de la operación es menos importante que la fiscal. En segundo lugar, el test objetivo no se formula de manera que indique que la carga de la prueba corresponda al contribuyente, sino de un modo más neutro. A pesar de estas diferencias. es lógico pensar que tanto las administraciones como los tribunales interpreten de forma similar el artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU y el *guiding principle*.

En definitiva, las características del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU, como cláusula general antielusión, son semejantes a las de muchas cláusulas nacionales (en particular, existe una gran similitud entre el citado precepto y la cláusula general antiabuso canadiense o el artículo 6 de la Directiva 1164/2016 de la Unión Europea) y será importante que la administración tributaria, a la hora de aplicar esta cláusula, tenga en consideración todos los elementos que la componen, así como el principio de que las cláusulas antiabuso son instrumentos de "ultima ratio", cuya implementación debe realizarse con moderación y ponderando cuidadosamente todos los hechos y circunstancias concurrentes, en procedimientos específicos que garanticen que su puesta en práctica no se realiza de forma generalizada ni tampoco con ligereza (repárese que la aplicación arbitraria de este tipo de cláusulas puede dar lugar a que se vulneren los estándares establecidos en los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones; en concreto, que el trato sea justo y equitativo).

4.3. Las consecuencias de la aplicación de la cláusula PPT

El artículo 29.9 del MC OCDE y del MC ONU, claramente dispone que el beneficio al que se pretenda acceder cuando se den las circunstancias a las que se refiere no será aplicable al contribuyente o a la operación o acuerdo específico. Sin embargo, una consecuencia lógica de la aplicación de las normas nacionales antiabuso suele ser la recalificación de la operación de acuerdo con su auténtica naturaleza jurídica (prescindiendo de la operación realizada de manera indebida), y la aplicación de las reglas que le correspondan.

Por ejemplo, si un residente del Estado T constituye una sociedad en el Estado R para acceder al CDI entre R y S que prevé un tipo de retención 0 para dividendos, y de esa forma evitar el 5 o el 10 por 100 que el CDI T-S regula para el mismo tipo de rentas, la inaplicación del CDI R-S hace que deba considerarse si la retención establecida en la legislación interna del Estado S aplicaría a los dividendos

(supóngase 15 por 100) o debe admitirse la aplicación del CDI T-S (5 o 10 por 100). Si se considera que la entidad R ha sido constituida de forma abusiva para la obtención de dividendos procedentes de S sin retención, la cuestión será si resulta posible poner en práctica el CDI T-S o, simplemente, se utiliza la legislación interna de S. En este ejemplo, el artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU solo menciona que no se otorgará el beneficio del CDI R-S, pero no obliga a recalificar y a aplicar el CDI T-S.

A fin de regular la recalificación de la operación, el párrafo 184 de los Comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE dispone que los Estados contratantes deben poder añadir a sus CDI una cláusula que admita esta posibilidad, de manera que se otorguen otros beneficios del CDI que sean aplicables, u otros beneficios distintos, ya sea previa solicitud del contribuyente a la AC o por esta de oficio. La AC deberá consultar a la AC del otro Estado antes de denegar una solicitud de este tipo.

Lo cierto es que la regulación de la potestad de recalificación como una cláusula al margen de la aplicación del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU plantea algunas dificultades si, en operaciones internas, ese mismo Estado, al aplicar su cláusula general antiabuso, recalifica las operaciones. La recalificación es un aspecto que los Estados deben tomar en consideración para evitar aplicaciones arbitrarias de la cláusula antiabuso de dicho artículo.

En este sentido, los Comentarios al artículo 1 del MC OCDE (párrafo 79) indican que, si la aplicación de las normas generales antiabuso o las doctrinas judiciales, así como la sustancia sobre la forma o la sustancia económica, resultan en la recalificación de una renta o en la redeterminación del contribuyente que deriva la renta, las disposiciones del CDI deben ser aplicadas tomando en consideración estos cambios. En consecuencia, nada impedirá extrapolar esta misma conclusión al contexto del artículo 29.9 del MC OCDE y el MC ONU, incluso cuando no contenga la cláusula opcional a la que se refiere el párrafo 184 de los Comentarios al artículo 29.9 del MC OCDE.

SECCIÓN OCTAVA:

DISPOSICIONES FINALES

Capítulo 30.

El artículo 31 del MC OCDE y el artículo 30 del MC ONU: la entrada en vigor de los CDI

1. FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 31 DEL MC OCDE: EL CICLO DE VIDA DE UN CDI Y SU ENTRADA EN VIGOR

1.1. Consideraciones generales sobre el contenido y la funcionalidad del artículo 31 del MC OCDE

El modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) contiene disposiciones sobre la entrada en vigor y el cese de efectos por denuncia del convenio de doble imposición (CDI), que siguen en este punto la regulación derivada del derecho internacional público en materia de tratados internacionales.[386] El artículo 30 del modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) sigue también en este punto la cláusula tipo del artículo 31 del MC OCDE, y considera aplicables sus comentarios.

La regulación del MC OCDE y el MC ONU sobre la entrada en vigor, la eficacia temporal y la denuncia apunta a coordinar los procedimientos legislativos nacionales relativos a la ratificación de tratados internacionales que apliquen en los dos Estados contratantes, de manera que estos hitos (entrada en vigor, eficacia temporal y cese de efectos) se produzcan de forma simultánea en los dos Estados contratantes.

Algunos países incorporan al apartado 1 del artículo 31 del CDI una mención específica a las autoridades competentes (AC) en relación con la ratificación de estos convenios, considerando su regulación constitucional y legal en la materia. También es frecuente que el artículo 31.1 del CDI establezca que su entrada en vigor tendrá

386 Aquí solo se hace referencia a la entrada en vigor del convenio de doble imposición (CDI), ordenada por el artículo 31 del MC OCDE (artículo 30 del MC ONU), y se dedica un comentario separado al artículo 32 del MC OCDE (artículo 31 del MC ONU), a pesar de que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y Naciones Unidas aportan Comentarios consolidados en relación con las dos cláusulas.

lugar tras un intercambio internacional de notas que confirme que se han completado en cada Estado contratante los procedimientos internos *ad hoc*.[387]

La entrada en vigor y la eficacia de las disposiciones de un CDI que regula el artículo 31 del MC OCDE forma parte de un conjunto de procedimientos más amplios que afecta al "ciclo de vida" de un CDI, donde se integran las siguientes fases, métodos y actividades:

1. La negociación del CDI.

2. La fase inicial de la aprobación, tras el acuerdo de un texto negociado a nivel técnico, que debe ser aprobado a nivel político.

3. La firma del texto del convenio aprobado por parte de los representantes del ministerio de Hacienda (o Exteriores), o por los embajadores con competencias en la materia.

4. La ratificación del convenio, siguiendo los procedimientos constitucionales y legales establecidos en cada Estado (esta ratificación está prevista en el artículo 31.1 y 2 del MC OCDE).

5. La entrada en vigor del CDI, también prevista en el artículo 31.2 del MC OCDE.

6. La eficacia de las disposiciones del CDI en vigor, que se ordena en el apartado 2 del artículo 31 del MC OCDE.

7. La terminación y el cese de vigencia del CDI, que estaría prevista en el artículo 32 del MC OCDE.

387 Vid. los párrafos 2 y 3 de los Comentarios al artículo 31 del MC OCDE.

1.2. Las reglas articuladas en el artículo 31 del MC OCDE (artículo 30 del MC ONU) sobre la entrada en vigor de los CDI: referencia a la MLI y a la sucesión de convenios

Las reglas que presentan los artículos 31 y 32 del MC OCDE (artículos 30 y 31 del MC ONU) en gran medida coinciden con los principios internacionales codificados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), del 23 de mayo de 1969,[388] y los reflejan, por más que esta no sea directamente aplicable, cuando menos, allí donde un CDI establezca una regulación convencional específica en la materia.[389]

Una vez que un CDI ha entrado en vigor, sus disposiciones comenzarán a tener efectos jurídicos a partir de la fecha que se establezca en el propio convenio, que puede ser distinta para impuestos sin período impositivo (retenciones en la fuente en la sede del impuesto sobre la renta de los no residentes sin establecimiento permanente [EP]) e impuestos con período impositivo (Impuesto sobre Sociedades [IS] o Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas [IRPF]). En ocasiones, también se establece que determinadas disposiciones del convenio pueden tener efectos retroactivos (cláusulas de intercambio de información) o prospectivos (cláusulas de arbitraje fiscal).

Lo mismo ocurre con la pérdida de efectos regulada en el artículo 32 del MC OCDE (artículo 31 del MC ONU); las disposiciones de los convenios de doble imposición despliegan efectos jurídicos en tanto y en cuanto el convenio esté en vigor y no haya sido denunciado o reemplazado por otro, o modificado por un protocolo o tratado multilateral.

El caso de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI) para implementar los estándares del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE (Plan BEPS) 2016, constituye un supuesto singular, ya que, de acuerdo con su configuración y naturaleza, se requiere que los Estados contratantes ratifiquen dicha convención y acuerden posiciones simétricas que modifiquen la aplicación de un CDI vigente entre ellos.

El artículo 31 del MC OCDE (artículo 30 del MC ONU) pivota sobre el intercambio de los instrumentos de ratificación que expresan el consentimiento de los dos Estados contratantes sobre la aplicación del CDI en los términos acordados. Cada país puede utilizar fórmulas de ratificación distintas, dependiendo de su legislación

388 Las reglas de los artículos 31 y 32 del MC OCDE son consistentes con los principios de los artículos 10, 14 y 16 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) (1969).

389 Por ejemplo, a Ley española 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, del 27 de noviembre de 2014, se refiere a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) como "el Tratado de los tratados y el reflejo del Derecho consuetudinario en la materia".

interna, y lo normal es que exista una notificación (diplomática) por parte de las AC de los dos Estados sobre cómo se produce tal ratificación y el momento en que han finalizado estos procedimientos de cara a fijar la entrada en vigor del CDI. El intercambio de instrumentos de ratificación suele realizarse en una ciudad que forma parte del territorio de los Estados contratantes, y el CDI (normalmente al final de su texto y también en el protocolo), se refiere al lugar y a la fecha de intercambio de dichos instrumentos como el momento de entrada en vigor del CDI.

Sin embargo, la entrada en vigor del CDI no necesariamente coincide con la eficacia jurídica temporal de sus disposiciones, que se determina según lo establecido en el apartado 2 del artículo 31 del CDI. Este apartado permite regular de forma coordinada la eficacia jurídica-temporal de las distintas disposiciones del CDI en los dos Estados contratantes, y diferencia entre impuestos sin período impositivo y con período impositivo. Asimismo, permite regular casos especiales donde se puede ordenar el efecto retroactivo o prospectivo de determinadas disposiciones (por ejemplo, las cláusulas de intercambio de información, las de asistencia en la recaudación tributaria, etc.).[390]

En casos de "sucesión de convenios", debe regularse en el nuevo convenio o protocolo a partir de qué fecha aplicarían las nuevas disposiciones que modifican o reemplazan a las del convenio que es objeto de enmienda.

390 Sin duda, la retroactividad de las disposiciones de los convenios de doble imposición (CDI) puede plantear problemas constitucionales y legales de seguridad jurídica. Cabe citar el precedente de la sentencia del Tribunal Supremo de España del 20 de octubre de 2008, sobre el Protocolo al CDI con Austria, que se resolvió aplicando la jurisprudencia constitucional sobre seguridad jurídica.

Capítulo 31.

El artículo 32 del MC OCDE y el artículo 31 del MC ONU: la denuncia y el cese de la eficacia de los CDI

1. FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA DE TERMINACIÓN O DENUNCIA DEL ARTÍCULO 32 DEL MC OCDE Y EL ARTÍCULO 31 DEL MC ONU

El artículo 32 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) regula la terminación o denuncia de los convenios de doble imposición (CDI) y la pérdida o cese de sus efectos jurídicos; el artículo 31 del modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) presenta una cláusula tipo en los mismos términos que el MC OCDE.

Al igual que en el caso de la cláusula del artículo 31 del MC OCDE, el artículo 32 de este MC prevé un procedimiento y reglas que ordenan de forma coordinada y común la duración y el cese de efectos jurídicos del convenio a partir del cumplimiento de una serie de formalidades (denuncia) y plazos.

Es decir, la funcionalidad de la cláusula de denuncia es ordenar de forma coordinada el procedimiento y las reglas para el cese de efectos jurídicos de un CDI, tomando en consideración los principios internacionales en materia de derecho de los tratados y preservando, en cierta medida, el principio de seguridad jurídica.

2. CONFIGURACIÓN Y ALCANCE DE LA CLÁUSULA DE DENUNCIA DEL CDI ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 32 DEL MC OCDE Y EN EL ARTÍCULO 31 DEL MC ONU: PÉRDIDA DE EFECTOS JURÍDICOS Y EL CASO DE LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DE LAS DISPOSICIONES DEL CDI

Las disposiciones de los convenios que han entrado en vigor tienen vigencia y se aplican de forma indefinida con carácter general, excepto aquellas cláusulas que, en ocasiones, se concluyen por un plazo limitado (*sunset clauses*), como las de *tax sparing* y *matching credit*.

La pérdida de vigencia y efectos de un CDI se produce a través de canales diplomáticos, utilizando el procedimiento de la denuncia. La terminación por denuncia es excepcional, y lo normal es que las disposiciones de los CDI se renegocien a través de protocolos, o que las autoridades de los dos Estados contratantes concluyan un nuevo convenio, una vez que se ha agotado la "vida útil" de un convenio (en general, supera los 10 o 15 años) por haber tenido lugar cambios muy relevantes en las circunstancias comerciales o económicas de los Estados contratantes sobre las que se negoció el convenio, o porque es aconsejable actualizarlo de acuerdo con los nuevos estándares fiscales internacionales.

El cese de efectos de las disposiciones de un CDI no debe producirse de forma brusca o abrupta, ya que ello puede erosionar o dañar la seguridad jurídica y la estabilidad del marco fiscal articulado a través del convenio; por el contrario, resulta recomendable que esta pérdida de efectos a través de la denuncia se lleve a cabo en términos temporales que permitan a los inversionistas y a los operadores económicos adaptarse al cambio de situación.

El manual de Naciones Unidas para la negociación de tratados bilaterales[391] recomienda la inclusión de una cláusula que establezca una vigencia mínima de cinco años antes de que pueda activarse la cláusula de terminación del CDI. El MC OCDE es más flexible a este respecto y deja estas cuestiones a la negociación bilateral entre las autoridades competentes de los Estados.[392]

La práctica internacional revela que resulta infrecuente la terminación de los CDI en otros casos que no sea su reemplazo por un convenio nuevo (sucesión de convenio), normalmente más moderno y alineado con los estándares fiscales inter-

391 Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties Between Developed and Developing Countries*, Nueva York: Naciones Unidas; 2019.

392 Vid. el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 32 del MC OCDE.

nacionales del momento y con las más sincrónicas relaciones comerciales y fiscales entre los dos países.[393]

Asimismo, las fricciones o conflictos que pueden surgir sobre la aplicación o la configuración de las disposiciones de los CDI entre las autoridades competentes (AC) de los Estados contratantes, cuando no pueden resolverse a través del procedimiento amistoso (PA) del artículo 25 del MC OCDE, habitualmente se solventan a través de protocolos o canjes de notas internacionales por medio de los que se modifica el convenio de forma consensuada.

Existen, sin embargo, ejemplos de terminación de CDI como consecuencia de la falta de entendimiento sobre cómo interpretar y aplicar un CDI en vigor o por desacuerdos sobre cómo modificarlo cuando ya no satisface las pretensiones de ambos Estados parte.

El procedimiento de terminación, tal y como se señaló más arriba, consiste en una comunicación formal mediante canales diplomáticos por parte de las AC de un Estado contratante dirigida a las del otro Estado, informando de la terminación del CDI. Esta comunicación debe realizarse al menos seis meses antes del final del año natural en el marco del artículo 32 del MC OCDE y en el artículo 31 del MC ONU, sin perjuicio de lo que pudieran acordar bilateralmente las AC en cada caso o establecer los CDI específicos. Tal previsión responde al objetivo de permitir que los obligados tributarios posean un tiempo suficiente para prepararse para la terminación del CDI.

Se considera que el procedimiento de terminación debe ponerse en marcha como último recurso, en casos donde no haya sido posible alcanzar un acuerdo para renegociar las cláusulas del convenio que generan el conflicto entre las partes contratantes. No obstante, la terminación o denuncia del CDI, a diferencia de lo establecido en el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), no requiere de una motivación relacionada con la vulneración material de una cláusula del convenio.

La cláusula tipo de terminación especifica la fecha del cese de los efectos jurídicos de las disposiciones del CDI en cada Estado contratante, lo cual afectaría también a lo dispuesto en el artículo 30 del MC OCDE.

No es infrecuente que, tras la terminación de un CDI entre dos Estados, las AC firmen al poco tiempo un nuevo convenio más acorde con las posiciones de los dos Estados en ese momento; particularmente, esto acontece allí donde median relaciones comerciales, financieras o económicas relevantes entre los dos países.

Tras la cláusula de denuncia, los CDI incluyen normalmente una disposición final a través de la que expresan una serie de circunstancias relativas al momento y

393 El artículo 59 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) contempla la terminación de un tratado por la entrada en vigor y la eficacia de las disposiciones de otro convenio que lo sustituye. Esta es la fórmula más extendida de terminación.

el lugar de la firma del convenio, así como a los idiomas en que se ha concluido.[394] En ocasiones, se prevé que, en caso de conflicto interpretativo sobre el texto del convenio, sea de aplicación prevalente una versión lingüística en un tercer idioma. La inclusión de esta previsión puede resultar recomendable considerando las diferencias terminológicas que forman parte del marco convencional articulado a través del CDI y que, en muchos casos, derivan de las distintas versiones idiomáticas en que está redactado el texto del convenio en cada Estado contratante.

Finalmente, cabe apuntar cómo los CDI no contienen cláusulas reguladoras de la eventual suspensión general de sus disposiciones, más allá de lo dispuesto en algunos preceptos que contemplan la inaplicación en situaciones contrarias al orden público (artículos 26 y 27 del MC OCDE y el MC ONU).[395]

Sin embargo, el artículo 60 de la CVDT, que se considera costumbre jurídica internacional, sí contempla la suspensión de los convenios internacionales en casos de vulneración sustantiva de las obligaciones establecidas en un tratado.[396] No obstante, el CVDT establece un procedimiento específico que ordena las reglas y los principios que deben observarse a efecto de esto. El artículo 60 de la CVDT está configurado de tal forma que no permite la "suspensión unilateral" de un tratado internacional, reforzando así el principio de *pacta sunt servanda*.

394 El MC ONU tan solo indica que la firma se realizará de acuerdo con el procedimiento constitucional aplicable en los dos Estados contratantes.

395 El párrafo 11 de los Comentarios al artículo 26 del MC OCDE contempla la suspensión del intercambio de información en caso de vulneración de las obligaciones de confidencialidad que la cláusula establece. En este mismo orden de cosas, se ha cuestionado la legalidad de la "suspensión" unilateral realizada por Rusia de 30 CDI con países calificados como hostiles, sin que tales CDI contemplen disposición alguna en relación con la suspensión, ni se hayan observado las reglas del artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT). No obstante, cabe señalar que el artículo 59 de la CVDT sí contempla la suspensión de acuerdos internacionales a través de fórmulas de "mutuo acuerdo", de manera que podría plantearse su aplicación a los efectos de los CDI mediando un acuerdo amistoso *ad hoc*.

396 La Ley española 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales contempla la suspensión de tratados conforme a las normas del propio tratado o a las normas generales del derecho internacional de la CVDT.

Capítulo 32.
El artículo 30 del MC OCDE: la extensión territorial de los CDI

1. FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA DE EXTENSIÓN TERRITORIAL DEL ARTÍCULO 30 DEL MC OCDE

La funcionalidad del artículo 30 del del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MC OCDE) está estrechamente relacionada con el ámbito de aplicación territorial de los convenios de doble imposición (CDI) y, en tal sentido, permitiría una extensión de la puesta en práctica de las disposiciones del convenio a determinadas partes del territorio de un Estado (*lato sensu*) que podrían no estar incluidas inicialmente en él. El modelo de convenio de Naciones Unidas (MC ONU) no incluye esta cláusula tipo.

La práctica convencional internacional revela cómo la definición del ámbito territorial de aplicación del CDI en muchos convenios se clarifica en el apartado 1 del artículo 3 del MC OCDE, a pesar de que ni el MC OCDE ni el MC ONU se refieren a esta cuestión al hilo del artículo 3. Por tanto, es bastante habitual que se incluyan definiciones de cada Estado contratante y su respectivo territorio, tal y como se plantean en las constituciones nacionales. En particular, estas definiciones se utilizan para "clarificar" que la referencia geográfica al Estado incluye cualquier área más allá de las aguas territoriales sobre la que tal Estado posee jurisdicción con arreglo a su legislación interna y de acuerdo con el derecho internacional.[397]

El manual de Naciones Unidas para la negociación de tratados bilaterales entre países desarrollados y en desarrollo[398] indica que esta fórmula persigue incluir la plataforma continental y la zona económica exclusiva, tal y como se define de acuerdo con la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982), que comprende áreas sobre las que los países pueden ejercitar ciertos derechos, incluyendo el poder tributario en relación con recursos naturales, aunque dichas áreas

397 Algunos autores han destacado las fórmulas utilizadas por Australia, Reino Unido y Rusia en sus convenios de doble imposición (CDI), al incluir definiciones detalladas de su territorio. El artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) se refiere al ámbito territorial a los efectos de los tratados internacionales.

