

EL CONCEPTO DE DIVIDENDO EN LOS CONVENIOS
DE DOBLE IMPOSICIÓN

SERIE DE DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL

JOSÉ MANUEL
CASTRO ARANGO

**EL CONCEPTO DE DIVIDENDO
EN LOS CONVENIOS DE DOBLE
IMPOSICIÓN**

PRÓLOGO DE
JUAN ZORNOZA PÉREZ

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Castro Arango, José Manuel

El concepto de dividendo en los convenios de doble imposición / José Manuel Castro Arango ; prólogo Juan Zornoza Pérez. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2016.
575 páginas ; 24 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587724479

1. Derecho fiscal 2. Procedimiento tributario 3. Evasión de impuestos (Derecho internacional) 4. Liquidación de revisión 5. Impuestos – Legislación 6. Hacienda pública – Aspectos jurídicos I. Zornoza Pérez, Juan, prologuista. II. Universidad Externado de Colombia. III. Título

344-3 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca - EAP

Febrero de 2016

ISBN 978-958-772-447-9

© 2016, JOSÉ MANUEL CASTRO ARANGO
© 2016, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: febrero de 2016

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: Precolombi EU-David Reyes
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

“One of the very first preliminary points to make international conventions or agreements on double taxation is to define the terms so that there will be no possibility of misinterpretation”.
Comité de los Cuatro Economistas (profesores Bruins, Einaudi, Seligman y Stamp) Sociedad de las Naciones, 1923.

“[...] contracting states can have radically different taxes bases and tax rates, different definitions of what constitutes a dividend, and different methods of implementing a double tax system. Under the current version of Article 10 of the OECD Model, such differences are not taken in account”.
Richard Doernberg, 1995.

“It is more important now than ever that taxpayers pay the right amount of tax at the right time and in the right place”.
Masatsugu Asakawa, presidente del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, 2012.

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo es la versión revisada y corregida de la tesis doctoral del mismo título, dirigida por el profesor Dr. Juan Zornoza Pérez y defendida en marzo de 2015 en la Universidad Carlos III de Madrid ante el Tribunal compuesto de los Profs. Drs. Alfredo García-Prats, Edoardo Traversa y Andrés Báez. La investigación se inscribe en el Proyecto “Repensando la estructura y conceptos de la fiscalidad internacional”, DER2013-47912-P del Gobierno de España, cuyo investigador principal es el profesor Zornoza. Para su realización, conté con una beca de formación del personal docente-investigador que me otorgó desde finales del 2009 la Universidad Externado de Colombia, gracias a la confianza que depositaron los profesores Julio Roberto Piza, Fernando Hinestrosa†, Roberto Núñez y Juan Carlos Henao. Dentro del proceso de investigación realicé dos estancias de investigación. La primera en el International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD) en Amsterdam durante los meses de abril, mayo y junio de 2012; y la segunda, en el Institute for Austrian and International Tax Law de la Universidad de Viena de Economía y Negocios (WU) durante los meses de octubre de 2013 a febrero de 2014, gracias a la beca que me concedió el programa Ernst-Mach-Stipendien de la Agencia Austriaca para la Cooperación Internacional en Educación e Investigación (OeAD) con la financiación del Ministerio Federal de Ciencia e Investigación de Austria (BMWF).

A todas esas personas e instituciones les manifiesto mi profundo agradecimiento. Especialmente al profesor Zornoza por su apoyo, guía y exigencia en este proceso, así como por los incontables aportes de ideas. Al Dr. Julio Roberto Piza por impulsarme a realizar este viaje académico, por sus sabios consejos y el continuo apoyo. Del mismo modo, quiero extender este mensaje a los miembros del Departamento de Derecho Financiero y Tributario de la UC3M, a los profesores Michael Lang y Frans Vanistendael, responsables de las estancias de investigación, y a quienes amablemente rindieron los informes de expertos para optar por el doctorado internacional, Esperanza Buitrago y Joao Félix Pinto Nogueira.

En lo personal quiero agradecer a Ángela y a mi familia por su continuo apoyo, paciencia y consideración, y a los amigos que evitaron que durante estos años la vida se equiparara a los dividendos, ayudándome así a mantener un grado aceptable de cordura.

El autor

CONTENIDO

Abreviaturas y siglas	15
Prólogo	19
Introducción	27
Capítulo I. El ámbito de aplicación del artículo 10.3 del MCOCDE	35
I. El concepto de dividendo en las legislaciones internas	38
A. La renta como fuente y como incremento patrimonial	38
B. La necesidad de distinguir los dividendos de las demás rentas en el derecho interno	43
1. Dividendos pagados por entidades residentes (<i>outbound dividends</i>)	44
2. Dividendos pagados por entidades no residentes (<i>inbound dividends</i>)	58
II. El reparto del poder tributario en los CDI	75
A. Límites al Estado de la fuente	78
1. Límites a los criterios de conexión	79
2. El sujeto a quien se pagan los dividendos	86
3. Sistemas de integración de la imposición sociedad-socio frente a las limitaciones del art. 10.2 MCOCDE	97
B. Límites al Estado de la residencia	99
1. Ámbito de aplicación del método interno y del método convencional	104
2. El art. 10.3 MCOCDE y el método bilateral	109
3. La confusión entre el ámbito de aplicación de los métodos internos para eliminar la doble imposición y los métodos contenidos en los CDI	118
4. Los conflictos de calificación	127
III. El régimen de los dividendos transnacionales y la ausencia de neutralidad	136
IV. Conclusiones preliminares	143
Capítulo II. La definición de dividendos prevista en los CDI	151
I. Presupuestos metodológicos	154
II. Evolución histórica del concepto de dividendo en los CDI	172
A. Inexistencia de una definición de dividendos similar a la prevista en el art. 10.3 MCOCDE	173
1. Los primeros convenios y normas armonizadoras de la imposición directa	173

2.	Los trabajos de la Sociedad de las Naciones: el origen del sistema de modelos	177
B.	La construcción de la categoría de renta independiente para los dividendos	185
1.	El modelo de Londres de 1946	185
2.	La consolidación de la estructura básica del artículo de dividendos: trabajos del WP12 de la OEEC y el borrador de modelo de la OCDE de 1963	191
a.	La redacción de los tres elementos de la definición	194
b.	La concepción de los dividendos	210
3.	Actualización del MCOEDE	216
C.	Variaciones en la definición de dividendos	222
III.	Normas y doctrinas antiabuso internas y la definición de dividendos	230
IV.	Conclusiones preliminares	248
Capítulo III. Los elementos del concepto de dividendo en los CDI		255
I.	Entidad distribuidora de dividendos	258
A.	Planteamiento del problema	258
B.	Ámbito de aplicación subjetivo del CDI	268
C.	Definición de “sociedad” de acuerdo con el art. 10.3 del modelo	280
D.	Conflictos de atribución y la ficción de los dividendos	294
1.	Ausencia de ficción de los dividendos	295
2.	La ficción y las excepciones del Informe de <i>Partnership</i>	302
3.	Normas de transparencia fiscal internacional	311
E.	Situaciones asimilables a las entidades distribuidoras de dividendos	322
1.	Contratos de cuentas en participación	322
2.	<i>Trusts</i>	325
3.	Vehículos de inversión (instituciones de inversión colectiva ‘IIC’ y otros fondos)	327
4.	Entidades o fideicomisos de inversión inmobiliaria (FII)	331
5.	Establecimientos permanentes	334
F.	Diferencia entre los beneficios de la entidad distribuidora y los dividendos propiamente	343
II.	Participaciones sociales	347
A.	Las relaciones entre las tres partes de la definición	348
1.	Las dificultades de encontrar un significado único	348
2.	La segunda parte de la definición no condiciona a la primera	358
B.	Primera parte: la dificultad de dotar de contenido tributario y convencional a los derechos enumerados en el artículo 10 MCOEDE	361
1.	Acciones	362

2.	Acciones y bonos de disfrute	369
3.	Participaciones mineras	377
4.	Partes de fundador	378
C.	Segunda parte: “otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios”	381
D.	Tercera parte: la remisión a la legislación interna	386
1.	La expresión “participaciones sociales”	389
2.	Comparabilidad: el significante no coincide con el significado	392
E.	Relaciones entre los artículos de dividendos e intereses	397
1.	Una relectura de los CMOCDE	398
2.	Convenios con remisiones al derecho interno en la definición de intereses	407
F.	La lucha contra la subcapitalización y la racionalidad de la definición	413
1.	Normas que alteran la calificación del instrumento o de la renta o de ambos	413
2.	Normas que buscan hacer neutral la financiación con deuda y capital sin alterar la calificación	423
a.	Reforzamiento del gravamen en el Estado de la fuente	423
b.	Reforzamiento del gravamen en el Estado de la residencia	428
G.	Recapitulación	431
III.	La relación entre la fuente y los rendimientos	433
A.	La definición de dividendos no prejuzga la atribución del rendimiento	434
B.	Renta/rendimientos	445
1.	El concepto de renta comprende las ganancias de capital	445
2.	Es necesario calificar la palabra “renta/rendimientos” con la <i>lex fori</i>	454
C.	La transferencia económica de beneficios	459
1.	Pagos a empresas asociadas: ajuste secundario y dividendos implícitos	460
2.	Pago de dividendos en acciones	474
D.	Beneficios acumulados y la pérdida de la condición de socio/accionista/partícipe	477
1.	“Lavado” de dividendos	478
2.	Rentas de la liquidación	501
E.	Otros supuestos especiales de fuente de los rendimientos	510
IV.	Conclusiones preliminares	513
	Conclusiones	533
	Referencias	539

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AA.VV.	autores varios
aptdo(s)	apartado(s)
art.	artículo(s)
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CAF	Comité de Asuntos Fiscales (OCDE)
CDI	convenios de doble imposición
CFC	Controlled Foreign Corporations
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIV	collective investment vehicles
CMOCDE	Comentarios al Modelo de Convenio OCDE
CPIJ	Corte Permanente Internacional de Justicia
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DGT	Dirección General de Tributos
DIT	derecho internacional tributario
DTI	derecho tributario internacional
eds.	editores
ERED	Estado de residencia de la entidad distribuidora
ERM	Estado de residencia de la matriz
<i>et. al.</i>	<i>et alii</i> (y otros)
etc.	etcétera
ETIJ	Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia
EP	establecimiento permanente
ET	Estatuto Tributario colombiano
FII	fideicomisos de inversión inmobiliaria
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
<i>ibid.</i>	en el mismo lugar
IIC	instituciones de inversión colectiva
IEF	Instituto de Estudios Fiscales
IFA	International Fiscal Association
IRC	Inland Revenue Commissioner
IRPF	impuesto de renta de personas físicas
IRNR	impuesto de renta de no residentes
IS	impuesto de sociedades
JSCP	juros sobre o capital próprio (regulados por la Ley Federal Brasileña n.º 9.249, de 26 de diciembre de 1995)

LC	Ley 22 de 2003, de 9 de julio, que aprueba la Ley Concursal
LGTT	Ley 58 de 2003, de 17 de diciembre, que aprueba la Ley General Tributaria
LIRPF	Ley 35 de 2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio
LIS	Ley 27 de 2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades.
<i>loc. cit.</i>	el mismo autor en la misma ubicación.
LSC	Ley de Sociedades de Capital, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1 de 2010, de 2 de julio
MC	Modelo de Convenio
MCEUA	Modelo de Convenio de los Estados Unidos de América
MCOCDE	Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE
MCONU	Modelo de Convenio de la Organización de Naciones Unidas
NIC	Normas Internacionales de Contabilidad
NIIF	Normas Internacionales de Información Financiera
n.º	número(s)
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (Organisation for Economic Co-operation and Development ‘OECD’)
OEEC	Organization for European Economic Cooperation (Organización Europea para la Cooperación Económica)
párr.	párrafo(s)
p.	página(s)
pp.	página inicial a página final
PGC	Plan General de Contabilidad, Real Decreto 1514 de 2007, de 16 de noviembre
RIC	Regulated Investment Company (sociedad de inversión regulada)
REIT	Real Estate Investment Trust (fideicomisos de inversión inmobiliaria)
s.	sección (<i>section</i>)
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SOCIMI	sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLIS	Real Decreto Legislativo 4 de 2004, de 5 de marzo, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Impuesto de Sociedades

TRLIRNR	Real Decreto Legislativo 5 de 2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Impuesto de Renta de no Residentes
U. S.	United States of America (perteneciente a)
<i>vid.</i>	<i>vide</i> (véase, véanse)
vol.	volumen

La monografía que me honro en presentar tiene su origen en la tesis doctoral brillantemente defendida por su autor en la Universidad Carlos III de Madrid en marzo de 2015 bajo el título *El concepto de dividendo en los convenios de doble imposición*, dentro del Programa del Doctorado en Derecho, con mención internacional. El hecho de haber dirigido aquel trabajo de tesis quizá me inhabilite para su valoración, que difícilmente podría ser imparcial, sobre todo porque se trata de una tesis cuya presentación y defensa me han producido una particular satisfacción, ya que se trata de la primera que termina con éxito uno de los investigadores procedentes de la Universidad Externado de Colombia que han realizado estancias de investigación en mi universidad.

Por ello, para situar el trabajo en su contexto he de decir que conocí a su autor, José Manuel Castro Arango, en una de mis visitas a su universidad, en cuyo Departamento de Derecho Fiscal ocupaba una de esas plazas de monitor que vinculan a estudiantes particularmente interesados en esa área de conocimiento e intentan favorecer su formación académica. Pues bien, desde aquel año 2004 el Dr. Castro Arango ha dado muestra de una constancia en el esfuerzo que le ha permitido trazar su propio camino, eligiendo primero cursar una maestría en Derecho de la Empresa en la Universidad de Alcalá de Henares, para luego trasladarse a la Universidad Carlos III de Madrid, en la que cursaría los complementos formativos necesarios para el acceso al doctorado y elaboraría finalmente su tesis. Un trabajo dedicado a un tema de derecho tributario internacional particularmente pertinente en su país de origen, dado el singular régimen que los dividendos tienen y las discusiones respecto a la procedencia de su reforma, que ha abordado con la máxima solvencia, como el lector interesado podrá apreciar, manejando la totalidad de las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales relevantes.

Se trata de un trabajo que invita a la reflexión sobre la adecuación a los tiempos presentes de las categorías empleadas en los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal (CDI, en lo sucesivo) y en los modelos que les sirven de inspiración, fundamentalmente los adoptados por la OCDE y por Naciones Unidas. Porque la delimitación del concepto de dividendo tiene importancia por la identificación en los CDI y en los sistemas tributarios comparados de otras clases de rentas –fundamentalmente intereses y ganancias de capital– cuyo tratamiento es diverso, infringiendo las exigencias de la neutralidad impositiva que la teoría de la hacienda ha formulado, en particular,

en el tratamiento de la financiación empresarial mediante capital y deuda y en cuanto a la forma de obtener la rentabilidad de las inversiones.

Como se sabe, el tratamiento asimétrico de dividendos, intereses y ganancias de capital o plusvalías en los ordenamientos internos de muchos Estados ha propiciado la aparición de instrumentos financieros y operaciones que tienden a reducir la tributación de la financiación empresarial que con frecuencia han aprovechado las diferencias entre los sistemas tributarios de los distintos Estados para, mediante la planificación fiscal internacional, obtener tratamientos particularmente beneficiosos a los que no resultaba sencillo ponerles coto empleando las normas generales antielusión. Pese a que las distorsiones derivadas de esa ausencia de neutralidad no sean siempre claras en función del coste de capital¹, existen pocas dudas sobre la existencia de un serio incentivo tributario a la financiación de las inversiones empresariales mediante deuda y, sobre todo, en lo que aquí interesa, respecto a que las diferencias en el tratamiento de dividendos e intereses, sobre todo en el ámbito transfronterizo, generan oportunidades de planificación fiscal², cuyo empleo de instrumentos financieros híbridos es la manifestación más conocida.

Que el sistema tributario incentiva la financiación mediante deuda, se ha puesto de manifiesto en estos años de crisis, en que el exceso de endeudamiento ha ocasionado no pocos problemas en el ámbito empresarial y, desde la perspectiva tributaria, ha dado lugar a que muchos países —entre ellos Colombia y España— hayan establecido, con fórmulas diversas, límites a la deducibilidad de los gastos financieros. En ese mismo sentido, un repaso a los documentos que están en el origen del Plan de Acción BEPS permite observar cómo, a partir del reconocimiento de que el diverso tratamiento tributario de la financiación mediante fondos propios (*equity*) o ajenos (*debt*) genera un sesgo hacia el endeudamiento empresarial, se afirma la necesidad de mejorar las normas de subcapitalización y otras reglas para limitar la deducción de intereses, de

1 HANS-WERNER SINN, “Taxation and the cost of capital. The ‘old’ view, the ‘new’ view, and another view”, en *Tax policy and the economy*, David Bradford (ed.), Cambridge, The MIT Press, 1991, pp. 25 ss.

2 No por casualidad los problemas a que nos referimos fueron objeto de discusión en el Congreso de la International Fiscal Association celebrado en Boston en 2012, bajo el sugerente título *The Debt-Equity Conundrum*, Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97.a, Kluwer, 2012. En el sentido del texto, *vid.* por todos HENK VORDING, “The Debt/Equity Distinction in Corporate Taxation: Does It Work, Does It Matter?”, en *Tax treatment of interest for corporations*, Dennis Weber y Otto Marres (eds.), IBFD, 2013, pp. 5 ss.

reaccionar frente al empleo de instrumentos financieros híbridos o de abordar el empleo del endeudamiento como medio para trasladar beneficios a jurisdicciones de baja tributación, hasta el punto de que el tratamiento tributario de la financiación mediante deuda se considera un área clave de presión³. Y pese a que no es este el momento de analizar las medidas derivadas de las acciones 2 y 4 del Plan de Acción, dirigidas respectivamente a abordar los problemas de los instrumentos financieros híbridos y a limitar la erosión de bases imponibles mediante la deducción de intereses y otros gastos financieros⁴, no puede dejar de señalarse que parecen obedecer más al intento de mejorar la recaudación de los impuestos sobre el beneficio empresarial que a la voluntad de recuperar la neutralidad del sistema tributario frente a la financiación empresarial, que inspiraba las medidas de deducción del coste del capital social (*allowance for corporate equity*), entre las que destaca la deducción del interés ficticio (*notional interest deduction*) calculado sobre el valor neto contable del capital⁵.

En este sentido, por referirnos al último tipo de medidas citadas, las derivadas de la acción 4 del Plan de Acción BEPS, las diferentes reglas para limitar la deducibilidad de los gastos financieros en los impuestos sobre el beneficio empresarial que han adoptado ya varios Estados—entre ellos España y Colombia—, que no parece vayan a incidir en los niveles de endeudamiento existentes⁶, no pueden justificarse desde la perspectiva del principio de neutralidad y, lo que es más grave, tampoco desde la perspectiva del propio Plan de Acción BEPS, cuyas recomendaciones a este respecto se referían solo a los gastos financieros u otros pagos equivalentes a intereses derivados de endeudamiento abusivo, con partes vinculadas o terceras partes, que financió la producción de rentas exentas o con diferimiento⁷. En efecto, las medidas unilateralmente adoptadas

3 Vid. OECD *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, accesible en el sitio de Internet <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>, pp. 37-38, 40-41, 43 y 48.

4 Vid. OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013, accesible en el sitio de Internet <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>, pp. 15-17.

5 Vid. PETER H. BLESSING, “The Debt-Equity Conundrum. A Prequel”, en *Tax treatment...*, *op. cit.*, pp. 48-49; BERNARD PEETERS y THOMAS HERMIE, “Notional Interest Deduction”, en *Tax treatment...*, *op. cit.*, pp. 69 y ss., por referencia al caso belga.

6 Al menos en el caso español, según el análisis de CARLOS CONTRERAS GÓMEZ, “¿Reduce el límite de deducibilidad fiscal de gastos financieros el nivel de endeudamiento corporativo?”, en *Análisis Financiero*, n.º 124, 2014, pp. 71 ss., que demuestra que las medidas adoptadas solo serán efectivas para entidades claramente sobre endeudadas, dado el umbral a partir del que operan los límites.

7 Literalmente la acción 4 tendría como objeto “Develop recommendations regarding best practices

por los Estados miembros de la OCDE —o candidatos a integrarse en dicha organización— restringen en ocasiones⁸ la deducibilidad de los gastos financieros con independencia del tipo de endeudamiento que remuneren, lo que carece de sentido si se tiene en cuenta que las acciones del Plan BEPS se dirigen a limitar la deducción de dichos gastos cuando erosionan de manera injustificada o abusiva las bases imponibles de los Estados de residencia de las compañías excesivamente endeudadas⁹.

Se trata, en definitiva, de medidas puramente internas dirigidas a ampliar las bases imponibles en los gravámenes sobre el beneficio empresarial, que deben evaluarse desde la perspectiva de las normas constitucionales, sobre todo cuando van más allá de la corrección de los supuestos de sobreendeudamiento o endeudamiento abusivo. Y, desde este punto de vista, lo cierto es que estas restricciones objetivas a la deducibilidad de gastos financieros plantean muchas dudas desde la perspectiva de su compatibilidad con las exigencias del principio de capacidad económica, ya que conducen al gravamen de beneficios inexistentes y, en consecuencia, de una capacidad contributiva que no es real. De ahí

in the design of rules to prevent base erosion through the use of interest expense, for example through the use of related-party and third-party debt to achieve excessive interest deductions or to finance the production of exempt or deferred income, and other financial payments that are economically equivalent to interest payments”; *vid.* OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, cit., p. 17.

- 8 Ese es el caso de los límites a la deducción de gastos financieros establecida en el art. 16.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades español y, mucho me temo, también de la limitación establecida en el art. 118.1 del Estatuto Tributario de Colombia, que so pretexto de atacar la subcapitalización encubre en realidad una limitación objetiva a la deducción de gastos financieros. *Vid.* JOSÉ MANUEL CASTRO ARANGO, “La capitalización encubierta en la Reforma Tributaria de 2012: ¿trasplante legal o engendro legal?”, en *Derecho del Estado. Nueva Serie*, n.º 31, 2013, que hemos consultado en su edición electrónica en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3607/3787>, último acceso 7 de enero de 2016.
- 9 *Vid.* OECD *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4-2015 Final Report*, 2015, OECD Publishing, París, 2015, accesible en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oced/taxation/limiting-base-erosion-involving-interest-deductions-and-other-financial-payments-action-4-2015-final-report_9789264241176-en (último acceso 7 de enero de 2016), pp. 15 ss. En el mismo sentido, en el Informe al G20 sobre el impacto de BEPS en los países en desarrollo (OECD *Two-part Report to G20 developing working group on the impact of BEPS in low income countries*, París, 2014-2015 accesible en el sitio de Internet <http://www.oecd.org/tax/tax-global/report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf>, p. 19) se hace referencia solo a la conveniencia de limitar la deducibilidad de los pagos excesivos o injustificados (*excessive or unwarranted*) que se producen normalmente en el ámbito de grupos multinacionales de empresas.

las dificultades para su encaje desde la perspectiva constitucional, ya que como tiene dicho el Tribunal Constitucional español, el principio de capacidad “[...] quiebra en aquellos impuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia (SSTC 221/1992, de 11 de diciembre; 194/2000, de 19 de julio; y 193/2004, de 4 de noviembre)”. Es cierto, no obstante, que la posibilidad de trasladar hacia ejercicios sucesivos (*carry forward*) los intereses que no se han podido deducir, por exceder del máximo legalmente establecido, atempera dicha crítica, sobre todo cuando el período en que el exceso de intereses puede aplicarse es suficientemente dilatado. Pero no es menos cierto que esta limitación viene a confirmar que el impuesto sobre sociedades ya no es un gravamen anticipado del que finalmente se aplicará al accionista que percibe el beneficio empresarial bajo la forma de dividendo, sino que —como señala el Preámbulo de la Ley 27/2014, del impuesto sobre sociedades— ha abandonado el papel de complemento del impuesto sobre la renta de las personas físicas, porque al impedirse la deducibilidad de los intereses se están gravando beneficios inexistentes y, por ende, nunca podrán distribuirse a los accionistas. Y, en el fondo, la adopción de este tipo de medidas de parte de los Estados viene a demostrar, en línea con un reciente trabajo sobre los orígenes de la distinción a efectos tributarios entre *equity* y deuda¹⁰, que los grandes pasos en la evolución del tratamiento de ambas categorías no han obedecido a la pretensión de conseguir objetivos de política tributaria conscientes y claramente definidos, sino a la necesidad de dar respuesta *ad hoc* a problemas circunstanciales del momento o de reaccionar contra prácticas inadecuadas.

Junto a ello, las medidas que algunos Estados han adelantado en su legislación interna respecto a las recomendadas en los informes finales relativos a la acción 2 del Plan BEPS¹¹, para denegar la exención a rentas calificadas como dividendos que hayan sido deducidas en el Estado de residencia de la entidad pagadora, también suscitan problemas relevantes de muy diverso carácter. Por no alargarme en exceso ni reiterar argumentos que José Manuel Castro ha expuesto mejor de lo que yo podría hacerlo al referirse a los problemas de abuso en cuanto al concepto de dividendo, me limitaré a señalar que las diversas

10 Vid. CAMDEN HUTCHINSON, “The Historical Origins of the Debt–Equity Distinction”, en *Florida Tax Review*, vol. 18, n.º 3, 2015, pp. 147 ss.

11 Vid. OECD *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2–2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, París, 2015, accesible en el sitio de Internet <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en> (último acceso 7 de enero de 2016).

formas de *linking rule* pueden resultar controvertidas desde la perspectiva del derecho comunitario y, en particular, desde el punto de vista de la prohibición de discriminaciones¹², por lo que el legislador comunitario ha reaccionado de forma inmediata, incorporando una de dichas reglas a la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembro diferentes¹³.