398 Naciones Unidas, *United Nations Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties Between Developed and Developing Countries*, párrafo 201, Nueva York: Naciones Unidas; 2019.

no sean parte del territorio de ese Estado.[399] Se considera que en ausencia de esta "clarificación", la referencia que contenga un CDI a las actividades que tienen lugar en un Estado podría ser interpretada comprendiendo únicamente las actividades que se realizan en el territorio de tal Estado, sin incluir las que se llevan a cabo en la plataforma continental y la zona económica exclusiva, aunque no estamos ante un tema pacífico.

Allí donde estas definiciones de territorio se incluyen en el CDI, se considera que deberían referirse al derecho internacional, particularmente en relación con cualquier área o frontera que puede ser contenciosa o zonas geográficas sobre las cuales los derechos jurisdiccionales del Estado están restringidos por el derecho internacional.[400] Por esta razón, es frecuente que los CDI, antes de ser firmados, sean revisados por el ministerio de Asuntos Exteriores. En todo caso, resulta recomendable que los negociadores de los CDI acuerden de forma expresa el ámbito específico de aplicación territorial del convenio a efectos de las reglas de distribución del poder tributario previstas en él.

399 No faltan casos (controversias) donde se ha planteado si las actividades exploratorias o extractivas en la plataforma continental generan o no un establecimiento permanente (EP); en particular, hay jurisprudencia *ad hoc* de los tribunales británicos y canadienses.

400 Algunos autores han destacado que la determinación precisa de lo que constituyen las "aguas territoriales" de los países con frontera marítima presenta problemas en la práctica. También se está esbozando la cuestión de la soberanía sobre el espacio aéreo (línea Kárman de los 100 km de altitud). Las actividades en el "espacio exterior" se vienen considerando fuera del territorio de los países de acuerdo con los tratados internacionales en la materia; se ha planteado, por ejemplo, si un satélite geoestacionario de bajo nivel puede constituir un establecimiento permanente (EP) (TS 10 [1968], Cmnb. 3519).

2. CONTENIDO DE LA CLÁUSULA DEL ARTÍCULO 30 DEL MC OCDE

2.1. Las reglas de extensión territorial del apartado 1 del artículo 30 del MC OCDE

Básicamente, esta cláusula del MC OCDE (artículo 30.1) contempla la posibilidad de extensión del ámbito de aplicación del CDI a otros territorios, y especifica cómo y cuándo puede realizarse la extensión.[401] Dicha extensión se contempla sin modificar el CDI, a través de un intercambio de notas diplomáticas de carácter contradictorio (no unilateral).

En particular, esta cláusula se incluye en los CDI donde un Estado contratante (o ambos) poseen territorios de Ultramar o asumen las relaciones internacionales de otros Estados o territorios, especialmente en la medida en que la extensión puede realizarse mediante el intercambio de notas diplomáticas. La cláusula tipo también puede resultar interesante para extender el CDI a partes del territorio de un Estado que, por disposición especial *ad hoc*, hubieran quedado excluidas del convenio.

La cláusula tipo del artículo 30 del MC OCDE permite instrumentar la extensión territorial a través de cualquier otro procedimiento que sea acorde con las normas constitucionales de los Estados y esté redactado en términos aceptables a ese respecto por cualquiera de los países miembros de la OCDE afectados por esta disposición. La única condición previa para que pueda considerarse la extensión de un convenio a otros Estados o territorios es que estos apliquen impuestos de naturaleza análoga a los comprendidos en el ámbito del convenio (artículo 2 del MC OCDE).

2.2. Las reglas del apartado 2 del artículo 30 del MC OCDE: efectos de la cláusula de extensión y consecuencias de la terminación del CDI

Además de permitir la extensión total o parcial del CDI a otros territorios, el apartado 2 del artículo 30 del MC OCDE expone las reglas sobre los efectos temporales de tal extensión.[402]

Por un lado, se establece que la extensión surtirá efectos desde la fecha y en las condiciones que acuerden los Estados contratantes con arreglo a esta disposición.

Por otro lado, esta cláusula también clarifica que la denuncia del convenio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del MC OCDE, determinará el cese de la aplicación del CDI en los Estados o territorios donde se haya extendido, salvo que los Estados contratantes hubieran convenido otra cosa.

401 Vid. el párrafo 1 de los Comentarios al artículo 30 del MC OCDE.

402 Vid. el párrafo 2 de los Comentarios al artículo 30 del MC OCDE.

SECCIÓN NOVENA:

LOS CONVENIOS EN EL CONTEXTO ACTUAL

Capítulo 33.

La nueva arquitectura de la fiscalidad internacional y su interacción con los CDI

1. LA REFORMA FISCAL GLOBAL (PLAN BEPS 1.0 Y 2.0) Y SU IMPACTO SOBRE LA RED GLOBAL DE CDI

La globalización ha traído consigo de forma progresiva una intensificación de la interrelación económica y comercial entre los distintos países. Esta interconexión impacta particularmente sobre determinadas políticas desarrolladas por los diferentes gobiernos, de manera que, en muchos casos, decisiones de política comercial, industrial, monetaria, energética o fiscal poseen importantes implicaciones para otros países, economías, agentes y operadores económicos.[403] En un mundo altamente globalizado e interdependiente, la fiscalidad afecta la toma de decisiones sobre la localización del capital y las inversiones, la realización de actividades económicas y la propia asignación de los beneficios de las empresas. De esta forma, el sistema de fiscalidad internacional en un contexto de globalización es susceptible de generar importantes distorsiones económicas e impositivas que impactan sobre los diferentes países, sus economías y empresas, y pueden llegar a generar otras externalidades, como tensiones políticas y comerciales entre las distintas jurisdicciones, que han llegado a amenazar la propia estabilidad del sistema de fiscalidad internacional.

En cierta medida, podría considerarse que la globalización ha intensificado la relevancia del "factor fiscal", haciendo que supere un determinado umbral de materialidad política a escala global y provocando que las principales organizaciones internacionales e intergubernamentales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el G20, y posteriormente la Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Unión Europea (UE), hayan considerado necesario adoptar enfoques de coordinación fiscal multilateral a efectos de resolver las principales tensiones que venían amenazando la estabilidad del sistema de fiscalidad

403 FMI (Fondo Monetario Internacional), *Globalization: A Brief Overview*, Washington, D.C.: FMI; 2008 y U.S. Department of Commerce, *US International Economic Accounts*, Washington, D.C.: BEA; 2021.

internacional, fundamentalmente la erosión de bases imponibles y el desplazamiento de beneficios de unos Estados a otros (*profit shifting*) y la "fiscalidad de la economía digitalizada".

Precisamente, en el capítulo final de este Manual se trata de avanzar en relación con algunas ideas preliminares sobre los proyectos de coordinación fiscal multilateral impulsados por la OCDE y el G20, en primer término, por el Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE (Plan BEPS) 1.0 (2012 y 2015) y, posteriormente, por el Marco Inclusivo sobre BEPS (2016 y 2021, y desarrollo ulterior), dirigidos, en ambos casos, a lograr la estabilización del sistema de fiscalidad internacional a través de una serie de medidas, recomendaciones, estándares y enfoques comunes que impactan de forma muy relevante sobre la política fiscal de los diferentes países a escala internacional. La finalidad de este capítulo es ofrecer una visión general de cómo interaccionan los convenios de doble imposición (CDI) con las tendencias en materia de fiscalidad internacional más recientes, todavía en desarrollo.

La transformación del sistema fiscal internacional que resulta de las medidas acordadas a nivel multilateral en el marco del Plan BEPS 1.0 (2012 y 2015) y el Plan BEPS 2.0 (2021) (el acuerdo de reforma fiscal global alrededor de los pilares 1 y 2), no solo impacta de forma relevante sobre los convenios de doble imposición –al afectar a su contenido (cláusulas) y el marco regulatorio nacional e internacional sobre el que operan–, sino que también revela, en cierta medida, las propias limitaciones de los CDI al operar como "minisistemas fiscales bilaterales" en un mundo donde las empresas multinacionales (MNE) operan con cadenas de valor, estructuras y operaciones globales, y las administraciones tributarias tienen que ser tan globales como tales contribuyentes. El hecho de que exista una red global de convenios fiscales bilaterales (más de 3.500 convenios) no ha sido suficiente para resolver todos estos problemas derivados de la globalización y, por ello (entre otras razones), se ha puesto en marcha un complejo proceso de reforma fiscal global impulsado por la OCDE y el G20 y el Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE y el G20 integrado por más de 145 jurisdicciones, y todo ello ha impactado de forma relevante sobre los modelos de convenio (MC), el contenido de los CDI, las negociaciones de nuevos CDI y su adaptación a los nuevos estándares fiscales internacionales.

En este sentido, la primera parte de este capítulo está dedicada a exponer de forma sintética el potencial transformador del marco de fiscalidad internacional que resulta de la coordinación fiscal multilateral derivada del Plan BEPS para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (Plan BEPS 1.0, 2015), desarrollado fundamentalmente por la OCDE y el G20, y que dio lugar al Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE y el G20. A este respecto, cabe señalar que no se pretende explicar el alcance de cada una de las acciones que componen el Plan BEPS respecto de las cuales se adoptaron informes finales en

octubre de 2015, sino más bien abundar sobre cómo los nuevos estándares fiscales consensuados en el Plan BEPS 1.0, reconfiguran determinados elementos del sistema de fiscalidad internacional y afectan, al mismo tiempo, a las propias políticas fiscales nacionales conectadas con dicho Plan y a los convenios para evitar la doble imposición.

La segunda parte de este capítulo se refiere a desarrollos ulteriores del proyecto de reforma fiscal global llevados a cabo a partir de 2019 (Plan BEPS 2.0). Sobre la base del trabajo anterior (Plan BEPS 1.0), que culminó con la emisión en 2015 de los 15 informes finales sobre las correspondientes áreas de acción, la OCDE comenzó en 2019 un nuevo proyecto centrado en abordar los desafíos fiscales de la digitalización de la economía conectados con la Acción 1 del Plan BEPS originario, que está inacabada. El proyecto actual (también inconcluso aún, en relación con el Pilar 1 y con determinados aspectos técnicos del Pilar 2), conocido como el Proyecto de los dos Pilares del Plan BEPS 2.0 (2021), se ha desarrollado a partir del Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE y el G20, que actualmente cuenta con 145 jurisdicciones participantes. En enero de 2019, la OCDE comunicó que las discusiones se centrarían en dos pilares centrales: un primer pilar que plantearía los desafíos más amplios de la digitalización de la economía, enfocado en la asignación de mayor potestad tributaria a las jurisdicciones de mercado, y un segundo pilar que abordaría "las restantes preocupaciones de BEPS" (*profit shifting issues*). En febrero de 2019, la OCDE publicó un documento de consulta pública que describe las propuestas de los dos pilares en términos muy generales. La OCDE, tras una consulta pública previa, publicó en mayo de 2019 el Programa de Trabajo para el Desarrollo de una Solución de Consenso a los Desafíos Fiscales Derivados de la Digitalización de la Economía, que refleja los dos pilares:

1. Pilar 1 sobre el desarrollo de nuevas normas de nexo y asignación de beneficios para otorgar más derechos fiscales a las jurisdicciones de mercado.

2. Pilar 2 acerca del desarrollo de nuevas normas para una imposición mínima global.

El 1 de julio de 2021, la OCDE publicó un Acuerdo político multilateral para abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía que refleja el acuerdo de 130 de las jurisdicciones miembros del Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE y el G20 sobre algunos parámetros clave con respecto a ambos pilares. Sin embargo, no fue hasta el 8 de octubre de 2021 que tal acuerdo político se cristalizó en una declaración final de los países integrantes de dicho Marco Inclusivo, definiendo el marco político multilateral sobre la solución para ambos pilares y proporcionando un calendario para su implementación. Esta declaración fue aceptada por 137 jurisdicciones del Marco Inclusivo. Posteriormente, el 20 de

diciembre de 2021, se publicaron las normas modelo de la OCDE relacionadas con el cumplimiento de la tributación global mínima (GloBE *rules* o normas modelo de la imposición global mínima) del Pilar 2, que han sido empleadas por la propia UE (Directiva 2022/2523/UE) y muchos otros países (entre ellos, Australia, Reino Unido, República de Corea y Suiza) para asegurar la tributación mínima de grupos multinacionales en consonancia con las GloBE.

La última parte de este capítulo contiene un conjunto de reflexiones preliminares sobre las implicaciones de este proceso de reforma fiscal global del Plan BEPS 1.0 y 2.0. En particular, la intensión es explicar cómo el Plan BEPS 1.0 y 2.0 está trayendo una transformación incremental del sistema de fiscalidad internacional que trasciende el marco impositivo aplicable a las grandes empresas multinacionales (MNE), al alterar el marco fiscal general de la imposición corporativa estableciendo nuevos principios y límites al ejercicio del poder tributario de los Estados.

2. LA PRIMERA FASE DEL PLAN BEPS 1.0 DE LA OCDE Y EL G20 (2015) Y SU IMPACTO SOBRE EL SISTEMA DE FISCALIDAD INTERNACIONAL Y LAS POLÍTICAS FISCALES NACIONALES

2.1. El impacto del Plan BEPS 1.0 (2015) sobre el sistema de fiscalidad internacional: repercusión sobre el marco regulatorio y el contenido de los CDI

Tal y como se indicó al principio, la coordinación fiscal multilateral articulada a través del Plan BEPS 1.0 (2015) ha comenzado a transformar el sistema de la fiscalidad internacional, de suerte que las principales consecuencias derivadas de esta coordinación fiscal multilateral tratarían de evitar un dislocamiento estructural del sistema pre-BEPS y la articulación de nuevos estándares menos permisivos con determinadas fórmulas de planificación fiscal agresiva.

Así, en primer lugar, cabe señalar cómo el Plan BEPS 1.0 instaura nuevas dinámicas globales de coordinación fiscal y de cooperación entre administraciones tributarias frente a los esquemas de planificación fiscal agresiva (ATP) que desarrollaron en el pasado algunas MNE, explotando las lagunas del sistema y las oportunidades que brindaban las distintas jurisdicciones en competencia fiscal abierta y prácticamente ilimitada.

En este sentido, cabría destacar cómo el Plan BEPS 1.0 habría traído consigo lo siguiente:

1. Una mayor coordinación de las políticas fiscales nacionales y de la interacción entre los distintos ordenamientos tributarios con el fin de "restaurar" el sistema, y no tanto para "eliminar la doble imposición".

2. Una competencia fiscal más transparente y una cooperación fiscal más estandarizada.

3. El estrechamiento del campo de juego de la ATP y del *international tax planning*.

Sin embargo, el Plan BEPS no ha traído una coordinación entre los sistemas hasta el punto de eliminar completamente los casos de doble no imposición. Este objetivo solo se persigue cuando la doble no imposición pueda considerarse como abusiva (vid. el artículo 29 del MC OCDE y el MC ONU o la Acción 2 del Plan BEPS y las disposiciones concordantes de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las

Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios [MLI] o del MC OCDE y el MC ONU, fundamentalmente el artículo 23A y B).

Los nuevos "estándares fiscales internacionales" derivados del Plan BEPS 1.0 (los 15 informes derivados del Plan de acción de 2015) no son uniformes (consisten en "estándares mínimos", "recomendaciones" y "buenas prácticas"), y su impacto sobre la normativa nacional y los CDI es muy heterogéneo (vid. la sección 3 de este capítulo del Manual).

Por tanto, si bien el Plan BEPS reconfigura el panorama fiscal internacional, la implementación de los nuevos estándares fiscales se erige como la pieza crítica para la cristalización de la "metamorfosis" del sistema fiscal internacional que se pretende instrumentar de forma progresiva. Esta implementación de las medidas del Plan BEPS 1.0 ha sido muy desigual y de baja intensidad en países en desarrollo,[404] y sus efectos todavía no se han desplegado con total claridad.

En segundo lugar, debe ponerse de relieve cómo el Plan BEPS 1.0 ha traído consigo una cierta transformación de la denominada "gobernanza fiscal internacional", tradicionalmente "controlada" por la OCDE como *tax standards setter,* de manera que se reclama una evolución hacia una "gobernanza más inclusiva y global" llamada a integrar los enfoques de países no miembros de la OCDE (jurisdicciones emergentes y países en desarrollo) y otras organizaciones internacionales e instituciones de cooperación intergubernamental (entre ellas, G20, Naciones Unidas, Fondo Monetario Internacional [FMI], UE, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo [BID], Foro de Administración Tributaria de África [ATAF], Centro Interamericano de Administraciones Tributarias [CIAT], Centro de Encuentro y Estudios de Dirigentes de las Administraciones Fiscales [CREDAF], Asociación de Administraciones Tributarias de la *Commonwealth* [CATA]).[405]

2.2. El impacto del Plan BEPS 1.0 sobre las políticas fiscales nacionales (marco sobre el que operan los CDI)

El Plan BEPS 1.0, a pesar de articular una coordinación multilateral de baja intensidad en muchos aspectos, impacta, o cuando menos condiciona, las políticas fiscales nacionales. Por un lado, los nuevos estándares fiscales redefinen el marco de la competencia fiscal entre los distintos países. Es verdad que, en gran medida, el Plan BEPS constituye una continuación del informe de la OCDE sobre competencia fiscal perniciosa (*Harmful Tax Competition* [1998]). No obstante, el impacto del Plan

404 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Developing Countries and the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS,* París: OCDE; 2021 y OCDE, G*20/OECD Roadmap on Developing Countries and International Taxation,* París: OCDE; 2023.

405 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *BEPS: FAQs, Who participates in the Inclusive Framework on BEPS and what does the participation entail?,* París: OCDE; 2022.

BEPS sobre la competencia fiscal entre los Estados supera claramente los modestos resultados derivados del citado informe. Esto se verifica al considerar la siguiente serie de dimensiones derivadas del Plan BEPS 1.0: (1) la introducción de limitaciones sobre los esquemas de planificación fiscal agresiva a través de la eliminación de "lagunas del sistema"; (2) la articulación de limitaciones sobre la configuración y la aplicación de determinados regímenes preferenciales creados por las distintas jurisdicciones; (3) la redefinición de estándares fiscales "abiertos", acotándolos para cercenar el unilateralismo fiscal; (4) la articulación de medidas de transparencia fiscal (administrativas y empresariales), y (5) la instrumentación de un nuevo marco de cooperación entre las administraciones tributarias.

Por otro lado, la "condicionalidad fiscal" que resulta del Plan BEPS 1.0 en relación con las políticas nacionales deriva del establecimiento de nuevos estándares y de la reconfiguración de los estándares fiscales pre-BEPS (*transfer pricing*). El Plan BEPS 1.0 implicó la necesidad de articular modificaciones en la legislación local e internacional, que se proyectan sobre situaciones internas y transfronterizas. De esta manera, el Plan BEPS 1.0 determinó un cambio de las prácticas administrativas, particularmente en relación con la configuración y la práctica de *tax rulings* y acuerdos previos de valoración de precios de transferencia (APA), el intercambio automático de informes fiscales país por país, la realización de inspecciones simultáneas, y el desarrollo, aunque todavía insuficiente, de la regulación de los procedimientos internacionales de resolución de controversias a efectos de mejorar su efectividad (procedimientos amistosos [PA] y arbitrales). En cierta medida podría decirse que el Plan BEPS 1.0 instaura una nueva cultura administrativa post-BEPS.

Nótese, por ejemplo, que en un contexto post-BEPS las administraciones tributarias deben desarrollar enfoques de inspección que resulten "sostenibles" en el marco de procedimientos internacionales de resolución de controversias previstos en los CDI (PA y de arbitraje tributario) y asumir el desafío de un nuevo contexto donde está creciendo exponencialmente el inventario de PA, controversias internacionales y APA (bilaterales o multilaterales).

El Plan BEPS 1.0 también afectó a la gestión administrativa de la cooperación y la globalización fiscal. En este sentido, el nuevo marco de cooperación fiscal puede terminar impactando progresivamente sobre el modelo de control fiscal articulado por las distintas administraciones tributarias, provocando que evolucione hacia un modelo basado en herramientas de análisis y gestión de riesgos fiscales, que resultará cada vez más contemporáneo y global (análisis cadenas de valor, información local e internacional), y contemplará enfoques bilaterales o multilaterales de precios de transferencia que permiten un análisis más holístico y transparente del modelo de planificación fiscal de las MNE.

3. LA IMPLEMENTACIÓN EFECTIVA DEL PLAN BEPS 1.0 Y LA COORDINACIÓN MULTILATERAL: LA RELEVANCIA DEL MC OCDE 2017 Y, EN ESPECIAL, DE LA MLI, COMO INSTRUMENTOS MULTILATERALES PARA MODIFICAR LA RED GLOBAL DE CDI Y ADAPTARLA A LOS ESTÁNDARES BEPS 1.0

3.1. Marco de coordinación fiscal y mecanismos de implementación de las medidas derivadas del Plan BEPS 1.0

El impacto del Plan BEPS 1.0 sobre el sistema fiscal internacional, las políticas internas y el modelo de control fiscal está condicionado por su implementación efectiva, que resulta poco uniforme y heterogénea a escala internacional. Esto podría revelar un consenso débil y de coordinación fiscal de baja intensidad, que exterioriza una nueva geopolítica global con menor preponderancia de la OCDE y más inclusiva respecto de los países no miembros de la OCDE.

Como ya se comentó, el Plan BEPS 1.0, en términos de *soft-law*, derivó de los 15 informes finales referidos a las 15 Acciones del Plan BEPS publicados en octubre de 2015, en el siguiente sentido:

» **Estándares mínimos:**

Vinculados con determinados elementos de las Acciones 5 (prácticas fiscales perniciosas); 6 (abuso de convenios de doble imposición); 13 (Informes Fiscales País por País [CbCR]), y 14 (determinadas medidas para mejorar efectividad de los PA de los CDI).

» **Recomendaciones:**

Acciones 2 (medidas antihíbridos con cierto impacto sobre los CDI); 4 (limitación de la deducibilidad de intereses); 7 (elusión artificial del estatus del establecimiento permanente [EP] en la sede del CDI), y 8 a 10 (precios de transferencia y creación de valor, también con impacto sobre los CDI). Las Acciones 8 a 10 del Plan BEPS 1.0, terminaron operando como estándar global de *soft-law* con vocación de *hard-law* por efecto de los artículos 9 y 25 de los CDI, en combinación con la conexión que existe entre la legislación interna y las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias* (2022).

» **Buenas prácticas:**

Acciones 12 (mecanismos de revelación de esquemas de planificación fiscal agresiva); 3 (régimen de transparencia fiscal internacional), y 14 (procedimiento de arbitraje fiscal a los efectos de los CDI).

Con respecto a las áreas prioritarias de implementación de las medidas del Plan BEPS para los distintos países, cabría identificar una percepción general sobre las acciones predominantes para los Estados en un contexto post-BEPS 1.0:

1.er nivel: los estándares mínimos de las Acciones 5, 6, 13, y 14 (sometidos, además, a procedimientos de *peer-review*).

2.do nivel: las medidas antihíbridos y del régimen de transparencia fiscal internacional (TFI), la limitación de deducibilidad intereses (*earning stripping rules*) y las cláusulas frente a la elusión artificial del estatus del EP.

3.er nivel: medidas relacionadas con la transparencia de esquemas potencialmente abusivos (Acción 12 de mecanismos de ATP [*disclosure rules*], y con la fiscalidad de la economía digital, aunque para algunos países resultaba prioritario adoptar medidas interinas, como un *Digital Services Tax*). En este sentido, no puede dejar de destacarse cómo, tras el desarrollo de los estándares fiscales del Plan BEPS adoptados en 2015, la redefinición del marco fiscal aplicable a la economía digital (o digitalizada) pasó a ocupar un primer plano político, toda vez que ello constituía (y sigue integrando) una suerte de "caballo de Troya" que encierra la reconfiguración de la distribución del poder tributario entre los Estados mercado y fuente versus los Estados de residencia, a través de cambios significativos en las actuales reglas de "nexo fiscal" y *profit allocation*.[406]

En relación con los mecanismos para la implementación de las "medidas BEPS", lo cierto es que el propio Plan BEPS 1.0 contemplaba una combinación de vías de implementación nacionales, bilaterales y multilaterales.

En primer lugar, la puesta en práctica a través de medidas unilaterales pasaba por la modificación de la legislación interna como fórmula de "cumplimiento voluntario" de los nuevos estándares. Los diferentes países debían adoptar medidas unilaterales, esto es, establecer una regulación local para aplicar las Acciones 2 (medidas antihíbridos); 3 (medidas relativas a la transparencia fiscal internacional o al TFI);

406 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Tax Challenges Arising from Digitalisation–Interim Report 2018, Inclusive Framework on BEPS,* París: OCDE; 2018.

5 (medidas de reforma y de desmantelamiento de regímenes preferenciales e intercambio de consultas interpretativas previas o *rulings*); 12 (medidas de revelación de esquemas de planificación fiscal potencialmente abusivo o *disclosure rules*); 13 (medidas que establecen la regulación para la elaboración periódica de los CbCR y la nueva documentación de precios de transferencia: *master files* y *local files*), y 14 (medidas internas y convencionales para la mejora de la efectividad de los procedimientos transfronterizos de resolución de controversias fiscales previstos en los CDI).

En segundo lugar, el Plan BEPS 1.0 requería la utilización de medidas internacionales (bilaterales y multilaterales), en cierta medida por una combinación de las vías de *soft-law* y *hard-law*. Así, los CDI (nuevos convenios y protocolos adaptados al Plan BEPS 1.0), la MLI, el MC OCDE (adaptado a BEPS) y las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*, de 2017 y 2022 (alineadas con las Acciones 8 a10 del Plan BEPS), constituyeron instrumentos para la implementación efectiva de las Acciones 6 (abuso del CDI) y 7 (elusión artificial del estatus de EP). Otras Acciones del Plan BEPS que también tenían una dimensión bilateral son las Acciones 2 (medidas antihíbridos); 5 (mecanismos de intercambio espontáneo de consultas interpretativas previas o *tax rulings*); 8 a 10 (nueva regulación de precios de transferencia); 13 (mecanismo de intercambio automático de los informes país por país); y 14 (medidas de mejora de PA y de arbitraje tributario). Todas ellas requieren de la combinación de instrumentos normativos nacionales e internacionales.

El gran instrumento multilateral utilizado para implementar las medidas del Plan BEPS que se proyectan o afectan a la red global de CDI fue la MLI (vid. el apartado siguiente para más detalles).

En relación con la MLI, cabe destacar cómo la mayoría de los países firmantes (más de 100 a finales de 2023) han adoptado una posición "minimalista", en el sentido de que han tomado posiciones nacionales dirigidas a implementar únicamente los estándares mínimos (Acciones 6 y 14), aunque algunos países prefieren utilizar la vía bilateral, esto es, concluir nuevos CDI o protocolos, aparte de los ya existentes, para implementar convencionalmente otras medidas del Plan BEPS (como las referidas a los EP y las medidas antihíbridos).

Ciertamente, el hecho de que la MLI haya tenido un éxito limitado a la hora de implementar a nivel convencional los "estándares fiscales" del Plan BEPS 1.0, utilizando este "mecanismo multilateral" para actualizar la red mundial de los CDI al marco de principios *soft-law* del Plan BEPS, no significa que la MLI carezca de relevancia práctica, ni que la implementación de dichos estándares fiscales derivados del Plan BEPS 1.0 haya terminado con resultados poco relevantes. Esto si se considera, en primer lugar, que la práctica fiscal internacional revela que la adaptación de las redes nacionales de los CDI a nuevos estándares fiscales es lenta, progresiva y heterogénea. En este sentido, cabe pensar que la MLI posee relevancia como "pieza

estructural" del sistema tributario internacional, y en tal sentido no puede ignorarse (por más que puedan conseguirse resultados similares, e incluso mejores, a través de la negociación de nuevos CDI y protocolos que modifican convenios preexistentes) que esta otra vía de adaptación de los CDI a los "estándares fiscales BEPS" resulta más flexible a los efectos de la negociación de estos convenios. En segundo lugar, no puede perderse de vista el potencial de coordinación fiscal que resulta de la utilización del *soft-law* de la OCDE, representado por el MC OCDE adaptado a BEPS, al constituir el principal MC que se emplea a nivel internacional por los distintos países (sobre el que también se basa el MC ONU), por no mencionar su relevancia práctica a partir del efecto interpretativo dinámico de los CDI.

En tercer lugar, el Plan BEPS requiere de un mecanismo global que sirva de instrumento de supervisión de la implementación efectiva y uniforme de los estándares mínimos adoptados por parte de los distintos países: el denominado Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE y el G20. Se trata de un nuevo mecanismo de gobernanza fiscal global e inclusivo en el que participan más de cien jurisdicciones de distintas áreas regionales. El mecanismo se basa en peer reviews de todas las jurisdicciones en igualdad de condiciones y aprobación por consenso (*consensus minus one*), para evitar el bloqueo por un país. También realiza funciones de apoyo a la puesta en práctica del Plan BEPS, como la elaboración de guías y *toolkits*, el seguimiento y desarrollo de los trabajos en materia de fiscalidad de la economía digital y de los análisis de los impactos económicos de las medidas del Plan BEPS.

3.2. Un apunte sobre la MLI y su potencial impacto sobre los CDI

3.2.1. Significado de la MLI

Como se sabe, la MLI forma parte de la Acción 15 del Plan BEPS de la OCDE y el G20. Debe destacarse la relevancia de la MLI, que constituye un instrumento multilateral con un potencial impacto sobre la red global de CDI de los países firmantes que carece de precedentes, y que puede llegar a modificar en torno a 1.300 convenios de doble imposición bilaterales en un período muy corto. La MLI se abrió a la firma el 7 de junio de 2017, y el 11 de enero de 2024 había sido firmada por 102 jurisdicciones.

La MLI entró en vigor en 2021, y resulta de aplicación a nivel internacional en el sentido de que "modifica" la aplicación de un buen número de CDI seleccionados por los propios países que habrían ratificado esta convención multilateral. Ahora bien, el hecho de que la MLI se esté incorporando al sistema fiscal internacional rápidamente, no significa que su impacto sea uniforme o de igual intensidad en todo el mundo.

Las diferentes posiciones finales (en particular, las reservas) adoptadas por los distintos países expresan su política fiscal nacional y evidencian un significativo nivel de disonancias entre los países, en el sentido de que la tensión fuente-residencia

sigue presente en un contexto post-BEPS. Incluso los países que han impulsado el Plan BEPS de la OCDE y el G20 han adoptado posiciones de mínima, de manera que las cláusulas relacionadas con el EP o los híbridos han tenido una fría acogida por parte de la mayoría de los países. A este respecto, estudios basados en la tipología de los países firmantes de la MLI revelan que su mayor impacto se producirá en los países de alta tributación, en tanto que los países en desarrollo y menos avanzados económicamente aparecen como no muy interesados en esta iniciativa de coordinación fiscal global.

Por tanto, la MLI no constituye un instrumento internacional de *soft-law* constitutivo, sino que su naturaleza es la de un tratado multilateral, y está concebida para servir de instrumento de actualización de la red global de CDI, de manera que esta red resulte alineada con los nuevos estándares fiscales derivados del Plan BEPS de forma eficaz y uniforme.

Nótese que, como ya se ha señalado, la MLI no constituye el único instrumento internacional a través del cual se implementan las Acciones del Plan BEPS que impactan sobre los CDI, de suerte que los diferentes países también están utilizando otros medios, como la negociación de protocolos y la firma de nuevos CDI adaptados a los estándares fiscales internacionales del Plan BEPS. Estas otras fórmulas bilaterales de adaptación de la red de los CDI al Plan BEPS pueden permitir una mayor integración de las modificaciones resultantes del Plan BEPS con la política fiscal nacional en materia de convenios, así como facilitar que dicha adaptación se lleve a cabo sin alterar el equilibrio interno del CDI concluido a partir de una valoración global de su contenido.

Tampoco puede perderse de vista cómo el MC OCDE (2017) y el MC ONU (2017 y 2021) también han actualizado su clausulado según los estándares BEPS. No obstante, no puede dejar de destacarse que la actualización de 2017 del MC OCDE no se limita a incorporar los estándares BEPS ni estos se integran de forma completa. Por ejemplo, el artículo 14 de la MLI, referido a la fragmentación de contratos en relación con la elusión del EP, no se incluye en el artículo 5.3 del MC OCDE, sino que aparece como cláusula opcional en los Comentarios a tal precepto (párrafo 52). Lo mismo ocurre con el artículo 13 de la MLI, que contiene dos opciones para reformar las exenciones de actividades específicas de la cláusula del artículo 5.4 del MC OCDE, de manera que solo la opción A queda reflejada en la revisión del artículo 5.4 del MC OCDE, y la opción B queda como una alternativa que se recoge en los Comentarios (párrafo 78).

Lógicamente, todos los CDI que se negocien siguiendo estos MC post-BEPS tenderán hacia un mayor alineamiento con los nuevos estándares fiscales internacionales, lo cual constituye otra vía de implementación de BEPS. De esta forma, los países no firmantes de la MLI pueden verse igualmente afectados por los estándares de BEPS relacionados con los CDI.

3.2.2. Aspectos básicos de la MLI (2016)

Características y elementos esenciales de la MLI

Las principales características de la MLI podrían resumirse del siguiente modo:

- Se trata del texto consensuado por los 100 países que participaron del foro global para la implementación efectiva de BEPS, particularmente, de los estándares mínimos (Acciones 5, 6, 13 y 14 del Plan BEPS).[407]

- La MLI (en su versión original, publicada por la OCDE en 2016) no constituía un tratado internacional en vigor o que desplegara efectos jurídicos, ni siquiera un instrumento de *soft-law* con efectos interpretativos respecto de la legislación interna o los CDI vigentes, aunque es evidente que codificaba las tendencias internacionales en materia de políticas de tratados fiscales internacionales.

- La MLI constituye un "tratado de tratados" a través del que se pretende actualizar la red global de CDI de los países comprometidos con la implementación efectiva del Plan BEPS (aproximadamente 1.300 CDI), una vez que tales países ratifiquen a nivel interno la MLI. El ámbito de aplicación de la MLI resulta definido por los países firmantes, pero está concebida únicamente para actualizar la red de los CDI de los distintos países, en la medida en que estos se encuentren alineados con el MC OCDE (y, eventualmente, con el MC ONU), pero no con otro tipo de convenios fiscales como, el Pacto Andino u otros tratados con cláusulas fiscales (acuerdos de protección de inversiones, el Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá [T-MEC, 2020], etc.).

- La MLI está concebida para "modificar" (en sentido impropio) los CDI entre dos o más partes de esta convención multilateral (artículos 1 y 2 de la MLI), pero no está pensada para que opere como un protocolo de modificación de un CDI. La MLI se aplicará de forma paralela a los CDI existentes, variando su aplicación con el objeto de implementar medidas convencionales del Plan BEPS.[408] Como

407 Vid. OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), nota de la Dirección de Asuntos Legales, *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS: Functioning under Public International Law,* 2017, en particular el epígrafe C: *Development of the MLI by an International Conference.*

408 Vid. OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), nota de la Dirección de Asuntos Legales, *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS: Functioning under Public International Law,* 2017, en particular el epígrafe E: *Modification of Bilateral Tax Treaties by a Subsequent Multilateral Treaty.* Se indica que la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI) sigue el principio general de prevalencia de que la última norma aprobada en el tiempo prevalece sobre la precedente o anterior en el tiempo acerca de la misma materia, que se incluye en el artículo 30.3 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), del 23 de mayo de 1969, y refleja la costumbre internacional.

resultado, mientras que a efectos internos algunas partes contratantes podrían desarrollar versiones consolidadas o sintéticas de sus CDI cubiertos por la MLI (Covered Tax Agreements [CTA] o acuerdos comprendidos por la MLI), tal como quedan modificados por la MLI, ello no constituye un prerrequisito para la aplicación de la convención multilateral. De hecho, los Estados contratantes de un CTA (y partes de la MLI) pueden acordar modificaciones *a posteriori* de sus CTA y desviarse de lo establecido en la MLI.[409]

» La MLI no es un CDI completo, ni actualizará el conjunto de disposiciones de los CDI, sino solo aquellas referidas a las Acciones 2 (híbridos); 6 (abuso del CDI); 7 (elusión artificial del estatus del EP), y 14 (mejora de los mecanismos de resolución de controversias fiscales internacionales: los PA y arbitraje). La MLI, por tanto, abarca un contenido triple: estándares mínimos (determinados aspectos de las Acciones 6 y 14), recomendaciones (medidas antihíbridos de la Acción 2 y ciertas recomendaciones de la Acción 14), y medidas con respecto a las que no hay consenso internacional (arbitraje).

Contenido de la MLI: su impacto relativo sobre la red de los CDI

La MLI pretende, como ya se ha indicado, adaptar el contenido de la red global de CDI a los "nuevos estándares fiscales post-BEPS", a efectos de que resulte menos expuesta o más resiliente a esquemas de ATP que han sido detectados en el marco del Plan BEPS. La forma en que se desarrolla la adopción en el MC OCDE y el MC ONU 2017 y 2021 ya ha sido objeto de comentario en los capítulos anteriores.

El clausulado de la MLI refleja cómo instrumenta las distintas acciones del Plan BEPS que poseen impacto sobre los CDI, a saber:

» **Acción 2 del Plan BEPS (mecanismos antihíbridos):**

- Entidades transparentes (artículo 3 de la MLI).

- Aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición en relación con asimetrías híbridas (artículo 5 de la MLI).

409 Vid. OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Explanatory Statement to the MLI,* párrafo 13, París: OCDE; 2016, y la nota de la Dirección de Asuntos Legales de la OCDE, *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS: Functioning under Public International Law,* 2017, epígrafe E: *Modification of Bilateral Tax Treaties by a Subsequent Multilateral Treaty,* párrafos 17 y 18.

» **Acción 6 del Plan BEPS (medidas antiabuso):**

- Entidades con doble residencia (artículo 4 de la MLI).
- Objeto o propósito de un CDI (artículo 6 de la MLI).
- Impedimento del abuso de los convenios: cláusulas de limitación de beneficios y de propósito principal fiscal (artículo 7 de la MLI).
- Disposiciones sobre transferencia del pago de dividendos (artículo 8 de la MLI).
- Ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones de entidades con subyacente inmobiliario principal (artículo 9 de la MLI).
- Cláusula antiabuso frente a estructuras triangulares de EP (artículo 10 de la MLI).
- Aplicación de un CDI para restringir el derecho de un Estado a gravar a sus propios residentes (artículo 11 de la MLI).

» **Acción 7 del Plan BEPS (elusión artificial del estatus del EP):**

- Acuerdos de comisión o estructuras comisionistas y estrategias similares (artículo 12 de la MLI).
- Exenciones de actividades preparatorias y auxiliares (artículo 13 de la MLI).
- Fragmentación de contratos (artículo 14 de la MLI).
- Definición de persona estrechamente vinculada a la empresa (artículo 15 de la MLI).

» **Acción 14 del Plan BEPS (mejorar la resolución de conflictos):**

- PA (artículo 16 de la MLI).
- Ajustes correlativos (artículo 17 de la MLI).
- Arbitraje (artículos 18 al 26 de la MLI).

Esta convención multilateral contiene otra serie de cláusulas referidas a su funcionamiento e interacción con los CDI sobre los que se proyecta (CTA), a saber:

» **Cláusula/s de compatibilidad:**

- Estas cláusulas aparecen en las distintas disposiciones materiales de la MLI y definen la relación entre esta y los CTA. En caso de conflicto entre ambas, se articulan reglas de compatibilidad que pueden determinar la disposición del CDI que pretende sustituir, o detallar el efecto que poseen en los CDI que no contienen tal disposición de la MLI.

» **Reservas y notificaciones:**

- Integran mecanismos de flexibilidad convencional derivados de la necesidad de acomodar las distintas posiciones de política fiscal de los diferentes países y jurisdicciones firmantes de la MLI, a los efectos de implementar las medidas convencionales del Plan BEPS. A través de las reservas y las notificaciones, las AC de los distintos países adoptan una serie de posiciones esenciales sobre los potenciales efectos de la MLI sobre su red de CDI, desde definir qué convenios estarán afectados (CTA) hasta elegir entre las distintas opciones para cumplir el estándar mínimo (cláusula de limitación de beneficios [LOB] la cláusula de propósito fiscal principal [PPT]), o bien no aplicar determinadas cláusulas de la MLI. Las reservas y las notificaciones también sirven para adoptar posiciones de *opting out* de determinadas resoluciones o partes de la MLI con respecto a CDI que ya contienen una disposición similar (o no), o bien elegir una opción entre las distintas que presenta la MLI en relación con una medida implementada por una Acción del Plan BEPS. Como regla, una cláusula de un CDI bilateral concluido entre dos Estados solo queda modificada por la MLI cuando los dos países notifican una posición simétrica (*matching position*), aunque existe alguna cláusula donde tal simetría no es necesaria, en la medida en que así lo establece la MLI (vid. el artículo 5.1 de la MLI en relación con los métodos para eliminar la doble imposición), sin perjuicio de prever la posibilidad de bloqueo de la situación asimétrica que puede distorsionar el equilibrio interno de un CDI (artículos 5.8 y 9 de la MLI). Otro supuesto donde la MLI permite la asimetría se relaciona con la cláusula de limitación de beneficios simplificada.

- Cada país firmante puede optar por diferentes alternativas en relación con cada una de las cláusulas, incluso rechazar su aplicación o introducir reservas en algunos casos, aunque la negativa a aplicar una cláusula que

representе un estándar mínimo (Acciones 6 y 14 del Plan BEPS) es muy limitada, en tanto que las cláusulas que no representan estándares mínimos (híbridos y EP) pueden obviarse. La MLI, a través de las reservas y distintas alternativas referidas a las cláusulas que contiene, ha tratado de alcanzar un equilibrio entre la necesidad de articular un instrumento muy flexible, en el que tengan cabida las diferentes políticas, culturas, sistemas legales y fiscales de las distintas jurisdicciones, de manera que pueda ser firmada por un amplio grupo de países, y el objetivo esencial de actualizar la red global de CDI y dar un salto adelante en relación con la prevención de esquemas BEPS.

» **Entrada en vigor y eficacia de sus disposiciones (artículos 34 y 35 de la MLI):**

La MLI distingue su entrada en vigor (artículo 34) y la eficacia de sus disposiciones en relación con los CTA o "acuerdos fiscales comprendidos en la MLI" por parte de cada jurisdicción firmante (artículo 35).