Esa actuación de las autoridades comunitarias, unida a la Propuesta de Directiva del Consejo sobre una Base Común Consolidada, que en su versión más reciente propone separar y adelantar la aprobación de las medidas relacionadas con los aspectos internacionales de la lucha contra la erosión de bases imponibles¹⁴, es el signo del compromiso de la Unión Europea, o al menos de los Estados que la lideran en estos momentos, con el Plan de Acción BEPS. Un plan cuyo futuro depende, en gran medida, de la capacidad de aunar voluntades para la articulación de un tratado multilateral –al que se refiere la acción 15 del Plan BEPS– cuya complejidad técnica es, cuando menos, pareja a la complejidad política de su negociación entre Estados con tradiciones muy diversas respecto al valor de los tratados internacionales y con intereses muy distintos, e incluso opuestos, desde la perspectiva de la política tributaria. De ahí que el Informe Final relativo a esta acción¹⁵ –crucial para el éxito del proyecto, tal como fue

12 *Cfr.* JESSICA DI MARIA, “Comparability in the case of Hybrid Mismatch In Search of an Approach Suitable for the Current European Landscape”, en *Non-Discrimination in European and Tax Treaty Law*, Kasper Dziurdz y Christoph Marchgraber (eds.), Linde Verlag, 2015, pp. 68 ss.

13 *Vid.* la Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero de 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembro diferentes, para introducir una *linking rule* que permite denegar los beneficios de la Directiva a los acuerdos que, vistos todos los hechos y circunstancias pertinentes, puedan considerarse abusivos por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la Directiva.

14 Que en la propuesta de la Presidencia al Working Party on Tax Questions, de 2 de diciembre de 2015 (14544/15; Interinstitutional File 2011/0058 CNS), sugiere la conveniencia de dividir los trabajos relativos a la propuesta de base común consolidada (CCCTB) para adelantar los relativos a los “international anti-BEPS aspects” tras la reunión de 20 de noviembre de 2015 del Working Party on Tax Questions (las notas explicativas se encuentran incluidas en doc. 14544/15 ADD 1).

15 OECD *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15-2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, París 2015, accesible en el sitio de Internet <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241688>–en (último acceso 7 de enero de 2016).

concebido— se limite a otorgar un mandato a un grupo *ad hoc* para que desarrolle un instrumento multilateral para modificar con rapidez los CDI bilaterales hoy existentes e implantar las medidas relacionadas con los CDI desarrolladas en el curso del proyecto BEPS, abriendo el tratado multilateral para su firma no más tarde del 31 de diciembre de 2016. Y se trata de una acción crucial, porque desde sus mismos comienzos el Plan de Acción ha confesado que solo podría avanzar mediante la adopción de medidas coordinadas de parte de los Estados, ya que ha sido precisamente la descoordinación entre sistemas tributarios internos y redes de CDI la causa de muchas de las oportunidades de planificación fiscal internacional a las que se trata de combatir. De ahí que la introducción en diversos Estados de medidas que han anticipado recomendaciones y propuestas del Plan de Acción BEPS, cuando no han pretendido tomar ventaja de algunos de sus planteamientos —como ha ocurrido en los regímenes de *patent box*—, lejos de contribuir a la solución de los problemas que se querían abordar, deba entenderse como el signo de las dificultades para que Estados con intereses distintos acuerden soluciones comunes y, en definitiva, de los problemas todavía existentes para que la OCDE y el G20 alcancen los objetivos que pretendían.

Sea como fuere, ninguna de las cuestiones a que he hecho referencia, en cuanto tenían que ver con la delimitación del concepto de dividendos en los CDI, ha escapado al completo análisis realizado por José Manuel Castro Arango, cuyo trabajo es muestra de que cuando una institución —en su caso la Universidad Externado de Colombia— apuesta de manera decidida por la formación como investigadores de sus graduados, termina obteniendo sus frutos, cuya obra que ahora presento es solo una muestra. En este sentido, he de decir que los años dedicados por José Manuel a la realización de su tesis han cumplido de manera satisfactoria su función, al menos para quienes pensamos que la elaboración de la tesis es, antes que todo, una estupenda ocasión para el aprendizaje. Porque si en el ámbito de la ficción es cierto, como decía García Márquez, que “(E)l escritor escribe su libro para explicarse a sí mismo lo que no se puede explicar”, en el ámbito académico podría decirse que una tesis se escribe para tratar de explicar a los demás lo que el autor se ha explicado —o ha aprendido— a lo largo del desarrollo de su investigación. Sinceramente creo que este trabajo nos explica muchas cosas, lo que demuestra que previamente su autor las ha aprendido, desarrollando con rigor y constancia sus tareas como investigador. Por ello he de felicitarlo, deseando que persevere en el esfuerzo, sin dejarse atrapar por las tareas administrativas que toda universidad inventa para dificultar que sus profesores cumplan la principal de sus tareas, que no

es otra que la de continuar siempre aprendiendo lo que luego deben enseñar, porque como dijo Paulo Freire, “enseñar no existe sin aprender y viceversa”.

Juan Zornoza Pérez
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

El término “dividendos” es un vocablo que deriva del latín *dividendus* relativo al resultado de dividir (*dividēre*), y en el lenguaje común se predica de los beneficios de una sociedad¹. Jurídicamente esta palabra se usa en distintos contextos, tal como ocurre en el derecho mercantil, el financiero y bursátil, el contable y en el tributario. En cada una de estas ramas tiene asignadas funciones, y las más de las veces encuentra diferencias en torno a sus elementos definitorios. Incluso, es común que se establezcan presunciones o ficciones² para determinar que algo es un dividendo a unos determinados efectos, sin que deje de tener otra naturaleza para las demás normas³. Otras disciplinas como la economía y las finanzas también utilizan el término *dividendos* para describir un flujo de activos de una entidad hacia sus propietarios, que son la fuente ordinaria de rentabilidad o de retorno para quienes ostentan los derechos económicos de las acciones⁴.

Dentro de esa diversidad de usos y definiciones de dividendos aparece el artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, MCOUDE), que suele servir de guía para la elaboración de los convenios de doble imposición (en adelante, CDI)⁵. Estos últimos tienen como propósito

1 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* (DRAE), 22.^a ed. Disponible en www.rae.es (consultado el 11 de octubre de 2014).

2 *Cfr.* MARÍN-BARNUEVO 1996: p. 135-152, que engloba a este tipo de normas bajo la categoría de “técnicas presuntivas” y critica las distinciones entre las ficciones, las presunciones de hecho y de derecho. Dígase desde ahora que adoptamos el sistema de citación Harvard, con algunas particularidades, como que utilizamos las tradicionales notas al pie.

3 HELMINEN 2010: p. 55-58.

4 MONTESINOS 2008: p. 415-471; BREALEY, MYERS & MARCUS 2011: p. 391 y ss.

5 Utilizamos en este trabajo el término CDI porque resulta el más empleado por los autores de lengua hispana y que se corresponde con la traducción de la denominación anglosajona *Double Taxation Conventions* (DTC), aunque debe dejarse claro que estos tratados tienen otras finalidades adicionales. Sobre el título de los CDI, *vid.*: MCOUDE: *Introducción*, párr. 16. En la práctica, los convenios tienen como título la referencia a la doble tributación y, en algunos casos, a la prevención de la evasión y elusión fiscal. Las versiones oficiales del Modelo OCDE 2014 se refieren en francés al “Modèle de Convention Fiscale Concernant le Revenu et la Fortune” y en inglés al “Model Tax Convention on Income and on Capital”. En español se encuentra la versión: OCDE 2011. En adelante nos referiremos al Modelo de Convenio con las siglas MCOUDE; salvo indicación expresa del año o idioma de la versión, se entiende la de 2014. Se ha dado prevalencia al uso de la versión traducida por el IEF, pero las actualizaciones del año 2014 que no cuentan con una

repartir la potestad tributaria entre los Estados contratantes, y en ese contexto el artículo 10 del Modelo utiliza la palabra *dividendos*, con la particularidad de que en su apartado tercero lo define de la siguiente forma:

3. El término “dividendos”, en el sentido de este artículo, significa las rentas de las acciones, de acciones o bonos de disfrute, de participaciones mineras, de partes de fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que realiza la distribución.

El Comité de Asuntos Fiscales (CAF) de la OCDE en 1977, tras una infructuosa búsqueda de una definición de dividendos autónoma convencional que prescindiera de la remisión al derecho interno, consideró que dadas las variaciones en las legislaciones mercantiles y fiscales de los Estados, no fue posible definir a los dividendos sin hacer referencia al derecho interno⁶. Lo dicho por el CAF desde un punto de vista de *lege ferenda* puede dar cuenta del asunto que ya se plantea de *lege lata*, pues la norma en la que aparece la definición de dividendos objeto de este libro tiene una naturaleza dual y existen problemas metodológicos importantes para su interpretación, en especial porque contiene términos y expresiones propios del derecho mercantil que hacen preguntarse de forma más concreta: ¿cuál es la finalidad que debe guiar su aplicación del artículo 10.3 del MCOE? ¿Es relevante en el significado mercantil o contractual estipulado por las partes en los contratos (acciones, participaciones sociales, etc.) para definir dividendos? ¿Debe prevalecer el significado tributario? En cualquier caso, ¿según la legislación de cual Estado? O, por el contrario, ¿es el significa-

traducción al español aprobada por la OCDE se citarán bajo traducción libre del autor. En aras de no hacer engorrosa la lectura y evitar repetirlo en cada caso, debe señalarse desde ahora que las normas y apartes doctrinales o jurisprudenciales textualmente citados, cuyo idioma original sea diferente del español, son traducciones libres hechas por el autor de esta tesis, salvo expresa mención en contrario. Dichas traducciones no son comunes en esta tesis, pues como se apreciará, hemos incluido citas textuales en idioma original con objeto de ofrecerle al lector una referencia a la fuente primaria de las conclusiones que extraemos.

6 Ello se observa en el párr. 23 de los Comentarios al art. 10 MCOE, que afirma que el apartado 3 se limita a mencionar ejemplos que figuran en la mayoría de las legislaciones, pues no es posible dar un significado autónomo e independiente de las normas internas, a causa de la variedad de tratamientos que existen.

do de los dividendos autónomo convencional?, es decir, ¿es independiente del previsto en las legislaciones internas?

Con lo dicho, el objeto de este trabajo es analizar la definición de “dividendos” contenida en el artículo 10.3 del MCOCDE y los convenios españoles⁷, desde una perspectiva jurídica, y con la finalidad de identificar y proponer soluciones de *lege lata* y de *lege ferenda* a los conflictos de calificación más comunes que se presentan entre el citado tipo de renta y otras rentas caracterizadas en los CDI. Por ser un estudio de derecho tributario internacional (en adelante, DTI) y para efectos de enriquecer la disertación, se realiza un análisis de las variaciones de la definición de dividendos en convenios suscritos por otros Estados que merecen ser subrayados por su singularidad⁸. Sin embargo, se ha hecho exclusión de modelos con un mínimo impacto en la práctica convencional como el del ILADT⁹, y de las decisiones 40 y 578 de la Comunidad Andina de

-
- 7 Los CDI se citan abreviadamente con los países y el año de entrada en vigor según se informa en la página web: http://www.minhap.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI_Alfa.aspx (consultada durante los meses de febrero de 2013 a noviembre de 2014).
- 8 Existen más de tres mil convenios vigentes, y su estudio completo desborda la finalidad de esta tesis; de ahí que nos concentremos en los CDI suscritos por España. Además, revisaremos aquellos CDI de otros Estados que contienen un concepto de dividendo distinto del previsto en el MCOCDE y que han sido relevados en trabajos comparativos como los que se citan a continuación: VOGEL 1997; LANG, PISTONE, SCHUCH & STARINGER (eds.) 2012; MAISTO (ed.) 2012. En cualquier caso, los CDI mencionados por la doctrina han sido contrastados con los textos originales, a menos que por razón de las limitaciones del idioma, no haya sido posible consultarla.
- 9 AA.VV. 2012, “Modelo ILADT de Convenio Multilateral de Doble Imposición para América Latina”. En este modelo los dividendos se encuadran en la categoría “rentas pasivas”, que comprende además los intereses, ganancias (plusvalías) de capital, regalías y otras rentas similares (art. 4.1.m) en aras de lograr mayor neutralidad, pero que al final distingue entre aquellas que son deducibles y no, utilizando criterios que no resultan del todo coherentes, y que además, al final, terminan creando una categoría de renta para los dividendos cuando garantizan el método de la exención por participación sustancial en la residencia del beneficiario. Los Comentarios traen tres ideas en torno a los problemas de calificación entre rentas pasivas deducibles y no deducibles. (Cfr. párr. 25, art. 4.º; párr. 5 y 12, art. 8.º), el primero apoyado en la idea de que los intereses tienen una remuneración que se puede anticipar, mientras que los dividendos son una renta variable. Esta idea contrasta con la segunda, que lleva a pensar que los instrumentos financieros híbridos o atípicos que sean deducibles se tratarán como rentas pasivas deducibles de las que trata el art. 8.3. Hasta aquí se aprecia que ambos criterios pueden dar lugar a respuestas completamente distintas. Por último, la excepción a la exigencia de deducibilidad fundada en que las normas de subcapitalización atacan el abuso lleva al complejo problema de definir hasta qué punto las normas de subcapitalización objetivas tienen una finalidad antielusiva o si por el contrario, buscan la protección de la base imponible en operaciones perfectamente legítimas.

Naciones (CAN)¹⁰. En estas últimas dos normas se regula la imposición de los dividendos y participaciones en las “empresas”, aunque no hay una definición de ellos, lo cual genera problemas que no resultan de interés para esta investigación¹¹. De igual forma, este libro no se refiere a las definiciones de entidad distribuidora de dividendos ni de participaciones en beneficios de la Directiva Matriz-Filial¹², pues ello desbordaría su objeto¹³.

La importancia que reviste el tema de este libro no ha tenido la atención que se esperaría de la doctrina española y la internacional, lo que justifica la decisión de embarcarnos en esta empresa. Si bien existen publicaciones importantes, estas abordan problemas mucho más amplios¹⁴ y no siempre cuentan con una revisión de la jurisprudencia en torno a las cuestiones que suscita el concepto de dividendo en los CDI, todo lo cual se explica por el tiempo en que fueron realizadas, y por tener objetos y metodologías distintos. Gracias a la invención de la Tax Research Platform del International Bureau of Fiscal Documentation (en adelante IBFD), ha sido posible comprobar la relevancia práctica de

10 El anexo I de la Decisión 40 se ha entendido derogado por la Decisión 578 de la CAN, aunque es cuestionable que la segunda, siendo derecho comunitario derivado, pueda derogar un tratado internacional como lo es el primero. Sobre la importancia de los trabajos de la CAN en la reivindicación de los Estados de la fuente, es relevante consultar los trabajos de VALDÉS COSTA 1996; para mayor abundamiento *vid.* FALCÓN Y TELLA: 2001: p. 53-60; CAHN-SPEYER WELLS 2008: p. 1991 a 2020.

11 Las reglas de distribución de ambos anexos de la Decisión 40 y de la Decisión 578 otorgan el derecho exclusivo de gravar los dividendos y participaciones al “País Miembro donde la empresa que los distribuye estuviere domiciliada”, aunque esta última agrega que el “País Miembro en donde está domiciliada la empresa o persona receptora o beneficiaria de los dividendos o participaciones, no podrá gravarlos en cabeza de la sociedad receptora o inversionista, ni tampoco en cabeza de quienes a su vez sean accionistas o socios de la empresa receptora o inversionista”. La regla supone una doble o múltiple “exoneración”. *Vid.* República de Colombia, Concepto de la DIAN 044634 de mayo 6 de 2008. CUBIDES 2010: p. 144-146.

12 La primera Directiva fue la 90/435/EEC de 23 julio de 1990, refundida en la Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre de 2011, “relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (refundición)”. La Directiva 2013/13/UE del Consejo de 13 de mayo de 2013 la amplió a Croacia por su adhesión a la UE y, finalmente, la Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014 pretende evitar algunos supuestos de doble imposición y actualiza los tipos societarios de Polonia y Rumania. En adelante nos referiremos de forma resumida a la Directiva Matriz-Filial.

13 Destacan dos estudios comparativos sobre la definiciones de dividendos en los CDI y participaciones en beneficios en la Directiva: HELMINEM 2010 y TENORE 2010.

14 HELMINEM 1999; esta obra fue actualizada y reorganizada en: HELMINEM 2010; LUCAS DURÁN 2010; LUCAS DURÁN 2000; MACHANCOSSES 2002.

la mayoría de los problemas teóricos que a lo largo de la investigación fuimos encontrando. Además, aquellos trabajos tampoco han tenido la oportunidad de contar con importantes estudios de derecho comparado de reciente publicación¹⁵ que permiten analizar las respuestas legales y jurisprudenciales dadas por los Estados a los problemas de este libro, ni de contrastar los documentos históricos que hoy pueden ser fácilmente consultados en la página web <http://taxtreatieshistory.org/>, y que han permitido que la doctrina encuentre nuevas luces en el oscuro túnel de la interpretación del concepto de dividendo en los Modelos de Convenios¹⁶.

De igual forma, debe subrayarse que en los últimos quince años la fiscalidad internacional ha cambiado notoriamente, tal como se evidencia en las modificaciones al MOCDE del año 1999 en cuanto a los conflictos de calificación de rentas y de calificación de entidades¹⁷ del año 2003 en torno a la interacción entre las normas antiabuso internas y los CDI, y del año 2010 respecto del acercamiento del régimen de las filiales y de los establecimientos permanentes (en adelante, EP)¹⁸. No puede olvidarse que la progresiva evolución del principio de independencia, plena competencia o de empresa separada –conocido con el anglicismo *arm's length*– en las Directrices de Precios de Transferencia, ha venido a comprender ajustes transaccionales¹⁹, como los derivados de las situaciones y operaciones de subcapitalización²⁰ y otros ajustes secundarios²¹. Por esto la definición de dividendos se ve profundamente influida por los imaginarios de interpretación, simulación y fraude tributario que existan en cada jurisdicción, porque pueden hacer que las rentas que en principio no son dividendos para efectos mercantiles, sean consideradas “dividendos implícitos” (*constructive*

15 SCHÖN 2009; MAISTO 2012; BROWN 2012; BÄRSCH 2012; HARRIS 2013.

16 HARRIS 1999; HARRIS 2000; AVERY JONES *et al.* 2009; HATTINGH 2009; PIJL 2011.

17 OECD 1999.

18 OECD 2010d. Un EP es definido por el art. 5.º del Modelo como un lugar fijo de negocios mediante el cual se realiza una actividad. Se trata de un criterio de conexión objetivo usado por los Estados para gravar a los no residentes, que en los CDI se convierte en un instrumento de reparto de la potestad impositiva. *Vid.*, con las referencias ahí citadas: CASTRO ARANGO & MARÍN ELIZALDE 2009: p. 29 y ss.; En particular: en la doctrina española: GARCÍA PRATS 1996; ELVIRA BENITO 2000; MONTAÑO GALARZA 2004; GARCÍA PRATS 2008. Y el clásico de la fiscalidad internacional: SKAAR 1991.

19 *Cfr.* Sobre el concepto de ajuste transaccional: WITTENDORFF 2009: p. 107 y ss.; WITTENDORFF 2010: p. 161; BULLEN 2011.

20 OECD 1987a.

21 PETERSON & HORNER 1996; HIMINO 1996.

dividends) o distribuciones encubiertas de dividendos (*hidden distributions*)²² obteniendo por tanto el mismo tratamiento tributario que las rentas de las acciones. Ello obliga a preguntarse si la remisión de la tercera parte de la definición podría comprender las rentas que tienen el tratamiento fiscal de las acciones, no solo por su calificación ordinaria, sino por su recalificación o retribución en virtud de una norma antielusión.

Más aún, dentro de los aspectos de derecho interno que han variado recientemente deben subrayarse los que han replanteado la dicotomía entre el endeudamiento y el capital, la desarticulación de los sistemas de integración, la adopción de parte de algunos Estados de sistemas de deducción de dividendos o de un porcentaje ficticio del capital, la extensión de los sistemas de transparencia fiscal internacional, la creación de categorías de dividendos: 1) los obtenidos por la participación sustancial, gravados de forma reducida en la fuente y exentos en la residencia; 2) los obtenidos como rentas del ahorro en participaciones de portafolio, exentos en la fuente y gravables en la residencia; y 3) los obtenidos por sujetos especiales como los fondos de pensiones, exentos en la fuente y en la residencia²³. Por ello, es necesario evaluar si la definición del artículo 10.3 MCOCDE permite responder a esos cambios sin generar resultados incoherentes desde el punto de vista de la política fiscal.

Las fuentes y la metodología adoptada en este trabajo son las comúnmente usadas en el derecho general, aunque con las particularidades propias de las investigaciones en derecho tributario internacional²⁴. El estudio de este considera de forma compleja la interacción entre los distintos sistemas normativos aplicables, en lo que se ha denominado concepción integracionista²⁵, que para efectos de este trabajo ha partido de los CDI y su contrastación con el derecho comparado. Las legislaciones extranjeras en este trabajo son utilizadas con el objetivo de exponer cómo recetas normativas similares²⁶ adoptadas por los Estados se relacionan con la definición convencional de dividendos. En especial, con los problemas de determinación de las entidades distribuidoras de

22 ROHATGI 2008: p. 463-466.

23 Sobre estas tendencias, *vid.* SCHÖN 2010; HARRIS 2010; BLANLUET & DURAND 2011.

24 Un estudio del objeto de esta disciplina en: MONTAÑO 2006: p. 17.

25 BÜHLER 1968: p. 3-5. Concepción justificada por tener una importancia práctica pero sin llamarlo derecho: ARNOLD & VAN WEEGHEL 2006: p. 2-4; ROHATGI 2008: p. 1-3. Justificando una rama con autonomía científica: VOGEL 1994: p. 691; LÓPEZ ESPADAFOR 2007: p. 39-47.

26 Sobre los flujos de recetas normativas entre los ordenamientos jurídicos, *vid.* GABARINO 2011: p. 159.

dividendos, las participaciones sociales y las rentas que pueden considerarse que tienen su fuente en estas últimas²⁷. Además, la existencia de instituciones comunes o similares hace que la administración y los jueces de un Estado sigan las interpretaciones hechas por sus equivalentes en otras jurisdicciones o se aparten de ellas. De ahí que la jurisprudencia extranjera sea relevante, aunque desborde un análisis estrictamente positivista²⁸. Las diferencias o concordancias en los fallos judiciales han servido de perspectiva empírica para determinar los conflictos de calificación más comunes en cuanto al concepto de dividendo, y los argumentos utilizados por los jueces han nutrido los análisis de *lege lata* y *lege ferenda*²⁹. Finalmente, se ha revisado la doctrina internacional, dentro de la cual enmarcamos al llamado *soft law* emitido por organizaciones internacionales, en especial los trabajos de la OCDE³⁰.

Como resultado de la investigación, esta memoria se divide en tres capítulos. El primero tiene como objeto demostrar cómo los dividendos no son exclusivamente definidos en los CDI, sino también en las normas internas. De tal forma, nuestra primera pregunta de investigación es: ¿cuál es el ámbito de aplicación de la definición de dividendos prevista en los CDI y cuál es su relación con las definiciones internas? Al responderla se podrá delimitar y plantear un siguiente problema, que es el objeto del capítulo segundo, en particular: ¿cómo se interpretan los tratados tributarios sobre la renta y el patrimonio? Ello nos guiará hacia un análisis histórico del desarrollo de la definición de dividendos desde los primeros CDI hasta el MCOCDE más reciente y sus diferencias con los CDI españoles y colombianos. El capítulo cierra con la explicación de nuestras conclusiones en cuanto a la tesis del *factual approach* y el *guiding principle* incorporadas en los CMOCDE, y justifica la necesidad de que los efectos de las normas antiabuso internas cumplan con el artículo 10.3 del Modelo. La admisión acrítica de la tesis de la OCDE haría que muchos de los problemas que se analizan en el capítulo tercero fueran tildados de falsos problemas, pues toda norma interna antiabuso prevalecería sobre la definición de dividendos de los

27 Las alternativas regulatorias han sido identificadas a partir de libros de derecho tributario comparado tales como: TURONYI 2003; AULT & ARNOLD 2010; MAISTO (ed.) 2012; HARRIS 2013.

28 *Vid.* FANTOZZI 2007: p. 403-411.

29 La búsqueda de jurisprudencia extranjera se ha apoyado en la base de datos Tax Research Platform del IBFD, aunque se han identificado otras sentencias que aparecen citadas.

Las alternativas regulatorias han sido identificadas a partir de libros de derecho tributario comparado tales como: TURONYI 2003; AULT & ARNOLD 2010; MAISTO (ed.) 2012; HARRIS 2013.

30 ZORNOZA 2010b; *vid.* con la bibliografía ahí citada: CASTRO 2011b: p. 137 y ss.

CDI. Sin embargo, como se expondrá, la posición de la OCDE es el resultado de falacias argumentativas. Finalmente, en el capítulo tercero se analizarán los tres *elementos* del concepto de dividendo en los CDI, a saber: 1) la existencia de una *entidad distribuidora de dividendos* a la que se le atribuyen los beneficios; 2) *la participación social* en dicha entidad que da derecho a la distribución de los beneficios y 3) *la relación entre la fuente y el rendimiento*, que es lo que la doctrina ha llamado *societatis causa*, que en otras palabras es el vínculo entre lo pagado por la sociedad y las participaciones sociales en dicha entidad.

Algunos miembros del tribunal que evaluó la tesis recomendaron modificar el orden del trabajo, de forma que se empiece por el segundo capítulo, luego se siga al primero y se finalice en el tercero. Creo que ese orden puede ser seguido por alguien que conozca previamente el régimen fiscal de los dividendos internacionales, mientras que a una persona que apenas conozca del tema posiblemente se le dificulte. Además, pese a las críticas, me sostengo en la idea de que el primer problema que debe resolver este trabajo es el del ámbito de aplicación y alcance de la definición del artículo 10.3 de los CDI. Por tanto, he querido mantener el orden original de la tesis en esta publicación, pero haciendo esta advertencia al lector.

El ámbito de aplicación del artículo 10.3 del MCOCDE

La primera cuestión que plantea la definición de dividendos prevista en los CDI es su ámbito de aplicación, ya que se trata de una norma que goza de una doble naturaleza, al tener al mismo tiempo un carácter internacional y un reconocimiento en el derecho interno¹. De tal forma, su encuadramiento en los sistemas normativos nacionales e internacional resulta fundamental para aclarar cuándo es la norma aplicable, cómo interactúa con los demás preceptos y cuáles son sus efectos limitativos sobre el derecho interno². Ello es relevante ya que la definición del artículo 10.3 del MCOCDE convive con otras definiciones de dividendos o categorías similares como los rendimientos de los fondos propios o distribuciones de beneficios, que tienen como finalidad determinar un tipo de renta que merece un régimen fiscal particular en cada uno de los Estados contratantes. Suele ser diferente del que se aplica a otros rendimientos como los del trabajo, de actividades económicas, las ganancias patrimoniales o los rendimientos por la cesión a terceros de capitales propios. Además, en términos generales los ordenamientos tienen reglas diferenciadas para los dividendos pagados por sus entidades residentes –*inbound dividends*– y para los pagados por entidades extranjeras –*outbound dividends*–, que obedecen a las razones económicas y de políticas fiscales prevalecientes en cada Estado, lo que puede suponer la existencia de varias definiciones de dividendos para distintos efectos de los impuestos sobre la renta.

Los dividendos tienen un régimen tributario que el CDI solo limita, de forma que aquello que no se restringe por la norma internacional resulta plenamente aplicable. Por ello, parece no solo lógico, sino necesario, describir al comienzo de este libro la importancia que tienen los significados internos para la estructura de los impuestos sobre la renta de personas físicas y de sociedades y el objeto de distribución de los tratados, que está compuesto precisamente por los regímenes tributarios internos. Además, dado que los tratados adicionan consecuencias fiscales a la tributación de los rendimientos, la calificación como

1 Por el momento: HELMINEN 2010: p. 32.

2 Definir estas cuestiones forma parte del método jurídico que distingue teóricamente –aunque en la práctica se solapan– tres fases en la aplicación de las normas: la primera implica la determinación de la norma aplicable, dado el ámbito de eficacia subjetivo, material, temporal y espacial; la segunda fase, la calificación de los hechos y; finalmente, en una tercera se procede a la interpretación de las normas. Las fases que realizan los operadores no son claramente diferenciables en la práctica, pues “la identificación de la norma aplicable al caso solo es posible desde una previa calificación del supuesto de hecho que, a su vez, presupone la toma en consideración del ordenamiento en que dicha norma se integra”.. PALAO 2009: p. 37 y ss.; RUIZ ALMENDRAL 2006: p. 56-59; BÁEZ 2009: p. 39; ZORNOZA & MUÑOZ, 2010, p. 274 y ss.

dividendos supondrá mayores diferencias con los demás elementos de renta. Así, la cuantificación económica de la carga impositiva de las distribuciones internacionales de beneficios viene determinada por el análisis completo de todos los regímenes fiscales de los Estados con los cuales existe un elemento de conexión objetivo o subjetivo —obligación real u obligación personal de contribuir—, sumado a las limitaciones previstas en los CDI o el derecho comunitario. Finalmente, la relevancia de este capítulo se justifica también en que el artículo 10.3 del MC se remite al derecho interno del Estado de la fuente indicando que son dividendos para efectos de los CDI las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal de las acciones.

I. EL CONCEPTO DE DIVIDENDO EN LAS LEGISLACIONES INTERNAS

A. LA RENTA COMO FUENTE Y COMO INCREMENTO PATRIMONIAL

Desde la regulación de los primeros impuestos sobre la renta ha sido importante definir los dividendos para calcular el impuesto sobre la entidad distribuidora y sobre el beneficiario de las distribuciones, y para determinar el aspecto espacial del hecho imponible que realiza este último sujeto. Y ello no solo para aquellos primigenios tributos que gravaban la fuente³ del enriquecimiento⁴, sino también para los de carácter subjetivo, fundamentados en las concepciones del impuesto global sobre la renta⁵. Pues bien, la obligación real de contribuir

3 Nótese el origen común de los dos usos que tiene la palabra “fuente”. Por un lado está el criterio de conexión de la fuente y por otro la fuente de los elementos de renta en la imposición analítica.

4 En España fue la Tarifa II de la Ley Reguladora de la Contribución sobre las Utilidades de la Riqueza Mobiliaria. Ley de 22 de septiembre de 1922; Decreto Ley de 15 de diciembre de 1928, con antecedentes tan remotos como la Ley 27 de 1900.

5 Tal vez quien haya resumido de mejor manera el desarrollo de los impuestos sobre la renta a escala mundial y que se pretende ejemplificar en este apartado con el derecho español sea JOACHIM LANG cuando afirma: “En el siglo XIX el desarrollo del impuesto sobre la renta fue esencialmente influenciado por dos de teorías económicas de la renta: en primer lugar la teoría de la fuente cuyo origen se encuentra en el derecho romano (renta como el fruto de los bienes de capital), y en segundo lugar la teoría de la acumulación neta, la cual da forma al *concepto tradicional del impuesto sobre la renta global* basado en el concepto de renta de SCHANZ-HAIG-SIMONS. Este concepto de renta global busca sujetar la ‘acumulación neta del poder económico de un sujeto entre dos referencias temporales’. Por el contrario, las teorías de la fuente solo comprenden la renta de la fuente, no la fuente en sí misma, y excluyen a las ganancias de capital y las pérdidas

condensada en el impuesto de renta de no residentes (IRNR) vigente en España se remonta a esos incipientes tributos sobre la renta, de carácter real, que recaían “sobre los rendimientos o productos procedentes de una determinada fuente u obtenidos en consideración a ella”⁶, de forma que la “identidad y residencia del propietario era irrelevante”⁷. Esos tributos evolucionaron progresivamente hacia impuestos más o menos sintéticos sobre la renta y que crean la obligación personal de contribuir⁸. Como bien se sabe, los ordenamientos tributarios contemporáneos gravan con criterios de conexión subjetivos a sus residentes o nacionales mediante sistemas que se sitúan a medio camino entre las teorías de la imposición de la renta global y de la renta como fuente, a partir de un modelo ideal sintético que se modula para lograr distintas finalidades fiscales y extrafiscales⁹. De tal forma, los impuestos sobre la renta actuales generalmente tienen una imposición personal que convive con la imposición real para los no residentes.

El diseño de los impuestos sobre la renta requiere definir cuál es la fuente de los dividendos para determinar la obligación real de contribuir, lo cual ha sido más complejo de lo aparente, pues esta será directamente la propiedad en las participaciones sociales, pero indirectamente la actividad que genera los beneficios de la sociedad¹⁰. En el primer caso, los criterios de conexión pueden ser

como resultado de la venta de la fuente: la renta obtenida de vender los frutos es gravable; la ganancia de capital derivada de vender el fruto del jardín no es gravable. En los impuestos de renta actuales de muchos países la base imponible es una mezcla de las teorías de acumulación neta y de la fuente, en el mejor de los casos completado por un régimen separado para ganancias y pérdidas de capital”. LANG 2005: p. 18.

6 ALBIÑANA 1974: p. 158.

7 AVERY JONES 2012: p. 67.

8 La imposición real subsistiría hasta la reforma de 1978 del IRPF y del IS (las leyes 44 y 61 de 1978) tras una “reforma silenciosa” que progresivamente personalizó la imposición sobre la renta, siendo hitos: en primer lugar la reforma de 1957 que creó el IS, el impuesto sobre las rentas del capital y la contribución general sobre la renta; y, en segundo lugar, la de 1963, que permitió una mejor, pero todavía imperfecta integración entre esos tributos y los impuestos reales. ALBIÑANA 1974: p. 157-193; QUERALT, TEJERIZO & CAYÓN 2006: p. 44; PÉREZ 2013: p. 35-56;

9 ORTIZ CALLE 2008: p. 142. En cuanto a la crisis de los principios del justo reparto de la carga tributaria acentuada por los sistemas tributarios contemporáneos que han convertido al IRPF como un impuesto sintético en uno sobre las rentas del trabajo: RODRÍGUEZ BEREIJO 2005: p. 250.

10 Es interesante subrayar el trabajo de GAMMIE 2013: p. 81-113 sobre las relaciones entre el *Situs* como concepto de derecho internacional privado y las reglas de fuente para efectos tributarios. El autor señala cómo la jurisprudencia del siglo XIX y de comienzos del siglo XX en el Reino Unido

entendidos como el Estado de residencia de la sociedad que distribuye, donde se encuentre el registro de las acciones o donde se cumpla la obligación de pago. Sin embargo, si se considera que la fuente de la renta es la actividad económica subyacente, el criterio objetivo será lo que se ha dado en llamar “origen”, esto es, el lugar donde se obtienen los beneficios de los cuales derivan los dividendos¹¹. Actualmente solo unos pocos países (p. ej., Australia y los Estados Unidos) adoptan el origen como criterio de conexión¹², y la mayoría ha preferido

debió determinar reglas para situar la propiedad sobre las participaciones sociales en sociedades o sobre los intereses en *partnerships* que sirvieran para definir elemento espacial del hecho imponible en los tributos sobre sucesiones y legados. Durante el mismo periodo los tribunales también debieron resolver la cuestión del elemento espacial del impuesto sobre la renta británico. Puesto que la renta se gravaba atendiendo a su fuente, y esta puede comprender la propiedad como forma de determinar el origen de la renta, el criterio del *situs* fue utilizado por los tribunales para fijar la fuente del impuesto de renta y desempeñó un papel fundamental en el desarrollo de las normas del impuesto de renta. El autor subraya varias decisiones en las cuales se discute si las acciones en una sociedad se poseen bien en el Estado de constitución de la sociedad, en el domicilio del socio o en el que se encuentran registradas las acciones. Para efectos de los tributos sobre sucesiones, la sentencia *Brassard v Smith* acoge la regla de derecho privado desarrollada en el caso *The Attorney-General v Higinis*, según la cual las acciones están situadas donde se mantiene el registro de acciones de la sociedad, pues es el lugar donde se puede ejercer el derecho. Sin embargo, en materia de impuesto de renta la respuesta fue distinta, pues lo relevante era analizar dónde la sociedad producía los beneficios (*Braun v The Custodian*), que vendría a ser determinado por el domicilio de la sociedad (*Brown, Gow, Wilson et al. v Beleggings-Societeit NV*), entendido como lugar de constitución y asiento. La perspectiva según la cual la fuente de la renta son los beneficios y no las participaciones sociales –como activo– se explica en que estas no fueron inicialmente especies de propiedad que fuera gravada con el impuesto sobre la renta. Para las entidades transparentes, distintas sentencias plantean la cuestión de si la propiedad que tienen los partícipes se predica sobre el negocio mismo o sobre los intereses en el *partnership*, inclinándose por lo primero en casos sobre tributos sobre sucesiones como *Laidlay v The Lord Advocate* y en el impuesto sobre la renta en *Colquhoun v Brooks*. *vid. GAMMIE 2010*: p. 33 y ss.

11 Se ha propuesto que el criterio de origen respecto de los dividendos evitaría el fraude fiscal. *KEMMEREN 2001*: p. 341 y ss.

12 Tal como lo pone de presente *PATRICK*, existen unas pocas pero importantes excepciones, como la legislación australiana, que ha considerado que “la fuente de un dividendo es el emplazamiento geográfico en el que se encuentra el fondo de beneficios con el que la sociedad paga los dividendos”. O la estadounidense, que considera de fuente nacional una parte de los dividendos pagados por sociedades extranjeras si estos provienen de utilidades compuestas en esencia –hoy en un 25%– por ingresos vinculados efectivamente con un *trade or business* en los Estados Unidos. *PATRICK 1980*: p. 95-96; *AULT & BRADFORD 1990*: p. 14; *ROHATGI 2008*: p. 469; *MC DANIEL, REPETTI & RING 2014*: p. 35. Sin embargo, estos Estados no aplican retención en la fuente para estos dividendos. *vid. MCEUA: Technical Explanation*, p. 37; *HARRIS 2014*: aptdo. 3.3.

entender la fuente como el Estado de residencia de la entidad distribuidora, en tanto que existe un mayor vínculo económico con esa jurisdicción¹³.

La importancia de la definición de dividendos en los impuestos reales no se limitó a los criterios de conexión, pues como se aprecia en la Tarifa III de Ley Reguladora de la Contribución sobre las Utilidades de la Riqueza Mobiliaria¹⁴ sobre la imposición de los beneficios de las sociedades, se prohibía deducir las remuneraciones del capital social, los bonos de disfrute y cualquier tipo de participación en los beneficios de la sociedad –i. e., los dividendos–. No se previó una definición de dividendos autónoma-tributaria, y la doctrina ha entendido que el legislador asumió la definición mercantil¹⁵, hasta el punto de que la designación del sujeto pasivo de la contribución se sustentaba en la determinación la existencia de una persona jurídica plenamente diferenciada de sus miembros para efectos jurídico-privados y la inclusión o atribución de beneficios en la contabilidad de la entidad¹⁶. Dicha prohibición de deducir dividendos se ratificó en la Reforma de 1978 y se mantiene hasta los tiempos actuales en el artículo 15 de la LIS de 2014.

Además, como un tercer uso del concepto, la mencionada Tarifa III permitió a las sociedades atenuar la doble imposición económica sociedad-socio por los dividendos recibidos de otras sociedades sujetas a esa misma Tarifa, por medio de la deducción equivalente al 80% del tipo aplicado sobre los

13 El Comité de los Cuatro Economistas consideró que existían dificultades para aplicar el principio de origen a una empresa deslocalizada, por lo cual el Estado de domicilio debería gravar los dividendos ya que sería más fácil de determinar y porque el origen de la riqueza generada por una participación en una entidad estaba muy vinculado a la personalidad de esta. Hoy el criterio objetivo de conexión mayormente aceptado es el de la fuente, entendido como la residencia de la entidad distribuidora, con lo cual hay una aceptación parcial de la tesis de los Cuatro Economistas, pues no es precisamente la personalidad jurídica de la entidad lo que justifica el gravamen de los dividendos en el Estado de la residencia de la entidad distribuidora, sino la vinculación de esta con un territorio por criterios de conexión subjetivos. En efecto, la residencia fiscal actualmente viene determinada por factores como el lugar de constitución de la sociedad, su domicilio comercial o la sede de dirección efectiva. LEAGUE OF NATIONS 1923; VANN 2009: p. 212. *Cfr.* En España, el art. 13.1.f. TRLIRNR, y en Colombia el art. 24 ET.

14 Ley de 22 de septiembre de 1922, modificada por el Decreto Ley de 15 de diciembre de 1928, que son el antecedente del impuesto de sociedades y se superponía a la Contribución Industrial y de Comercio, que era un tributo independiente. En general sobre la evolución de los impuesto sobre la renta: HERNÁNDEZ DE LA TORRE Y GALÁN 1979: p. 387-400.

15 CENCERRADO 2012: p. 878-879.

16 ALCALÁ & GONZÁLEZ 1929: p. 143-144.

dividendos recibidos¹⁷. Medidas semejantes se han mantenido en la historia del IS español: incluso en la reforma de 1978 se concedió una deducción en la cuota equivalente al 50% “de la cantidad que resulte de aplicar al importe de los dividendos o participaciones, el tipo medio efectivo de gravamen que se haya aplicado a la sociedad que reparte los dividendos o participaciones”¹⁸. Ese porcentaje aumentaría al 100% cuando hubiere una participación sustancial del 25%, logrando así una eliminación total de la doble imposición económica. Estas características del IS se mantienen hasta el TRLIS vigente hasta el 2014, con algunos desarrollos particulares¹⁹, y la nueva LIS vigente a partir del 1.º de enero de 2015 dio un vuelco al establecer la exención de los dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español recibidos de entidades nacionales²⁰.

El IRPF regulado en la reforma de 1978 mantuvo algunas características de los sistemas analíticos predecesores, al conservar la enumeración de los componentes de renta, en particular los rendimientos del trabajo, los rendimientos del capital, los rendimientos derivados de explotaciones económicas y los incrementos patrimoniales no gravados por el impuesto de sucesiones y donaciones. De nuevo, los dividendos fueron calificados como rendimientos del capital, pero a pesar de estar dentro de tal género, se beneficiaban de un sistema de imputación según el cual se permitía una deducción en la cuota para eliminar la doble imposición económica sociedad-socio²¹. No obstante, a partir de 1995 se incorporó un sistema de imputación estimativo²² que tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2006, cuando se dispuso que los dividendos obtenidos por personas físicas debían soportar doble imposición económica, aunque hasta 31 de diciembre de 2014 existe una exención de los primeros 1.500 euros de dividendos decretados formalmente según el derecho societario²³, y por ser parte de las rentas del ahorro se ven sujetas a una imposición reduci-

17 *Cfr.* CENCERRADO 2012: p. 878-879.

18 Ley 61 de 1978, art. 14. RUIZ GARCÍA 1991: p. 80 y ss.

19 TRLIS, art. 30.

20 LIS, art. 21.

21 Para mayores detalles sobre la operativa de este sistema: RUIZ GARCÍA 1991: p. 80 y ss.

22 *Vid.* GONZÁLEZ-CUÉLLAR 2003: p. 119 y ss.

23 *Lit. y*), art. 25, LIRPF.

da respecto de la base imponible general. A partir del 1.º de enero de 2015 se eliminó dicha exención²⁴.

Se observa entonces que históricamente la definición de dividendos ha sido relevante tanto en los impuestos reales, como en los personales sintéticos y, en realidad, cuando los primeros convenios fueron elaborados a finales del siglo XIX y comienzos del XX, fue necesario considerar todos estos tipos de sistemas de imposición y encuadrarlos en dichos tratados de forma comprensiva²⁵. En especial, se buscaba armonizar la tributación mediante impuestos de producto que operaban de forma similar a la contemporánea retención en la fuente, con los impuestos personales que recaían sobre la renta mundial de los sujetos. En buena medida puede decirse que los CDI clasifican las rentas gracias al momento histórico en que surgen. Con la llegada de los impuestos globales, las fuentes de las rentas han seguido siendo relevantes para determinar elementos de conexión objetivos (el origen o fuente), establecer regímenes especiales para ciertas rentas, como las del ahorro, pero en especial, y en lo que interesa a este libro, para determinar cuáles de los pagos hechos por la sociedad a sus propietarios no son deducibles de la base imponible de aquella, y cómo los socios pueden atenuar la doble imposición económica. A continuación se revisan las principales diferencias que se encuentran en el derecho comparado en el tratamiento de los dividendos respecto de otras rentas.

B. LA NECESIDAD DE DISTINGUIR LOS DIVIDENDOS DE LAS DEMÁS RENTAS EN EL DERECHO INTERNO

Existen principalmente dos grupos de normas en los impuestos sobre la renta que usan el concepto de dividendo para determinar consecuencias jurídicas: 1) las que tratan de los dividendos pagados por una entidad residente a un sujeto

24 Art. 1.4 de la Ley 26 de 2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35 de 2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5 de 2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias. LIRPF.

25 Tal como lo reconocería el Comité de los Cuatro Economistas en 1923 al categorizar los sistemas de imposición directa de la época, lo visto respecto de España es la evolución que tuvo el impuesto en distintos países de Europa continental y que en los siguientes tres grupos: 1) aquellos que incorporan varios impuestos que gravan distintos objetos y cosas que reflejan riqueza; 2) sistemas que gravan de forma separada diferentes tipos de riqueza, pero agregan cada uno para calcular una suerte de renta total que luego es gravada con un impuesto suplementario; 3) impuesto sobre la renta que recae sobre el total de recursos anuales. LEAGUE OF NATIONS 1925.

residente o no y 2) las que gravan los dividendos pagados por una entidad no residente obtenidos por un sujeto residente²⁶. Para cada uno de estos grupos las definiciones de dividendos pueden ser distintas, ya que versan sobre dos objetos imposables igualmente distintos. En el primer caso se trata de los beneficios distribuidos que han sido objeto de imposición por ese mismo Estado con fundamento en el impuesto sobre sociedades, mientras que en el segundo caso se trata de una distribución del beneficio de una entidad no residente, cuyo nivel de imposición en el otro Estado no se sabe, pero que se grava por consistir en un enriquecimiento de un sujeto con obligación personal de contribuir. En la medida en que la legislación del Estado de residencia del beneficiario no determina las características mercantiles ni tributarias de los dividendos pagados por la entidad extranjera, ni de los beneficios de estas, las asimetrías y faltas de neutralidad pueden surgir.

1. DIVIDENDOS PAGADOS POR ENTIDADES RESIDENTES (*OUTBOUND DIVIDENDS*)

La necesidad de distinguir los dividendos de las demás rentas proviene de la admisión de las personas jurídicas y otras entidades como sujetos de los impuestos sobre la renta²⁷. En efecto, la construcción de los impuestos sobre las sociedades ha supuesto la necesidad de diferenciar entre los beneficios que derivan de la inversión como propietario en una unidad imponible independiente, la obtención de rentas por medio de una entidad transparente y de aquellas que son producto de las meras concesiones de endeudamiento. Ello fundamentalmente porque los pagos realizados a los socios en el primer caso no son deducibles, en el segundo caso no tienen efectos tributarios, pues la entidad no es considerada independiente, mientras que en el tercer caso los pagos existen y suelen ser deducibles de la base imponible de la entidad pagadora. Ello sin

26 Para simplificar la lectura hemos usado la palabra *residente* para referirnos al sujeto con obligación personal de contribuir.

27 En esa línea SCHÖN indica que “[...] la división entre deuda y fondos propios no puede ser fácilmente descartada, como quiera que tres grandes opciones fiscales son mantenidas por los legisladores en todo el mundo: 1) la existencia de un régimen específico de transparencia para sociedades de personas para la tributación transparente de entidades que desarrollan negocios; 2) la existencia de impuestos sobre sociedades como malla de protección de la tributación de los beneficios retenidos; y 3) los efectos diferenciados en la renta de intereses fijos y la renta contingente, causados por la competencia fiscal internacional”. SCHÖN 2012: p. 502.

olvidar que la enajenación de la participación en una sociedad en muchas legislaciones da lugar a una renta o ganancia patrimonial que puede estar sujeta a otro impuesto o a consecuencias jurídicas distintas de las que aplican a las rentas ordinarias como los dividendos.

La causa de la no deducibilidad de los dividendos que impera en la mayoría de los ordenamientos²⁸ tiene una primera explicación en el derecho mercantil que impide repartir dividendos antes de determinar las utilidades del periodo. Esto se manifiesta en la técnica y normativa contable, que entiende a los dividendos como la distribución de los resultados positivos –utilidades o beneficios– del periodo o acumulados en el patrimonio a los propietarios de la compañía, sin que estos últimos deban entregar algo a cambio, lo que supone que los activos de la compañía disminuyen y los de los propietarios aumentan²⁹. A tal efecto, los dividendos dependen de las cuentas de pérdidas y ganancias y se apoyan en ellas³⁰, lo cual remite a la cuantificación de los ingresos y gastos en el periodo³¹, que como bien se sabe, incide en la determinación de las utilidades susceptibles de ser distribuidas³². Una vez determinadas las utilidades del periodo, pasan a engrosar el patrimonio neto de la compañía, y cuando se hayan decretado formalmente y se cumplan las demás condiciones para la existencia del crédito, constituirán una cuenta del pasivo en favor del socio o accionista³³. Así, el derecho mercantil y la contabilidad influyen en la fiscalidad de los dividendos, puesto que estos últimos se cuantifican después que se ha fijado la utilidad susceptible de ser distribuida³⁴.

28 DUNCAN 2000: p. 33-34; HINNY 2008: p. 20; BROWN 2012: p. 28.

29 HELMINEN 2010: p. 1.

30 *Vid.* GRUNDMANN 2007: p. 298.

31 Ello sin perjuicio de que un periodo pueda afectarse por aquellos “vasos comunicantes” con periodos anteriores y futuros, como el concepto de remanente, que es aquella cuenta que recoge los beneficios no distribuidos ni aplicados en las cuentas anuales del periodo anterior.

32 En particular, la materialización de los principios de prudencia y de información puede llevar a una mayor o menor dimensión de los riesgos que deban anticiparse –provisiones– e incluso a crear reservas ocultas, entendidas como las que consisten en una diferencia entre la valoración a precios de mercado de los activos o pasivos y el valor contabilizado al valor histórico. BÁEZ 2005: p. 210.

33 NIC 10.12, 37.20.

34 De forma indirecta, la utilidad contable afecta la determinación de la base imponible de la sociedad que los distribuye, y de forma directa la contabilidad puede determinar la causación o cuantificación del hecho imponible de los dividendos, aunque esté regulada, por remisión, en las normas contables. Sobre los modelos de “dependencia” y “autónomos” de determinación de la base imponible, *vid.*: ZORNOZA & BÁEZ 2010: p. 429-479.

Los ordenamientos regulan la no deducibilidad de los dividendos adoptando definiciones que pueden coincidir o no con las del derecho privado. En España, por ejemplo, el artículo 15 de la LIS de 2014 indica que no serán fiscalmente deducibles los gastos que representen una retribución de los fondos propios³⁵, los cuales se definen según el artículo 25 de la LIRPF como un tipo de rendimientos del capital mobiliario *obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad*, lo que incluye las distribuciones de utilidades formalmente decididas por los propietarios –“dividendos” desde un punto de vista mercantil–, y enumera una serie de distribuciones “atípicas” o informales³⁶. La utilización de la fuente de la renta –los fondos propios– tiene lógica para definir los gastos no deducibles, pues la determinación del beneficio es necesaria para fijar los dividendos. En otras palabras: definir dividendos como distribuciones de beneficios llevaría a un sinsentido, pues para calcular los beneficios habría que fijar cuáles pagos no son deducibles y dentro de estos los dividendos³⁷.

La no deducibilidad de los dividendos y el otorgamiento de un régimen fiscal particular para su beneficiario es un asunto que se encuentra en medio de uno de los más importantes debates de la hacienda pública moderna y contemporánea, de manera que las razones mercantiles dadas atrás son solo el punto de partida del análisis. En efecto, el concepto de dividendo resulta fundamental en la concepción del impuesto sobre sociedades, ya que si bien este tributo existe en la mayoría de los países y se considera uno de los pilares de los sistemas tributarios³⁸, lo cierto es que tiene distintos fundamentos y papeles

35 La LIS de 2014 en el art. 15.a) mantiene la misma regla, pero aclara que “son fondos propios los valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, con independencia de su consideración contable. Así mismo, tendrán la consideración de retribución de fondos propios la correspondiente a los préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas”.