- Para que la MLI despliegue efectos se requiere: (1) su firma por cada país; (2) su ratificación por cada parlamento nacional; (3) su entrada en vigor y el cumplimiento del plazo de eficacia de sus disposiciones (retroactivas y prospectivas).[410]

- El instrumento de ratificación, aceptación o aprobación debe depositarse en la OCDE, y este es el acto que marca la entrada en vigor de la MLI. La MLI establece cláusulas que pasan a ser aplicables el primer día del mes siguiente a la expiración del período de tres meses naturales que comience en la fecha de depósito del quinto instrumento de ratificación, aceptación

410 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), nota del Directorio de Asuntos Legales, *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS: Functioning under Public International Law*, epígrafe G: *Ratification and Domestic Implementation*, París: OCDE; 2017. La OCDE indica que los procedimientos de ratificación internos varían de un país a otro, aunque para la mayoría de los países la aprobación parlamentaria se referirá a la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI) y a las posiciones nacionales adoptadas por el país de que se trate (lista de *Covered Tax Agreements* [CTA], reservas y notificaciones). Este es el enfoque estandarizado para los convenios multilaterales que permanecen abiertas a la firma en el futuro, de manera que el gobierno no conoce en el momento de la ratificación nacional qué otros países terminarán siendo parte de la convención y qué posiciones adoptarán en relación con esta. Ello es parte inherente del diseño de la MLI: hay una "oferta abierta" de cada jurisdicción respecto de los países de su lista (CTA) para modificar bilateralmente sus convenios de doble imposición (CDI) en línea con su posición fijada con respecto a la MLI. Se destaca igualmente que, al margen de la posición que adopten otros países firmantes respecto de la MLI, las modificaciones de la aplicación de la red bilateral de CDI de un país no podrán ir más allá de las fronteras derivadas del propio consentimiento dado por el país de acuerdo con su *MLI position* y con las consecuencias derivadas en las correspondientes disposiciones de la MLI. El artículo 28.3 de la MLI establece el principio del artículo 21 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), que, a menos que se establezca otra cosa, una reserva realizada por una parte del convenio aplica simétricamente y modifica la cláusula de la MLI en la misma medida para ambas partes (la jurisdicción que formula la reserva y la otra parte).

o aprobación. De esta forma, si al menos cinco jurisdicciones hubieran depositado sus instrumentos de ratificación antes del final de septiembre de 2017, la MLI hubiese entrado en vigor antes del 1 de enero de 2018. Como consecuencia, los CTA entre tales jurisdicciones se habrían modificado por la MLI con efectos a partir de la referida fecha en relación con las retenciones en la fuente cubiertas por estos convenios. Para las jurisdicciones que hubieran ratificado la MLI en octubre de 2017 o con posterioridad, los efectos de esta convención multilateral sobre los CTA de esos países no se hubiesen producido hasta el 1 de enero de 2019 o con posterioridad. Para los contribuyentes cuyo período impositivo coincida con el año natural, las disposiciones de la MLI generalmente desplegarán efectos en relación con impuestos devengados a partir de 1 de enero de 2019. No obstante, la MLI permite a los Estados contratantes diferir la fecha de eficacia de las disposiciones de determinados CTA (artículo 35.7 de la MLI).

- Para cada uno de los firmantes que ratifique, acepte o apruebe la MLI con posterioridad al depósito del quinto instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, la MLI entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del período de tres meses naturales que comience en la fecha de depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación por ese firmante. La regla general consiste en que los efectos de la MLI se van produciendo –por la modificación de la aplicación de los CDI-CTA de los distintos países firmantes– a medida que los Estados parte de un CDI-CTA y firmantes de la MLI la hayan ratificado y ésta haya entrado en vigor.

  Las disposiciones de la MLI producirán efecto respecto de cada jurisdicción contratante de un CDI cubierto por la MLI (artículo 35.1):

  - Respecto de los impuestos objeto de retención en la fuente sobre cantidades pagadas o debidas a no residentes, cuando el hecho imponible que da lugar a tales impuestos ocurre el primer día del año natural siguiente (o con posterioridad) que empieza en la última de las fechas (o después) en que la MLI entre en vigor para cada una de las jurisdicciones contratantes de un CTA.

  - Respecto de cualquier otro gravamen para los que se devenguen períodos impositivos que empiecen en o con posterioridad a la expiración de un lapso de seis meses naturales (o uno más corto, si todas las jurisdicciones contratantes notifican al depositario su intención de aplicarlo) desde la última de las fechas en las que la MLI entre en vigor

para cada una de las jurisdicciones contratantes de un CDI afectado por la MLI.

- La MLI se abrió a la firma a partir de 5 de junio de 2017 y, como ya se indicó más arriba, actualmente ha sido firmado por 102 jurisdicciones. Al haber sido ratificado por el correspondiente número de países, la MLI entró en vigor en 2021, y sus disposiciones han empezado a desplegar efectos jurídicos en relación con algunos de los CDI de los países que completaron dichos procedimientos (firma, ratificación y entrada en vigor).

- Las opciones y reservas que los diferentes países firmantes de la MLI han adoptado en el momento de la firma se convierten en vinculantes una vez se ha producido la ratificación (artículos 28.7. y 29.4. de la MLI). Hasta ese momento, tales posiciones pueden modificarse.411 Pero tras la ratificación, la flexibilidad en este punto remite. Una reserva puede ser retirada o reemplazada por otra más limitada (artículo 28.9. de la MLI), pero no pueden realizarse reservas nuevas (artículo 28.5. de la MLI). Igualmente, tras la ratificación, un Estado parte puede añadir CDI a su lista de CTA (artículo 29.5), o puede adoptar cláusulas opcionales complementarias (artículo 29.6), pero no puede retirar notificaciones realizadas en el momento de la ratificación.

- En relación con el procedimiento de ratificación y su conexión con el principio democrático, la OCDE destacó que los procedimientos de ratificación nacionales varían de un país a otro, aunque para la mayoría de los países la aprobación parlamentaria se referirá a la MLI y a las posiciones internas adoptadas por el país de que se trate (lista de CTA o acuerdos comprendidos por la MLI, reservas y notificaciones).[412] Este es el enfoque estandarizado para los convenios multilaterales que permanecen o están abiertos a la firma en el futuro, de manera que el gobierno no conoce en el momento de la ratificación nacional qué otros países terminarán siendo parte de tal acuerdo multilateral y qué posiciones adoptarán en relación con tal acuerdo.[413] Ello

411 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting,* párrafo 280, París: OCDE; 2016.

412 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), nota del Directorio de Asuntos Legales de la *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS: Functioning under Public International Law, epígrafe G: Ratification and Domestic Implementation*, París: OCDE; 2017.

413 La Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI) establece un sistema según el cual las posteriores adhesiones de nuevas jurisdicciones requieren que los Estados previamente firmantes amplíen la lista de sus convenios de doble imposición (CDI) y *Covered Tax Agreements* (CTA) comprendidos en el ámbito de aplicación de la MLI ratificada por ellos, si desean que los convenios firmados con los nuevos países firmantes de la MLI se vean afectados por este acuerdo multilateral. .

es parte inherente del diseño de la MLI: hay una "oferta abierta" de cada jurisdicción respecto de los países de su lista para modificar bilateralmente sus CDI en línea con su posición fijada con respecto a la MLI (CTA). Asimismo, se señala que, al margen de la posición que adopten otros países firmantes respecto de la MLI, las modificaciones de la aplicación de la red bilateral de CDI de un país no podrán ir más allá de las fronteras derivadas del propio consentimiento dado por el país y definido en su *MLI position*, y con las consecuencias derivadas en las correspondientes disposiciones de la MLI. El artículo 28.3 de la MLI establece el principio del artículo 21 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), que, a menos que se establezca otra cosa, una reserva realizada por una parte del convenio aplica simétricamente y modifica la cláusula de la MLI en la misma medida para ambas partes (la jurisdicción que formula la reserva y la otra parte). De esta forma, cada Estado, a la hora de proceder a ratificar la MLI puede debatir sobre los objetivos perseguidos por el convenio multilateral y las implicaciones que cada una de sus disposiciones posee desde una perspectiva que contemple los intereses nacionales, de manera que la decisión de ratificación y las *final MLI positions* pueden resultar diferentes a las adoptadas provisionalmente en el momento de la firma, considerando todas estas circunstancias, así como las posiciones adoptadas por los otros Estados parte de la MLI.

- Respecto de los procedimientos que deben llevarse a cabo para que la MLI despliegue efectos, la OCDE distingue la situación desde una perspectiva de derecho internacional público de la que se aborda desde el derecho interno.[414] La ratificación por parte de los dos Estados contratantes de un convenio es todo lo que se necesita desde el derecho internacional público para que la MLI modifique un CTA, de manera que, a partir de ese momento, la disposición del CTA afectada por la MLI será aquella modificada por esta, con independencia del sistema legal interno de los Estados contratantes. Desde la perspectiva del derecho interno, lo cierto es que los distintos países poseen sistemas diferentes para garantizar la aplicación de las modificaciones derivadas de la MLI sobre los CDI. En particular, se distingue entre sistemas "monistas" (el tratado internacional ratificado modifica las relaciones y los derechos y obligaciones a nivel interno) y sistemas "dualistas" (se requiere un instrumento normativo nacional que implemente el tratado y modifique las relaciones y los derechos y obligaciones que establece). En el caso de un sistema monista, la MLI modifica la aplicación

414 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), nota del Directorio de Asuntos Legales, *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS: Functioning under Public International Law, epígrafe G: Ratification and Domestic Implementation,* París: OCDE; 2017.

de los CDI, en tanto que en los sistemas dualistas se requiere un instrumento normativo nacional que vehicule las modificaciones derivadas de la MLI sobre los CDI. De esta forma, cuando la MLI ha modificado un CDI, la referencia a la regla aplicable en el derecho interno podrá ser, o bien el CDI tal y como ha quedado modificado por la MLI, o bien la legislación interna que transpone las modificaciones realizadas por la MLI al CDI de que se trate. En el último caso (sistema dualista) los distintos países pueden adoptar diferentes fórmulas; así, la legislación interna puede limitarse a reproducir las disposiciones relevantes de la MLI con el objeto de que produzcan efectos a nivel interno modificando los CDI (las leyes internas que los hubieran transpuesto); en otros casos, la normativa interna de transposición de la MLI podría "consolidar" en un solo texto normativo las disposiciones del CDI y las modificaciones realizadas por la MLI, de manera que el Estado puede verificar con el otro Estado contratante el correcto entendimiento de la modificación del CDI aceptada a través de la MLI. No obstante, este texto consolidado (MLI-CDI) no constituye un CDI modificado (que conforma un instrumento legal que requiera ratificación por los dos Estados parte), sino únicamente un método para dar efecto a nivel nacional a los cambios específicos mutuamente consentidos entre los Estados contratantes. La OCDE clarifica que dos Estados contratantes pueden tener sistemas legales heterogéneos para dar efectos a los tratados internacionales, sin que ello plantee problema alguno. Asimismo, la OCDE pone de manifiesto cómo el modelo de "consolidación" solo constituye un requisito legal en una serie de países (normalmente dualistas), de manera que aquellos otros que deseen elaborar "textos consolidados" (MLI-CDI) por razones de política fiscal (claridad y calidad regulatoria, transparencia, seguridad jurídica) pueden hacerlo. Pero también advierte que dichos textos consolidados no constituirán los instrumentos legalmente aplicables entre los Estados contratantes a nivel internacional (que seguirán siendo el CDI y la MLI), aunque, en algunos casos, podrían ser calificados como acuerdos alcanzados en el PA. En todos aquellos casos donde los textos consolidados se elaboran por razones de política fiscal (seguridad jurídica, etc.), no existe una fecha específica para su desarrollo o publicación, de manera que podrían hacerse públicos después de la ratificación de la MLI, cuando estarán disponibles las posiciones finales de los dos Estados contratantes.

- La MLI también contempla la denuncia por parte de un firmante, que puede tener lugar antes o después que la convención entre en vigor o sea ratificada. El artículo 37 de la MLI recoge una cláusula que preserva los efectos de la MLI sobre los CDI-CTA respecto a los que hubiera implementado con

anterioridad al momento en que la notificación de denuncia haya sido recibida por el depositario. Es decir, la denuncia solo tiene efectos prospectivos para el Estado denunciante y no afecta la modificación derivada de la entrada en vigor de la MLI en relación con los CDI cubiertos, de manera que tales modificaciones permanecerán vigentes entre las partes en tanto dichos CDI no fueran objeto de una modificación posterior (artículo 30 de la MLI), en línea con lo previsto en los artículos 39 y 70.1. letra b) de la CVTD.[415]

Cabe enfatizar cómo la MLI no articula un *regulatory framework*, en el sentido de que no condiciona posteriores modificaciones de los CDI comprendidos en su ámbito de aplicación por parte de los Estados contratantes (artículo 30 de la MLI). La MLI no supone un compromiso que restrinja la futura política fiscal de los Estados contratantes, dado que no se ha alcanzado tal nivel de consenso fiscal internacional. No obstante, no puede dejar de señalarse la relevancia y las implicaciones asociadas a los estándares mínimos del Plan BEPS con respecto a la política fiscal de los países firmantes de la MLI, en el sentido de que se vulneraría el espíritu y finalidad de la MLI si un Estado firmante y comprometido con la implementación efectiva de los estándares mínimos del Plan BEPS renegociara sus CDI con otros países de forma no compatible con dichos estándares. De esta forma, no puede menos que reconocerse el impacto de la MLI, que condiciona ciertos aspectos de la política fiscal convencional de los Estados firmantes que hayan expresado su compromiso con el cumplimiento de los estándares mínimos del Plan BEPS.

3.3. Algunos apuntes finales sobre las implicaciones de la MLI sobre el sistema de fiscalidad internacional y la red de CDI

La MLI pretendía un cambio de paradigma fiscal que cristalizara de forma efectiva a través de un instrumento multilateral la vocación de modificar el marco fiscal global representado por la red mundial de CDI.

Ciertamente, la MLI estaba llamada a producir una "metamorfosis del sistema de tributación internacional" por medio de la incorporación de modificaciones dotadas de consistencia y coherencia respecto de ciertas Acciones del Plan BEPS que trataban de cerrar algunos de los más patentes vacíos, asimetrías y disfuncionalidades del sistema. Sin embargo, no se puede desconocer que las medidas fueron

415 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, párrafos 352-354, París: OCDE; 2016.

acordadas bajo un consenso internacional mínimo y muy incipiente, que en sí mismo debilitaba su cristalización como auténticos estándares internacionales.

En este sentido, el impacto la MLI sobre el marco de fiscalidad internacional nacional y global resulta altamente dependiente del número de países firmantes y de las distintas posiciones fijadas por los distintos países, de suerte que cabe anticipar un sistema de geometría fiscal variable que forma parte del mundo fiscal en transición post-BEPS.

Por ejemplo, con carácter general, los países de América Latina y el Caribe (ALC) han adoptado una posición expansiva de las cláusulas antiabuso convencionales que plantea la MLI, ampliando el ámbito de la imposición en la fuente (EP, ganancias patrimoniales, dividendos) y limitando el acceso a sus CDI a entidades intermedias dotadas de bajo o débil nivel de sustancia, de manera que tales medidas convencionales se complementan con normativa interna antierosión de bases imponibles (limitación de la deducibilidad de intereses y cánones intragrupo).

Por otra parte, determinadas estructuras de planificación siguen siendo válidas en un contexto post-BEPS debido a que las Acciones del Plan BEPS no cerraron todas las opciones, los países relevantes no han firmado la MLI (Estados Unidos y Brasil), y un cierto número de jurisdicciones han adoptado opciones muy diferentes de forma no consistente y siguen existiendo "agujeros" o loopholes derivados de la combinación de dichas diferentes posiciones fiscales en la MLI y su interacción con la legislación interna de los distintos países. A este respecto, cabría destacar cómo la selección que cada país ha realizado de sus CTA resulta muy dispar y refleja distintos enfoques estratégicos y de política fiscal. A su vez, los distintos enfoques de política fiscal en la implementación de las medidas convencionales del Plan BEPS se reflejan en las reservas y las opciones adoptadas por los diferentes países, de manera que la primera ceremonia de firma de la MLI por parte de 70 países reveló un alto nivel de disonancia entre las distintas jurisdicciones en relación con las disposiciones de la MLI que encarnan el *hard-law* (las que desarrollan las Acciones 2 [híbridos] y 7 [EP]), y mayor consenso en torno a estándares mínimos más blandos (la PPT de la Acción 6 del Plan BEPS y el PA de la Acción 14), todo lo cual revela que la competencia fiscal sigue formando parte del sistema de fiscalidad internacional post-BEPS.

Asimismo, no puede perderse de vista que la propia firma de la MLI constituye en sí misma una decisión de política fiscal. Así, desde la perspectiva de ALC se ha puesto de relieve cómo algunos países de la región miembros de la OCDE (México o Chile) han firmado la MLI con el objeto de adoptar una posición consistente con los estándares fiscales internacionales desarrollados por la organización internacional de la que forman parte, en tanto que otros países (Colombia, Costa Rica y Argentina) firmaron la MLI para facilitar su acceso a la OCDE, evidenciando alineamiento con tales estándares. El caso de Uruguay y Panamá (o incluso el de Perú, hoy también candidato al ingreso a la OCDE) presentaría matices, pero la firma de la MLI revela

un interés por mostrar a nivel internacional una posición coherente con los nuevos estándares fiscales desarrollados por la OCDE. El caso de Brasil es singular, ya que todo indica que desea preservar un mayor ámbito de autonomía no firmando la MLI, limitándose a cumplir con los estándares mínimos del Plan BEPS a través de fórmulas bilaterales más flexibles. La posición de otros países de ALC que no poseen una política fiscal en materia de CDI muy desarrollada (como República Dominicana, Guatemala y Paraguay) no resulta clara, aunque cabe esperar que por vía de convenios bilaterales adopten posiciones consistentes con la MLI. Por su parte, Venezuela o Ecuador parecen haber adoptado una posición de distanciamiento de esta iniciativa multilateral.

Otro punto que se ha destacado es que la MLI y el Plan BEPS en general no garantizan la simetría fiscal internacional, ya que permiten que los distintos países adopten posiciones dispares en relación con la implementación de los estándares y lleven a cabo la actualización de su marco fiscal nacional a ritmos no coincidentes. En realidad, esto es una consecuencia de la propia configuración la MLI, que no instrumenta un convenio de doble imposición multilateral, sino una fórmula multilateral para modificar parcial y asimétricamente la red bilateral de CDI de una serie de países comprometidos con la implementación del Plan BEPS. Ciertamente, no puede dejar de señalarse cómo la MLI articula una inusual fórmula de renegociación en masa y tipificada de convenios bilaterales con respecto a una serie específica (y limitada) de cuestiones, y a través de opciones predeterminadas y cláusulas estandarizadas. Resulta evidente cómo se trata de una fórmula concebida para modificar de manera coordinada a nivel internacional la red global de CDI, y esta lógica converge con el multilateralismo y la coordinación fiscal sustantiva (de mínimos) que fundamenta el Plan BEPS. Pero, al mismo tiempo, tal fórmula erosiona el equilibrio interno propio de cada CDI, e introduce elementos externos ajenos al acuerdo inicial de los Estados contratantes, lo que puede desequilibrar el acuerdo original y afectar su interpretación generando inseguridad jurídica a los efectos de la aplicación del marco fiscal bilateral. El hecho de que la MLI se haya configurado de forma muy flexible (combinando estándares mínimos con cláusulas opcionales y permitiendo diferentes opciones fiscales por parte de los distintos países) está trayendo consigo una coordinación fiscal internacional de baja intensidad a un precio muy alto en términos de complejidad técnica e inseguridad jurídica, lo cual dota de mayor fundamento a las críticas planteadas sobre su configuración y la fórmula que emplea para implementar los estándares internacionales derivados del Plan BEPS.

En suma, la MLI constituye un mecanismo primario y parcial de coordinación multilateral post-BEPS, que refleja la evolución del sistema fiscal internacional; así, a través de la MLI, se estaría empezando a transitar de un sistema fiscal internacional bilateral (binario) que pivota sobre los CDI (cuya finalidad principal sería limitar la imposición en la fuente, reducir discriminaciones y eliminar la doble imposición

internacional) y el principio de plena competencia gestionado bajo un modelo de coordinación fiscal básica (soft-estandarization) y de baja intensidad (bilateral y basado en la reciprocidad, y con amplias posibilidades de competencia fiscal y de unilateralismo fiscal), hacia una coordinación multilateral de mayor intensidad que establece mayores límites a la competencia fiscal y refuerza la tributación en la fuente favoreciendo en cierta medida a los países en desarrollo.

Finalmente, como último análisis, la MLI constituye una pieza más de un marco fiscal internacional que se está transformando de forma incremental a partir de los principios, las reglas y el modelo fiscal que subyacen en el MC OCDE y el MC ONU para evitar la doble imposición y prevenir el fraude y la elusión fiscal. Tal modelo fiscal, sobre el que se construye la arquitectura y el marco del sistema fiscal internacional, está evolucionando hacia mayores cotas de coordinación y cooperación fiscal que terminan consagrando un multilateralismo fiscal que tiende a uniformar de forma laxa los aspectos internacionales de los impuestos sobre la renta (con particular intensidad, la fiscalidad corporativa de las MNE como consecuencia del Plan BEPS 1.0 y 2.0). En cierta medida, se está empezando a superar un modelo de fiscalidad internacional binario y, en este sentido, el desarrollo de la MLI se revela como un experimento moderadamente exitoso del que pueden extraerse algunas "lecciones" de cara a articular el futuro marco fiscal multilateral que requiere la implementación de las medidas del Plan BEPS 2.0. Sin embargo, es cierto que la red global de CDI sigue siendo bilateral, con todo lo que ello conlleva. Y también debe ponerse de relieve que los países con redes de CDI más reducidas poseen menos límites (convencionales) para desarrollar "estándares fiscales propios" o medidas unilaterales (Impuestos sobre Servicios Digitales [*Digital Service Taxes* o DST], retenciones en la fuente, reglas de EP virtuales, etc.), y puede llegar a afirmarse que dichos países han preservado en mayor medida su soberanía fiscal. No obstante, no puede dejar de señalarse que los CDI –y la articulación de una red de CDI equilibrada y definida estratégicamente– permiten a los operadores económicos establecidos en tal país operar en el marco fiscal internacional bajo unas reglas y principios definidos internacionalmente; esto es, un marco coordinado materialmente y donde media la cooperación fiscal entre administraciones, por más que su configuración posea importantes déficits de seguridad jurídica. En este sentido, actualmente la gran cuestión de la política fiscal no parece residir en la asimilación por parte de una jurisdicción de los elementos esenciales del marco fiscal internacional que se está definiendo por la OCDE y el Marco Inclusivo sobre BEPS (Plan BEPS 1.0 y 2.0), sino que más bien radica en ponderar el enfoque estratégico a adoptar a la hora de incorporar estos elementos, considerando los intereses nacionales definidos a partir de un análisis de la política comercial y socioeconómica.