36 Parece que el término “dividendos” empleado en el art. 25 LIRPF tuviera el mismo significado mercantil.

37 HARRIS 2013: p. 181 y ss. En la misma línea, se ha afirmado que en la medida en que los dividendos no se pueden deducir para determinar el beneficio, la referencia a su fuente resulta imprescindible. En concreto, la mención a las participaciones sociales o a los fondos propios. Ello da lugar al problema del *debt equity conundrum*. KOK 2014: aptdo. 1.

38 RUIZ GARCÍA 1991: p. 17, citando a NEUMARK, que considera que los impuestos de sociedades, sobre la renta y el general sobre las ventas, constituyen los pilares de un sistema tributario ideal. NEUMARK 1974: p. 462 y ss.

en ellos³⁹, porque si bien las sociedades empezaron a ser contribuyentes de los tributos porque el elemento subjetivo del hecho generador estaba redactado de forma amplia⁴⁰ comprendiendo a quienes fuesen sujetos de derecho según la legislación civil y la mercantil⁴¹, en el fondo yacía un asunto económico de gran envergadura, que es la doble imposición sociedad-socio o, su opuesto, el diferimiento de la renta mediante sociedades. Ambos fenómenos han provocado cuestiones en torno al principio de capacidad contributiva a las que los ordenamientos responden de diversa forma, variando la función del concepto de dividendo interno.

Existen al menos tres tipos de argumentos que defienden la existencia de *sistemas clásicos*, es decir, los que permiten o avalan la doble imposición económica considerando al impuesto de sociedades como un tributo independiente del impuesto de renta sobre las personas físicas (IRPF)⁴². En primer lugar, existen explicaciones ligadas a la teoría de la equivalencia y el principio del beneficio, según los cuales, económicamente la concesión de la personalidad jurídica y el acceso a las prestaciones estatales justifica la imposición de las sociedades, pues el Estado vendría a ser un “socio oculto”⁴³. En segundo lugar, también se ha defendido que las entidades tienen una capacidad contributiva autónoma

39 Una interesante discusión en torno a la función del impuesto de sociedades, sus pros y contras desde un punto de vista jurídico y económico, se encuentra en la doctrina estadounidense. Con las referencias ahí citadas: BRAUNER 2008. Véase también: RUIZ GARCÍA 1991: p. 17 y ss.; CORONA 1992: p. 60 y ss.; COUZIN 2002: p. 15-18; HARRIS 2013: p. 144-148.

40 Aunque los impuestos sobre la renta se aplicaron inicialmente a las personas físicas, el reconocimiento de la capacidad de las personas jurídicas supuso su consideración como obligadas de los impuestos sobre la renta que se referían a las “personas”, “el que” o “quienes” obtengan o deriven ingresos, hecho que fue reconocido expresamente en los Estados Unidos al incluir a las *corporations* en 1913. Sin embargo, fue en 1925 en Alemania donde se adoptó por primera vez un impuesto sobre sociedades separado, marcando una tendencia que se extendería por el mundo, que quizás inspirada por la teoría del realismo de las sociedades, incluso empezó a comprender también a ciertos tipos de entidades sin personalidad jurídica, pero propias de la tradición jurídica de cada Estado, como las fiducias y los *trust*. OECD 1999: p. 10-11; *vid.* HARRIS 2013: p. 22 y ss.

41 La tributación de las sociedades “se deriva inexorablemente de la determinación de que la sociedad constituida era una persona, cuyas obligaciones incluirían la responsabilidad de pagar impuestos”.. COUZIN 2002: p. 17-18.

42 Esta clasificación y mayores referencias sobre el tema en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR 2003: p. 18 y ss. El profesor RUIZ GARCÍA describe la doctrina italiana y la alemana sobre el particular. RUIZ GARCÍA 1991: p. 17-28; También *vid.* HARRIS 1996: p. 60-72; NIJKEUTER 2011, p. 6-9.

43 Se trata de argumentos mayormente económicos. RUIZ GARCÍA 1991: p. 18-21.

e independiente de la que demuestran las personas físicas⁴⁴. Finalmente, un tercer grupo se fundamenta en razones de política fiscal, como por ejemplo: la ausencia de gravamen en uno u otro sujeto causaría un diferimiento del impuesto por los beneficios no distribuidos; razones de justicia por el quebrantamiento de la generalidad del impuesto; y por factores pragmáticos, ya que en el ámbito internacional la doble imposición económica sociedad-socio evita muchos problemas. Pues bien, los ordenamientos clásicos fueron comunes en los sistemas tributarios hasta mediados del siglo XX, desaparecieron en muchos Estados durante la segunda mitad del siglo y han sido retomados por algunos otros entrando el siglo XXI⁴⁵.

Las teorías que soportan la existencia del impuesto sobre las sociedades independiente han sido criticadas porque el beneficio de la personalidad jurídica no tiene un nexo claro con el impuesto, pero sobre todo porque la renta como concepto global solo puede ser obtenida por una persona física, que es quien tiene necesidades vitales. En otras palabras: las sociedades no tienen capacidad contributiva independiente de la de sus propietarios, de forma que obtendrán rendimientos, beneficios, pero nunca renta. Además, salvo en las sociedades cuyo capital esté muy disperso, es claro que estas entidades son usadas para que los socios realicen una renta personal que se atribuye a la entidad hasta que esos mismos sujetos decreten el reparto de los beneficios⁴⁶. Si dicha capacidad no existe en la entidad, el impuesto de sociedades solo podría ser un impuesto a cuenta del de las personas físicas. Incluso, en las sociedades cotizadas donde podría justificarse una capacidad contributiva independiente para ella, habría que considerar como deducibles a los dividendos pagados para ser coherentes⁴⁷, porque además, teniendo en cuenta que los administradores deciden la política de pago de los dividendos, la existencia de doble imposición económica podría causar el fenómeno de la preferencia de los administradores por la retención de utilidades sobre la distribución que bien ha abordado la literatura financiera ⁴⁸.

44 La Escuela de Pavía a la cabeza de GRIZIOTTI y VANONI es reconocida por argumentar que se trata de dos contribuyentes distintos con capacidad económica independiente y además que el ingreso por dividendos es como cualquier otro que puede recibir un contribuyente. *vid.* RUIZ GARCÍA 1991: p. 21.

45 VANN 2003: p. 23-24; HARRIS 2010: p. 573-588.

46 RUIZ GARCÍA 1991: p. 25; HARRIS 1996: p. 43.

47 RUIZ GARCÍA 1991: p. 26-27.

48 SCHÖN 2010: p. 69. El autor hace referencia al debate sobre la política de dividendos en: BREALEY, MYERS & ALLEN 2011: p. 391 y ss. Aunque el autor alemán cita la edición de 2006: p. 112.

Los argumentos más agudos en contra de los sistemas clásicos han venido desde la doctrina económica, que ha justificado que la sociedad es meramente una conductora de la renta (*conduit theory*)⁴⁹ que no tiene una capacidad económica independiente de la de sus propietarios; de ahí que autores de la talla de MUSGRAVE hayan cuestionado su existencia por razones de equidad⁵⁰, aunque vale precisar que ha sido discutible si realmente el IS lo soportan los dueños del capital de la entidad o si también recae sobre los consumidores o trabajadores⁵¹. Además, se ha mencionado que el impuesto de sociedades, o al menos su no integración con el IRPF, genera ineficiencias que se concretan en las siguientes distorsiones:

– en la propia organización de la empresa, ya que la creación de entidades sujetas al impuesto sobre sociedades puede resultar más onerosa en términos fiscales que la realización directa –como persona física– de las actividades económicas;

– en la financiación con capital y endeudamiento, pues se favorece a esta última; y

– en la política de aplicación de beneficios, por cuenta de estímulos negativos para el reparto de dividendos e incentivos para la retención de utilidades o para las distribuciones en forma de ganancias de capital⁵².

Estas tres asimetrías son la causa de la puesta en tensión del concepto de dividendo que aborda este libro, que si bien mantiene los tres elementos mercantiles, a saber: una entidad distribidora (sociedad), una participación social en ella

49 Nombre acuñado por MC LURE 1980: p. 20.

50 MUSGRAVE & MUSGRAVE 1981: p. 592-593. Al tiempo, se arguye que es un modelo que contribuye a la dispersión de tipos de gravámenes y que se muestra contrario a la equidad horizontal, pues actividades idénticas resultarán gravadas de forma diferente según sean realizadas por medio de sociedades o directamente por las personas naturales. VANN 2003: p. 23-24; ALBI IBÁÑEZ 2007, p. 11-30; ALBI IBÁÑEZ 2010: p. 16 y ss. En tiempos recientes se afirma con naturalidad que económicamente el impuesto de sociedades es objeto de traslación a todos los propietarios del capital, con lo cual no se estaría gravando una capacidad contributiva independiente, y por esto no se trataría de un tributo que busca la justicia fiscal. BRAUNER 2008: p. 629-635. Este autor señala que los consumidores y trabajadores soportan algo de carga fiscal, pero no está claro cuánto y cuándo se produce, lo que genera una importante discusión desde un punto de vista internacional. *Vid.* p. 634.

51 *Vid.* CORONA 1992: p. 76; BRAUNER 2008: p. 634.

52 CORONA 1992: p. 63-66.

y un rendimiento que tiene como causa esa participación, las normas fiscales redefinen su contenido para evitar situaciones de arbitraje fiscal. Pero siendo la definición objeto de posteriores capítulos, por ahora interesa subrayar que han surgido posiciones que propenden a que “los beneficios obtenidos por los empresarios que operan por medio de una sociedad deberían ser gravados una sola vez”⁵³, aunque los métodos para lograr este cometido varían.

La imposición única de los beneficios empresariales se lograría por medio de la eliminación del IS del sistema tributario, como se propone en los sistemas de unidad (*single-tax pattern*), aunque ello parece un tanto utópico actualmente, dada la importancia recaudatoria del tributo y la complejidad que envolvería gravar a los accionistas de sociedades de capitales de gran dimensión. En la práctica, estas suelen estar gravadas de forma independiente, aunque las sociedades de personas, profesionales y de pequeña dimensión son a veces excluidas del ámbito subjetivo de aplicación del tributo⁵⁴. Bajo los sistemas de unidad el concepto de dividendo no tiene una importancia fiscal, puesto que la renta se atribuye directamente a los socios, accionistas o partícipes y se sujetan de forma completa y final. Sin embargo, cuando se aplican sistemas de unidad y de doble impuesto simultáneamente o incluso cuando dentro de estos se crean regímenes fiscales distintos respecto de ciertos vehículos para realizar actividades económicas (sociedades de capitales, sociedades personalistas –*partnerships*–, entidades sin ánimo de lucro o del sector social), se crean faltas de neutralidad.

Cuando existe el IS en un sistema tributario, en realidad existe un doble impuesto (*double-tax patterns*), que a diferencia de los sistemas de unidad⁵⁵ (*single-tax pattern*), suponen que la carga impositiva total y final “es dividida entre la tributación actual de la entidad (impuesto de sociedades) y la tributación de los propietarios sobre la distribución”⁵⁶. Así, el legislador fiscal analizará cuáles sujetos tienen entidad suficiente para ser considerados sujetos independientes y cuáles no, teniendo en cuenta que la clasificación es fundamental para determinar:

53 DOENBERG 1995, p. 3-15.

54 Vid. ALBIÑANA 1974: p. 105; TURONYI 2003: p. 277; GONZÁLEZ-CUÉLLAR 2003: p. 54 y ss.; BARENFELD 2005: p. 102-103.

55 Así, por ejemplo, en: ALBIÑANA 1974: p. 105.

56 BARENFELD 2005: p. 102-103.

- 1) la persona sujeta a imposición (los propietarios o la entidad).
- 2) el aspecto temporal del hecho imponible en cabeza de los socios (cuando se obtengan los beneficios o cuando se distribuyan los mismos).
- 3) el tipo de renta y la imposición que recae sobre los socios (beneficios empresariales o dividendos);
- 4) la persona que tiene derecho a eliminar la doble imposición internacional (el propietario o la entidad)⁵⁷.

Dentro de los sistemas de doble impuesto se encuentran los clásicos, en los cuales las consecuencias que se acaban de enlistar son fácilmente comprobables, pero también los de integración que eliminan o atenúan la doble imposición económica y reducen los problemas de neutralidad de los sistemas clásicos, que en la práctica pueden hacer dudosa la calificación como sistemas de doble o de único impuesto. En especial ello ocurre en aquellos ordenamientos en los que IS opera como un régimen de transparencia intermedia, esto es, en los que el impuesto sobre la entidad se considera un mero mecanismo de cuantificación del beneficio de la actividad económica obtenida por los propietarios, asunto sobre el que volveremos al estudiar el elemento de la entidad distribuidora de dividendos.

Se ha reconocido que el IS es fuente de importantes recursos de los presupuestos públicos, que sería complejo aplicar la transparencia en sociedades abiertas y cotizadas y que su supresión, como lo sugieren los sistemas de unidad, no ha sido aplicada por los Estados. En consecuencia, se ha propuesto entender y diseñar el IS como un tributo que opera para evitar el diferimiento de la renta, de forma que permita el gravamen en el Estado de la fuente de los inversionistas no residentes⁵⁸ y se constituya como una garantía y anticipo del impuesto sobre la renta de los socios residentes (*withholding function*)⁵⁹. Por

57 BARENFIELD 2005: p. 126. Como método para eliminar la doble imposición económica, la transparencia puede presentar una enorme complejidad cuando se trate de atribuir la renta a los socios de una entidad cotizada con el capital muy disperso.

58 Es un secreto a voces que una visión contemporánea del impuesto de sociedades lo aprecia como un mecanismo que, atendiendo a criterios de competitividad, permite gravar en la fuente las rentas derivadas de un país. *Vid.* HARRIS 2013: p. 146.

59 “On this basis, a corporation may be viewed as simply a vehicle through which individuals derive income that, when corporate profits are retained, involves the temporary allocation of corporate income to the corporation for tax purposes. This is consistent with the nature of a corporation as a collective investment vehicle, can be consistent with the realisations basis of the income tax (see introduction) and is not inconsistent with the ability to pay principle”. HARRIS 2013:

ello, se ha considerado necesario eliminar la doble imposición económica, reconociendo además que las rentas del capital son altamente volátiles, en tanto que su fuente puede ser mutada con facilidad, o incluso su gravamen puede constituir desincentivos para la inversión que resultan poco recomendables en un contexto donde la competencia fiscal internacional pulula. Por tanto, el régimen tributario de los beneficios de las empresas y sus distribuciones debe propender a la neutralidad⁶⁰, y en lo que atañe a este apartado, la que tiende a la importación de capitales (*capital import neutrality*). Así, se proponen sistemas que eliminan o atenúan la doble imposición económica, que se clasifican según afecten a la entidad que distribuye o al beneficiario de los dividendos⁶¹.

Los sistemas que afectan la tributación de la entidad distribuidora comprenden, en primer lugar, el de deducción (*dividend deduction system*) en la base imponible de ella, del monto total o parcial de los dividendos o de un valor ficticio de ellos⁶². En segundo lugar, los sistemas de reducción de la cuota, que pueden consistir en una división del tipo, aplicando el general para los beneficios no distribuidos y un tipo reducido para los dividendos (*split-tax rate system*)⁶³,

p. 147. *Vid.* sobre “withholding function” COUZIN 2002: p. 16. “Corporations are a convenient place to impose and collect tax on income earned, in economic terms, by their shareholders. Taxing companies prevents deferral or, in the case of foreign shareholders, outright exemption of local income earned through the corporate vehicle. It also permits, in practice, the collection of tax with the least political effort and, given the lack of full imputation of corporate tax in most countries, of a greater amount of tax than would otherwise be the case”.

60 AVY-YONAH & CHENCHINSKI 2010: p. 2. Una tarifa efectiva muy alta desincentivaría la constitución de sociedades o entidades sujetas a impuestos de sociedades, la financiación por medio de instrumentos cuyos pagos resulten deducibles, dando lugar a fenómenos de capitalización encubierta.

61 Una clasificación similar en: CORONA 1992: p. 89.

62 El resultado de este sistema es similar al que se obtiene con otros mecanismos de integración en cuanto a su reducción de la doble imposición económica, pero la forma que se llega al resultado es distinta, pues la sociedad es gravada por los beneficios no distribuidos, y los socios/inversionistas por los beneficios distribuidos, lo cual genera un grado de neutralidad superior al de los sistemas de integración o de exención, puesto que en estos los dividendos se gravan en la sociedad, mientras que los intereses, en los prestamistas/inversionistas. Gracias a esto se ha argumentado con mucho fundamento que este sistema logra reducir los incentivos negativos que producen los sistemas clásicos de forma mucho más asertiva, ya que evita las complejidades del sistema de imputación y de exención, cuando se busca que los beneficios fiscales de la sociedad solo influyan en el comportamiento de la administración de ella, pero no a los accionistas, al tiempo que genera incentivos para repartir dividendos y hace neutral la financiación por medio de deuda o de capital. AVY-YONAH & CHENCHINSKI 2010: p. 1-11.

63 HARRIS 1996: p. 64-65.

o bien por la aplicación de un descuento o deducción en la cuota del impuesto de renta de la entidad distribuidora⁶⁴.

Los sistemas que afectan al receptor de los dividendos son los de imputación o crédito fiscal (*imputation system*), exención parcial o total, de distribución del tipo y analíticos (*schedular tax system*)⁶⁵. El sistema de imputación permite que el impuesto sobre las utilidades de la entidad distribuidora pueda ser acreditado por el receptor cuando exista un reparto de dividendos, bajo el entendido de que las utilidades serán gravadas al tipo efectivo de este. Para el efecto, el ingreso para el accionista es reconstituido (*gross-up*) considerando las utilidades de la sociedad antes de impuestos y gravado con el tipo que se corresponda al receptor de los dividendos según su naturaleza, permitiéndosele descontar o acreditar en la cuota (*tax credit*) el impuesto subyacente atribuible al dividendo⁶⁶. El crédito puede ser variable o fijo. El primero puede ser a su vez total (*full imputation*) o parcial (*partial imputation*). Los sistemas de crédito son actualmente utilizados en Nueva Zelanda, Australia y Canadá, aunque durante la segunda mitad del siglo XX fueron ampliamente utilizados por los países por ser teóricamente los más adecuados en función de equidad y neutralidad, tanto frente a otras fuentes de rendimientos como frente a las inversiones nacionales y extranjeras (neutralidad en la exportación de capitales)⁶⁷. Desde finales de los noventa los Estados han venido abandonando el sistema de imputación porque presenta problemas estructurales, que al tratar de ser corregidos vuelven extremadamente complejo el ordenamiento fiscal⁶⁸. En particular, el crédito

64 Se trata de un sistema de imputación para la entidad que distribuye los dividendos. El ejemplo más significativo es el “advance corporation tax system” (“ACT” system) utilizado por el derecho británico desde 1973 hasta 1999, y consistente en la posibilidad de deducir de la base imponible del impuesto de sociedades el monto del ACT. HARRIS 1996: p. 65.

65 *Vid.* ROGERS-GLABUSH & IBFD 2009: p. 142; HARRIS 1996: p. 60-62.

66 MCOCDE, párr. 49, art. 10.

67 El crédito puede ser variable o fijo. Aquel puede ser a su vez total (*full imputation*) o parcial (*partial imputation*). Los sistemas de crédito son actualmente utilizados en Nueva Zelanda, Australia y Canadá, aunque durante la segunda mitad del siglo XX fueron ampliamente utilizados por los países por ser teóricamente los más adecuados en función de equidad y neutralidad, tanto frente a otras fuentes de rendimientos, como frente a las inversiones nacionales y extranjeras (neutralidad en la exportación de capitales). *Vid.* ROGERS-GLABUSH, & IBFD 2010: p. 228. AULT & ARNOLD 2010: p. 406-407. HARRIS 2010: p. 577; ALBI IBÁÑEZ 2007: p. 14-17; MCOCDE, párr. 40, art. 10.

68 Uno de los problemas más importantes era determinar si los beneficios fiscales de la entidad distribuidora deberían ser trasladados a los socios o no. Quienes apostaban por el no debían enfrentarse al problema de elegir si gravaban entonces al receptor de los dividendos, permitiéndole descontar solo el impuesto atribuible efectivamente pagado por la sociedad, o si la compañía

fiscal en muchos Estados no se concedía cuando los dividendos se pagaban a no residentes, dejando irresoluta la doble imposición económica y creando problemas de neutralidad que pueden encontrar límites jurídicos en las prohibiciones de discriminación de los CDI y de las derivadas de las libertades prescritas en escenarios de integración económica⁶⁹. En efecto, el TJUE ha puesto de presente que la no concesión de un crédito fiscal a los no residentes puede vulnerar la libertad de establecimiento⁷⁰ o la libertad de movimiento de capitales si el

debía ser gravada por medio de un impuesto compensatorio (*compensatory tax*) al momento de la distribución, como lo fue en Francia el *précompte*. Este “era un impuesto compensatorio bajo el sistema de imputación francés. El impuesto fue abolido en 2004. El impuesto se generaba cuando una compañía francesa distribuía rentas que no habían sido gravadas al tipo normal del impuesto de sociedades [...] el *précompte* se aplicaba sin distinguir entre accionistas residentes y no residentes. Cuando la renta redistribuida había soportado una retención en la fuente en aplicación de un CDI, el *précompte* generado sobre la redistribución era reducido por el monto de la retención en la fuente extranjera. El *précompte* efectivamente pagado era devuelto a los no residentes que no tuvieran derecho al *avoir fiscal*. La devolución estaba disponible para los residentes de los residentes en Estados con los que Francia tuviere CDI (sin que importara que expresamente lo requiriera el CDI), los territorios franceses exteriores o miembros de la antigua Commonwealth francesa. Excepto para las compañías matrices que calificaran bajo la Directiva Matriz-Filial, la devolución del *précompte* era tratada como dividendo y estaba sujeta a la misma retención en la fuente de los dividendos”. ROGERS-GLABUSH, & IBFD 2009: p. 338. De forma similar operaba el *Advance Corporate Tax*, regulado en Irlanda y el Reino Unido. Sin embargo, respecto de este, no era claro que el monto del crédito que recibía el accionista debía considerarse como dividendos para aplicar el art. 10 MCOCDE, pues la jurisprudencia australiana entendió que no lo eran [Case L23 (1979) 79 A. T. C. 110 (Board of Review, citado por: BAKER 2000: n.º 10B-07], mientras que la jurisprudencia del Reino Unido sí (Union Texas International Corp. v Critchley, 1990, STC 305). Sin embargo, es destacable que el CDI entre el Reino Unido e Irlanda contenía una norma más clara. Vid. ROGERS-GLABUSH, & IBFD 2009: p. 8, 9, 328. HARRIS 2000: p. 9. A lo anterior se sumaban las dificultades administrativas relacionadas con la determinación del impuesto sobre los beneficios de la entidad distribuidora que se comunican a la base imponible del perceptor de los dividendos y la procedencia del crédito fiscal correspondiente. Sobre todo en el caso de reservas que pudieron haber sido gravadas con tipos diferentes o en aquellas circunstancias donde la liquidación del impuesto de la sociedad no estuviera en firme (inspecciones). Ello resulta mucho más problemático cuando el método de imputación se aplica también a las plusvalías o ganancias patrimoniales. Todo esto hacía que el sistema fuera inadecuado cuando existía una diversidad de tipos nominales y efectivos en la entidad distribuidora de dividendos. Para mayor abundamiento en el funcionamiento, los problemas y la complejidad del sistema de imputación, puede verse el trabajo premonitorio HARRIS 1996, en especial los capítulos 4 y 5 del libro primero y 6 y 8 del libro segundo.

69 Tempranamente lo destacó LODIN 1998: p. 238; EUROPEAN UNION, COMMISSION 2010.

70 Esta libertad puede verse infringida cuando los dividendos son atribuibles a un EP del Espacio Económico Europeo o de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) situado en Estado de residencia de la entidad que hace la distribución y no se le permite utilizar el crédito fiscal,

Estado de residencia de la entidad distribuidora grava los dividendos⁷¹. Esta jurisprudencia ha dado una estocada final a los sistemas de crédito dentro del ámbito europeo que no ha sido ajena a críticas de la doctrina⁷².

El sistema de exención resuelve muchos de los problemas que plantea el de imputación, aunque no es teóricamente el mejor. Como su nombre lo indica, significa que la entidad receptora de dividendos no incluirá (exención total) o incluirá parcialmente (exención parcial) en su base imponible los ingresos por dividendos. La exención parcial es utilizada en algunos sistemas del tipo dual y en sistemas analíticos contemporáneos⁷³. Desde una perspectiva internacional, el sistema puede operar como una exención en origen que supone excluir a los dividendos del gravamen en el Estado de residencia de la entidad distribuidora, en el entendido de que las utilidades de esta ya han sido sujetas a imposición⁷⁴. Este método puede tener restricciones y aplicarse únicamente a dividendos obtenidos por residentes o por el Estado y otras entidades públi-

mientras que a los residentes sí, tal como el TJUE lo puso de presente en el caso *Avoir Fiscal* (270/83). HELMINEN 2011: p. 85-90. TJUE, 28 de enero de 1986, Caso 270/83, Comisión de la Comunidad Europea vs. República de Francia, *Avoir Fiscal*. párr. 27-28. Vale la pena mencionar que en este caso se considera la restricción contraria a la libertad de establecimiento a causa de la presencia de un EP.

- 71 El TJUE en el caso *Class IV Act* indicó que un Estado que otorgara un crédito fiscal para evitar la doble imposición económica de los dividendos recibidos por sus residentes y por residentes de Estados con los cuales los CDI así lo prevean podía no otorgar dicho crédito a los residentes en terceros Estados si bajo el derecho interno o un CDI no gravaba los dividendos. TJUE, 12 de diciembre de 2006, Caso C-378/04, *Test Claimants in Class IV of the Act Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*. Sobre la libertad en juego, *vid.* ZORNOZA 2014: p. 37 y ss.
- 72 Excede del objeto de este trabajo abordar estas cuestiones. En general, para el análisis de la integración negativa en materia de tributación de los dividendos y su falta de coherencia, *vid.* GRAETZ & WARREN 2007: p. 1577-1623; LANG 2008: p. 67-77; ENGLISCH 2010: p. 197-221; TERRA & WATTEL 2012: p. 1045-1063; KOFLER 2012: p. 77, nota 7; ZORNOZA 2014: p. 33-74, p. 55-57.
- 73 La exención parcial es utilizada en algunos sistemas del tipo *dual* y en sistemas cedulares contemporáneos. Por ejemplo, algunos países adoptan el sistema de *half income method*, que grava solo el 50% de los dividendos pagados. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee. *Dividend taxation of individuals in the Internal Market*. 19/12/2010, p. 4-5. Ello permite que el impuesto de sociedades más el impuesto sobre los dividendos se acerquen al tipo marginal máximo de los impuestos de personas físicas. Además, la exención puede ser con progresividad, lo que supone que los ingresos se tienen en cuenta para definir el tipo progresivo, pero no integran la base imponible.
- 74 Los problemas que plantea este método tienen que ver con la determinación de la parte de las plusvalías que van a ser excluidas, pues bajo esa misma lógica habría que distinguir entre las

cas⁷⁵, lo que, según las circunstancias, podría dar lugar a discriminación en el marco del derecho de la Unión Europea⁷⁶.

Finalmente los sistemas analíticos, como su nombre lo indica, clasifican los dividendos y otras rentas derivadas de participaciones sociales, sometiénolas a una carga fiscal menor que otras rentas, de manera que sumado el tipo impositivo del IS soportado por la entidad distribuidora, con el reducido del IRPF aplicado sobre los dividendos, la carga fiscal total no sobrepase el tipo marginal máximo para individuos⁷⁷.

plusvalías generadas durante la tenencia de las acciones y las anteriores, y las plusvalías gravadas o no gravadas en cabeza de la sociedad. *Vid.* ALBI IBÁÑEZ 2007: p. 22 y 25.

75 MCOCDE, párr. 13.1 y 13.2, art. 10; ROHATGI 2008: p. 469.

76 El TJUE en los casos *Denkavit International BV, Aberdeen y Amurta* ha señalado que los dividendos pagados a un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo para el TJUE no pueden ser gravados si dicho Estado declara exentos los dividendos obtenidos por sus residentes, sin que importe que el no residente no tenga un EP en el Estado de la fuente o que el Estado de residencia del perceptor de los dividendos deba conceder un crédito fiscal en virtud de un CDI si no se obtiene en la práctica. TJUE 14 de diciembre de 2006, Caso C-170/05, *Denkavit Internationaal BV*; TJUE, 18 de junio de 2009, Caso C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*; TJUE, 18 de junio de 2009, Caso C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*; TJUE, 8 de noviembre de 2007, Caso C-379/05, *Amurta SGPS v Inspecteur van de Belastingdienst/Amsterdam*. En el caso *Secilpar*, sin embargo, se admite que el CDI neutralice la diferencia de trato si prevé un crédito fiscal que en el caso concreto elimine la doble imposición jurídica. TJUE, 22 de noviembre de 2010, Caso C-199/10, *Secilpar. Sociedade Unipessoal/Fazenda Pública*. Es más, en el caso *Santander*, el TJUE afirmó que era contraria a la libertad de movimiento de capitales “una normativa de un Estado miembro que prevé la imposición, mediante una retención en origen, de los dividendos de origen nacional cuando son percibidos por organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios residentes en otro Estado, mientras que esos dividendos están exentos para los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios residentes en el primer Estado”. TJUE, 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11, *Santander v. Directeur des résidents à l'étranger et des services généraux*.

77 Dentro de estos se encuentran el sistema *dual*, que busca no distorsionar la decisión de realizar operaciones directamente o mediante entidades sometidas de forma independiente a impuestos sobre la renta. Ello se puede lograr por medio de exenciones totales o parciales o un tipo reducido para las rentas de dividendos, que puede ser único (*single schedular rate*) o múltiple (*multiple schedular rates*). El sistema *dual* a veces utiliza la exención parcial de los dividendos, pero en ocasiones otros métodos para eliminar la doble imposición económica. Pueden adoptar exenciones totales o parciales, o un tipo reducido para las rentas de dividendos, que puede ser único (*single schedular rate*) o múltiple (*multiple schedular rates*). En el primer caso la carga fiscal total puede no ser del todo neutral, puesto que el individuo contribuyente puede estar sometido a un tipo marginal menor o superior al resultante de la suma del IS más el tipo reducido para dividendos. Por eso algunos sistemas incorporan múltiples tipos cedulares para los dividendos,

Con lo dicho, el impuesto de sociedades desde una perspectiva teórica parece no tener una justificación distinta de servir como instrumento para garantizar el impuesto sobre los accionistas, como bien lo reconoció la Exposición de Motivos de la Ley 43 de 1995, relativa al impuesto de sociedades español⁷⁸. Sin embargo, paradójicamente el propio establecimiento del impuesto de sociedades da lugar a dos ficciones: 1) que las sociedades generan renta y 2) que los dividendos tienen una fuente distinta a la renta de la entidad distribuidora⁷⁹. Ambas ficciones son a veces asumidas en la práctica de los sistemas tributarios sin atender a la citada perspectiva teórica, pues el IS en muchos Estados es una fuente de ingresos públicos que responde a criterios recaudatorios⁸⁰. En ese contexto han surgido métodos para eliminar o atenuar la doble imposición económica de diversos tipos, que manteniendo esa finalidad fiscal de obtener ingresos, pretenden otorgar un grado aceptable de neutralidad en la interacción entre ambos tributos. Así, en resumen, la integración puede hacerse mediante: 1) desgravaciones en cabeza de la sociedad: a) deducción, b) reducción de la cuota; 2) desgravaciones en cabeza de los propietarios: a) imputación o crédito, b) exención parcial o total y c) tipo reducido.

En definitiva, en los sistemas de doble impuesto, es decir, cuando las sociedades son reconocidas por el derecho tributario como contribuyentes, existe una ficción consistente en que una entidad, y no los socios, desarrollan una actividad generadora de renta. Por tanto, los dividendos son también una ficción según la cual el socio obtiene rendimientos de las participaciones sociales y no de la actividad económica subyacente. Así, tanto en los sistemas clásicos como

cuyo propósito es acercarse al grado ideal de neutralidad. Una aproximación a los sistemas duales puede consultarse en: SØRENSEN 2009; ORTIZ CALLE 2008.

78 Al decir textualmente que: “El impuesto sobre sociedades cumple el objetivo de gravar los beneficios obtenidos por las entidades jurídicas. En este sentido el impuesto sobre sociedades constituye un complemento del impuesto sobre la renta de las personas físicas en el marco de un sistema tributario sobre la renta. Además, cumple una función de retención en la fuente respecto de las rentas del capital obtenidas por los inversores extranjeros por medio de sociedades de su propiedad residentes en territorio español [...]. El método de eliminación de la doble imposición de dividendos contenido en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, pone de relieve la relación antes aludida, al abrazar definitivamente la concepción del impuesto sobre sociedades como gravamen de las rentas del capital aplicado a la realización de actividades empresariales que opera a modo de retención en la fuente y con carácter de gravamen a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas”.

79 HARRIS 2013: p. 229 y ss.

80 RUIZ GARCÍA 1991: p. 28.

en los que buscan la eliminación de la doble imposición económica, resulta fundamental el concepto de dividendo (llámese “distribuciones de beneficios”, “rendimientos de los fondos propios” o categorías similares).

2. DIVIDENDOS PAGADOS POR ENTIDADES NO RESIDENTES (*INBOUND DIVIDENDS*)

El panorama de la fiscalidad de los dividendos internacionales no termina en la imposición que realiza un Estado respecto de los beneficios de la entidad distribuidora residente y de los dividendos obtenidos por un no residente, pues el receptor o beneficiario estará sometido por obligación personal de contribuir en el Estado de su residencia y se le imputan los dividendos generalmente al momento en que resulten exigibles. El gravamen de los dividendos de fuente extranjera obtenidos por un residente de un Estado (*inbound dividends*) genera un concurso de leyes, en tanto existirá una múltiple imposición jurídica internacional⁸¹ que se ha considerado generadora de consecuencias negativas para los Estados⁸². Si se considera que los dividendos pueden soportar también una doble imposición económica, en la medida en que el Estado de la fuente ha gravado el beneficio de la entidad y las distribuciones de estos a los socios, sin prever la aplicación de ningún sistema de integración, el tipo efectivo de la actividad económica puede ser muy elevado. Incluso, si las rentas obtenidas por la entidad que distribuye los dividendos son a su vez dividendos que ya soportan doble imposición económica y jurídica, puede crearse una cadena de distribuciones de beneficios (*cascading profits distributions*) sujeta a imposiciones múltiples⁸³.

Por eso la doble imposición ha sido enfrentada por medio de *medidas* que pueden clasificarse según su origen en internas (mediante leyes), comunitarias o convencionales (cuando los Estados suscriben un convenio internacional multilateral o bilateral). Las medidas acogen *métodos* para eliminar o atenuar la sobreimposición internacional, que –para los efectos de lo que interesa en

81 La múltiple imposición jurídica internacional se puede definir como el solapamiento de dos o más jurisdicciones tributarias (sujetos activos), con impuestos idénticos o similares sobre una misma renta, en un mismo periodo gravable y sobre un mismo contribuyente. Sobre la teoría de las cuatro identidades, *vid.* MCOCDE: párr. 1 de la Introducción; XAVIER 2005: p. 55 y ss.; ROCHA 2009: p. xxxviii.

82 MCOCDE: párr. 1 de la Introducción; ROCHA 2009: p. xxx.

83 SASSEVILLE 1995: p. 31; GAMITO & ANTAS 2012: p. 122-126; KOFLER 2012: p. 77-78.

este libro— son de tres tipos⁸⁴: deducción, crédito (también llamado imputación) y exención. En aplicación de dichos métodos, el concepto de dividendo aparece para exceptuar la teoría de los impuestos sintéticos y globales y crear un régimen fiscal particular para estos rendimientos. Dicho esto, y dejando de lado el método de la deducción por su excepcionalidad⁸⁵ y ciertos submétodos creados para responder a ciertos objetivos específicos⁸⁶, centrémonos en los métodos de crédito directo e indirecto (*underlying or indirect tax credit*) y el de exención⁸⁷, que son los más comunes en el derecho interno y los CDI. La escogencia entre estos métodos se suele hacer sobre la base de varias acepciones de neutralidad a las que cada método se adapta mejor. Así, el crédito fiscal suele ser defendido como el garante de la neutralidad en la exportación de capitales, pues se basaría en una tributación por renta mundial, mientras que la exención lo sería de la neutralidad en la importación de capitales, en la medida en que se basaría en la territorialidad, aunque en la práctica ni uno ni otro método logre dichos objetivos cabalmente, por distintos factores, tales como las restricciones al crédito fiscal o el fenómeno del diferimiento⁸⁸.

84 Existen otros que desbordan nuestro objeto de estudio y que son mencionados, p. ej., en ROCHA 2009: p. xxx.

85 La deducción de dividendos se usa por ejemplo en los Estados Unidos de forma temporal para desincentivar el diferimiento de rentas de socios residentes en entidades extranjeras. Para el efecto, utiliza el término *dividendos* para otorgar una deducción equivalente al 85% de ellos en el Internal Revenue Code § 965.

86 Como es el caso del *matching credit* o el *tax sparing*, que buscan reparto equitativo de la materia tributaria entre los países cuando uno de ellos aplica beneficios fiscales. No parece coherente desviarse en este punto para explicar estos conceptos, pero baste con señalar que el *tax sparing* es un crédito fiscal que se garantiza de parte del Estado de la residencia a condición de que el Estado de la fuente contenga un incentivo fiscal, de manera que el valor del crédito será la suma equivalente al sacrificio fiscal ofrecido por este último Estado. Por el contrario, el *matching credit* es una cláusula que se desliga del incentivo concreto establecido por el Estado de la fuente y se calcula por un monto determinado en el CDI. Por eso se afirma que las últimas cláusulas son más vulnerables a las modificaciones de la ley interna, pudiendo ser fácilmente blanco de abuso de parte de un Estado. *Vid.*, con más referencias, ARRUDA & MARINHO 2013: p. 397; OECD 1998.

87 Es reconocido que cada Estado configura estos métodos de manera diferente generando variaciones, como ocurre con el método de exención simple o progresiva y el método de imputación ordinario o total, entre otros. No siendo estos temas el objeto de nuestro trabajo, nos permitimos remitir a la doctrina general. *Vid.*: Comentarios al art. 23 MCOUDE; MONTAÑO 2006: p. 141-157; CALDERÓN 2010: p. 323-442. BLANLUET & DURAND 2011: p. 20-21.

88 El tema de la neutralidad atiende principalmente a discusiones económicas que exceden el propósito de esta tesis y que tampoco parecen tener una conclusión definitiva ni una trascendencia mayor en el tema que nos ocupa. (*Vid.* BLANLUET & DURAND 2011: p. 19).

La exención de las rentas de fuente extranjera supone la adopción misma del principio de territorialidad, que permite la neutralidad en la importación de capitales⁸⁹ y puede ser generalizada a toda la renta o restringirse a ciertas categorías de rendimientos, como por ejemplo a los dividendos provenientes de una participación sustancial en la entidad distribidora, tal como lo establece la Directiva Matriz-Filial o el artículo 21 del TRLIS en España (*participation exemption*⁹⁰), o la inversión en sociedades *holding*⁹¹. Este método elimina la doble imposición jurídica y atenúa en un grado relevante la doble imposición económica, aunque no siempre las normas tienen esa finalidad, pues podría ser también una medida de apoyo a la internacionalización de las empresas y la repatriación de beneficios y rendimientos obtenidos en el exterior⁹². De forma contraria a la normativa española vigente hasta 2014, legislaciones como la austriaca o italiana limitan la exención por participación sustancial en los casos en que haya instrumentos híbridos que califiquen como capital aunque sus réditos resulten ser deducibles para la entidad distribidora y por tanto no haya doble imposición efectiva⁹³. Esta última solución es también adoptada por el artículo 21 de la nueva LIS.

Por su parte, el método de crédito consiste en una deducción en la cuota del impuesto que se ha de pagar en el Estado de la residencia equivalente al impuesto pagado en el Estado de la fuente. Se suele llamar *crédito directo* al que elimina la doble imposición económica de rentas activas y pasivas, como ocurre cuando se le permite al residente descontar la retención sobre los dividendos que ha soportado. Por su parte, el *crédito indirecto* surge como un

89 ALBI IBÁÑEZ 2007: p. 14, 18, 19.

90 Ejemplos se encuentran en Austria, Dinamarca, España, Francia, Holanda, Italia, Portugal y Suiza.

91 Un buen ejemplo de estos regímenes son las empresas de tenencia de valores españolas (ETVE), reguladas en los artículos 107 y ss. de la LIS de 2014 (116 y ss. TRLIS), que es un régimen voluntario al cual se pueden acoger las entidades que tengan como objeto la gestión y administración de acciones y participaciones en sociedades no residentes, mediante la organización de medios materiales y personales. Esas entidades tienen la ventaja de que los dividendos pagados por la matriz a sus accionistas o partícipes suelen también resultar desgravados. *Vid.* FALCÓN Y TELLA & PULIDO 2010: p. 216.

92 Sobre las finalidades del art. 21 TRLIS vigente hasta 31 de diciembre de 2014, *vid.* CALDERÓN 2012b: aptdo: “Un apunte sobre la calificación y tratamiento fiscal aplicable a los ‘juros sobre capital propio’ brasileños a los efectos de la aplicación del artículo 21”.

93 *Ibid.* Sec. 10 de la Ley de Impuestos de Sociedades austriaca (KStG); BIEBER *et al.* 2008: p. 583 y ss. En Italia: Circular 7/2013, art. 44.2.a) y 47.2 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (*Legge 22 dicembre 1986, n. 917*).

instrumento para eliminar la doble imposición económica soportada por los dividendos, que económicamente pretende equiparar el tratamiento en el Estado de residencia de un negocio que es desarrollado por medio de una filial y otro que utiliza un establecimiento permanente, ya que bajo el sistema de crédito directo estos últimos tendrán derecho a la eliminación de la doble imposición jurídica equivalente a todos los impuestos pagados en la fuente, mientras que en el caso de filiales solo se permitiría descontar el monto de los que recaen sobre los dividendos y no en cuanto al tributo sobre los beneficios de la filial⁹⁴. Por lo general, el crédito directo y el indirecto se suman para calcular el límite de desgravación aceptado por el Estado de la residencia, que suele ser el del impuesto al que estarían sometidas dichas rentas en dicho Estado. Así, aunque el crédito indirecto pretende buscar la neutralidad en la exportación de capitales, en la práctica ello no se logra, pues los países suelen aplicar límites cuando los dividendos se reciben de fuentes extranjeras⁹⁵. En atención a lo anterior, la diferencia cuantitativa entre este método y el de exención se dará toda vez que el impuesto pagado en el exterior sea menor que el se aplica en el Estado de la residencia, ya que habrá una parte de la renta que se grave en esta última jurisdicción⁹⁶.

El TJUE ha considerado que los sistemas de integración pensados para evitar la doble imposición económica interna deben garantizarse a los dividendos pagados por entidades no residentes recibidos por los sujetos a obligación personal (*inbound dividends*), pues de lo contrario favorecerían a las inversiones nacionales y de los accionistas residentes⁹⁷. Así las cosas, como lo afirma con

94 Existen diferentes fórmulas para calcular el crédito indirecto. En Colombia, el art. 254 ET lo determina calculando el monto total de los dividendos recibidos por el contribuyente residente en Colombia por la tarifa de impuesto sobre la renta aplicable a la sociedad en el Estado de residencia. Por el contrario, el art. 32 LIS (32 TRLIS) en España concede la desgravación por el impuesto efectivamente pagado por la sociedad.

95 Sobre las razones y los tipos de límites, *vid.* párr. 48 de los Comentarios al art. 10 MCOEDE; ALBI IBÁÑEZ 2007: p. 16-19.

96 VOGEL 1997, art. 23, n.º 121a, p. 1208.

97 En esa línea, el TJUE en pronunciamientos como TJUE (sentencias de los casos Meilicke y Manninen de 6 de marzo de 2007, Case C-292/04; y 7 de septiembre de 2004, Caso C-319/02, respectivamente) y estudios de la Comisión de la Unión Europea (Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee. *Dividend taxation of individuals in the Internal Market*. 19/12/2010) han asegurado que son una vulneración de la libertad de circulación de capitales. En la sentencia del caso Verkooijen se dijo: “Procede, por consiguiente, responder a la primera cuestión que el artículo 1.º, apartado 1, de la Directiva 88/361 se opone a una disposición legislativa de un Estado miembro que, como la

acuerdo Zornoza, la jurisprudencia llevaría a una simultánea neutralidad en la exportación de capitales y en su importación, lo que supone desgravar los dividendos de fuente extranjera y de fuente interna⁹⁸.

Pues bien, hoy la mayoría de los países contienen el método de exención por razones de competitividad, y ha sido notoria la tendencia a abandonar el crédito respecto de las rentas activas de fuente extranjera y el crédito indirecto sobre los dividendos⁹⁹, pero en todo caso las respuestas legales son diversas. Es

que se discute en el litigio principal, supedita la concesión de una exención del impuesto sobre la renta que grava los dividendos abonados a los accionistas que sean personas físicas al requisito de que dichos dividendos sean repartidos por sociedades domiciliadas en dicho Estado miembro". (TJUE, 6 de junio de 2000, Caso C-35/98, *Staatssecretaris van Financiën y B. G. M. Verkooijen*, párr. 62). En el caso *FII Group Litigation* (TJUE, 12 de diciembre de 2006, Caso C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*), el Tribunal ha puesto de presente que las libertades de movimiento de capitales y de establecimiento requieren que el tratamiento tributario de los dividendos no distinga entre los de fuente interna y de fuente extranjera en un Estado de la Unión Europea, incluso si se aplicase una exención o un crédito indirecto (*underlyined tax credit*) para los nacionales (HELMINEN 2011: p. 87-88), aunque ello no supone garantizar un crédito total. Sin embargo, el tribunal juzgó como no discriminatorio la legislación de un Estado que otorga una exención por participación sustancial para dividendos nacionales mientras que para los dividendos *inbound* se garantiza un crédito indirecto, pues en su opinión ambos métodos son equivalentes para evitar la doble imposición económica. No obstante, dicha afirmación no es cierta, ni desde un punto de vista sustancial ni procedimental, pues el crédito fiscal es más gravoso (TERRA & WATTEL: p. 1058). El Tribunal ha sido cauteloso al analizar la discriminación por normas para evitar la doble imposición jurídica internacional, pues en casos como *Damseaux y Kerckhaert Moresse* ha afirmado que las legislaciones internas que conceden un crédito a los dividendos internos, pero no a los *inbound*, no suponen un trato discriminatorio sino que simplemente son manifestaciones de un ejercicio paralelo de potestades tributarias (TJUE, 16 de Julio de 2009, Caso C-128/08, *Jacques Damseaux v Belgian State*. TJUE, 14 de noviembre de 2006, Caso C-513/04, *Mark Kerckhaert and Bernadette Morres v Belgian State*). En cualquier caso, la distinción hecha por el TJUE entre doble imposición económica y doble imposición jurídica para analizar la discriminación o restricción de las libertades comunitarias ha sido juzgada de artificial por autores como TERRA & WATTEL, que afirman que en ambos casos hay un ejercicio legítimo del poder tributario de los Estados; al tiempo, es difícil entender por qué el Estado de la residencia debe hacerse cargo del impuesto de sociedades de la entidad distribuidora de dividendos y no de la retención practicada sobre las distribuciones atribuidas sus residentes. Por tanto, o ambos casos deberían ser juzgados de discriminatorios o ambos deberían ser un caso de concurrencia del ejercicio legítimo del poder tributario (TERRA & WATTEL 2012: p. 1056-1057).

98 ZORNOZA 2014: p. 56; sobre la imposibilidad de lograr ambos tipos de neutralidad, *vid.* KNOLL 2011: p. 99 y ss.

99 Pros, contras y límites internacionales del método de exención: BLANLUET & DURAND 2011: p. 28-29. La literatura sobre este tema es extensa y multidisciplinaria. *Inter alia*: OCDE 1998: párr. 104-105; MAISTO 2010: p. 319-361; AVERY JONES 2012: p. 67-76 y KOFLER 2012: p. 77-89.

importante subrayar que los diseños de las normas de eliminación de la doble imposición pueden crear importantes faltas de neutralidad que llevarían a los contribuyentes a tomar vías menos gravadas, y al legislador y la Administración a reaccionar contra ellas¹⁰⁰. Fundamentalmente esas diferencias en el tratamiento son las siguientes:

– Filiales frente a EP: 1) se concede una exención para los dividendos obtenidos por participación sustancial en filiales, mientras que los beneficios empresariales obtenidos mediante un EP en el exterior tienen derecho a un crédito fiscal; 2) se concede una exención para los beneficios empresariales obtenidos mediante un EP y un crédito indirecto para los dividendos; 3) se concede un crédito directo para los beneficios empresariales con EP y para los dividendos, que permitirá en el primer caso eliminar todo el impuesto pagado en el Estado de la fuente, mientras que en el segundo caso solo eliminará el impuesto sobre los dividendos y no el que recae sobre los beneficios de la filial. Vale señalar que aunque los dos supuestos deberían tener una desgravación semejante para lograr un grado aceptable de neutralidad, pues se trata de dos formas sucedáneas de operar en el exterior, no siempre las legislaciones ni los CDI lo consideran¹⁰¹.

– Dividendos frente a ganancias de capital. Mientras que en algunos Estados el régimen fiscal de las rentas y las ganancias de capital de las participaciones sociales son idénticos, pues la exención por participación sustancial es aplicable a ambas categorías, logrando un grado de neutralidad aceptable, en otros países no ocurre lo mismo, bien porque las condiciones o el alcance de exención son distintos o porque solo se prevea para los dividendos y no para las ganancias¹⁰².

– Participaciones de portafolio frente a participaciones sustanciales: a pesar de que los dividendos pagados a inversionistas de portafolio y los pagados a los que tienen una participación sustancial (inversión directa) soportan doble imposición económica, el crédito indirecto y la exención solo suelen ser otorgados a estos últimos, cuando es innegable que ambos tipos de dividendos soportan

100 Usando la terminología de MARÍN BENÍTEZ 2013: p. 49-63.

101 En especial, generarían fricciones aquellas legislaciones que declararan exentas las rentas provenientes de EP y gravaran a los dividendos pagados por las filiales a sus matrices. AVERY JONES 2012, p. 76; En efecto, en Congreso IFA de 2011 destacó cómo Estados caracterizados por tener normas de crédito han introducido en su derecho interno exención por dividendos diferentes de los de portafolio y ganancias de capital sobre participaciones sustanciales. *Vid.* BLANLUET & DURAND 2011: p. 22.

102 MAISTO & MALHERBE 2013: aptdo. 1.3.2.

doble imposición económica y no existen criterios que expliquen dónde debe trazarse la raya entre uno y otro tipo de inversión¹⁰³.

– Finalmente, es común que mientras que los dividendos cuenten con un crédito fiscal directo e indirecto, los intereses solo tengan derecho al directo. En realidad, la mayoría de legislaciones asume que los intereses tributan en la residencia del inversor, mientras que los dividendos tributan en la fuente. Ello queda claro de la extendida existencia de métodos para eliminar la doble imposición económica internacional que busca la neutralidad en la exportación de capitales, sumado a la usual exención o menor tributación de los intereses en la fuente, justificada por razones de competitividad¹⁰⁴, pero que contrasta con la mayor imposición de los dividendos de inversiones de portafolio¹⁰⁵.

En consecuencia, en el ámbito internacional no solo es posible, sino también común, la existencia de faltas de neutralidad en las que la política fiscal decide crear varios conceptos y tratarlos de forma distinta de efectos fiscales, a pesar de que en términos económicos puedan desempeñar funciones similares¹⁰⁶. Lo anterior lleva a que haya vías más gravadas y vías menos gravadas¹⁰⁷.