4. LA REFORMA FISCAL GLOBAL DEL PLAN BEPS 2.0 2021-2024 (PROYECTO DE LOS DOS PILARES): ALCANCE, CONTENIDO E IMPLICACIONES

4.1. El desarrollo del Proyecto de los dos Pilares por el Marco Inclusivo sobre BEPS: origen y antecedentes del Acuerdo multilateral del 8 de octubre de 2021

El 8 de octubre de 2021, la OCDE hizo pública la *Declaración sobre el enfoque de dos pilares para abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía* (la Declaración) que concreta y desarrolla el Acuerdo político multilateral alcanzado el 1 de julio de 2021 (el Acuerdo) por parte de prácticamente la totalidad de las jurisdicciones (inicialmente 130 de 140) que forman parte del Marco Inclusivo sobre BEPS (BEPS IF). Esta Declaración fue "ratificada" en la cumbre de ministros de Finanzas de los países miembros del G20 y presidentes de los Bancos Centrales que tuvo lugar el 13 de octubre de 2021, quienes, además de respaldar el Acuerdo político alcanzado y el calendario propuesto, instaron a que se articularan las medidas necesarias y los instrumentos multilaterales lo antes posible para garantizar que la implementación tuviera lugar en 2023. Posteriormente, la cumbre de jefes de Estado y de gobiernos de países del G20 celebrada en Roma, el 30 y 31 de octubre de 2021, refrendó la declaración del 8 de octubre de 2021 relativa al Acuerdo histórico para adaptar el sistema de fiscalidad internacional a la economía digitalizada, instando al mismo tiempo a desarrollar las GloBE *rules* o "normas modelo sobre la imposición global mínima" y los instrumentos multilaterales previstos en el plan de implementación.[416]

La solución propuesta se articula a partir de un sistema interrelacionado de dos pilares (1 y 2) que permitirá: (1) reasignar a las "jurisdicciones de mercado" derechos de imposición sobre más de US$125.000 millones y (2) establecer un impuesto sobre sociedades mínimo global, fijado en el 15% (tipo efectivo).

Esta Declaración constituye un hito histórico que culmina la fase política del Acuerdo multilateral sobre el Proyecto de los dos Pilares (Plan BEPS 2.0), y, en tal sentido, supone un paso más hacia la cristalización efectiva de la tan anunciada reforma de los principios y las reglas históricas que vienen vertebrando el marco fiscal internacional, con el objetivo de adaptar la fiscalidad de las MNE al nuevo contexto de globalización y digitalización de la economía.

La Declaración se construye sobre el Acuerdo del Marco Inclusivo sobre BEPS (inicialmente, 130 jurisdicciones firmantes), pero aporta novedades relevantes y

416 G20. *G20 Rome Leader´s Declaration*, 30 y 31 de octubre de 2021, párrafo 32, Roma: Consejo de la Unión Europea; 2021.

desarrolla parte de los elementos esenciales allí incluidos, y concreta, a su vez, un ambicioso calendario de implementación.

El éxito de esta reforma, tan transformadora del sistema actual, depende del grado de consenso que se logre alcanzar a escala nacional e internacional sobre los fundamentos y la necesidad de su implementación en los tiempos establecidos.

Antes de esbozar el contenido del Acuerdo sobre la reforma fiscal global del Plan BEPS 2.0, conviene referirse brevemente al origen, los antecedentes y el contexto en el que se fragua este Acuerdo basado en el Proyecto de los dos Pilares.

Como ya se ha indicado, la globalización y la digitalización de la economía han supuesto la aparición de nuevos modelos de negocio y la modernización de algunos preexistentes, lo que resultó, en muchos casos, en un desalineamiento entre donde se generan los beneficios y el lugar en el que se sujetan a imposición debido a la aplicación de los estándares clásicos de tributación (por ejemplo, convenios para evitar la doble imposición y reglas de atribución de beneficios) a situaciones lógicamente no previstas en una arquitectura fiscal diseñada hace ya más de un siglo. En buena medida, el Plan BEPS 1.0 estaba llamado a resolver los grandes desafíos que planteaba la adaptación del sistema de fiscalidad internacional a la globalización y la digitalización de la economía.

Sin embargo, la publicación en 2015 del informe final de la Acción 1 del Plan BEPS, *Abordar los retos fiscales de la economía digital*,[417] reveló la complejidad que aparejaba la articulación (consensuada) de medidas para adaptar el sistema de fiscalidad internacional a una economía digitalizada y globalizada. El Plan BEPS 1.0 sí sirvió para modernizar el sistema de fiscalidad internacional, cerrar algunos de los principales "agujeros del sistema" (los casos más importantes de doble no imposición) y limitar determinadas prácticas de ATP. No obstante, las 15 acciones acordadas por la OCDE y el G20 a escala internacional en modo alguno resolvieron el reto de la adaptación del sistema de fiscalidad internacional a una economía digitalizada y globalizada. En este sentido, el Plan BEPS 1.0 supuso un punto de inflexión en la revisión de los estándares fiscales internacionales "clásicos" y, al mismo tiempo, propició el desarrollo del denominado Plan BEPS 2.0 con el objetivo de tratar de adaptar el sistema a los desafíos de la economía digital y articular nuevas medidas adicionales que restringieran la transferencia de beneficios a países de baja o nula tributación y limitaran la competencia fiscal.

En marzo de 2018, se presentó el informe provisional de la OCDE en relación con la revisión de los estándares de fiscalidad internacional y su aplicación a la llamada economía digital.[418]

417 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1-2015 Final Report*, París: OCDE; 2015, disponible en: https://doi.org/10.1787/9789264241046-en.

418 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Tax Challenges Arising from Digitalisation–Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, París: OCDE; 2018, disponible en: https://doi.org/10.1787/9789264293083-en.

Estos documentos iniciaron una intensa producción de propuestas e informes que se cristalizaron en el Acuerdo político multilateral firmado el 1 de julio de 2021,[419] que estableció los parámetros clave de consenso para la reforma fiscal global que, como ya se indicó, se sintetizan en una solución bifronte (pilares 1 y 2 del Plan BEPS 2.0).

Este Acuerdo, por tanto, constituyó el antecedente directo de la Declaración[420] publicada por la OCDE el 8 de octubre de 2021, que amplía, profundiza y cristaliza el consenso internacional sobre la reforma fiscal global en torno al Proyecto de los dos Pilares (Plan BEPS 2.0).

La Declaración reflejó el amplio consenso alcanzado entre los países y territorios miembros del Marco Inclusivo sobre BEPS (137 firmantes inicialmente y 139 en la actualidad), incluyendo todos los Estados miembros de la Unión Europea y el G20, lo que supone, en términos cuantitativos, más del 90% del PIB mundial. La Declaración logró así un mayor consenso que el que consiguió el Acuerdo, que inicialmente fue firmado (inicialmente) por 130 países.

4.2. Exposición y estudio del contenido de la declaración multilateral del BEPS IF sobre la reforma del sistema fiscal internacional (Plan BEPS 2.0)

4.2.1. Principios acordados en relación con el Pilar 1 del Plan BEPS 2.0

Consideraciones generales

El Pilar 1 presenta un contenido complejo. Por un lado, establece un nuevo derecho de imposición de las jurisdicciones de mercado sobre una parte del beneficio residual calculado a nivel de grupo MNE (o segmento de negocio): la denominada Cantidad A. Por otro lado, pretende establecer reglas para fijar de forma coordinada un retorno fijo para ciertas actividades de distribución y marketing de referencia (*baseline marketing y distribution activities*), realizadas físicamente en una jurisdicción, de acuerdo con el estándar de plena competencia: la denominada Cantidad B. En tercer lugar, el sistema comprende procedimientos para la mejora de la seguridad jurídica a través de mecanismos efectivos de prevención y resolución

419 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, París: OCDE; 2021, disponible en: https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2021.pdf.

420 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, París: OCDE; 2021, disponible en: https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf.

de los desacuerdos que puedan surgir sobre la imputación de beneficios a las jurisdicciones de mercado.

La Declaración apenas incluye referencias a la Cantidad B, más allá de indicar que se está trabajando en la simplificación de las reglas y los principios desarrollados hasta la fecha (*Pillar One Blueprint* [2021]), y anunciar que a finales de 2022 tales trabajos estarían finalizados.[421] No obstante, posteriormente la OCDE publicó, el 17 de julio de 2023, un segundo "documento de consulta" sobre la Cantidad B a través del que se delimita sustancialmente el alcance de esta medida para simplificar la aplicación del principio de plena competencia en relación con los beneficios imputables a las actividades básicas de distribución y marketing a través de filiales y comisionistas, con la idea de incorporar esta "medida" a las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*, de 2024.

Principios del sistema referidos a la "Cantidad A"

Ámbito de aplicación del Pilar 1 (Cantidad A): umbrales, *carve-out* y regla especial de segmentación

Están comprendidas en el ámbito de aplicación del sistema de redistribución de una parte del beneficio residual del grupo de empresas, aquellas MNE cuyas ventas mundiales superen los €20.000 millones y su rentabilidad exceda del 10%, calculadas en sus valores promedio. No obstante, se prevé que el umbral de cifra de negocios se reduzca a €10.000 millones tras la revisión del sistema que tendrá lugar dentro de siete años (computados a partir de su puesta en práctica y tras un año de revisión), siempre que se considere que el sistema ha funcionado correctamente, en particular respecto de los mecanismos dirigidos a proteger la seguridad jurídica.

El Acuerdo contempla un importante *carve-out* (excepción) subjetivo que afecta a las MNE que desarrollen su actividad en los sectores "extractivos" (minería, petróleo y gas), de "servicios financieros regulados" (sector bancario y asegurador), de defensa y los de reducido carácter internacional.

Cabe observar a este respecto cómo el Acuerdo multilateral adoptado en octubre de 2021 ha redefinido de forma muy relevante el ámbito de aplicación del Pilar 1, superando el enfoque previo (*Pillar One Blueprint* [2021]) que limitaba su aplicación a grupos MNE que realizaran actividades cualificadas (test de actividad), como servicios digitales automatizados (ADS) y empresas orientadas al consumidor (CFB).

421 De acuerdo con el *Pillar One Blueprint* (párrafos 164 y ss.), las actividades cubiertas por la Cantidad B se delimitan a través de un enfoque estricto a partir de dos listas: (1) una "lista positiva" referida a funciones, activos y distribuidores de riesgo limitado (LRD) en plena competencia y (2) una "lista negativa" de funciones típicas que no deberían ser desarrolladas, o activos no poseídos o riesgos no asumidos en plena competencia por LRD. Se utilizarán indicadores cualitativos y cuantitativos (análisis de costos) para aplicar tales listas.

Esta redefinición del ámbito subjetivo de aplicación del Pilar 1, que elimina el test de actividad, en gran medida sigue la propuesta americana formulada por la Administración Biden-Harris (*quantitative approach* vs. *qualitative approach*), que pretende simplificar la aplicación del sistema del Pilar 1 y, simultáneamente, limitar al máximo el "sesgo discriminatorio" que podría subyacer en el denominado *qualitative approach*. En todo caso, resulta evidente que la redefinición del ámbito subjetivo determina que el sistema del Pilar 1 impacte, al menos durante su primera fase, sobre un número muy limitado de grandes grupos MNE (en torno a 100). No obstante, nótese que el Acuerdo incluye una regla especial de "segmentación" que solo resultará aplicable en circunstancias excepcionales, allí donde un segmento de negocio registrado en los estados financieros del grupo cumpla los umbrales que determinan la aplicación del sistema del Pilar 1.

Nueva regla especial de nexo fiscal (*special purpose nexus rule*)

El Acuerdo/la Declaración incluye una nueva regla de nexo o sujeción fiscal mediante la cual una parte de la base imponible (Cantidad A referida a una porción del beneficio residual consolidado del grupo MNE *in-scope*) de un grupo MNE in-scope que supera los umbrales cuantitativos referidos, se imputará o asignará a la jurisdicción o a las jurisdicciones de mercado que correspondan, siempre que el grupo obtenga al menos €1 millón de ingresos por ventas en ese país o mercado. Esta regla es objeto de un redimensionamiento a la baja en relación con pequeños países de mercado con un PIB inferior a €40.000 millones, de manera que en estos casos el umbral de ingresos por ventas será de €250.000.[422]

El Acuerdo/la Declaración multilateral enfatiza que esta "regla especial" de nexo únicamente aplica a los efectos de determinar si una jurisdicción de mercado califica para la asignación o la imputación de base imponible residual con arreglo al sistema de la Cantidad A.

En relación con la nueva regla de nexo (que supera la existencia de una filial o un EP y evita el concepto de EP virtual o digital), cabe apuntar cómo el Acuerdo, a diferencia del *Pillar One Blueprint*, no menciona los denominados *plus factors* como elementos que podrían conectar una jurisdicción de mercado con la asignación de base imponible de acuerdo con la Cantidad A.[423]

422 Este umbral reducido, en principio debería tener una limitada aplicación, considerando que, según datos del Banco Mundial, estas economías representan menos del 2% del producto interno bruto (PIB) global.

423 El *Pillar One Blueprint* ya planteaba que en el caso de las empresas orientadas al consumidor (CFB), junto con el criterio de las ventas en mercado (con un umbral cuantitativo potencialmente superior al utilizado en relación con los servicios digitales automatizados [ADS]), se exigieran *plus factors*, como una filial o un EP del grupo (*new PE group-test*) en el territorio de la jurisdicción de mercado, que representen o posean una conexión territorial con las operaciones de venta remota de bienes y servicios (*Pillar One Blueprint*, párrafos 191 y ss. y párrafos 205 y ss., 2021).

Cuantía del beneficio residual objeto de reasignación (Cantidad A) y reglas de *sourcing*

El Acuerdo/la Declaración de octubre 2021indica que los grupos MNE *in-scope*, que cumplan los referidos umbrales cuantitativos asignarán (o en su caso reasignarán) el 25% de su beneficio residual (consolidado) a las jurisdicciones de mercado utilizando una regla de asignación proporcional (formularia-mecánica) basada en los ingresos por ventas de bienes vendidos (consumidor final) o servicios utilizados en los distintos mercados.[424]

El concepto de beneficio residual se define como el beneficio que supere el 10 por 100 de los ingresos.

Como complemento a esta regla de asignación de beneficio residual, el Acuerdo contempla una regla de *sourcing* (determinación del origen económico de la renta o ingresos derivados de una determinada operación). A este respecto, se indica que los ingresos se asignarán al mercado donde los bienes o servicios son finalmente utilizados o consumidos.[425] A efectos de facilitar la aplicación de este principio, se desarrollarán detalladas reglas para la determinación de la fuente de las rentas en relación con las específicas categorías de transacciones que puedan tener lugar. De cara a la aplicación de estas reglas (*sourcing rules*), los grupos MNE deberán utilizar métodos fiables basados en los hechos específicos y las circunstancias relativas a su actividad y transacciones.

En relación con las sourcing rules, cabe observar cómo el hecho de que el Acuerdo multilateral haya optado por un enfoque o modelo cuantitativo (superando el modelo cualitativo referido a los ADS y a las CFB), determina una simplificación en cuanto al ámbito de aplicación del sistema de la Cantidad A, pero, al mismo tiempo, complica enormemente la implementación de dicho sistema, ya que se tendrán que desarrollar un buen número de sourcing rules específicas para las distintas categorías de transacciones que realizan grupos MNE de todos los sectores (exceptuando los sectores *carved-out*).

424 Estos umbrales de beneficios y rentabilidad responden a un compromiso esencialmente político y no técnico. La idea de fondo es asignar a mercado un porcentaje de beneficio residual correspondiente a actividades digitales o sinergias no capturadas por los tradicionales criterios de sujeción fiscal o las funciones realizadas por personas significativas.

425 Se ha destacado cómo la reasignación de beneficios residuales a las jurisdicciones de mercado donde se desarrollan actividades rutinarias, y no se han imputado inicialmente beneficios residuales con arreglo al *transfer pricing* convencional, no encaja con el principio de asignación de beneficios de acuerdo con las actividades de creación de valor y carece de justificación económica clara, ya que detrae beneficios de entidades rentables para reasignarlos a otras que no lo son.

La base imponible para la determinación de la Cantidad A

El cálculo de la Cantidad A se realizará utilizando los estados financieros consolidados del grupo MNE *in-scope* de que se trate. Esta "base imponible global" construida a través de cuentas consolidadas del grupo MNE[426] resultará "ajustada" (*book-tax-adjustments*) a efectos de neutralizar dobles imposiciones y mitigar determinadas diferencias entre la fiscalidad y la contabilidad financiera, que generan distorsiones que deben ser corregidas.

El Acuerdo/la Declaración apenas contiene referencias a este importante elemento del modelo (Cantidad A), y se limitan a indicar adicionalmente que las pérdidas serán objeto de un *carry forward* (traslación a ejercicios posteriores).

No obstante, tras varios años de trabajos y una serie de documentos de consulta, la determinación de las principales reglas para estipular los cálculos de la base imponible de la Cantidad A –y los elementos esenciales del modelo de reparto semiformulario del beneficio residual de los grupos MNE *in-scope*– se ha concretado el 11 de octubre de 2023 a través de la publicación del texto del Convenio Multilateral para la Implementación de la Cantidad A del Pilar 1 (MLC) del Plan BEPS 2.0.[427] El MLC del Plan BEPS 2.0 aún no ha entrado en vigor debido a que su configuración técnica no ha finalizado completamente, ya que existen ciertas divergencias entre las jurisdicciones del Marco Inclusivo sobre BEPS.

El puerto seguro referido a la atribución de beneficios de marketing y distribución

El Acuerdo/la Declaración, al igual que el *Pillar One Blueprint*, recoge un puerto seguro que limita la asignación de beneficio residual de un grupo MNE *in-scope* en una jurisdicción de mercado, allí donde dicho grupo ya está gravado en esta. Se trata de un mecanismo que trata de evitar el "doble cómputo" (y doble gravamen)

426 La razón para utilizar el beneficio del grupo a nivel consolidado con arreglo a un estándar internacional equivalente a las Normas Internacionales de Información Financiera (IFRS) o a los principios contables generalmente aceptados (GAAP) de Australia, Canadá, China, Estados Unidos, India, Japón, República de Corea y Singapur, entre otros, se basa en el amplio uso de este estándar, la fiabilidad de la información financiera (normalmente auditada) y la menor exposición a las operaciones intragrupo, considerando cómo el concepto de control a efectos contables resulta más estricto que el concepto fiscal de vinculación a efectos del artículo 9 del modelo de convenio elaborado por la OCDE para eliminar la doble imposición y prevenir el fraude y la evasión fiscal en su versión de 2017 (MC OCDE), lo cual determina que no se eliminen todas las operaciones vinculadas; vid. OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint*, pp. 100-102, París: OCDE; 2020. El Convenio Multilateral para la implementación de la Cantidad A del Pilar 1 (MLC), del 11 de octubre de 2023, recoge reglas detalladas sobre la determinación del beneficio residual de los grupos MNE partiendo de los estados financieros consolidados. Se ha observado que la utilización de los estados financieros consolidados de los grupos MNE (normalmente cotizados) a efectos de la *global tax base* es susceptible de distorsionar el *reporting* financiero de forma relevante, y puede igualmente generar "posiciones fiscales inciertas" de nueva planta.

427 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Multilateral Convention to Implement Amount A of Pillar One*, París: OCDE; 2023, disponible en: https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/reallocation-of-taxing-rights-to-market-jurisdictions/multilateral-convention-to-implement-amount-a-of-pillar-one.html.

de los beneficios residuales de una entidad que forma parte del grupo MNE y que ya está gravada en relación con dichos beneficios por una jurisdicción de mercado a través del sistema ordinario de tributación (por ejemplo, *transfer pricing* convencional), sin que necesariamente se trate de beneficios de actividades de marketing y distribución.

Tras múltiples debates, dicho puerto seguro se ha concretado en el MLC del Plan BEPS 2.0, pero todavía quedan aspectos relevantes sobre los que no se ha logrado el consenso necesario para considerar que esta pieza crítica para el cálculo de la Cantidad A está "cerrada".

La eliminación de la doble imposición

La doble imposición de los beneficios asignados a jurisdicciones mercado que contempla la Cantidad A del Pilar 1 se eliminará utilizando bien el método de exención o el de imputación.

El Acuerdo/la Declaración se limita a añadir a este respecto que la entidad o las entidades del grupo MNE *in-scope* objeto de tales medidas de eliminación de la doble imposición serán aquellas que obtengan beneficio residual. La parquedad con que se delimita esta cuestión crítica para el buen funcionamiento del sistema del Pilar 1 (Cantidad A) hace pensar que estamos ante uno de los elementos estructurales del modelo.

No obstante, el *Pillar One Blueprint* (capítulo 7) y, posteriormente, el MLC del Plan BEPS 2.0 (Parte IV) dedican buena parte de su contenido a la ordenación de instrumentos dirigidos a la eliminación de la doble imposición, evidenciando la complejidad del mecanismo y los problemas que pueden surgir al respecto. El mecanismo específico de eliminación de la doble imposición consta básicamente de dos elementos: (1) la identificación de las entidades pagadoras de beneficio residual y (2) los métodos para eliminar la doble imposición. El mero examen de las disposiciones contenidas en el capítulo 4 del MLC del Plan BEPS 2.0 evidencia la enorme complejidad del mecanismo articulado para coordinar la asignación de beneficio residual derivada de la Cantidad A en el grupo MNE, con medidas dirigidas al objetivo de evitar que se genere doble imposición (a nivel de entidades individuales) en este contexto.

La seguridad jurídica en materia tributaria en el marco de la aplicación del modelo derivado de la Cantidad A

El Acuerdo/la Declaración indica que las MNE *in-scope* se beneficiarán de mecanismos de prevención y resolución de controversias, con el fin de eliminar la doble imposición en relación con la Cantidad A, incluyendo todas las cuestiones referidas

misma esta (por ejemplo, ajustes de precios de transferencia y de atribución de beneficios). El Acuerdo enfatiza que tales mecanismos serán de carácter obligatorio y vinculantes, garantizando una efectiva solución de las controversias que pudieran plantearse en este contexto.