Ahora bien, puede haber faltas de consistencia en el diseño normativo de los métodos internos, puesto que los términos que usan (dividendos, participaciones en beneficios, participaciones sociales, entidades distribuidoras de dividendos, etc.) no siempre son adecuados para describir la renta que está sujeta a doble imposición económica en exterior. En especial, porque tales conceptos no siempre coinciden con los previstos en el Estado de origen de la renta, ni con los contenidos en los CDI; de ahí que puedan presentarse conflictos de interpretación y calificación¹⁰⁸, pues a pesar de que seguramente habrá una clasificación previa del instrumento para determinar las consecuencias tributarias en la otra

103 Esta diferenciación resulta de argumentos más bien ambiguos según los cuales se busca facilitar las inversiones internacionales reduciendo la doble imposición económica de los dividendos procedentes de inversiones directas o sustanciales, como si el mismo objetivo no se lograra también promoviendo las inversiones de portafolio. SCHÖN 2010: p. 68.

104 BROWN 2012: p. 28-29.

105 Sobre todos estos supuestos de faltas de neutralidad debe ponerse de relieve el excelente trabajo de SCHÖN 2010: p. 65 y ss.

106 SCHÖN 2010: p. 65 y ss.; MARÍN BENÍTEZ 2013: p. 52.

107 En la terminología de MARÍN BENÍTEZ 2013: p. 52-54.

108 DUNCAN 2000: p. 33 y ss.; HELMINEN 2010: p. 169-170; BÄRSCH 2012: p. 323; BROWN 2012: p. 34-35.

jurisdicción, los países de la residencia le dan una mínima o nula importancia, salvo algunas excepciones¹⁰⁹. Incluso, los Estados no admiten la clasificación que procede según los principios de contabilidad foráneos cuando el instrumento ha sido emitido bajo la ley extranjera¹¹⁰. Por ejemplo, los artículos 21 y 32 del TRLIS¹¹¹ se refieren a los “dividendos y participaciones en beneficios...” de entidades y no se ha previsto expresamente ninguna regla para determinar la fuente de interpretación de dichos vocablos que permita proceder a calificar una renta como tal, y en consecuencia, garantizar la aplicación del método¹¹².

Una buena muestra del problema de reconocimiento de hechos regulados bajo la ley extranjera lo presta el caso de unos instrumentos financieros híbridos emitidos bajo la legislación australiana analizados por la Audiencia Nacional¹¹³ y el Tribunal Supremo¹¹⁴ españoles de acuerdo con el artículo 21 del TRLIS. En el proceso se discutió si debía prevalecer el significado mercantil otorgado por la legislación australiana, según el cual se consideraba un pago de dividendos, la legislación tributaria de ese mismo país que los calificaba como intereses, el CDI aplicable que lo calificaría como intereses también o si era necesario realizar un juicio de comparabilidad entre el instrumento financiero extranjero y los instrumentos nacionales. Ambas autoridades judiciales concluyeron que la remuneración del instrumento debía calificarse como intereses –rendimientos por la cesión a terceros de capitales propios–, según se deriva del criterio de comparabilidad. Además, defendieron que no existía doble imposición económica, todo lo cual permitía concluir que el artículo 21 del TRLIS era inaplicable¹¹⁵.

109 DUNCAN 2000: p. 29 y ss.; BÄRSCH 2012: p. 322. Excepcionalmente se observa cómo algunos países sí lo hacen pero de forma muy restringida para denegar el método para eliminar la doble imposición económica cuando el dividendo ha sido deducible en la base imponible de la entidad distribuidora no residente.

110 BROWN 2012: p. 34-35.

111 En el Proyecto de LIS se mantiene la misma identificación del elemento de renta.

112 MACHANCOSES 2002: nota al pie 165; JIMÉNEZ-BLANCO 2010: p. 1659, señala que si bien las definiciones de la LIRPF pueden ser relevantes a efectos interpretativos, en la mayoría de los casos no es útil.

113 Reino de España, Sentencia de Audiencia Nacional-Sala de lo Contencioso, 18 de abril de 2013, número de recurso: 180/2010.

114 Reino de España, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, 10 de julio de 2014, n.º de Recurso: 1516/2013, Roj: STS 2994/2014.

115 En palabras del *ad quem* (que se repiten de forma similar por el Supremo): “La conclusión alcanzada por la Inspección debe ser confirmada por la Sala, toda vez que, resultando acreditado de las contestaciones dadas por la Administración tributaria australiana a las consultas que le fueron formuladas, que la naturaleza de la renta percibida por el obligado tributario fue la de

Si se observa con detenimiento la citada norma, nada parece requerir la efectiva existencia de doble imposición económica, y simplemente se requiere cumplir con otros requisitos que el contribuyente reúne de manera cabal; por consiguiente, el problema real era la calificación del instrumento extranjero y su remuneración. En principio, el contribuyente creyó que los términos *dividendos* y *participaciones en beneficios* tenían un significado jurídico-privado otorgado por la legislación del Estado de emisión. Si se hubiese admitido su argumentación, que a nuestro juicio resulta perfectamente coherente, se habría causado una desimposición y no estaría claro si esta fue o no deseada por el legislador. De todas formas, se comprueba que si la ley pretendió promover las inversiones de empresas españolas en el capital de sociedades del exterior, debió haber especificado que hacía uso de un significado mercantil del Estado de la fuente, mientras que si quería eliminar la doble imposición económica efectiva, debió haber exigido que los dividendos no fueran deducibles en la base imponible de la entidad distribuidora.

Como se observa, las distribuciones de beneficios con elementos de internacionalidad (*cross-border distributions*) siempre envuelven la interacción de dos o más sistemas legales¹¹⁶, de manera que su reconocimiento puede variar para los ordenamientos involucrados. En este caso, los métodos para eliminar la doble imposición internacional deben interactuar con la norma extranjera al

intereses y que dicha renta fue considerada como gasto fiscalmente deducible en sede de la entidad pagadora, resulta patente la inexistencia de doble imposición, sin que, por el contrario, haya resultado acreditado que la deducción de la renta derivada de las PREFS implique la concesión de un beneficio fiscal". La frase en bastardilla genera al menos la pregunta: ¿qué hubiera pasado si se certificara que la deducción prevista en el derecho australiano es un beneficio fiscal? Parece que el juez quiere indicar que hay una diferencia entre la deducibilidad debida a un beneficio fiscal, como puede ser el caso de los JSCP, y la deducibilidad que se genera por la configuración contractual de la financiación. Sin embargo, este criterio parece exceder de la mera calificación del rendimiento y entrar directamente al ámbito de las recalificaciones hechas con fundamento en normas y doctrinas antielusión. Aunque la sentencia no deja nada claro, pues expresamente indica que no aplica la norma antielusión del art. 15 LGT, pero arguye que si bien no existe "un conflicto entre realidad contable y realidad jurídica" "[...] se plantea es el de la naturaleza de la retribución con arreglo a su denominación contractual o a su verdadera naturaleza jurídica y en esta tesitura la Sala de instancia se atiene, acertadamente, a esta última para concluir que pese a que en el contrato de continua referencia la retribución derivada de la entrega de capital se le denomina 'dividendo', sin embargo su naturaleza jurídica es la de 'interés', y que mientras en el contrato se denomina al valor emitido participación preferente, su naturaleza jurídica es la de préstamo o activo financiero representativo de un endeudamiento".

116 HELMINEN 2010: p. 31-54.

tomarla como un *dato de hecho* del que dependen sus consecuencias. Evidentemente la evaluación de las normas extranjeras puede dar lugar a “problemas de sustitución”¹¹⁷ que causen *conflictos de clasificación* o simples asimetrías en tratamiento fiscal¹¹⁸. Ello puede ocurrir, por ejemplo, si la renta percibida en el Estado de la fuente es considerada un dividendo para efectos mercantiles e interés para efectos fiscales, y bajo la norma de exención de la legislación del Estado de la residencia se da prevalencia a la calificación mercantil, como pudo haber sucedido con los híbridos australianos analizados por el Tribunal Supremo español. Evidentemente, en tal supuesto se producirá una desgravación en la fuente y en la residencia.

A diferencia de lo que ocurre con las definiciones de dividendos *outbound* y netamente internos, que tienen un concepto autónomo tributario llamado en España “rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad”, donde se sabe que las entidades distribuidoras son los contribuyentes del IS hispano, que su fuente son los instrumentos representativos de los fondos propios de ellas y que comprende los elementos desagregados en el artículo 25.1 LIRPF, los dividendos *inbound* solo son denominados “dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español”, sin que la ley dé mayores detalles sobre las características de la entidad distribuidora de dividendos, la fuente de los rendimientos, ni la especificación de los elementos que lo caracterizan. Ello nos lleva entonces al clásico problema de la determinación del significado de los términos utilizados en los presupuestos de hecho de las normas tributarias que tienen un referente jurídico-privado, agravado por la naturaleza internacional de los hechos que son objeto de calificación.

117 VOGEL 1997: Introduction, párr. 91a.

118 VOGEL 1997: Introduction, párr. 91a; BLANLUET & DURAND 2011: p. 30-50. Los conflictos de clasificación son una categoría bajo la cual se comprenden todas aquellas situaciones en la cuales existe una sobreimposición –conflicto positivo– o subimposición –conflicto negativo–, debida a un tratamiento disímil de una renta internacional –conflictos de calificación de rentas–, de un obligado tributario –conflictos de atribución–, del aspecto cuantitativo o del temporal del tributo –conflictos de imputación–. Estos efectos se entienden indeseados en el marco del comercio internacional por ser contrarios a la neutralidad en la importación y exportación de capitales; además, en algunos casos pueden estar prohibidos jurídicamente: HELMINEN 2010: p. 29. La autora se refiere a los conflictos de clasificación del DIT dentro de los cuales introduce los conflictos entre los derechos internos, el derecho de la Unión Europea y los CDI. *Vid.* CASTRO 2012.

Bien se sabe que el significado mercantil puede tener influencia en las definiciones tributarias, no solo porque el derecho es lenguaje y en este caso el vocablo es el mismo, sino porque ante la ausencia de una definición autónoma tributaria expresamente contenida en la ley o que pueda ser derivada de una interpretación finalista¹¹⁹, la del derecho privado cobrará validez para efectos fiscales, a menos que de la aplicación de una norma o doctrina antielusión tributaria no se atiende a esta. A este respecto, la doctrina mayoritaria reconoce la necesidad de partir siempre de una interpretación coincidente¹²⁰, pues existe una imposibilidad lógica al contraponer estrictamente el derecho tributario al derecho privado, cuando ambos forman parte del mismo sistema¹²¹. En efecto,

-
- 119 La relación entre el derecho privado y el derecho tributario depende de los presupuestos metodológicos que se adopten. Partiendo de la base de que los tributos no derivan de una relación de poder sino que se trata de una relación obligacional, se puede admitir la autonomía de los conceptos tributarios frente a los de derecho común. De ahí que se haya sostenido que la interpretación debería tomar en cuenta la función económica ordinaria del negocio o acto al que se refiere la normativa tributaria y no solo su estricto significado en el derecho privado. Esta afirmación tan amplia fue objeto de abuso de la llamada interpretación económica clásica. Al respecto, se puede consultar los siguientes textos y sus numerosas referencias: COMBARROS VILLANUEVA 1984: p. 485-536. Esta autora buscó aclarar en España que el “punto de vista económico” en la interpretación es en últimas una interpretación teleológica. BÁEZ, GONZÁLEZ-CUÉLLAR & ORTIZ 2005: p. 47-71, que comentan la obra de HENSEL para explicar que en Alemania durante el periodo de entre guerras se dio un abuso de la tesis o método de la consideración económica, lo que causó una reacción para restringir la interpretación de la norma fiscal al principio del Estado de derecho, apreciable en la obra de dicho autor. Sin embargo, los trabajos finales de HENSEL permiten ver ciertas “concesiones” a la interpretación económica. Según ZORNOZA & BÁEZ (2010 párr. 28), “cuando las normas hacen uso de los conceptos jurídico-privados parece difícil enfrentar el abuso por medio de una simple interpretación de la norma abusada. En estos casos es necesario ir más allá de los posibles sentidos de la redacción de la norma y fundamentarse en una norma general antielusión. Sin embargo, el problema podría ser diferente cuando el derecho tributario contiene conceptos autónomos [...]”. Esa última idea es desarrollada y puesta en práctica por medio de tres casos en la obra de BÁEZ 2009: p. 56. La literatura sobre este asunto es abundante y excede de este trabajo su análisis, de manera que nos hemos limitado a adoptar nuestra conclusión.
- 120 CALDERÓN 2012b: p. 9: “[...] por tanto, allí donde la legislación tributaria no ha establecido expresamente una regla de calificación propia o un concepto fiscal autónomo, tanto el contribuyente como la Administración deben aplicar la normativa tributaria operando (interpretando y calificando) a partir de la naturaleza jurídica y calificación de que se trate (salvo que estuviéramos ante ‘negocios anómalos’ en cuyo caso se aplican las cláusulas antiabuso de la LGT), toda vez que de otro modo se estarían vulnerando los principios constitucionales de legalidad tributaria y seguridad jurídica así como las reglas de interpretación y calificación previstas en la LGT (art. 12, 13 y 20 LGT)”.
- 121 RUIZ ALMENDRAL & SEITZ 2004: p. 13. No adoptamos la idea de una presunción de interpretación coincidente en el sentido jurídico de “presunción” que critica BÁEZ (2009: p. 119), pero

el artículo 12.2 de la Ley General Tributaria española (en adelante LGT) indica que en “tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda”, lo que se complementa con el artículo 13 *ibidem*, que afirma que “las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar su validez”. Ese punto de partida se comprueba en la práctica donde Zimmer, sintetizando los informes nacionales sobre el tema “form and substance in tax law” del Congreso de la IFA del año 2002, demostró que a pesar de que los países adoptan variadas perspectivas, el respeto a los significados jurídico-privados es mayoritario¹²². Como afirma Calderón, “el punto de partida de toda calificación jurídico-tributaria de un negocio o de una renta debe ser la propia naturaleza jurídica del negocio o de la transacción que genera el flujo de renta (o capacidad económica) sobre el que se proyecta la normativa tributaria”¹²³.

Dicha calificación para efectos de aplicar normas fiscales resulta compleja cuando se trata de reconocer negocios o transacciones realizados bajo normativas extranjeras, como veremos a continuación. En efecto, dejando de lado el problema teórico y práctico de la interpretación de los términos jurídico-privados en el ámbito tributario y partiendo de la base de que aquellos son relevantes para determinar el primer y quizá definitivo sentido posible de las palabras,

sí la idea de que en línea de principio debe analizarse el significado jurídico mercantil como el sentido posible de las palabras por antonomasia, y que eventualmente, bien sea por medio de una interpretación teleológica directamente del concepto que aunque tiene un contenido jurídico-privado, es utilizado por el legislador tributario como un concepto autónomo fiscal, o mediante la identificación de una remisión normativa del derecho tributario al privado se logre ampliar el ámbito de supuestos cubiertos bajo una interpretación finalista que dé por sentado que el derecho remitido se interpreta de acuerdo con la finalidad de la norma remitente. *Vid.* BAEZ 2009: p. 125.

122 ZIMMER 2002: p. 25-28. Sobre esto señala que en Canadá la Corte Suprema declaró que ante la inexistencia de una norma antielusión y sin comprobarse en juicio los elementos de la simulación, los conceptos de derecho privado prevalecen sobre los fiscales. En la misma línea RUIZ ALMENDRAL 2006: p. 27. Con ello, la premisa de ENGISCH de que “los conceptos son relativos al ámbito al que han de ser aplicados” debe ser observada con cautela en materia tributaria, según se deriva de la LGT y de la propia lógica del funcionamiento de esta rama del derecho. ENGISCH 1975: p. 94-209, citado por RUIZ ALMENDRAL 2006: p. 30.

123 CALDERÓN 2012b: aptdo. 2.

el problema que nos ocupa se concreta en los siguientes vocablos utilizados por el artículo 21 del TRLIS: “dividendos o participaciones en beneficios” en “entidades”. La cuestión que de inmediato surge es: ¿a qué legislación mercantil se refiere? Recuérdese que a diferencia del artículo 30 del TRLIS, se trata de un hecho con elementos de internacionalidad, pues las características de la entidad distribuidora de dividendos, de los instrumentos de participación en los fondos propios de ella y de los rendimientos calificados como dividendos o distribuciones de beneficios vienen determinadas por la legislación extranjera del Estado de la fuente. Por ello, al acudir al derecho privado seguramente se terminará analizando las normas de derecho internacional que han desarrollado criterios para determinar cuál ordenamiento jurídico gobierna los hechos¹²⁴ y, por ende, puede ocurrir que un instrumento resulte regulado por varias legislaciones, por ejemplo, la del Estado de residencia del emisor (*lex societatis*) y la del mercado de valores en la que coticen los instrumentos (*lex loci*). Como quiera que el criterio de la *lex fori* puede llevar a soluciones injustas o a incumplir el derecho extranjero, excepcionalmente se ha admitido que los jueces puedan aplicar las normas de otros ordenamientos para resolver los conflictos entre los particulares, siempre que los resultados no sean contrarios al interés general y al derecho del Estado del juez¹²⁵. Como se observa, los criterios del derecho

124 Sobre los elementos de conexión y las soluciones a los conflictos de leyes, véase: HAYWARD 2006: p. 1-10; CLARKSON, HILL & JAFFEY 2006: p. 4-17. Entre muchos criterios de conexión que se han desarrollado a tal efecto, interesa subrayar los siguientes. El primero, el de *lex societatis* según el cual rige la legislación del Estado de domicilio de la sociedad que realiza la emisión. El instrumento de financiación debería, bajo este criterio, calificarse y regularse según la ley del Estado del que es residente, nacional o domiciliada la sociedad emisora. No obstante, el problema que aquí se plantea es que no resultan siempre uniformes los criterios para determinar el domicilio de esta entidad. Un segundo criterio es el de *lex loci*, según el cual se aplica la ley del lugar de cumplimiento de la obligación, que en muchos casos coincidirá con el lugar de la emisión de las participaciones por ser la *lex loci contractus*, *lex loci solutionis* o *lex loci celebrationis*. Para efectos del mercado de valores, este es el criterio que suele primar y que las legislaciones dejan perfectamente claro con objeto de proteger al inversionista. En tercer lugar, debe mencionarse el criterio de la *lex situs*, que propende a aplicar la ley del lugar donde la propiedad se sitúa. A este respecto, cabe traer a colación las menciones hechas anteriormente sobre los problemas de determinar este elemento cuando la propiedad consiste en un derecho de participación en una entidad. En todo caso, bajo este criterio la legislación del Estado de la residencia del deudor entraría a ser relevante. En cuarto y último lugar, se usa el criterio de *lex fori*, según el cual la norma aplicable se determina de acuerdo con el derecho del foro judicial que conoce la cuestión problemática, que al final supone que cada Estado califica y asigna el régimen legal del instrumento para los efectos de su ordenamiento jurídico.

125 HAYWARD 2006: p. 7.

internacional público quizá siembran más dudas que soluciones al problema fiscal, pues si bien la aplicación de la legislación extranjera del Estado donde se encuentra la entidad (que a su vez coincidirá en la mayoría de los casos con el lugar donde se encuentra el bien —la participación—) puede ser relevante para determinar las características jurídico-mercantiles de un instrumento financiero que interesan para juzgar la capacidad económica que el legislador tributario del Estado de la residencia ha querido reconocer, también podrá ser relevante la legislación del Estado donde cotizan, no tanto para determinar la naturaleza del instrumento, sino para determinar por ejemplo su titularidad jurídica o la cuantificación de su rendimiento; o incluso, la ley mercantil del propio Estado de la residencia (*lex fori*) podría ser determinante para fijar las características esenciales en la legislación interna de los “dividendos y participaciones en beneficios” y de las “entidades”, para así realizar un juicio de comparabilidad de naturaleza mercantil con las remuneraciones de fuente extranjera y las entidades no residentes.

Dado que se trata de actos o negocios jurídicos acaecidos en el exterior, las características mercantiles no siempre resultan óptimas para determinar la naturaleza del hecho económico sujeto a imposición y, sin embargo, en la realidad son usadas en muchos países, bien sea aceptando la calificación mercantil del otro Estado o usando juicios de comparabilidad que pueden ser menos profundos cuando les basta la forma o el encuadramiento nominal, o más sustantivos cuando van a las características mercantiles esenciales. Por ello, cuando el legislador busca referirse a hechos que vienen determinados por la ley extranjera, debería dejar claras las características que le interesan para efectos fiscales para determinar así un concepto autónomo fiscal acorde con su intención. Pero cuando hace uso de términos que tienen un contenido mercantil y fiscal como los de “dividendos y participaciones en beneficios” en “entidades”, genera al menos cuatro sentidos posibles: 1) según la ley extranjera: a) en su sentido mercantil; b) en su sentido tributario (si hay definición autónoma); 2) según la ley interna: a) en su sentido mercantil; b) en su sentido tributario (si hay definición autónoma). En todo caso, lo más razonable sería realizar un análisis de comparabilidad¹²⁶.

126 A nuestro juicio, cuando el legislador fiscal utiliza términos que tienen un parangón en otros vocablos que también son usados en materia tributaria para similares efectos, los demás criterios de interpretación guiarían a operador a realizar un juicio de comparabilidad de naturaleza tributaria entre las notas esenciales los en la legislación fiscal interna —sin perjuicio de que esta se remita a la legislación mercantil— que han de contraponerse a las características de la

Desde este ángulo, teniendo en cuenta que las legislaciones tributarias utilizan conceptos autónomos tributarios, parcialmente autónomos y netamente jurídico-privados, los conflictos de clasificación en un sentido amplio pueden surgir al reconocer los hechos regulados por otro ordenamiento¹²⁷. De forma que los problemas de las relaciones entre el derecho privado y el derecho tributario son elevados a la potencia del número de jurisdicciones involucradas. En otras palabras: dado que existen diversos conceptos de dividendos en los ordenamientos jurídicos aplicables a un hecho internacional y que sirven para definir distintas consecuencias jurídicas que van desde las mercantiles hasta las tributarias como la no deducibilidad de las remuneraciones de los fondos propios y la aplicación de los regímenes para eliminar la doble imposición económica y jurídica, nacional o internacional, es evidente que las faltas de consistencia y las asimetrías no solo pueden generar espacios para el arbitraje fiscal internacional¹²⁸, sino también supuestos de múltiple imposición de las rentas.

Cuando los resultados de la aplicación de los ordenamientos jurídicos que se solapan en las distribuciones internacionales de beneficios llevan a vías menos gravadas, la Administración suele reaccionar por los cauces usuales, que son

remuneración de fuente extranjera según la legislación tributaria y mercantil de ese otro Estado, que operaría como un dato de hecho dentro del proceso de subsunción. No obstante, nos desviaríamos de nuestro objeto al profundizar esta conclusión. En resumen, coincidimos con BÄRSCH en que los problemas transfronterizos de clasificación entre endeudamiento y capital podrían ser solucionados si se armonizaran las legislaciones tributarias acogiendo un solo criterio, que el citado autor sugiere sea el de la devolución del principal con varias especificaciones. Sin embargo, ante esa falta de coordinación, el autor sugiere adoptar la clasificación fiscal del Estado de la fuente. Nuestra propuesta coincidirá en la mayoría de los casos con la de autor alemán, pero admite una mayor flexibilidad, pues la clasificación tributaria en fuente será un elemento primordial, pero no el determinante. BÄRSCH 2012: p. 323.

127 El derecho privado y la normativa contable suelen contener definiciones de términos sobre los cuales se construyen los conceptos tributarios, de manera que existen continuas relaciones que no se limitan simplemente a los efectos en la base imponible del IS, sino que, por ejemplo, los conceptos de endeudamiento, pasivo financiero, capital, fondos propios, patrimonio, patrimonio neto, participaciones sociales, derechos de crédito, acciones, derechos y acciones de disfrute, sociedad, persona jurídica, entre otros, pueden venir definidos por la legislación mercantil o la civil, y así afectar directamente la interpretación de reglas fiscales de subcapitalización, eliminación de la doble imposición, definición del sujeto pasivo del impuesto de sociedades o incluso el propio concepto de dividendos, como se tendrá oportunidad de profundizar en esta tesis.

128 “Tax arbitrage can be defined as transactions that are designed to take advantage of differences between national tax systems to achieve double non-taxation”. AVY-YONAH 2007: p. 137; MARÍN BENÍTEZ 2013: p. 62.

las interpretaciones de los términos, como si fueran autónomos tributarios, la creación legal de definiciones de dividendos para efectos fiscales, la utilización de técnicas presuntivas que operan a modo de cláusulas especiales antielusión frente a ciertos supuestos, además de las normas o doctrinas generales antielusión que pueden entrar a recalificar operaciones que, por ejemplo, resulten artificiosas o sin motivos económicos válidos. Finalmente, en el marco del tema que ocupa este apartado vale señalar a las cláusulas *switch-over*, que operan sobre rentas que en principio se desgravarían en la residencia por medio de una exención, de forma que en ciertas circunstancias que denoten la no imposición en la fuente, se proceda a conceder un crédito fiscal. Así, se restablece el poder tributario del Estado de la residencia para eliminar un supuesto específico de doble no imposición¹²⁹, pero sin cambiar la calificación del rendimiento. Este tipo de normas se aprecian en algunos CDI y en el derecho interno¹³⁰; en especial el apartado cuarto del artículo 23A MCOEDE lo contiene respecto de algunos supuestos¹³¹.

129 ORLOVSKAYA 2012: p. 374-378. Una crítica a la semántica de la expresión “doble no imposición” y que realmente se trate de un problema se encuentra en FALCÓN Y TELLA & PULIDO 2010: p. 113-114. Admitiendo la crítica de los autores españoles a que la multiplicación de cero es cero y por tanto la expresión carece de sentido, ha de aclararse entonces que la “no imposición” como resultado de la aplicación de los ordenamientos aplicables a una situación puede dar como resultado un uso impropio del CDI, siempre y cuando se pueda justificar la existencia de normas antiabuso aplicables (para una definición genérica de uso impropio de los CDI, *vid.* VAN WEEGUEL 1998: p. 3). Sin embargo, en muchos casos dicho resultado obedece a la falta de armonización de las normas fiscales en el entorno internacional. Por ello, XAVIER diferencia entre elusión fiscal internacional y doble no imposición, indicando que esta última “se refiere al fenómeno por el cual en las relaciones entre dos o más Estados cuyas leyes tributarias son potencialmente aplicables a una cierta situación de la vida, esta no es efectivamente comprendida por ninguna de ellas”. Puede ocurrir que estos se encuentren ligados entre sí por tratados tributarios o no lo estén. XAVIER 2005: p. 66-69. La doctrina internacional suele mantener la denominación de estos tipos de supuestos como “doble no imposición” y no siendo ese el objeto de nuestra tesis, y con objeto de transmitir la idea de fenómeno de la forma más generalizada posible hemos decidido usar esta última expresión entendida quizá de forma más amplia que el autor brasileño, puesto que comprenderemos en el fenómeno las situaciones en las que la carga fiscal total es menor a la que desde un punto de vista de política fiscal se hubiera deseado, y a causa de faltas de neutralidad y de consistencia. Es evidente que marcar esa línea de la política fiscal es tarea compleja y sería parte de otra tesis dedicada a los límites de la planificación fiscal, pero en cuanto interesa al objeto de este trabajo, tendremos que aceptar algunas.

130 Por ejemplo, en Austria la exención por participación sustancial no se aplica si la entidad que distribuye los dividendos *inbound* obtiene principalmente rentas pasivas y si está sujeta a baja imposición en el Estado de su residencia [sec. 10(4) KStG]. BIEBER *et al.* 2008: p. 584.

131 Con las referencias ahí citadas: ORLOVSKAYA 2012: p. 378-386.

El proyecto BEPS aborda casos de doble no imposición que son precisamente conflictos de clasificación causados por las faltas de consistencia en el reconocimiento de las transacciones internacionales. De ahí que muchas de las soluciones que se plantean se incardinan en la idea de reconocer las transacciones a partir de sus características fiscales fundamentales. Por ejemplo, en el caso de los instrumentos híbridos que generan una deducción en un Estado sin una inclusión en la base imponible en el otro Estado, como podría ocurrir en las exenciones de dividendos por participaciones sustanciales, se han empezado a crear vínculos que analizan si la característica relevante para efectos fiscales (*i. e.*, la deducibilidad) se comprueba en el Estado de residencia de la entidad distribuidora¹³², desligándose entonces de criterios jurídico-privados tradicionales o incluso económicos con dudosa racionalidad fiscal, como el del riesgo abrazado por el MCOCD para distinguir entre dividendos e intereses¹³³.

132 OECD 2014: párr. 53 y ss. Las soluciones planteadas se sustentan en la lógica de realizar vínculos entre el tratamiento tributario de la renta en los Estados intervinientes. Así, en el aspecto interno la deducibilidad puede depender de la inclusión de la renta en la base imponible del beneficiario en su Estado de residencia, o el método para eliminar la doble imposición puede depender de que no haya habido deducibilidad en la base imponible del pagador. (párr. 60 y ss.). Así la han implementado Austria, Dinamarca, Alemania, Italia, Nueva Zelanda y el Reino Unido. En la misma línea opera la solución en caso de los CDI. El párr. 138 sugiere: “As regards Articles 23 A (Exemption Method), paragraph 2 of that Article provides that in the case of dividends (covered by Article 10 of the OECD Model Tax Convention), it is the credit method, and not the exemption method, that is applicable. The recommendation that a dividend exemption that is provided for relief against economic double taxation should not be granted under domestic law to the extent the dividend payment is deductible by the payer should not, therefore, create problems with respect to bilateral tax treaties that include the wording of Article 23 A”. OECD 2012b: párr. 51-57. Además, el Código de Conducta –Code of Conduct Group (Business Taxation)– de la Unión Europea ha acordado introducir límites a las exenciones por participación sustancial cuando los pagos hechos por una transacción híbrida de endeudamiento son deducibles como gastos para el deudor. ECOFIN Council, 8 June 2010, n.º 1033/10.

133 En esa línea, Francia durante el primer semestre del año 2014 ha analizado incorporar una norma que haga no deducibles los pagos de intereses hechos por entidades sujetas al impuesto de sociedad francés a empresas asociadas, cuando dichos intereses no estén sujetos a imposición en la residencia del perceptor a un tipo mínimo del 25% sobre una base determinada conforme al impuesto de sociedades que pagaría en Francia. *Vid.* [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/French_Tax_Administration_releases_draft_regulations_on_anti-hybrid_financing_provisions/\\$FILE/2014G_CM4355_French%20Tax%20Admin%20releases%20draft%20regs%200n%20%E2%80%9Canti-hybrid%E2%80%9D%20of%20financing%20provisions.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/French_Tax_Administration_releases_draft_regulations_on_anti-hybrid_financing_provisions/$FILE/2014G_CM4355_French%20Tax%20Admin%20releases%20draft%20regs%200n%20%E2%80%9Canti-hybrid%E2%80%9D%20of%20financing%20provisions.pdf) [consultada el 10 de mayo de 2014]. Por ejemplo, Alemania ha incorporado una regla para no conceder la exención por participación sustancial prevista en su ley interna cuando se trate de una renta deducible en el pagador. Se crea así un vínculo entre la concesión de la exención

Sin embargo, dentro de la misma iniciativa también se han sugerido normas que limitan la deducibilidad en la fuente si no se produce un tratamiento fiscal determinado en la residencia. La proliferación de ambos criterios de vinculación de ordenamientos como solución de asimetrías podría causar una referencia circular que daría lugar a problemas¹³⁴.

En definitiva, se observa que la aplicación del régimen fiscal para los dividendos en el Estado de la residencia puede hacer referencia a su significado mercantil o fiscal en ese mismo Estado o en el de la fuente, pudiendo generar supuestos de doble imposición y de doble exoneración. En cualquier caso, es evidente que la no deducibilidad del pago de los dividendos en la entidad distribuidora se ha convertido en tiempos recientes en la característica de especial interés fiscal para conceder las medidas para eliminar la doble imposición de los dividendos, asunto que en realidad no es esencial en la definición de dividendos, pues es un aspecto propio de la determinación de los beneficios de la entidad distribuidora, y que de todas formas se observa también respecto de intereses u otros gastos no deducibles en virtud de normas para evitar la subcapitalización, que no por ello tienen ahora el derecho de eliminar la doble imposición económica en la residencia. En todo caso, se pierde también de vista que el régimen de los dividendos en el Estado fuente puede tener otras desgravaciones que hagan inexistente la doble imposición económica que se busca eliminar en residencia.

II. EL REPARTO DEL PODER TRIBUTARIO EN LOS CDI

Los CDI contienen un régimen fiscal para las distribuciones internacionales de beneficios que entran en su ámbito de aplicación, que se superpone sobre el ya asignado por los Estados de la fuente y de la residencia, pudiendo potenciar o reducir las asimetrías en la calificación y las faltas de neutralidad en su imposición, según el mejor o peor diseño que adopte cada tratado. El artículo 10 MCOEDE, relativo a los “dividendos”, está dentro del capítulo III sobre las normas de reparto de la imposición sobre la renta¹³⁵ y hace uso del sistema de

en Alemania y el tratamiento tributario en la fuente u origen. Estas disposiciones han sido adoptadas desde el país de la residencia y son utilizadas por Austria, Dinamarca e Italia con tendencia a expandirse. BÄRSCH & SPENGLER 2013: p. 526.

¹³⁴ DZIURDZ 2013.

¹³⁵ Los términos “limitación” y “restricción” parecen apropiados para describir la forma en que operan los CDI, teniendo en cuenta la discusión que ha tenido la doctrina a este respecto. *Vid.* VOGEL 1997: p. 27-30. *Cf.*: LANG 2010: párr. 39-43.

clasificación de ella en diferentes elementos delimitados por medio de definiciones. Así, para los dividendos se utiliza una regla incompleta, o de acumulación de potestades impositivas¹³⁶, que opera “limitando la tributación en el Estado de la fuente y garantizando la eliminación de la doble imposición en el Estado de la residencia [sin modificar] el modo en que estas legislaciones operan, no las sustituye, sino que modula su aplicación”¹³⁷.

El artículo 10 del modelo OCDE comprende cinco numerales que: 1) ratifican el poder tributario de la residencia para gravar ilimitadamente los dividendos; 2) limitan la imposición en el Estado de la fuente a un porcentaje que varía según el grado de participación en la empresa; 3) definen los dividendos; 4) exceptúan de la regla a aquellos dividendos que se atribuyan a un EP; y, 5) prohíbe la extraterritorialidad¹³⁸. Los Comentarios admiten que es posible

136 Las normas de reparto pueden establecer un gravamen exclusivo en la fuente, en la residencia o una tributación compartida con aplicación (o sin ella) de un gravamen limitado en la fuente. La tributación exclusiva suele determinarse con la frase “pueden someterse a imposición solo”, lo que supondrá una exención de rentas en el otro Estado contratante. Estas últimas normas son las que VOGEL llama “distributive rules with complete legal consequences” y XAVIER “normas de repartición”, y se diferencian de las que indican “pueden ser gravados” (“may be taxed in”), que son “distributive rules with incomplete or open legal consequences” al tenor de VOGEL, “normas de acumulación” en palabras de XAVIER, o simplemente normas de tributación compartida, caracterizadas porque no dan solución en sí mismas al concurso de leyes sino que requieren normas de “solución de conflictos” o “normas de atenuación”, como son los métodos para evitar la doble imposición. VOGEL 1997: p. 30; XAVIER 2005: p. 80 y 81. El párr. 6 de los Comentarios al artículo 23 del Modelo es ilustrativo de las afirmaciones de los autores.

137 CALDERÓN 2012b: aptdo. 4.1. El MCOCDE no establece un derecho exclusivo de gravamen de los dividendos ni al Estado de la fuente ni al de la residencia, puesto que ambos extremos resultarían inaceptables en el plano internacional. Párr. 4-7 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE.

138 El Modelo OCDE indica: “Artículo 10. Dividendos.– 1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado. 2. Sin embargo, *los dichos dividendos pagados por una sociedad que es residente de un Estado contratante pueden someterse a imposición en ese Estado el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos y según la legislación de ese Estado; pero, si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del: a) 5 por 100 del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad (excluidas las sociedades de personas –partnerships–) que posea directamente al menos el 25 por 100 del capital de la sociedad que paga los dividendos; b) 15 por 100 del importe bruto de los dividendos en los demás casos. Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo la forma de aplicación de estos límites. Este apartado no afecta a la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los cuales se reparten los dividendos. 3. El término ‘dividendos’, en*

que el propio CDI establezca un gravamen exclusivo en la residencia cuando el beneficiario sea el propio Estado de la residencia o alguna de sus entidades o subdivisiones políticas¹³⁹.

Ha de tenerse en cuenta que la definición de dividendos del Convenio forma parte del presupuesto de hecho para las consecuencias jurídicas que prevén los artículos 10 y 23 del Modelo, tanto para el Estado de la fuente como para el de la residencia. Así, la definición de dividendos de los CDI es la norma en la cual hay que enmarcar los hechos probados, ya que la calificación consiste en la construcción de la premisa menor del silogismo jurídico mediante la comparación de los hechos acaecidos en la realidad y el supuesto de hecho previsto en la norma previamente interpretado. Para que resulte aplicable el tratado debe existir una previa calificación, que se ha llamado primaria, la cual deriva de las normas del derecho interno, y cuyas consecuencias jurídicas están previstas en la ley nacional que se han descrito en el apartado anterior, como sería la retención en la fuente, la prohibición de deducir su pago de los beneficios de la entidad distribuidora o la aplicación de los sistemas de integración¹⁴⁰. Por ejemplo, se

el sentido de este artículo, significa las rentas de las acciones, de acciones o bonos de disfrute, de participaciones mineras, de partes de fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que realiza la distribución. 4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no son aplicables si el beneficiario efectivo de los dividendos, residente de un Estado contratante, realiza en el otro Estado contratante, del que es residente la sociedad que paga los dividendos, una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado allí y la participación que genera los dividendos está vinculada efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso son aplicables las disposiciones del artículo 7. 5. Cuando una sociedad residente de un Estado contratante obtenga beneficios o rentas procedentes del otro Estado contratante, ese otro Estado no podrá exigir impuesto alguno sobre los dividendos pagados por la sociedad, salvo en la medida en que esos dividendos se paguen a un residente de ese otro Estado o la participación que genera los dividendos esté vinculada efectivamente a un establecimiento permanente situado en ese otro Estado, ni tampoco someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuesto sobre los mismos, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de ese otro Estado”. La bastardilla y el tachado representan las modificaciones realizadas por el MCOEDE 2014.

139 Párr. 13-2 de los Comentarios al art. 10 MCOEDE.

140 Subraya la importancia de individualizar las fuentes, SACHETO, 2002, p. 4. Como bien lo ha afirmado los profesores VOGEL (1997: introduction n.º 56) y LANG (2010: n.º 58), no interesa el orden en que se revise el derecho interno y el CDI, aunque, como lo señala LANG, desde un punto de vista práctico resulta más sencillo partir “primero de consultar el derecho interno para

indicará que procede una retención para los dividendos correspondiente al 20%. Pues bien, cuando se aplica un CDI se requiere una calificación secundaria que tiene como objeto determinar los presupuestos de hecho previstos en el tratado para las normas que imponen límites convencionales. Así, cuando la renta califique como un dividendo bajo las definiciones del tratado, el artículo 10 desplegará sus efectos sobre el derecho interno, limitando la retención al monto previsto en su apartado segundo, al tiempo que exigirá al Estado de la residencia la eliminación la doble imposición de conformidad. En definitiva, debemos ahora concretar cuál es la importancia, función y alcance del concepto en el contexto convencional. El estudio del reparto del poder tributario en los CDI se concreta en los límites que supone sobre los Estados de la fuente y de la residencia, tal como se expone a continuación.

A. LÍMITES AL ESTADO DE LA FUENTE

Distintas obligaciones derivan de los CDI para el Estado de la fuente de los dividendos. La más importante es la limitación a las pretensiones impositivas prevista en el apartado segundo del artículo 10 del Modelo, consistente en una reducción del tipo aplicable¹⁴¹, que en todo caso no proceden si los dividendos se obtienen mediante un EP constituido en el mismo Estado de la entidad distribidora, ya que según el apartado 4, se gravan de acuerdo con el artículo 7.º del Modelo. Vale señalar que los artículos 9.º y 24 del MCOCDE suponen regulaciones adicionales del poder tributario del Estado de la fuente de los dividendos, el primero para exigir que los ajustes se limiten a un concepto convencional de

determinar si alguna obligación tributaria existe y luego revisar el CDI para determinar si este garantiza alguna reducción a la misma. Si no hay obligación tributaria para el derecho interno, no hay necesidad de consultar el CDI desde que en la práctica el mismo no crea obligaciones fiscales”. En últimas puede admitirse que los Convenios producen un “cambio de dirección” en la obligación tributaria sustancial que regula el derecho interno, tal como afirma BUITRAGO 2007: p. xxviii.

141 El Modelo permite la imposición en la fuente de forma limitada sin restringir la forma de ejercicio del gravamen de los dividendos, de manera que estos pueden estar sujetos a una retención en la fuente sobre el importe bruto del pago o por medio de declaraciones periódicas con derecho a deducir costos y gastos o sin él. Sobre la posibilidad regulatoria de consolidar los dividendos y depurarlos para obtener la base imponible *–net basis taxation–*, *vid.* AULT & ARNOLD 2010: p. 495 y ss. Tampoco se prevé una forma de aplicación de la limitación, de manera que el Estado de la fuente podrá exigir a los retenedores reducir la retención a lo previsto en el tratado o, aplicándose la tarifa general de retención, puede devolver el exceso posteriormente. Párr. 18 y 19, art. 1.º MCOCDE.

arm's length, y el segundo para prohibir ciertos tipos de no discriminación¹⁴². Con ese panorama de limitaciones, en este apartado interesa centrarse en los límites a los criterios de conexión que responderá a la pregunta de ¿en cuál Estado está la fuente de los dividendos?, a lo que seguirá un análisis del sujeto receptor de los dividendos para referirse ahí a la condición de beneficiario efectivo, la vinculación de la renta a un EP y el pago de dividendos a sujetos con especial tratamiento. Finalmente, se analiza la interacción entre los sistemas de imposición sociedad-socio y el artículo 10 del MCOCDE.

1. LÍMITES A LOS CRITERIOS DE CONEXIÓN

El apartado segundo del artículo 10 del MCOCDE indica que los dividendos pueden ser gravados en el Estado de la fuente de ellos, que para efectos convencionales se entiende como el Estado de residencia de la sociedad que paga los dividendos. En efecto, el artículo 10 MCOCDE trae una regla implícita de fuente para efectos del tratado¹⁴³ que vincula la residencia de la entidad distribuidora con el único criterio de fuente de los dividendos comprendido por el artículo 10 del CDI¹⁴⁴. De esta forma, la fuente de los dividendos será el Estado de la residencia convencional definido de acuerdo con el artículo 4.1. En concordancia con el 4.3 del Modelo, si se tratase de una entidad con doble residencia, será el “Estado donde se encuentre la sede de dirección efectiva de la sociedad” el que pueda gravar los dividendos. Esta vinculación de los criterios de sujeción se apoya en la idea económica de que la renta de una sociedad se grava cuando se obtienen los beneficios y cuando se distribuyen a los socios¹⁴⁵. La citada regla de la fuente se complementa con el apartado 5, que prohíbe algunos supuestos de imposición extraterritorial de los dividendos.

142 El art. 24.3 del Modelo puede generar un incentivo para recibir dividendos por medio de un EP en aquellos casos en los cuales el Estado de la fuente conceda una medida para eliminar la doble imposición económica para sus residentes y grave los dividendos obtenidos por no residentes, en la medida en que el EP debe equiparse a los residentes. De ahí que países como Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Indonesia, Turquía y Colombia contengan un segundo nivel de imposición de los EP, también el llamado impuesto complementario o *branch profit tax*. Sin embargo, como se expondrá más adelante, se han planteado que el art. 10.5 MCOCDE podría ser contrario a dichas normas. HARRIS 2010: p. 582 y ss.

143 HARRIS & OLIVER 2010; p. 181; HARRIS 2014: aptdo. 3.3.

144 Párr. 9, art. 10 MCOCDE.

145 Esta idea es la línea argumental del trabajo de HARRIS 2013: p. 181 y ss.

La definición de dividendos contenida en el artículo 10.3 MCOCDE no cumple una función determinante respecto del artículo 10.5 MCOCDE por dos razones: por un lado, es una norma que excede el ámbito subjetivo de los artículos 1.º y 10.1 del MCOCDE¹⁴⁶ y, por otro, se refiere a dos supuestos, donde solo uno de estos involucra el término *dividendos*¹⁴⁷. El apartado establece la prohibición de considerar como fuente de los *dividendos* a un Estado distinto del de residencia de la entidad distribuidora y, además, la prohibición de someter los beneficios no distribuidos de una sociedad residente en el otro Estado a un impuesto sobre las rentas de fuente nacional¹⁴⁸. Sin embargo, la redacción de la norma se limita a comprender aquellos casos en que la entidad distribuidora obtenga beneficios o rentas en el Estado de su residencia. Así, su propósito es limitar los criterios de conexión objetivos de los Estados contratantes. La norma expone, a manera de ejemplo, que la fuente de los dividendos no puede ser determinada en atención al lugar donde se producen los beneficios que se reparten o que se acumulan¹⁴⁹.

146 La norma no especifica la residencia del receptor de los dividendos; de ahí que se discuta si se aplican las restricciones subjetivas del art. 1.º MCOCDE o si es una regla objetiva que exceptúa el requisito de que quien obtiene los dividendos sea residente del otro Estado. Con ello, si estos son pagados a un residente en el Estado C, quedaría la duda de si el art. 10.5 del CDI entre los Estados A y B limita el poder tributario de B cuando el receptor de ellos no sea residente de estos últimos Estados. Es decir, si B podría gravar como dividendos los beneficios obtenidos por una empresa del Estado A mediante un EP en B, siendo los socios residentes en C. Dada la redacción del precepto, el apartado 5 del art. 10 es una excepción tanto al ámbito subjetivo de los CDI como al carácter bilateral que impone el art. 10.1 MCOCDE, al no exigir que los dividendos sean pagados a un residente de un Estado contratante, puesto que de otra forma la norma no tendría mucho sentido (VOGEL 1997: núms. 258 y 258a, p. 694.695; DE SANTIS 2013; PEREIRA RIBEIRO 2004: p. 172). BAKER ha acuñado la expresión “beneficios indirectos” (*vicarious benefits*) del convenio para referirse a aquellas situaciones en las cuales el beneficio real de un CDI es obtenido por una persona que en principio no tiene derecho a la aplicación de este, lo cual ocurre precisamente en el supuesto recién mencionado, cuando se acude al art. 10.5 del CDI entre los Estados A y B (BAKER (S/A): p. 8. Comentando al citado autor, WHEELER 2011: p. 271.

147 VOGEL 1997: p. 692 y ss., n.º 251.

148 Esta norma proviene del Modelo de Londres de la Sociedad de las Naciones de 1946 y fue recogida por el WP12 en sus trabajos para ser finalmente incorporada en el borrador de Modelo OCDE de 1963, donde ha permanecido hasta el Modelo más reciente sin modificaciones sustanciales. *Vid.* VOGEL 1997: p. 693, n.º 249-254. Existen diferencias con el MCEUA, art. 10, aptdo. 7 y 8.

149 VOGEL 1997, p. 692 y ss.; MAY 2011: p. 418. En esa línea, los Comentarios señalan: “[e]l apartado 5 excluye la imposición extraterritorial de los dividendos; es decir, la práctica de los Estados que gravan los dividendos distribuidos por una sociedad no residente exclusivamente porque

El apartado 5 del artículo 10 MCOEDE ha planteado varias cuestiones debido a su redacción imprecisa y a la asunción de que se trataría de una norma genérica cuyo objetivo es la prohibición de la extraterritorialidad. Estaría claro que los dividendos repartidos o los beneficios no distribuidos por una sociedad residente en el Estado A, provenientes de beneficios obtenidos en el Estado B por medio de un EP, no podrán ser gravados por el Estado B por el mero hecho de que los beneficios que se distribuyan tengan su fuente en el Estado B¹⁵⁰. Sin embargo, en virtud de otros criterios de conexión sí podrían ser gravados los dividendos en el Estado B¹⁵¹. Así lo establece el propio artículo al consagrar dos excepciones: en primer lugar, se aclara que cuando los dividendos son pagados a un residente en B, este Estado puede gravar la renta mundial de sus residentes, aunque deberá garantizar la aplicación del método para eliminar la doble imposición; y en segundo lugar, que cuando las participaciones que dan origen a los dividendos son atribuibles a un EP sito en B, tal Estado puede gravarlo de conformidad con el artículo 7.º MCOEDE.

El artículo 10.5 MCOEDE no restringe a aquellos criterios de conexión que gravan los dividendos por el mero hecho de que su pago se realice y se efectúe en su territorio, como ocurriría cuando se ordena a un banco realizar el pago en otro Estado¹⁵², pues no se trata de un precepto que prohíba genéricamen-

los beneficios sociales que sirven para tal distribución de dividendos proceden de su territorio (por ejemplo, si son producidos por medio de un establecimiento permanente situado en este territorio)” párr. 34 al art. 10 MCOEDE.

150 Así, una regla como el derogado art. 4.2 del Texto refundido del impuesto sobre las rentas del capital en España (Decreto 3357 de 23 de diciembre de 1967), que gravaba los dividendos satisfechos por entidades no residentes que realizaran negocios en España por medio de un EP en la parte que correspondiera a lo obtenido en el territorio nacional, se entiende contraria al art. 10.5 MCOEDE. Por ello, España plasmó una reserva al apartado 5 del MCOEDE y, por ejemplo, en los CDI con Canadá, Reino Unido, Túnez y Suecia han permitido expresamente el gravamen extraterritorial. En Colombia, por su parte, el artículo 24.10 ET indica que son ingresos de fuente nacional los “dividendos o participaciones de colombianos residentes, que provengan de sociedades o entidades extranjeras que, directamente o por conducto de otras, tengan negocios o inversiones en Colombia”. Esta norma de fuente, que aparentemente resultaría contraria al artículo 10.5 de los CDI de este país, no ha contado con *cláusulas* de salvaguarda. Otras menciones a ejemplos de extraterritorialidad en España en: RUIZ GARCÍA 2004: p. 611.

151 RUIZ GARCÍA 2004: nota 12; VOGEL 1997: p. 693, no. 258a. MADEIRA & CASSIANO 2007: p. 474.

152 El párr. 36 de los Comentarios al art. 10 MCOEDE indica que el apartado 5 no limitaría el poder de gravar de los Estados que así lo establecieran, pues “el criterio de conexión es la operación material de pago de los dividendos y no el origen de los beneficios sociales afectos a la distribución de estos dividendos”.

te la extraterritorialidad como lo sugiere Vogel¹⁵³, y su mandato solo procede cuando hay un criterio de conexión que atiende al origen de los beneficios de la entidad y no cuando el vínculo deriva de la operación de pago¹⁵⁴.

El apartado 5 del artículo 10 del Modelo es compatible con las normas de transparencia fiscal internacional llamadas en inglés *controlled foreign corporation rules (CFC)*, ya que el efecto de estas consiste en atribuir los beneficios de una entidad a los socios o partícipes residentes de manera que se graven sin que importe si ha habido distribución real y efectiva de dividendos¹⁵⁵, mientras que la norma internacional limita únicamente al Estado de la fuente de los dividendos en cuanto a la tributación de las distribuciones hechas por la sociedad. En consecuencia, no restringe al Estado de la residencia del socio de gravar las rentas atribuibles a este, aun cuando hubieren tributado en el otro Estado en cabeza de la sociedad¹⁵⁶. Sin embargo, la cuestión no parece unánime en la doctrina, pues hay quienes apuestan por una interpretación amplia del apartado 5¹⁵⁷.