El texto del Acuerdo de octubre de 2021 matiza que se tomará en cuenta la situación de una serie de países en desarrollo en relación con la aplicación de los mecanismos de resolución de controversias, de manera que no serían de aplicación obligatoria, sino opcional. Ni que decir tiene que esta "derogación" del sistema obligatorio y vinculante de resolución de conflictos puede generar doble imposición y, en este sentido, no resulta satisfactoria.

Por su parte, el MLC del Plan BEPS 2.0 dedica dos secciones de su Parte V a la articulación de mecanismos que pretenden generar seguridad jurídica en la aplicación del complejo sistema de distribución semiformularia de una parte del beneficio residual de los grupos MNE *in-scope*.[428]

En efecto, el MLC sobre la Cantidad A del Pilar 1 contempla una serie de mecanismos que tratan de instrumentar seguridad jurídica *ex ante* (resoluciones de certeza o seguridad jurídica anticipada, paneles de revisión, paneles de resolución cuasiarbitrales basados en el modelo de "última mejor oferta" (*baseball arbitration*) y declaración única *ex post* (resolución vinculante obligatoria), a efectos de obtener certeza en la aplicación de las reglas materiales del sistema de la Cantidad A (por ejemplo, sobre el ámbito subjetivo de aplicación, las dudas de la puesta en práctica de las reglas de determinación de origen o *source rules*, la reasignación formularia del beneficio residual, la determinación de las *relieving jurisdictions* y la implementación efectiva de las reglas para evitar la doble imposición) y de otras materias conexas (por ejemplo, los ajustes de precios de transferencia, retenciones en la fuente que impactan sobre el puerto seguro referido a la atribución de beneficios de marketing y distribución [MDSH], existencia y atribución de beneficios a los EP). En particular, el MLC sobre la Cantidad A del Pilar 1 contempla una combinación de PA y de mecanismos vinculantes de resolución de disputas (MDBR) para controversias no resueltas en el marco de un PA por un período de más de dos años. Algunos países pueden optar por no aplicar los MDBR previstos en el referido MLC, lo cual puede erosionar su eficacia y permitir que se genere doble imposición dentro del sistema convencional multilateral.

428 Vid. OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Memorando para el entendimiento del marco de seguridad jurídica en relación con la aplicación de la Cantidad A*, París: OCDE; 2023, en relación con el Convenio Multilateral para la Implementación de la Cantidad A del Pilar 1 (MLC).

La gestión tributaria del sistema referido a la Cantidad A

Tanto el Acuerdo/la Declaración como el *Pillar One Blueprint*,[429] se posicionaron a favor de un mecanismo que permita que el pago de la Cantidad A en el grupo MNE se residencie y se canalice a través de una entidad de coordinación que aplicará las reglas expuestas y asumirá la responsabilidad administrativa derivada de las obligaciones formales y materiales que surjan para dicho grupo en las distintas jurisdicciones. El pago de la Cantidad A podría realizarse por esta entidad de coordinación o por una entidad del grupo MNE que se designe con esta finalidad en las distintas jurisdicciones mercado (filial local).

Por su parte, el MLC del Plan BEPS 2.0 contiene una serie de reglas referidas a la presentación de declaraciones, la realización de pagos y otros aspectos relacionados con la gestión tributaria; así, se prevé la declaración única presentada ante el *lead tax administration* por parte del grupo MNE. También se ha regulado el pago por una única entidad del grupo MNE en cada una de las jurisdicciones relevantes; dicha entidad (*designated payment entity*) será, además, la encargada de recibir el pago que deben realizar las *relieving entities* cuando se les reembolse el impuesto inicialmente pagado sobre los beneficios residuales reasignados.

El Acuerdo/la Declaración de octubre de 2021 sobre la suspensión de medidas unilaterales (impuestos sobre servicios digitales y otras medidas equivalentes)

El Acuerdo/la Declaración multilateral de octubre de 2021 incluyó el compromiso relativo al desmantelamiento de todos los Impuestos sobre Servicios Digitales (DST) y otras medidas equivalentes con respecto a todas las empresas a través del MLC, en virtud del cual se implementará también la Cantidad A. Asimismo, estableció que no se aprobarán DST ni otras medidas equivalentes a partir del 8 de octubre de 2021 y hasta la primera de las siguientes fechas: el 31 de diciembre de 2023 o a la entrada en vigor del MLC. La Declaración reitera que el MLC, a través del cual se implementará la Cantidad A, se desarrollará y se abrirá a la firma en 2022, con la Cantidad A en vigor en 2023.

En línea con esta Declaración, la Unión Europea suspendió la presentación de la propuesta de una directiva para establecer una *digital levy*, que se venía considerando contraria al Acuerdo multilateral por parte de la administración de Estados Unidos. Por su parte, Estados Unidos y una serie de países europeos (Austria, España, Francia, Italia y Reino Unido) firmaron, el 21 de octubre 2021, una declaración conjunta

429 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint*, p. 219, París: OCDE; 2020.

respecto de un compromiso sobre un enfoque transitorio relativo a la aplicación de medidas unilaterales durante el período anterior a la entrada en vigor del Pilar 1.[430]

En relación con la moratoria referida a la aplicación de DST y otras medidas similares relevantes, el 12 de julio 2023[431] la OCDE publicó el *Outcome Statement*,[432] respaldado por la mayor parte de las jurisdicciones que integran el Marco Inclusivo sobre BEPS (138 miembros de un total de 144),[433] en relación con el consenso sobre un nuevo paquete de elementos relevantes que conforman las medidas acordadas en octubre de 2021 acerca del Proyecto de los dos Pilares, dirigido a articular una reforma fiscal global en aras de estructurar un sistema tributario más justo y equitativo, y mejor adaptado a la digitalización económica. Dicha declaración se refiere en particular a la "extensión de la moratoria" de los DST y medidas similares relevantes hasta el 31 de diciembre de 2024, sin perjuicio de que pudiera acordarse una extensión adicional en el futuro (hasta el 31 diciembre de 2025 o la entrada en vigor del MLC). No obstante, la extensión de la moratoria queda condicionada a que "firmen" el MLC al menos 30 jurisdicciones que representen como mínimo el 60% de las entidades matrices últimas (UPE) de los grupos MNE comprendidos en el ámbito de aplicación de la Cantidad A. Si se cumple este condicionante, los miembros del BEPS IF que hubieran tomado parte en este acuerdo se comprometen a no adoptar nuevos DST o medidas similares sobre cualquier entidad entre el 1 de enero 2024 y la primera de las siguientes fechas: el 31 de diciembre de 2024 o la fecha de entrada en vigor del MLC.

A pesar de que algunos países relevantes miembros de la OCDE (por ejemplo, Canadá) rechazaron la firma del *Outcome Statement* debido a su intención de implementar un DST con efectos a partir de 2024, lo cierto es que no cabe descartar que la moratoria termine extendiéndose, cuando menos mientras continúen las negociaciones que permitan elaborar la versión final del MLC y que la OCDE lo abra a la firma.

430 Para consultar la declaración conjunta, visítese el enlace: https//home.treasury.gov/news/press-releases/jy0419.

431 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *138 countries and jurisdictions agree historic milestone to implement global tax deal*, París: OCDE; 2023, disponible en: https://www.oecd.org/en/about/news/press-releases/2023/07/138-countries-and-jurisdictions-agree-historic-milestone-to-implement-global-tax-deal.html.

432 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Outcome Statement on the Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from de Digitalisation of the Economy, 11 July 2023*, París: OCDE; 2023.

433 No firmaron el acuerdo Bielorrusia, Canadá, Pakistán, Rusia y Sri Lanka. Nótese que Bielorrusia y Rusia están suspendidos de su participación en los comités de la OCDE, como consecuencia de la invasión de Ucrania. Cabe destacar que Kenia y Nigeria, que no firmaron anteriores acuerdos o declaraciones elaboradas en el Marco Inclusivo sobre BEPS, se han unido al acuerdo.

La implementación del Pilar 1 (Cantidad A) a través del MLC y su potencial impacto sobre los CDI y los DST (y otras medidas equivalentes)

Conforme con el plan consensuado en el marco de la Declaración de octubre 2021, la Cantidad A se implementaría a través del MLC, que será complementado a través de las correspondientes modificaciones en la legislación interna.

En este sentido, la efectiva puesta en marcha del sistema del Pilar 1 (Cantidad A) no solo requiere el tratamiento y la implementación de un ingente volumen regulatorio nacional e internacional (MLC), sino también que tal marco regulatorio haya sido adoptado y puesto en vigor por un número suficiente de países (masa crítica global mínima) desarrollados y en desarrollo, que permitan que opere de forma consistente.

Al respecto, es de esperar que la eventual aplicación de las medidas del Pilar 1 (Cantidad A) se demore más allá de 2024, e incluso de otras fechas menos optimistas (2025 o 2026). Por tanto, es lógico pensar que las medidas de Pilar 1 y las del Pilar 2, a pesar de que forman parte de un mismo paquete fiscal global, posiblemente no se implementarán ni serán efectivas de manera simétrica desde el punto de vista temporal.

En este orden de cosas, cabe recordar que el texto del MLC publicado el 11 de octubre 2023 todavía no es definitivo ni está abierto a la firma. La OCDE y los miembros del Marco de Inclusivo sobre BEPS se comprometieron a alcanzar una solución de consenso y finalizar el texto del MLC a finales de marzo 2024, de manera que pudiera celebrarse la ceremonia para su firma a finales de junio de dicho año.[434] Sin embargo, los progresos a la hora de resolver las diferencias existentes entre las jurisdicciones integrantes del Marco Inclusivo sobre BEPS acerca de los temas pendientes para un acuerdo, todavía no se han cristalizado en un texto final de consenso en relación con el MLC. En este sentido, si bien no se descarta que se pueda llegar a tal versión final de consenso sobre el MLC del Plan BEPS 2.0, lo cierto es que no es fácil que este convenio multilateral entre en vigor y resulte aplicable a nivel global.[435]

434 OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Update to Pillar One timeline by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*, París: OCDE; 2023 y S*tatement by the OECD Secretary-General on the 16th meeting of the Inclusive Framework on BEPS*, París: OCDE; 2024.

435 Podría considerarse que el Convenio Multilateral para la Implementación de la Cantidad A del Pilar 1 (MLC) representa y es el resultado de un espíritu de multilateralidad en materia de coordinación fiscal; en tal sentido, el MLC desarrolla algunos principios en materia de fiscalidad internacional que pueden contribuir al avance del sistema a través de medidas unilaterales, bilaterales o multilaterales posteriores. Por tanto, incluso en un hipotético escenario de "colapso" o diferimiento significativo en relación con la aplicación del MLC, algunos de los consensos alcanzados (por ejemplo, mayor gravamen de la imposición en destino/mercado, superando en ciertos casos los criterios tradicionales de nexo y de imputación de beneficio) podrían estructurarse a través de: (1) la articulación de impuestos sobre servicios digitales por medio de medidas legislativas unilaterales, a partir de un marco coordinado de principios fiscales comunes, y (2) el desarrollo y la implementación unilateral de un sistema, similar al propuesto por India en 2019, de gravamen formulario (*unitary taxation*) de los beneficios de las grandes empresas. Se ha observado que estas medidas alternativas al Pilar 1 (Cantidad A) podrían desarrollarse en el seno de los debates en Naciones Unidas sobre el Convenio Marco de Cooperación Fiscal Internacional, actualmente en fase de elaboración, considerando cómo esta organización internacional podría estar menos vinculada con el estándar internacional de plena competencia.

El MLC, una vez ratificado en términos tales que sus disposiciones resulten de aplicación (efectos jurídicos), no modificaría la red de CDI de los Estados contratantes que lo hubieran ratificado, sino que el MLC y los CDI, como regla, "coexistirán", y los CDI seguirán siendo aplicables en primer término (por ejemplo, practicándose las retenciones en la fuente o el gravamen de los EP, los APA, los PA, etc.), de manera que la reasignación de bases imponibles a las jurisdicciones de mercado (*in-scope*) se produciría eventualmente *a posteriori*, y se eliminaría la doble imposición que pudiera generarse a través de los mecanismos ad hoc que contiene el propio MLC.[436]

Una vez que el MLC resultara de aplicación, traería consigo, en cierta medida y con ciertos matices, el desmantelamiento, la prohibición de establecimiento y la suspensión de los DST y medidas similares relevantes por parte de los Estados contratantes. Este convenio multilateral establece unos criterios (poco claros) para identificar los DST y las medidas similares relevantes,[437] así como un mecanismo internacional para la implementación de tales criterios (*Conference of the Parties*). El anexo A del MLC contiene una lista de medidas existentes sujetas a desmantelamiento, que incluye los DST de Austria, España, Francia, India, Italia, Reino Unido, Túnez y Turquía. En caso de que una jurisdicción parte estableciera una medida calificada como DST o una medida similar, se denegará la asignación de la Cantidad A hasta que tal medida se desmantele. Quedan extramuros a la regla de desmantelamiento de DST una serie figuras tributarias que no encajan en los criterios establecidos para identificar DST y las medidas similares, como el impuesto al valor agregado (IVA), impuestos sobre ventas de bienes o servicios, impuestos transaccionales, retenciones en la fuente comprendidas en los CDI, etc.

Otras medidas no tradicionales que se basan en criterios de nexo territorial, como la "presencia económica significativa", o incluso medidas frente a la elusión artificiosa de EP (*Diverted Profit Tax* de Reino Unido, *multinational anti-avoidance law* [MAAL] de Australia, entre otras) que se puedan considerar comprendidas en el ámbito de aplicación de los CDI no son calificadas como "medidas equivalentes" a los efectos del MLC. No obstante, las jurisdicciones parte de este convenio multilateral no aplicarían tales medidas a las MNE *in-scope* una vez que el MLC resulte aplicable. Sea como fuere, parece claro que las reglas de coexistencia entre estos diferentes tipos de medidas que pueden adoptar las jurisdicciones de mercado son complejas, poco claras y susceptibles de generar un cierto número de casos de controversia fiscal internacional y doble imposición.

436 Es cierto, no obstante, que las deducciones por doble imposición internacional establecidas en la legislación fiscal general pueden verse afectadas *a posteriori* como consecuencia de la toma en consideración de las retenciones en la fuente en sede del puerto seguro de marketing y distribución (MDSH) del Pilar 1 (Cantidad A). También el Convenio Multilateral para la Implementación de la Cantidad A del Pilar 1 (MLC) contiene mecanismos de resolución de controversias fiscales que pueden afectar al Impuesto sobre Sociedades (IS) y al Impuesto sobre la Renta de los No Residentes (IRNR) de los Estados parte. En este sentido, la relación entre el IS y el MLC no se limita a una mera "coexistencia".

437 De hecho, los criterios fijados para identificar un Impuesto sobre Servicios Digitales (DST) pueden terminar validando algunos impuestos sobre determinados servicios digitales.

En este sentido, no parece que los trabajos desarrollados alrededor del Pilar 1 a efectos de adaptar el sistema fiscal internacional a la economía digital hayan logrado su objetivo. La fórmula articulada a través del MLC es excesivamente compleja y afecta únicamente a un limitadísimo grupo de grandes contribuyentes (en torno a 100 grupos MNE), y no resuelve de forma horizontal la cuestión del nexo fiscal y la asignación de renta o beneficios en relación con las principales operaciones o formas de hacer negocios en una economía digitalizada, ni comporta una adaptación de la red de CDI a esta nueva realidad digital. Los trabajos sobre el Pilar 1 deben conectarse también con el artículo 12B del MC ONU, ya que, en definitiva, persiguen finalidades similares, aunque se trata de fórmulas muy diversas en contenido, dimensión, carácter y naturaleza. Igualmente, debe apuntarse que el acuerdo adoptado por el Comité ad hoc de Naciones Unidas sobre los "términos de referencia" para un Convenio Marco de Cooperación Fiscal Internacional, del 16 de agosto 2024, incluye la elaboración de un early protocol dedicado al desarrollo de un régimen de prestaciones de servicios transfronterizos en un contexto altamente globalizado y digital, que podría dar continuidad a los trabajos de adaptación del sistema fiscal internacional a la economía globalizada.[438]

4.2.2. Principios acordados en relación con el Pilar 2 del Plan BEPS: régimen global de tributación corporativa mínima[439]

Configuración general

El Acuerdo/la Declaración multilateral de octubre de 2021 configuró el Pilar 2 como un conjunto de medidas, interrelacionadas entre sí, dirigidas a articular un sistema global de tributación corporativa mínima (*global minimum tax o GloBE tax*) para las grandes empresas.

El sistema de tributación global mínima acordado en la Declaración se estructuró alrededor de los siguientes elementos:

» Por un lado, dos medidas de carácter local, conjuntamente denominadas GloBE *rules*: (1) una regla de inclusión de la renta o *Income Inclusion Rule* (IIR), que

438 Los "términos de referencia" para el Convenio Marco de Cooperación Fiscal Internacional de Naciones Unidas, del 16 de agosto 2024, incluye la elaboración de un segundo *early protocol* en relación con una serie de materias prioritarias, entre las que figura "la fiscalidad de una economía digitalizada" (UN General Assembly A/AC.295/2024/L.4, *Ad Hoc Committee to Draft Terms of Reference for a United Nations Framework Convention on International Tax Cooperation. Second Session*, Nueva York: Naciones Unidas; 29 de julio-16 de agosto de 2024).

439 Este párrafo se limita a exponer de forma básica los principios de la imposición corporativa global mínima del Pilar 2, establecidos en el Acuerdo fiscal global del 8 de octubre de 2021. En este sentido, cabe apuntar que, con posterioridad, la OCDE y el Marco Inclusivo sobre BEPS han ido desarrollando de forma muy técnica y precisa tales principios a través de un conjunto de materiales de *soft-law* (en particular, las GloBE *rules* o normas modelo GloBE), que no son objeto de exposición aquí.

constituye un impuesto adicional o complementario sobre la matriz última del grupo o *Ultimate Parent Entity* (UPE *top-up tax*) en relación con la renta obtenida por una entidad filial (o un EP), que ha sido gravada por debajo del tipo efectivo mínimo acordado (15%), y (2) una regla de tributación de beneficios infragravados (medida de pagos infragravados o *undertaxed profit rule* [UTPR]), que determina un gravamen sobre beneficios infragravados (ETR inferior al 15% de acuerdo con las GloBE *rules*) obtenidos por entidades que forman parte del grupo a efectos de la imposición mínima. Esta imposición adicional (UTPR) puede articularse de diversas formas por parte de las jurisdicciones donde se apliquen las medidas de la imposición mínima global respecto de esos beneficios infragravados obtenidos por una entidad de un grupo MNE *in-scope* que no esté sujeta a gravamen con arreglo a la medida IIR o al impuesto nacional mínimo cualificado o *Qualified Domestic Minimum Tax* (QDMTT).[440]

» Por otro lado, una "medida convencional" (*treaty rule*) de sujeción fiscal o *subject to tax rule* (STTR) que permite a las jurisdicciones fuente exigir un gravamen en la fuente sobre ciertos pagos entre entidades vinculadas (por ejemplo, intereses y cánones) que soportan una imposición por debajo de un tipo mínimo (nominal) del 9%. La STTR será deducible como impuesto cubierto de acuerdo con las GloBE *rules*.

Del Acuerdo/la Declaración multilateral cabe deducir que, en línea con el *Pillar Two Blueprint* (2020), se contempla la prioridad de la medida STTR sobre las GloBE, así como la aplicación prioritaria de la regla IIR sobre la UTPR, de manera que esta última aplicaría residualmente en casos donde la matriz del grupo MNE en el que está incluida una filial o EP fuera residente de un país que no hubiera implementado la regla IIR o al QDMTT.

El Acuerdo global multilateral de octubre 2021 definió el "marco estructural del Pilar 2" (y del Pilar 1) sin perjuicio de que haya ido evolucionando a través de una serie de instrumentos de desarrollo (GloBE *rules, GloBE Implementation Framework, Administrative Guidance*, STTR, MLI, etc.) que se mencionan más abajo, y que

440 La *Declaración sobre el enfoque de dos pilares para abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía,* del 8 de octubre 2021, incluyó como novedad un supuesto de exclusión para la regla de pagos infragravados (UTPR), por el cual no resultará de aplicación para las empresas multinacionales (MNE) en los estadios iniciales de su actividad internacional (aplicable a MNE con un máximo de €50 millones de activos tangibles en el extranjero que operen en un máximo de cinco jurisdicciones). Esta exclusión se limita a los cinco primeros años a partir del momento en que la MNE entre en el ámbito de aplicación de las normas modelo de la OCDE relacionadas con el cumplimiento de la tributación global mínima (GloBE *rules*) por primera vez. La aplicación de la UTPR está prevista para 2024, a diferencia del IIR (2023). Posteriormente, se modificaron tales fechas, de manera que la regla IIR aplicaría a partir de 2024 y el UTPR a partir de ejercicios iniciados a partir de 2025. También se modificó la configuración de la medida UTPR, y se desarrolló la medida del impuesto nacional mínimo cualificado (QDMTT).

atienden a una serie de elementos esenciales que se exponen a continuación en su formulación originaria (2021).

Estatus de las reglas acordadas sobre el Pilar 2

El Acuerdo estableció que las GloBE rules o normas modelo reguladoras del marco para el cálculo de la tributación mínima, tendrían la consideración de un "enfoque común" (sujeto a *peer-review* para quienes las adopten), lo cual significa que las jurisdicciones miembros del BEPS IF no estarían "obligadas" a implementar tales medidas, pero deben aceptar su aplicación por otras jurisdicciones que sí sean miembros, incluyendo las específicas *ordering rules* y de los puertos seguros que se acuerden del mismo modo, las jurisdicciones miembros del BEPS IF que adopten las GloBE *rules* deben hacerlo de forma consistente con el Acuerdo multilateral alcanzado.

Ámbito de aplicación de las medidas de tributación corporativa mínima del Pilar 2

La Declaración estableció que las GloBE *rules* se aplicarían a grupos MNE que cumplieran o superaran el umbral de €750 millones de cifra de negocios consolidada, determinado con arreglo al marco establecido para la aplicación de los informes país por país de la Acción 13 de Plan BEPS (2015). No obstante, indica que los países y distintas jurisdicciones pueden aplicar la medida de inclusión IIR a grupos MNE establecidos en su territorio, aun cuando no cumplan o no alcancen dicho umbral cuantitativo. Es decir que permite que una jurisdicción articule una medida IIR por debajo del umbral de €750 millones de importe neto de cifra de negocios del grupo MNE.

La Declaración del Acuerdo multilateral también "ordenó" los supuestos de exclusión del ámbito de aplicación de las GloBE *rules* respecto de organismos gubernamentales, organizaciones internacionales, entidades sin fines de lucro, fondos de pensiones o de inversión (regulados) y vehículos de inversión inmobiliaria que sean UPE de grupos MNE, o cualquier entidad *holding* controlada y utilizada por tales entidades, organizaciones o fondos. También se consideró una exclusión para la renta derivada de actividades de transporte internacional en los términos definidos en el artículo 8 del MC OCDE. Asimismo, se articuló una regla de exclusión de *minimis* para aquellas jurisdicciones en las que las MNE obtengan ingresos inferiores a €10 millones y beneficios inferiores a €1 millón.

Configuración básica de las GloBE rules

La medida IIR, en los términos del Acuerdo, operaría como un *top-up tax* o impuesto adicional o complementario computado desde la perspectiva de la UPE "aguas abajo", respecto de los beneficios de las entidades que forman parte del grupo MNE

y que han soportado una tributación inferior a la imposición global mínima. La IIR aplicada por la UPE se complementó con las *split-ownership rules*, que requieren que una "matriz intermedia" aplique la regla IIR a las entidades filiales controladas por esta cuando dicha matriz está parcialmente participada por un accionista minoritario que no forma parte del grupo MNE.

La IIR fue configurada en el Acuerdo como el mecanismo principal para lograr el objetivo de la tributación mínima del beneficio corporativo de las MNE. Su operativa vendría a inspirarse en los TFI y en el *Global Intangible Low-Tax Income* (GILTI) de Estados Unidos establecido por la *Tax Cuts and Jobs Act* de 2017, toda vez que la IIR está pensada para operar al nivel del accionista último (UPE) y determina la exigencia de un impuesto complementario (*top-up tax*) allí donde la renta de la entidad controlada estuviera gravada (efectivamente) a un tipo de gravamen efectivo (ETR) por debajo del umbral de tributación mínima acordado internacionalmente (15 %). No obstante, la OCDE (a través de las GloBE *rules* publicadas en diciembre de 2021), alteró posteriormente la regla de aplicación prioritaria de la IIR (a favor del país de residencia de la UPE del grupo MNE, con carácter general), creando la figura del (QDMTT), que permite que las jurisdicciones donde están situadas las entidades del grupo cuyo nivel de tributación (globalmente considerado a nivel país) sea inferior a la tributación mínima, puedan exigir dicho impuesto mínimo alineado con las GloBE *rules*, de manera que tal imposición adicional se recaude a ese nivel, en lugar de por el país de residencia de la UPE (o de otra jurisdicción de una *subholding*).

La medida sobre beneficios infragravados UTPR del Acuerdo se configuró como un mecanismo de salvaguardia o *backstop* de la regla IIR, por tanto, se concibió como una "medida secundaria" que aplicaría cuando una entidad parte de un grupo MNE no estuviera sujeta a una IIR (que ya determina una tributación mínima del grupo MNE), por ejemplo, como consecuencia del establecimiento de la matriz del grupo en una jurisdicción que no hubiera implementado la regla IIR. Esta medida también aplicaría respecto de entidades (infragravadas) localizadas en el país de residencia de la UPE del grupo MNE *in-scope*. De alguna forma, la medida UTPR trataría de evitar operaciones de *corporate inversion* por parte de MNE hacia jurisdicciones que no establezcan la medida IIR. En principio, allí donde aplicara un impuesto mínimo nacional alineado con las GloBE, no se implementaría esta medida respecto de los beneficios comprendidos en su ámbito de aplicación.

La UTPR, por lo tanto, estaba concebida como medida residual o supletoria que aplicaba únicamente donde no se hubiera puesto en práctica otra regla de imposición mínima (IIR, QDMTT). La configuración originaria de la UTPR ha experimentado cambios relevantes, en particular a través de las GloBE *rules*. Actualmente, se denomina *Undertaxed Profits Rule* y opera de forma independiente a los pagos intragrupo en relación con el gravamen de una entidad infragravada. Es posible que la UTPR sea la medida del Pilar 2 que resulte más controvertida a nivel internacional, por su

potencial incompatibilidad con los CDI vigentes o, en ciertos casos (muy limitados), con los acuerdos sobre protección recíproca de inversiones.

Cálculo del tipo de gravamen efectivo mínimo (ETR test)

En los términos del Acuerdo, las medidas IIR y UTPR (denominadas GloBE), vendrían a operar bajo un mismo patrón (*top-up tax*) y un "marco regulatorio común" a efectos del cálculo de nivel de imposición efectiva mínima (*mínimum* ETR) del Acuerdo/la Declaración se deducía un alto nivel de convergencia con las reglas del *Pillar Two Blueprint* (2020), por más que, con posterioridad, la OCDE haya publicado normas modelo GloBE (2021), que introducen cambios relevantes en relación con el marco originario.

Estas medidas (IIR, UTPR, y, con matices, el QDMTT) se aplicarían a grupos MNE y a las entidades que forman parte estos (*constituent entities*) dentro del perímetro del grupo consolidado de acuerdo con los correspondientes estándares de información financiera (normas internacionales de información financiera [IFRS], principios contables generalmente aceptados [US GAAP], etc.). Originalmente estas medidas estaban pensadas para que resultasen de aplicación únicamente a grandes grupos MNE cuya cifra neta anual de ingresos brutos supere los € 750 millones, aunque ya se ha señalado que el umbral cuantitativo de IIR puede ser inferior al del CbCR por referencia al ámbito de aplicación de la obligación de elaborar el "informe sobre el gravamen de los beneficios obtenidos país por país". Ello genera evidentes sinergias con el marco de la Acción 13 del Plan BEPS en lo referido al ámbito de aplicación del CbCR, y deja extramuros de estas medidas (IIR y UTPR) a las pequeñas y medianas empresas (pymes) y a otras entidades (sociedades gubernamentales, organizaciones internacionales, entidades sin fines de lucro, fondos de inversión y de pensiones), que cubren el 90 por 100 de los beneficios corporativos a nivel global.

Las medidas IIR y UTPR (y, con matices, el QDMTT) operarían a partir de una base imponible común (GloBE *tax base*), cuya determinación toma como punto de partida los estados financieros consolidados del grupo elaborados por la UPE bajo estándares internacionales que se consideren válidos (IFRS, US GAAP, entre otros). El beneficio (*business profit*) que resulta de estos estados financieros consolidados, en principio podría ser objeto de diversos ajustes (por ejemplo, las tradicionales diferencias temporales y permanentes) a efectos de eliminar distorsiones y aproximar la GloBE *tax base* a una hipotética base imponible ordinaria de un impuesto sobre sociedades, toda vez que de otra forma el cálculo del ETR de las distintas entidades del grupo estaría muy alejado de la realidad (bajo cuentas individuales o de grupo fiscal).

La Declaración relativa al Acuerdo multilateral de 8 de octubre 2021 realizada por la OCDE indicaba que las GloBE *rules* incluirían las reglas de ajuste, como los mecanismos para gestionar las diferencias temporales, acordes con su finalidad.

Este complejo sistema de ajustes (*book-tax differences*) desarrollado por las GloBE rules debe aplicarse a escala del grupo MNE a partir de sus estados financieros consolidados (ajustados). Pero, a la vista de su dificultad técnica, las GloBE *rules* han sido complementadas por otros materiales desarrollados por la OCDE y el marco de implementación de las normas modelo de imposición global mínima, a saber: (1) los Comentarios a las GloBE *rules* (marzo de 2022); (2) el GloBE *Implementation Framework* (diciembre de 2022), y (3) la *Administrative Guidance* del Pilar 2 (varias entregas publicadas en febrero, julio y diciembre de 2023).

A efectos de calcular el tipo de gravamen efectivo o ETR (a nivel de entidad individual y, posteriormente, por jurisdicción), el Acuerdo global de octubre de 2021 estableció que se tomarían en consideración una serie de impuestos (*covered taxes*) que gravan la renta neta de las entidades o corporaciones (aunque también se incluyen retenciones en la fuente, salvo en casos de renta exenta u objeto de diferencia permanente): El cálculo del ETR se realizaría dividiendo los impuestos soportados por la base imponible (GloBE) imputable a cada jurisdicción; es decir, se optaría por un *jurisdictional blending*, y no por un *global blending* como establece la regulación actual del GILTI de Estados Unidos.

En aquellos casos en los que el ETR del grupo MNE en una jurisdicción fuera inferior al ETR mínimo acordado internacionalmente (el 15%), la MNE resultaría sujeta a una GloBE *tax liability* o tributación adicional o complementaria sobre el beneficio infragravado hasta alcanzar el umbral de imposición mínima (*top-up tax*). El *top-up tax* se exigiría en la jurisdicción de la UPE del grupo con arreglo a la IIR o, en el caso donde esta no operara, se aplicaría a nivel de las jurisdicciones que hubieran implementado la UTPR en las que la MNE opera a través de entidades situadas en el grupo. Ciertamente, si la jurisdicción de que se trate hubiera establecido un QDMTT, este aplicaría con prevalencia sobre las reglas IIR y UTPR.

Por lo tanto, la regla de tributación mínima, en principio no está pensada para que opere "igualando" la tributación del beneficio extranjero con la tributación del beneficio nacional del país de residencia de la UPE.[441] Esto significa que las medidas del Pilar 2 no eliminan totalmente ni en todos los casos el "incentivo fiscal" para localizar actividades económicas en jurisdicciones distintas de aquella donde está situada la UPE del grupo MNE, toda vez que pueden existir diferencias de tributación importantes entre la UPE y otros países que desarrollen políticas fiscales y

441 El nivel de tributación al que el país de residencia de la matriz pueda someter el beneficio extranjero que no haya quedado sujeto a la tributación efectiva mínima (computada a nivel jurisdiccional), no estaba fijado en el Acuerdo político multilateral alcanzado el 1 de julio de 2021 y, en principio, le corresponde a cada jurisdicción fijar el nivel de tributación (igual o superior al 15% del tipo de gravamen efectivo [ETR]). El ejemplo del *Global Intangible Low-Tax Income* (GILTI) de Estados Unidos evidencia que no se aplica el tipo de gravamen nominal del Impuesto sobre Sociedades (IS) federal (nacional) respecto del beneficio extranjero gravado por debajo de la tributación mínima. En este sentido, la regla de inclusión de la renta (IIR) no está pensada para que opere como un régimen de transparencia fiscal internacional (TFI). El desarrollo posterior del marco de imposición global mínima, a través de las GloBE *rules*, regula el *top-up-tax* del 15% sobre los beneficios infragravados, de acuerdo con tales reglas.

económicas dirigidas a atraer inversiones, moviéndose dentro del nuevo marco de las *GloBE rules* (allí donde sea aplicable).[442]

En relación con el tipo efectivo mínimo aplicable en el marco de las GloBE *rules*, el consenso internacional lo terminó fijando en 15% (*per-jurisdiction*), aunque un cierto número de jurisdicciones, en su mayoría países en desarrollo y emergentes, consideran que es muy bajo y que debería elevarse al 21% o incluso al 25%.

Exclusiones o carve-outs

La Declaración/el acuerdo global de octubre de 2021 incluyó un *carve-out* de sustancia económica que opera reduciendo el cálculo del impuesto complementario por la vía de reducir el beneficio sujeto al impuesto mínimo, restando el importe imputable al *carve-out* de sustancia. Se ha establecido un *formulaic substance carve-out,* donde se prevé un período de transición de 10 años durante el cual el importe de renta excluida será el 8% del valor contable corregido de determinados activos tangibles y el 10% de los salarios, que disminuirá anualmente durante los primeros cinco años en 0,2 puntos porcentuales, durante los últimos cinco años en 0,4 puntos porcentuales para los activos tangibles y en 0,8 puntos porcentuales para los salarios. Tras el período de transición, el importe excluido será el 5% del valor contable corregido de los salarios y del activo material.

El objetivo del *formulaic substance carve-out* pasa por limitar el impacto de las GloBE *rules* sobre el excess income (ajuste de exclusión o *carve-out* basado en indicadores de actividad económica representados a través del cómputo de los costos de determinados activos y capital humano [*fixed return for substantive activities*]), de manera que operen fundamentalmente sobre beneficios residuales derivados de explotación de intangibles. Esta regla podría inspirarse precisamente en el *Qualified Business Activity Income* (QBAI) del GILTI americano que se estableció a través de la *US Tax Cuts & Jobs Act* aprobada en diciembre de 2017.

En cierto modo, podría considerarse que el *carve-out* de sustancia preserva en mayor medida la soberanía fiscal de los Estados (su derecho prioritario de gravamen sobre renta generada en su territorio) y evita un dislocamiento abrupto por parte del Pilar 2 de los principios de fiscalidad internacional basados en la sustancia (y en

442 A este respecto, se ha objetado que las medidas del Pilar 2 teóricamente están pensadas para detener la competencia fiscal en relación con el Impuesto sobre Sociedades (IS), pero pueden acelerar la reducción de la tributación corporativa efectiva de manera que el 15% del tipo de gravamen efectivo (ETR) se convierta en el tipo efectivo ordinario.

las actividades de generación y creación de valor)[443] que forman parte del sistema de fiscalidad internacional y que se reflejan en el propio Plan BEPS 1.0 a efectos de imputar beneficios y admitir regímenes preferenciales. No obstante, no puede dejar de señalarse que el *carve-out* de sustancia no es neutral, en el sentido de que su configuración favorece a los sectores e industrias intensivas en activos tangibles y personas, frente a aquellos que se basan más en activos intangibles. En esta misma línea, también cabría apuntar que esta medida, indirectamente, beneficia la localización de actividad económica en países de baja tributación,[444] y se ha puesto de relieve, además, que este tipo de fórmulas puede favorecer el *offshoring* o procesos de localización de actividad económica real en el extranjero,[445] así como un nuevo *tax planning* basado en la utilización de la "sustancia económica".

Medidas de simplificación

El Acuerdo consideró que, con el objetivo de permitir que las medidas GloBE operen de forma eficaz y se reduzcan los costos administrativos y empresariales de cumplimiento, de acuerdo con los propios objetivos que plantean, el marco de implementación del Pilar 2 incluiría puertos seguros y otros mecanismos que simplificaran la aplicación y el cumplimiento de las medidas de tributación global mínima. Posteriormente, la OCDE y el Marco Inclusivo han establecido una serie de puertos seguros con esta funcionalidad, como el puerto seguro basado en el informe país por país (*Country by Country Safe Harbour*) y el puerto seguro del impuesto mínimo doméstico cualificado (QDMTT *Safe Harbour*).

Resolución de disputas en el contexto del Pilar 2

A pesar de la complejidad que presentan las IIR, las UTPR y el QDMTT, no existe un mecanismo de resolución de disputas relativo a su aplicación e interpretación. Por el momento, parece que la OCDE y los distintos Estados han pospuesto la adopción

443 La asignación de la deuda tributaria del Impuesto sobre Sociedades (IS) en función del nivel de imposición de la jurisdicción donde está localizada la entidad a la que se le atribuye la renta (no donde se realizan de forma efectiva las actividades y funciones y están localizados los activos y el control de los riesgos) ciertamente es susceptible de alterar los principios de fiscalidad internacional imperantes hasta la fecha. De alguna forma, el *carve-out* de sustancia económica previsto en las normas modelo de la OCDE relacionadas con el cumplimiento de la tributación global mínima (GloBE) puede reducir esta tensión, pero de manera limitada. En este mismo sentido, no puede dejar de apuntarse la conexión entre el *carve-out* de sustancia económica integrado en las GloBE y el estándar del principio de plena competencia, toda vez que la imputación de beneficios a una jurisdicción con arreglo a la normativa de precios de transferencia (que impacta sobre el tipo de gravamen efectivo [ETR] y la renta de la entidad sujeta a la imposición mínima calculada con arreglo a las GloBE *rules* (GloBE *Income*) tiene que ser sostenible y consistente con dicho estándar, ya que de otro modo el cálculo de la imposición mínima de acuerdo con las GloBE puede no resultar correcto al alterarse estos elementos.

444 No obstante, la utilización del *carve-out* de sustancia económica presenta dificultades en jurisdicciones de baja tributación, ya que, por su situación geográfica, territorio, mano de obra, infraestructuras, etc., no resulta fácil ni eficiente la localización de actividades económicas sustanciales.

445 Congressional Budget Office, *The Budget and Economic Outlook: 2018 to 2028*, p. 109, Washington, D.C.: CBO; 2018.

de un mecanismo de este tipo y confían, en una primera instancia, en los efectos del *peer-review* que llevará a cabo la OCDE. No obstante, algunos Estados (Italia, por ejemplo) han seguido la propuesta de algunos autores (entre ellos, uno de los firmantes de este Manual) de adoptar un mecanismo de resolución de disputas a través de su regulación en la legislación interna. La OCDE ha anunciado que, a lo largo de 2024, pondrá en marcha trabajos a efectos de la instrumentación de un convenio multilateral de resolución de controversias fiscales en relación con la aplicación de la imposición global mínima (Pilar 2).

Regla de sujeción fiscal

El Acuerdo contiene una declaración que indica que los miembros del BEPS IF reconocen que para los países en desarrollo[446] la STTR o regla de sujeción fiscal efectiva constituye una medida integral para alcanzar una posición de consenso sobre el Pilar 2.

Según el Acuerdo, los países miembros del BEPS IF que aplicaran un tipo nominal de gravamen del Impuesto sobre Sociedades (IS) por debajo de la STTR, ratio mínima sobre intereses, cánones y otro tipo de pagos se comprometen a implementar la STTR en su red de CDI con países en desarrollo que sean miembros del BEPS IF cuando así lo soliciten. De esta manera, la STTR operaría como medida primaria de gravamen sobre determinada renta infragravada en sede de la entidad perceptora, permitiendo al país o a la jurisdicción de la fuente someter a gravamen esta renta a un tipo nominal mínimo del 9%.

El derecho de imposición en aplicación de la STTR resultará limitado, o se topará con la diferencia que medie entre el tipo mínimo y el tipo de gravamen sobre el pago de que se trate. Este tipo de gravamen (nominal) mínimo para la STTR se ha fijado en el 9%. El hecho de que la STTR utilice un tipo de gravamen mínimo inferior al que emplean las GloBE posiblemente obedezca a que se trata de un gravamen sobre renta bruta, de manera que, en general, la tributación efectiva sobre la renta neta en sede del perceptor es mayor.

La cláusula de sujeción fiscal constituye una medida de aplicación preferente respecto de determinados pagos intragrupo infragravados (sujetos a tipo nominal del IS inferior al 9% en el país de residencia del perceptor).

446 El concepto de país en desarrollo se define utilizando el GNI per cápita, y se calcula siguiendo el *World Bank Atlas Method.* Comprendería un buen número de países, entre ellos Argentina, Brasil, China, India, México y Rusia. La OCDE ha precisado y matizado el concepto de *developing country* a los efectos del Tratado Multilateral sobre la Regla de Sujeción Fiscal, remitiendo a las actualizaciones del *World Bank Atlas Method*; vid. OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Tax Challenges Arising from the DIgitalisation of the Economy–Subject to Tax Rule (Pillar Two)*, nota al pie 1, p. 5, París: OCDE; 2023. El Tratado Multilateral sobre la Regla de Sujeción Fiscal del Pilar 2, publicado en octubre de 2023, también contiene reglas específicas a este respecto (Anexo V: *Circuit Breaker Provision*), que ordenan situaciones donde un país en desarrollo con derecho a invocar la aplicación de esta cláusula, con posterioridad resulta clasificado como *high income economy* por el *World Bank Atlas.*

De acuerdo con los materiales publicados en 2023 por la OCDE (*Outcome Letter, Subject to Tax Rule Model Rules* y el instrumento multilateral MLI-STTR), con posterioridad al Acuerdo de 2021, esta medida de sujeción fiscal se habría desarrollado a través de varias fórmulas para facilitar su implementación y aplicación uniforme.

Por un lado, se elaboró una cláusula-modelo de la STTR y sus comentarios. La STTR se configura como una cláusula de naturaleza "convencional" que se incorporaría a los CDI o a un tratado multilateral sobre la implementación de la regla de sujeción fiscal del Pilar 2 (MLI-STTR), y que se proyectaría sobre pagos intragrupo de intereses y cánones, y todo tipo de servicios (intragrupo).[447] Solo se aplicaría a pagos infragravados en el sentido indicado (IS inferior al 9% nominal) en casos donde el CDI aplicable limite la tributación en la fuente. La cláusula tipo de la STTR ordena otros aspectos referidos a la aplicación (umbral de materialidad y otras exclusiones) y la gestión tributaria de la cláusula.

Por otro lado, se desarrolló el instrumento multilateral MLI-STTR (2023) junto con un *Explanatory Statement* para facilitar la implementación de la cláusula STTR a nivel internacional. El MLI-STTR modificaría los CDI que estuvieran en su ámbito de aplicación, permitiendo la puesta en práctica de la STTR, pero sin que tal gravamen mínimo determine la obligación de aplicar una medida para evitar la doble imposición en relación con esta regla de sujeción fiscal.[448] El 2 de octubre de 2023, la MLI se abrió a la firma de los Estados, de suerte que estos pueden optar por un enfoque bilateral o multilateral a los efectos de implementar la STTR, aunque no se espera que el MLI-STTR despliegue efectos antes del 1 de enero de 2025.

La STTR constituye, en gran medida, un complemento de las GloBE. Esta regla está pensada para aplicarse en determinados *eroding payments* entre "empresas asociadas" que se benefician de exenciones o retenciones reducidas del CDI, de manera que allí donde el perceptor no estuviera sujeto a un cierto nivel de imposición mínimo sobre tal renta, el Estado de la fuente denegaría la aplicación de los beneficios del CDI con el límite de la imposición mínima.

En este sentido, no puede perderse de vista que la STTR se puede aplicar con anterioridad a las GloBE, y, por ello, cualquier impuesto exaccionado en la fuente con arreglo a la STTR (como un *withholding tax*) se computaría a los efectos del cálculo del ETR jurisdiccional del grupo MNE en el marco de las reglas IIR y UTPR. Lo mismo ocurre respecto de la aplicación de otros impuestos derivados de la aplicación de cláusulas antiabuso locales o convencionales que se exaccionen antes de que se compute el tipo de gravamen efectivo o ETR con arreglo a las GloBE.

447 El artículo 1.4 del anexo I de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios (MLI) y la regla de sujeción fiscal (STTR) de 2023 incluye renta derivada de una serie de pagos por derechos de distribución en relación con un producto o servicio, primas de seguro y reaseguro, garantías financieras y otras rentas derivadas de la prestación de servicios.

448 Artículo 1.15 del anexo I de la MLI y la STTR (2023).

La STTR ha recibido ciertas críticas en los países en desarrollo, considerando su limitado alcance, complejidad y dificultad para su instrumentación, y llegaron a anticipar que tendrá poca incidencia en la práctica, puesto que se tenderá a superar este mecanismo por medidas unilaterales que determinen una mayor tributación en la fuente de renta transfronteriza. De hecho, en el contexto del MC ONU, se ha propuesto una cláusula de sujeción con una operatividad más amplia y de menor complejidad técnica.

Implementación de las medidas del Pilar 2

La Declaración/el Acuerdo global de octubre de 2021 incluye un anexo que detalla las expectativas de plazo relativas a la puesta en práctica de las medidas previstas.

A este respecto, cabe indicar que las GloBE del del Pilar 2 se publicaron el 20 de diciembre de 2021, con un mes de retraso respecto del plan de implementación.

La aprobación de las medidas legislativas de la regla de inclusión del Pilar 2 debían llevarse a cabo en 2023, aunque la mayoría de los países están demorados y ya se ha postpuesto, en ciertos casos, por ejemplo, la entrada en vigor de la UTPR para 2026.

Respecto de la implementación de las medidas del Pilar 2, cabe destacar que la regla STTR (y posiblemente la UTPR, aunque no es esta la posición de la OCDE) requiere la modificación de la red global de CDI, ya sea a nivel bilateral o a través de un tratado multilateral. Como se sabe, la elaboración, firma y ratificación de tratados internacionales resulta más lenta que la aprobación de normas nacionales, y en tal sentido esta circunstancia bien podría ralentizar el proceso de implementación efectiva de una parte relevante del paquete del Pilar 2.

La puesta en práctica de las GloBE (IIR, UTPR y QDMTT) requiere, en todo caso, la modificación de la legislación interna de los distintos países que se comprometieran a articular este nuevo principio internacional de tributación mínima global del beneficio corporativo. El hecho de que la implementación de las principales medidas del Pilar 2 (IIR, UTPR y QDMTT) pueda llevarse a cabo a nivel nacional a través de legislación local sin requerir de un tratado internacional a tal efecto (a diferencia de lo que ocurre con la STTR o la Cantidad A del Pilar 1) facilita su articulación a nivel internacional, de modo que, en julio de 2024, de acuerdo con el informe del Secretario General de la OCDE al G20 Brasil, alrededor de 40 países habrían puesto en marcha procedimientos legislativos para la aplicación de medidas de tributación corporativa mínima a partir de 2024 o 2025, lo cual evidencia la rápida expansión internacional de las medidas del Pilar 2 tras la adopción en la Unión Europea (UE) de la Directiva 2022/2523, que estableció dicha tributación corporativa mínima en la UE.

5. ALGUNAS IDEAS FINALES SOBRE LAS IMPLICACIONES QUE PUEDEN DERIVARSE DEL ACUERDO MULTILATERAL DE REFORMA FISCAL GLOBAL ALCANZADO EN EL MARCO INCLUSIVO SOBRE BEPS

Más allá de las consideraciones ya formuladas a lo largo de esta sección sobre los distintos elementos y medidas que conforman el Acuerdo multilateral alcanzado el 8 de octubre de 2021, cabe apuntar algunas ideas adicionales (preliminares) sobre las implicaciones que podría derivar:

1. El Acuerdo multilateral alcanzado por la mayoría de las jurisdicciones del Marco Inclusivo sobre BEPS, que contó particularmente con el impulso y el capital político de los países del G7, representa un hito en la historia de la cooperación fiscal internacional. Más allá de su valor en términos de revitalización del multilateralismo político, económico y fiscal, con todo lo que conlleva en términos de postergación de los intereses estrictamente nacionales de cada uno de los países y jurisdicciones que han cedido una parte de su "poder tributario" nacional, cabría poner de relieve, sin perjuicio de las ideas que se exponen más abajo, algunas consideraciones de fondo sobre los objetivos de política fiscal y elementos consensuados a través del Acuerdo: (1) los importantes cambios introducidos en el sistema de fiscalidad internacional a través de los Pilares 1 y 2, en gran medida podrían buscar la articulación de nuevas limitaciones en relación con las posibilidades de planificación fiscal (residual) que seguían existiendo en un contexto post-BEPS 1.0[449] (en este sentido, uno de los objetivos del Acuerdo pasaría por articular un *more tax planning resistant global tax system*) y (2) los cambios derivados del Acuerdo pretenden concertar un nuevo punto de equilibrio entre *production based views* y *market based views*, de manera de reforzar tanto la imposición en la fuente como la que favorece el gravamen en los países de residencia de las matrices de los grupos MNE, aunque es verdad que el equilibrio es inestable y en modo alguno el Acuerdo desactiva la tensión estructural sobre la distribución del poder tributario entre las jurisdicciones mercado y los países de residencia de las matrices de los grupos multinacionales.[450]

449 El Pilar 1 limitaría las "estructuras" que excluyen o restringen considerablemente la tributación en las jurisdicciones mercado, en tanto que el Pilar 2 cercenaría el *tax planning* con sustancia consistente en el *profit shifting through real activity-shifting*.

450 No obstante, no puede afirmarse, cuando menos sin muchos matices, que el Acuerdo multilateral ha establecido una redistribución del poder tributario que favorece la equidad horizontal a nivel internacional, ya que los países en desarrollo, en términos generales, no pueden considerarse los grandes beneficiarios de los cambios que articula.

2. El Acuerdo multilateral sobre la reforma fiscal global del Plan BEPS 2.0, a pesar de apuntalar la figura y la capacidad recaudatoria del IS, puede traer consigo una cierta inestabilidad a la hora de aplicar las actuales reglas del sistema fiscal internacional a las grandes empresas durante el período de transición que se inicia desde la adopción del Acuerdo hasta la su implementación efectiva por un número significativo de jurisdicciones. A este respecto, cabe anticipar que la implementación y la efectiva aplicación de las medidas derivadas de los Pilares 1 y 2 del Plan BEPS 2.0 tendrán lugar de forma asimétrica tanto en el plano temporal como en el territorial. En este sentido, la transición hacia el nuevo sistema fiscal internacional podría resultar más larga en el caso del Pilar 1 que en el de las medidas de tributación corporativa mínima. Un sistema fiscal internacional que evolucione en tal sentido pivotando sobre el desarrollo de la imposición global mínima del Pilar 2 y con escasos avances en relación con los principios y medidas derivadas del Pilar 1 (Cantidad A), a duras penas resultará sostenible y difícilmente servirá a los fines últimos del acuerdo fiscal global de octubre de 2021.

3 El Acuerdo multilateral sobre los Pilares 1 y 2 del Plan BEPS 2.0 puede determinar una transformación del sistema fiscal internacional, con el objetivo de lograr su estabilización a corto o mediano plazo (*restoration of economic multilateralism and tax peace goal*), aunque sea a costa de erosionar la "seguridad jurídica" e intensificar los riesgos de doble imposición. El sistema también avanza claramente hacia una mayor coordinación fiscal material y el fortalecimiento de la cooperación entre las administraciones tributarias. Esta creciente cooperación y coordinación fiscal, que en los últimos tiempos se estaría ralentizando y enfriando en gran medida por razones geopolíticas, se hace a expensas de la erosión y la pérdida de cuotas de "soberanía fiscal" y de la limitación significativa de la "competencia fiscal" entre Estados (*tax competition paradigm shift*).[451] Todo esto puede generar una percepción pública de mejora o reforzamiento de los niveles de "justicia fiscal" e "integridad" del sistema de fiscalidad internacional, por más que posiblemente sea provisional y fácilmente cuestionable.

451 Como ya se ha indicado, determinadas medidas del Pilar 2 siguen dejando un margen de maniobra para que se desarrollen políticas de competencia fiscal; no obstante, ciertas jurisdicciones (*small tax havens*) tendrán muchas dificultades para desarrollar tales políticas de competencia fiscal. Por otro lado, las normas modelo de la OCDE relacionadas con el cumplimiento de la tributación global mínima (GloBE) del Pilar 2 pueden determinar una erosión relevante del derecho prioritario de gravamen que ostentan las jurisdicciones en relación que determinadas rentas derivadas de actividades realizadas en su territorio, a menos que establezcan un impuesto nacional mínimo (vid. Noked, N., Defense of Primary Taxing Rights, *Virginia Tax Review* 2021;2[40]).

4. Los cambios derivados del Plan BEPS 2.0 representan, con carácter general, una evolución incremental respecto de los principios que inspiraron los informes del Plan BEPS 1.0, hasta el punto de que modulan significativamente algunos elementos centrales, por ejemplo, los principios y estándares en materia de competencia fiscal perniciosa y de la distribución del poder tributario y el *international profit allocation*, por no mencionar la función que representa la "sustancia económica" en este contexto. No obstante, los cambios derivados del Acuerdo multilateral sobre el Plan BEPS 2.0 no determinan la superación total o el reemplazo del actual sistema de tributación internacional, ya que sigue dominando el principio de tributación en el Estado de residencia como consecuencia, en gran medida, de un sistema de imposición sobre la renta que pivota principalmente sobre la regulación de precios de transferencia y sobre los CDI basados en el MC OCDE, aunque gana terreno la tributación en destino/mercado/fuente. En este sentido, el objetivo principal de estabilización del sistema (*tax peace goal*) que se persigue a través del Plan BEPS 2.0, posiblemente no pueda alcanzarse de manera apropiada a causa de la siguiente serie de razones: (1) puede haber países que decidan no suscribir al Acuerdo o lo hagan tan solo formalmente, de manera que su marco fiscal nacional resultará ajeno a la reforma fiscal global por razones muy distintas, como fundamentos de política económica o la falta de recursos o capacidad técnica de gestión del nuevo sistema; (2) las tensiones que se generan por desarrollar políticas fiscales nacionales (nacionalismo económico y creciente proteccionismo comercial) y atraer inversión y actividad económica continuarán, y terminarán erosionando el funcionamiento del Acuerdo, y (3) el contenido del Acuerdo en modo alguno resuelve los principales problemas que resultan del sistema tributario internacional (adaptación a la digitalización de la economía, disfuncionalidades del sistema de *transfer pricing convencional*, que favorece de forma dominante a países desarrollados, etc.). El sistema fiscal internacional está llamado a seguir evolucionando incrementalmente hasta poder afrontar los principales desafíos de un mundo globalizado con una geopolítica en pleno cambio y una economía cada vez más digitalizada. De hecho, la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 22 de noviembre 2023,[452] que puso en marcha la creación de una Convención Marco sobre Cooperación Fiscal Internacional, evidencia que, por un lado, los acuerdos alcanzados en el Marco Inclusivo sobre BEPS no han logrado sus objetivos, y, por otro, que el sistema fiscal internacional desarrollado hasta la fecha representa una "transición" hacia uno nuevo,

452 Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/C.2/78/L.18/REV.1, *Promoción en las Naciones Unidas de la cooperación internacional inclusiva y eficaz en cuestiones de tributación*, del 22 de diciembre 2023, donde 11 países votaron a favor, 46 países votaron en contra y 10 países se abstuvieron.

que pretende construirse progresivamente también de forma multilateral, pero bajo una gobernanza institucional distinta.

5. El modelo de *profit allocation* subyacente en el Pilar 1 consolida la deriva hacia un reparto formulario de bases imponibles (que no necesariamente reasigna bases imponibles en función de factores de creación de valor). Sin embargo, en realidad el Pilar 1 opta por un *hybrid profit allocation model*, al combinar el reparto formulario de una parte del beneficio residual con la aplicación del estándar internacional de plena competencia (*Amount B* + *profit allocation outside the Pillar 1 system*). En este sentido, el sistema de fiscalidad internacional post-BEPS 2.0 no solo termina arbitrando un modelo hipercomplejo con altos costos de cumplimiento y riesgos de doble imposición para los grupos MNE afectados por la Cantidad A, sino que también instrumenta un "sistema dual", en el sentido de que los grandes grupos MNE *in-scope* (Pilar 1 y 2) quedarían sujetos a un marco fiscal (dual a dos niveles) distinto al que estarán sujetos el resto de contribuyentes y grupos MNE *out-of-scope* (Pilar 1 y 2). Las diferencias de trato fiscal que resultan del nuevo sistema de fiscalidad internacional son susceptibles de plantear dudas sobre su compatibilidad con el Derecho de la UE, e incluso suscitar cuestiones constitucionales.[453]

6. Las medidas del Pilar 2 representan un avance hacia la solidificación del principio de tributación efectiva o *single tax principle* de toda la renta de los grupos MNE. A su vez, la medida IIR y el GILTI consagra un modelo de imposición sobre sociedades semiterritoriales, con todo lo que ello conlleva. No obstante, debe señalarse que, desde una perspectiva política fiscal, las medidas de imposición mínima de grandes MNE no solo se percibirían como una fórmula para estabilizar el marco fiscal internacional y recuperar capacidad recaudatoria del IS limitando la competencia fiscal entre jurisdicciones, sino que se estarían entendiendo como medidas con tintes antievasión fiscal que acotarían la planificación fiscal agresiva (y el *profit shifting*) por parte de los grupos MNE, reforzando la justicia y la integridad del sistema tributario (*more fair and equal tax contribution by all companies*).

453 A este respecto, cabría analizar la compatibilidad con los principios de igualdad tributaria y capacidad económica del régimen derivado de normas modelo de la OCDE relacionadas con el cumplimiento de la tributación global mínima (GloBE) (incluidos los impuestos nacionales mínimos), que se proyectan únicamente sobre determinadas entidades (considerando básicamente su "tamaño", pero también otros elementos). Por lo tanto, otros sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades (IS) no deberían regirse por estas normas especiales de imposición corporativa para grandes empresas (que pueden establecerse a través de una normativa especial al margen de la Ley del Impuesto sobre Sociedades [LIS]). No obstante, es cierto que el hecho de que determinados grupos de grandes y medianas empresas no estén comprendidos en el ámbito de aplicación de las medidas derivadas de los Pilares 1 y 2 no significa que queden completamente extramuros de la reforma y de la transformación del sistema de fiscalidad internacional.

7. La reforma fiscal global posee un impacto transformador del IS. La imposición societaria (sobre los beneficios de las entidades) se desdobla y se establece una suerte de régimen binario o dual, de manera que favorece la cristalización de una imposición corporativa especial para las grandes MNE que pivota sobre un enfoque internacional. Este enfoque internacional no solo se referiría a las "fuentes" que inspiran su ordenación material, sino también a su configuración y extensión espacial, en el sentido de que la exacción (y el alcance) del impuesto en una jurisdicción (por ejemplo, el país de residencia de la matriz del grupo) viene determinada cada vez con mayor intensidad por circunstancias extraterritoriales (nivel de imposición efectiva, aplicación de un impuesto nacional mínimo o de una regla de inclusión) y por la intersección entre sistemas tributarios nacionales. El Pilar 1 (Cantidad A) también entraña una importante modulación (y erosión) de los principios de empresa separada y de plena competencia, en favor de una asignación formularia de una parte del beneficio (residual) consolidado de grandes grupos MNE que se imputa a las jurisdicciones de mercado, con independencia de la concurrencia de un nexo fiscal en sentido tradicional. Esto podría perseguir una modernización del impuesto a efectos de poder someter a imposición a las grandes MNE que operan con organizaciones y cadenas de valor fragmentadas y que desarrollan modelos de negocios complejos cada vez más digitalizados, a los que resulta muy difícil aplicar las tradicionales normas de imposición del beneficio societario. A su vez, el IS, particularmente el aplicable a las grandes empresas, se configura en buena medida pensando en la función recaudatoria del impuesto, lo que diluye significativamente el papel o la función regulatoria (extrafiscal) como instrumento (regulatorio) de política comercial y económica, que es como se viene utilizando en algunos países.[454] Esta progresiva articulación de un régimen fiscal corporativo dual y la reconfiguración del IS, limitando su uso como instrumento de política económica, puede favorecer a países donde esta figura impositiva constituye una fuente financiera principal, en tanto que los países donde este impuesto posee una relevancia recaudatoria más restringida pueden experimentar la pérdida de la eficacia de un importante instrumento de política industrial y económica.[455] No obstante, resulta dudoso que el Pilar 2 pueda lograr la desactivación real y efectiva de la competencia fiscal entre Estados, utilizando a tal efecto la herramienta del Impuesto sobre Sociedades.

454 La imposición mínima neutraliza en gran medida la política económica, comercial e industrial articulada a través del Impuesto sobre Sociedades (IS). Nótese que la desactivación de estas políticas debería analizarse de manera apropiada, considerando, a su vez, cómo los incentivos fiscales no operan de forma horizontal e igualitaria, sino que favorecen más a unos sectores que a otros.

455 Por ejemplo, el Impuesto sobre Sociedades (IS) posee una relevancia recaudatoria de primer nivel en países como Estados Unidos y China, y en una serie de países en desarrollo y emergentes, en tanto que en la mayoría de los países de la OCDE su relevancia recaudatoria es menor; vid. OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Corporate Tax Statistics*, París: OCDE; 2023.

8. Los países que no suscriban o ejecuten algunas de las medidas del acuerdo global del Plan BEPS 2.0 (en particular, la imposición mínima Pilar 2) podrían terminar siendo objeto de un *blacklisting* de nueva generación, que en algunos casos puede determinar estrategias de salida de inversiones o de estructuras situadas en tales jurisdicciones. Es posible que este tipo de medidas, unidas a la denominada "mecánica perversa del Pilar 2", termine impulsando un alineamiento progresivo de la mayoría de los países y territorios con los principios del Acuerdo multilateral referidos al Pilar 2.

9. La implementación del Plan BEPS 2.0 traerá consigo un incremento de los costos de cumplimiento tributario, de los riesgos de doble imposición y, acaso, del tipo efectivo global de los grupos MNE comprendidos en el ámbito de aplicación de las medidas derivadas del Acuerdo global.

10. La instrumentación de las medidas de los Pilares 1 y 2 puede provocar una evolución relevante del modelo de fiscalidad corporativa de las grandes empresas; en particular, puede traer consigo una tendencia hacia impuestos "semiterritoriales" (híbridos), el avance de los modelos de reparto formulario de las bases imponibles y la cristalización de la tributación corporativa mínima efectiva del beneficio empresarial.

11. El Acuerdo no solo altera significativamente la posición y marco fiscal de las grandes empresas, sino que también impacta de forma relevante sobre la política fiscal que pueden desarrollar las distintas jurisdicciones,[456] sin que ello determine el fin de la competencia fiscal entre los Estados ni pueda excluirse un tránsito *from tax competition to subsidy competition*, que favorece a aquellos países (por ejemplo, no europeos) que no están sujetos a rígidas limitaciones para adoptar ayudas de estado.

12. La reforma fiscal global representa un enorme desafío para las administraciones tributarias, que tendrán que afrontar la gestión de un sistema de fiscalidad internacional muy complejo técnicamente, y en extremo dependiente de altos niveles de cooperación y coordinación fiscal internacional.

13. El Plan BEPS 1.0 y 2.0 está generando una transformación incremental del sistema de fiscalidad internacional que trasciende el marco impositivo aplicable a las

456 A este respecto, el futuro Plan BEPS 2.0 puede requerir que cada país analice de forma singularizada y autónoma la utilización del margen de soberanía fiscal residual que resulta de este acuerdo, a efectos de implementar una política fiscal estratégica que considere no solo los objetivos recaudatorios, sino que conecte la política fiscal con la política comercial y económica, tal y como ocurre en los países más avanzados.

grandes empresas multinacionales, al alterar el marco fiscal general de la imposición corporativa y determinar nuevos límites al ejercicio del poder tributario de los Estados. Desde un punto de vista conceptual, la reforma fiscal global derivada del Plan BEPS 1.0 y 2.0 intensifica el proceso de cristalización del sistema fiscal internacional, donde siguen conviviendo dos realidades: la coordinación fiscal internacional y el ejercicio autónomo de soberanías fiscales, por más que las políticas fiscales nacionales y las propias legislaciones tributarias estén cada vez más interrelacionadas y operen con creciente interdependencia.

Instituto de
Estudios Fiscales

BID

ISBN 978-1-59782-571-9