153 VOGEL 1997: p. 695, n.º 259.

154 MADEIRA & CASSIANO 2007: p. 476 y 477; Por su parte, DE SANTIS no toma una posición de *lege lata*, pero acepta que desde el punto de vista de la política tributaria no parece coherente que el art. 10.5 prohíba la extraterritorialidad cuando no hay un nexo fuerte con la entidad por ser esta no residente y no la prohíba el caso del mero pago de los dividendos donde el vínculo puede ser menor. DE SANTIS 2013: s/p.

155 Por el momento: HARRIS & OLIVER 2010: p. 299 y ss.; DAHLBERG & WIMAN 2013: p. 17-46.

156 Párr. 37, art. 10 MCOEDE; RUST 2004: p. 269. Indica este último autor: “art. 10 (5) starts with the words: ‘Where a company which is a resident of a Contracting State derives profits ... from the other Contracting State’. As a result, this provision is only applicable if the company derives income from the other contracting state, Just in this situation a CFC legislation might be justified. However, the provision would not bar a CFC legislation if the company solely derives income in its residence state or third state, the provision is not applicable. It does not make any sense to forbid a CFC legislation if the company derives income in the residence state of the shareholder and to allow a CFC legislation as long as the company does not derive income from the residence state of the shareholder. Thus, art. 10 (5) has to be interpreted that it does not regulate the taxation of undistributed profits in the hands of the shareholder. As a result, it cannot limit the scope of the German CFC legislation”. Párr. 38 al art. 10 MCOEDE. En una línea similar VOGEL entiende que la prohibición de extraterritorialidad en el gravamen de los beneficios no distribuidos restringe a los gravámenes que recaen sobre la entidad distribuidora y no sobre los socios, de manera que no resulta contraria a las normas de transparencia fiscal internacional que recaen sobre estos. VOGEL 1997: p. 696. Resumiendo la doctrina alemana, RUST 2004: p. 268-269.

157 SANDLER 1998 p. 103; FONTANA 2006: sec. 3.3.4; MADEIRA & CASSIANO 2007: p. 482. Dentro de ellos, en la doctrina española ALMUDÍ estima que el citado apartado “impide, de forma ge-

Ahora bien, es posible que la entidad distribuidora de dividendos resulte siendo residente en los dos Estados contratantes según sus legislaciones internas. Para efectos convencionales, sin embargo, solo podrá ser residente en uno de estos de acuerdo con las normas de “desempate” previstas en el artículo 4.3 MCOCDE. De esa manera, los dividendos tendrán su fuente en el Estado “ganador” del conflicto de criterios subjetivos. Siguiendo a Van Weeghel (2008) y De Santis (2013), ello puede dar lugar a tres posibilidades. Que los dividendos se paguen:

1) a un residente del Estado “perdedor”: en este caso el art. 10 MCOCDE es aplicable, pero en virtud de su apartado 5 no procederá retención en la fuente alguna so pena de considerarse un gravamen extraterritorial¹⁵⁸. Esta resulta ser una limitación al Estado de la fuente de los dividendos.

2) a un residente del “Estado ganador”: el art. 10 no es aplicable por no darse una relación bilateral y la renta se calificaría como beneficios empresariales (art. 7.º MCOCDE) u “otras rentas” (art. 21 MCOCDE), dependiendo de que sea una actividad empresarial, en cualquier caso, permitiéndose un gravamen ilimitado en la residencia del perceptor y restringiéndose la potestad de gravar en el Estado de la fuente de los dividendos. Si el tratado no tiene el artículo de “otras rentas”, se podría entender que las limitaciones previstas en el art. 10 MCOCDE no son aplicables y que por tanto no hay restricción al derecho interno del Estado de la fuente¹⁵⁹.

nérica, que se sometan a tributación los beneficios no distribuidos por la entidad participada [...] sin especificar el sujeto pasivo al que se refiere dicha prohibición”. ALMUDÍ 2005: p. 327.

158 Así lo ha concluido la Corte Federal (Federal Court-Trial Division) canadiense en el caso *Hunter Douglas Ltd. v. Her Majesty the Queen*, T-329-74, D. T. C. 5430, September 1979. En este caso una entidad canadiense decide mover su sede de dirección efectiva de Canadá a Países Bajos. La entidad distribuyó dividendos siendo ya residente en este último Estado. En la medida en que el receptor de los dividendos es un residente en Países Bajos, la entidad no aplicó retención en la fuente. La Administración Tributaria canadiense requirió a la entidad distribuidora el 15% de retención que correspondía aplicar según la legislación interna canadiense. Tras la impugnación de la liquidación, la Corte argumentó que el concepto de “residente” utilizado en el art. IV.5 (Similar al art. 10.5 MCOCDE) era el convencional y no el interno, de manera que Canadá no podría practicar la retención en la fuente sin quebrantar el CDI. El tratado bajo análisis en la sentencia tenía una redacción diferente de la del MCOCDE, pues en vez de indicar ejemplificativamente que la extraterritorialidad se prohibía “aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan [...]”, señalaba, quizá taxativamente, “en razón al hecho de que [...]”. No obstante, la Corte entendió que la diferencia gramatical no representaba una disparidad con los objetivos del precepto del Modelo, de manera que debía interpretarse como un ejemplo. DE SANTIS, aptdo. 4.1. WHEELER 2011: p. 272.

159 En esa línea, VAN RAAD 2002: p. 588 y 589.

3) a un residente de un tercer Estado¹⁶⁰: en este caso la pregunta que surge es si el Estado “perdedor” (según las reglas de desempate del CDI que dicho Estado tiene con el Estado ganador) puede seguir gravando los dividendos pagados a residentes de terceros Estados. El primer problema que habría que plantear es que el hecho de que una entidad no sea considerada residente para efectos de un CDI no implica que deje de serlo para efectos de otros CDI o del propio derecho interno, pues los convenios tienen un alcance bilateral, un efecto relativo y el artículo 4.1 no exige una sujeción efectiva¹⁶¹, obviamente a menos que la propia legislación interna disponga que después que se deja de ser residente para efectos de un CDI se pierde automáticamente la residencia según el derecho interno¹⁶². Sin embargo, a partir de 2003 los Comentarios indican que cuando una entidad deja de ser residente para efectos de un CDI por aplicación del artículo 4.3 MCOE, puede dejar de ser residente para efectos de los otros CDI suscritos por el Estado “perdedor”, en tanto que no se encuentra sujeto plenamente a imposición¹⁶³. Esa misma idea fue utilizada en 2001 por la Corte Suprema Neerlandesa¹⁶⁴. En cualquier caso, el resultado interpretativo ha extrañado a la doctrina por no acompañarse con la historia del artículo 4.¹⁶⁵

Ahora bien, en cuanto al artículo 10.5, es evidente de que el Estado perdedor se ve limitado para gravar los dividendos, aun si son obtenidos por un residente en un tercer Estado¹⁶⁶. Ello se derivaría del entendimiento de que el citado apartado 5 tiene un ámbito de aplicación que excede de los art. 1.º y 10.1 MCOE, y de que la referencia al origen de los beneficios es una mera ejemplificación de los distintos tipos de extraterritorialidad que prohíbe el artículo 10.5 MCOE. Así lo

-
- 160 Estas hipótesis son analizadas por: VAN WEEGUEL 2008: p. 70-72; DE SANTIS: aptdo. 1.4.2.
- 161 Este argumento se encuentra en distintos autores: BOCCARDO 2009: p. 128; GARCÍA PRATS 1994: p. 482; VAN RAAD 1988b: p. 242; VOGEL 2002: p. 2; SOLÓRZANO 2009: p. 318.
- 162 La legislación británica (sec. 249 Finance Act) y la canadiense (Sec. 240(5) Canadian Income Tax) así lo establecen como medida para evitar esquemas de planeación fiscal que se aprovechan del fenómeno de la doble residencia de sociedades, aunque en el caso canadiense también aplica para personas físicas.
- 163 El párr. 8.2 al art. 4.º MCOE indica que la segunda frase del apartado 1 de dicho artículo “(e)xcluye también a las sociedades y otras personas que no estén plenamente sujetas a imposición en un Estado contratante debido a que, aun siendo residentes de ese Estado en virtud de su normativa fiscal, se las considere residentes de otro Estado en virtud de lo dispuesto en un convenio celebrado entre ambos Estados”.
- 164 Países Bajos, Case number 35 557, BNB 2001/295. VAN RAAD 2002: p. 591.
- 165 VANN 2009: p. 253-254.
- 166 DE SANTIS 2013: aptdo. 1.4.2; VAN WEEGUEL 2008: p. 71.

ha concluido la Corte Suprema neerlandesa (Hoge Raad)¹⁶⁷. Un caso distinto se presentaría si no existiera el artículo 10.5 MCOEDE como ocurrió en la Sentencia de 28 de febrero de 2001 del Hoge Raad¹⁶⁸.

Ahora bien, a causa de la redacción del precepto se ha cuestionado si el apartado 5 es una limitación a los denominados “branch tax”, segundo nivel de impuestos o imposición complementaria sobre los EP. Algunos autores han interpretado que el MCOEDE no permitiría este tipo de gravamen, pero sus argumentos parecen apoyarse en el artículo 24 sobre no discriminación y no en el apartado 5 del artículo 10¹⁶⁹. Según Harris, el citado apartado quinto implica la supresión de la imposición complementaria cuando el EP obtiene dividendos, pues a diferencia de los artículos 11.5 y 12.5 MCOEDE, la fuente de los dividendos es siempre el Estado de residencia de la entidad pagadora y no el Estado donde se encuentra el EP¹⁷⁰. Fuera de esta hipótesis, el artículo 10 del MCOEDE no parece tratar con los beneficios transferidos del EP a la casa central, en cuanto que se refiere a dividendos pagados por un residente

167 Corte Suprema neerlandesa, caso 27.252, septiembre, 1992, Tax Treaty Case Law, IBFD. En este caso una entidad (una sociedad de responsabilidad limitada *besloten vennootschap -BV-*) constituida en Países Bajos que tiene su sede de dirección efectiva en Irlanda es considerada residente en ambos Estados para efectos de las respectivas legislaciones internas. La entidad repartió dividendos a un socio residente en los Estados Unidos. Los beneficios obtenidos por la entidad no eran de fuente neerlandesa, sin embargo, la legislación neerlandesa exigía una retención en la fuente para los dividendos pagados por sus entidades residentes. El Hoge Raad concluyó que la retención en la fuente no era procedente, pues resultaba contraria al art. 9.8 del CDI entre Países Bajos e Irlanda (equivalente al art. 10.5 MCOEDE) en la medida en que dicho precepto era amplio y no se limitaba a impedir el gravamen extraterritorial de los dividendos por razón del origen de los beneficios, como lo argumentó el tribunal inferior. El caso *Hunter Douglas Ltd. v. Her Majesty the Queen* también contiene una argumentación en el sentido de que el art. 10.5 aplicaría a residentes de terceros Estados, pero no como *ratio decidendi*, sino como *obiter dictum*. En este último caso, sin embargo, el tratado entre Canadá y Países Bajos de 1957 no contenía un artículo equivalente al 1 del MCOEDE. VAN WEEGUEL 2008: p. 70-72; DE SANTIS 2013: aptdo. 4.2; WHEELER 2011: p. 272. Esta última autora sostiene que se podría argumentar que se aplicó el CDI equivocado respecto de los residentes en terceros Estados y que se otorgaron beneficios de forma indirecta a los accionistas de un tratado al que no tendrían derecho, puesto que el procedimiento tributario vinculó a la sociedad, podríamos entender, como responsable por las obligaciones de los socios y no como contribuyente, y el juzgador parece no haber considerado ese hecho para distinguir las normas convencionales aplicables a cada socio.

168 VAN WEEGUEL 2008: p. 72 y 73.

169 VOGEL 1997: art. 24 n.º 128a, p. 1316.

170 HARRIS 2010: p. 583.

de un Estado a un residente del otro Estado. Pese a lo anterior, el apartado 5 se refiere a un impuesto sobre los beneficios no distribuidos de la sociedad, de forma que podría haber algún margen de duda que ha hecho que los tratados expresamente excluyan esa imposición mientras que otros, por el contrario, la aceptan. Dentro de estos últimos algunos contienen una salvaguarda respecto del artículo 10.5¹⁷¹, otros del artículo 24¹⁷² y otros del todo el CDI¹⁷³.

2. EL SUJETO A QUIEN SE PAGAN LOS DIVIDENDOS

El apartado segundo del artículo 10 MCOE establece que el gravamen de los dividendos en el Estado de la fuente será limitado cuando el beneficiario efectivo de la renta sea un residente del otro Estado¹⁷⁴. El principal requisito es ser el beneficiario efectivo¹⁷⁵, concepto que genera numerosos problemas que exceden el objeto de este libro, que aborda la definición de un elemento objetivo del CDI y no los elementos subjetivos de aplicación del tratado, ni del artículo 10, que para todos los efectos damos por cumplidos de antemano. No obstante, haremos una brevísima mención, en la medida en debemos aclarar la relación entre ese concepto y la definición de dividendos. Dicho esto, el primer problema es la admisión de dos sujetos —el beneficiario efectivo y el receptor directo—, el primero de los cuales claramente tiene derecho a la concesión de la reducción del tipo previsto en el apartado 2.º del artículo, mientras que el segundo podría someterse a una imposición ilimitada en la fuente. Bien, la cuestión se plantea de acuerdo con el artículo 23 del Modelo, pues si el receptor directo se encuentra sujeto a imposición sobre la renta en el Estado de la residencia y el beneficiario efectivo es una cláusula para evitar el abuso del tratado (*treaty shopping*), no se debería conceder el método de eliminación de la doble imposición. Sin embargo, los artículos 10.2 y 23 del Modelo dan a entender que el Estado de la residencia ha de aplicar el método convencional previsto para los dividendos sin que importe si es el receptor directo o el beneficiario efectivo de ellos¹⁷⁶.

171 España-Tailandia 1997.

172 España-Sudáfrica 2008.

173 España-Indonesia 2000; España-Canadá 1980; España-Panamá 2011; Colombia-Canadá 2013.

174 Párr. 9, art. 10, MCOE.

175 Requisito que se ratifica en el subapartado 10.2.a).

176 Dicha conclusión entonces se apoyaría en la idea de que el beneficiario efectivo ha sido consagrado solo como un condicionante para la aplicación de la limitación al Estado de la fuente,

En segundo lugar, en la mayoría de los CDI vigentes no existe claridad sobre las relaciones entre los apartados 1 y 2 del artículo 10 del MCOEDE 1977/2010, puesto que antes de 1995 se entendía que para que procedieran las limitaciones al Estado de la fuente los dividendos debían ser “pagados a” un “receptor” que además fuera “beneficiario efectivo”. A partir de ese año los Comentarios entienden que solo se requiere que sea un beneficiario efectivo residente del otro Estado contratante, de manera que si un intermediario los percibe, por serles a él pagados, el CDI entre pagador y beneficiario se aplicaría sin que importara que la residencia del receptor directo estuviera en una tercera jurisdicción¹⁷⁷.

pero no para la aplicación de todo el art. 10 MCOEDE, contrario a lo que inicialmente pudo haber sido su finalidad y al texto del párr. 12 de los Comentarios al art. 10 MCOEDE (en el MCOEDE 2014 es el párr. 12.1 de los Comentarios al art. 10), que indican que el beneficiario efectivo fue adicionado para clarificar el significado de las palabras “pagados... a un residente” utilizadas en el apartado 1 del citado artículo. El Conseil d'État francés en la Consulta n.º 382545 de marzo de 2009 argumentó que el concepto de beneficiario efectivo no tenía relevancia para Francia cuando fuera el Estado de residencia del receptor de los dividendos, aunque sí lo tiene cuando es el Estado de la fuente. *Vid.* GOUTHIERE 2011: p. 11 y 12. En opinión de RUIZ GARCÍA, el primer apartado del art. 10 no condiciona a que el sujeto a quien se pagan los dividendos sea el mismo beneficiario efectivo, aunque en los CDI de España con Australia y Suecia se exija que el receptor sea el “beneficiario efectivo” o “receptor efectivo”. Además, si un intermediario residente en un tercer Estado actúa por cuenta del socio, será aplicable el art. 10.1 del CDI entre el Estado de la fuente de los dividendos y el de la residencia del intermediario respecto de los dividendos y, en cuanto a los pagos derivados de las relaciones entre el intermediario y el socio, se atenderá a lo dispuesto el artículo de otras rentas (21 MCOEDE) del tratado entre los Estados de residencia de estos últimos sujetos. *Vid.* RUIZ GARCÍA 2004: p. 576. Esta interpretación olvida que la calificación de la renta que fluye del receptor directo al beneficiario efectivo puede ser catalogada de acuerdo con su naturaleza y considerando el CDI respectivo, y que en muchos casos no irá por “otras rentas”. En todo caso, el autor tiene razón en señalar que si el Estado de la fuente deniega la aplicación del CDI con el Estado de la residencia del receptor directo, este podría gravar los dividendos recibidos, por más que los MCOEDE indiquen que el intermediario no sería el propietario de la renta según el Estado de su residencia (párr. 12.2 de los Comentarios al art. 10 MCOEDE). En la práctica es perfectamente posible que esta última jurisdicción los considere atribuidos a su residente, aunque coincida en que no es el beneficiario efectivo.

177 Con la eliminación del doble requerimiento “la limitación del impuesto del Estado de la fuente se mantiene cuando un intermediario, por ejemplo un agente u otro mandatario, con sede en un Estado contratante o en un tercer Estado, se interpone entre el acreedor y el deudor, pero el beneficiario efectivo es residente del otro Estado contratante [...]” (párr. 12.2, art. 10, MCOEDE). Esa modificación, que consiste en un *look through approach*, parece no haber sido suficiente para aclarar que el sujeto con derecho a la imposición reducida es el beneficiario efectivo, pues bajo la redacción del Modelo 1977/2010 se entendió que “dichos dividendos” deben cumplir con el requisito de bilateralidad establecido en el art. 10.1 MCOEDE, que exige que los dividendos

Es decir, los Comentarios del año 1995 hacen una interpretación amplia de los requisitos “pagados a” y “receptor”, que en todo caso han de coincidir con el “beneficiario efectivo”, lo que en últimas significa un *look through approach*. No obstante, la literalidad de las normas podría admitir otras interpretaciones sobre la definición del sujeto con derecho a los beneficios del tratado, razón por la cual la redacción del MCOCDE 2014 eliminó el vínculo que hacía el apartado 2 al apartado 1 del art. 10, al indicar en el segundo párrafo que los “~~dichos dividendos pagados por una sociedad que es residente de un Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese Estado el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos~~ y según la legislación de ese Estado [...]”¹⁷⁸. Como se aprecia, la redacción del Modelo 2014 requiere que los dividendos sean pagados por una sociedad residente, pero no “pagados a” un receptor directo residente del otro Estado contratante, ya que solo se preceptúa que “el beneficiario efectivo de los dividendos [sea] un residente del otro Estado contratante”¹⁷⁹.

En tercer lugar, el contenido de la expresión “beneficiario efectivo” tiene un significado discutible, pues hunde sus raíces en sistemas de derecho anglosajón,

sean “pagados a” un residente del otro Estado contratante. En la medida en que la expresión en comillas puede ser entendida desde una perspectiva mercantil, podría ocurrir que el beneficiario efectivo no coincidiera con el sujeto con derecho legal a recibir el pago, es decir, en la nueva terminología de los Comentarios, el “receptor directo”. En Comentario, adicionados en el art. 10 del MCOCDE 2014 se han modificado las referencias al “receptor inmediato” por el “receptor directo” y a los “dividendos recibidos” por “pagados a”, contenidas en los párr. 12.1 y ss.

178 Lo tachado representa lo eliminado del MCOCDE 2010 y la bastardilla lo introducido en el Modelo de 2014.

179 “[...] 30. The Working Party agreed that the issue raised in these last comments needed to be addressed. A literal interpretation of the words ‘such dividends’ in the preamble of paragraph 2 of Article 10 could lead to the conclusion that these dividends must be dividends that are paid direct to a resident of a Contracting State, which would be problematic where the direct recipient and the beneficial owner of the dividends are residents of two different States. Whilst existing paragraph 12.2 of the Commentary clearly indicates that such an interpretation should be rejected, it suggests that some States may wish to adopt a clearer wording in their bilateral treaties. The Working Party decided that, in order to remove any doubt, such clearer wording should be included in the Article itself. At the same time, it decided to clarify in the Commentary that this issue was dealt with through two different changes to the wording of the Article since the 1995 change that is already referred to in paragraph 12.2 only addressed the issue where the direct recipient and the beneficial owner of the dividends are both residents of the same State”. OECD, *The Meaning of Beneficial Owner, revised Discussion Draft, Unclassified report*, CTPA. Committee on Fiscal Affairs, 25 sept. 2012 [CTPA/CFA(2012)63], párr. 30.

sin encontrar un perfecto acomodo en la tradición de derecho continental¹⁸⁰. Surgió como un vínculo para determinar al propietario de las acciones o de los activos en el CDI entre Canadá y los Estados Unidos de 1942, y evolucionó hacia un concepto para fijar la relación de propiedad con la renta en el Protocolo de 1966 al CDI entre el Reino Unido y los Estados Unidos. Inicialmente, el motivo de esta inclusión se debía al interés británico de exponer que el *nominee*, si bien derivaba en un ingreso, no debía obtener los beneficios del CDI. Bajo el MCOEDE de 1963 no hubo referencia a este concepto, y fue en la versión de 1977 donde hace su aparición estelar bajo el patronazgo del Reino Unido y como solución al problema del uso impropio de los CDI en los supuestos en que se constituye un mandatario o agente solo para acceder a los beneficios convencionales. Sin embargo, algunos documentos históricos hacen parecer que también pretendía reforzar la idea de que el receptor de la renta debía estar sujeto a imposición en la residencia, como ya se contenía en el artículo 4.1 MCOEDE 1977¹⁸¹, o bien como un sucedáneo del *test* de sujeción efectiva¹⁸². Lo más plausible es lo primero, pues en realidad las cláusulas de sujeción efectiva fueron descartadas y reemplazadas por el beneficiario efectivo para permitir el acceso a los beneficios del tratado a fondos de pensiones y entidades sin ánimo de lucro¹⁸³.

Los Comentarios de 2014 adoptaron los párr. 12.4 a 12.7, que exponen que en el caso de los agentes, mandatarios o sociedades instrumentales que actúan como fiduciarios o administradores:

[...] el receptor directo no es el “beneficiario efectivo” porque el derecho del receptor de usar y disfrutar el dividendo está restringido por una obligación le-

180 DU TOIT 1999: p. 243. Ello lo afirma con claridad ZUK 2013: Apto. 2.1. “As we may see there is no single, universal meaning of all-encompassing definition, as well as a general application and purpose of the ‘beneficial owner’ or ‘beneficial ownership’ notion in common law. The common denominator is that the ‘beneficial owner’ is the actual owner of property and the rightful recipient of the benefits (fruits) accorded and is differentiated from the legal owner (title holder)”. El *Black’s Law Dictionary*, en la segunda definición del término, señala: “2. A corporate shareholder who has the power to buy or sell the shares, but who is not registered on the corporation’s books as the owner”. GARNER & BLACK 2004.

181 En efecto, el uso que se hace del concepto en el Informe de *Partnerships* de 1999 da a entender esta misma idea. OECD 1999: párr. 54. En contra de esta posición VANN 2013: Apto. 19.5-3, que entiende que los conflictos de atribución no han sido nunca la finalidad histórica de esta norma.

182 Un detallado análisis en: VANN 2013: aptdo. 19.4 y ss.; ZUK 2012: aptdo. 2.2.

183 MARTÍN 2010: p. 53 y 57, nota al pie 78. Fundamentado en AVERY JONES *et al.*, 2006: p. 249.

gal o contractual de transmitir el pago recibido a otra persona. Dicha obligación normalmente derivará de los documentos legales relevantes, pero puede también ser demostrada con base en los hechos y circunstancias que señalen que, en sustancia, el receptor claramente no tiene *el derecho a usar y disfrutar de los dividendos de forma irrestricta por ninguna obligación legal o contractual de transmitir el pago recibido a otra persona*. Este tipo de obligación no incluye obligaciones contractuales o legales que no dependen de la recepción del pago por el receptor directo, como una obligación que no es dependiente de la recepción del pago y de la que el receptor directo tiene como deudor o como parte de una transacción financiera, o de una típica distribución de obligaciones de planes de pensiones y de vehículos de inversión colectiva con derecho a los beneficios del tratado bajo los principios de los párrafos 6.8 a 6.34 de los Comentarios al artículo 1.º. Cuando un receptor de un dividendo tiene el derecho a usar y disfrutar de los dividendos sin restricciones derivadas de obligaciones contractuales o legales de pasar el pago recibido por otra persona, el receptor es el “beneficiario efectivo” de esos dividendos. *Debe destacarse que el artículo 10 se refiere al beneficiario efectivo de los dividendos a diferencia del propietario de las acciones, el que puede ser diferente en algunos casos.* [Bastardilla nuestra].

Con lo dicho, el beneficiario efectivo es una restricción al ámbito subjetivo de aplicación del artículo 10¹⁸⁴, que exige la conexión de un ítem de renta con un sujeto¹⁸⁵. Opera en el ámbito del tratado y cuenta con un significado autónomo internacional fundado en un vínculo legal y no económico, históricamente diseñado para así evitar algunos casos de aplicación indebida de los CDI en supuestos de agentes o mandatarios, y con ello aclarar el significado de “pagados... a un residente”¹⁸⁶. Es evidente que desde el año 1998 se ha venido ampliando su interpretación para derivar de este una norma general antielusión. Sin embargo, si así fuera, el principio de legalidad impediría su aplicación, pues sus elementos no resultan claros ni lógicos. Tanto en su significado estricto como en el amplio, el beneficiario efectivo ha tenido contornos indeterminados y las clarificaciones pedidas por la doctrina¹⁸⁷ encuentran un grado satisfactorio de respuesta en el párr. 12.4 al artículo 10 de los CMOCDE recién citado, según el cual no podrán acceder a la tributación limitada en la fuente prevista en el CDI

184 WHEELER 2007: p. 50 y ss.

185 Entendiéndolo como una relación de propiedad sobre el pago recibido: DU TOIT 1999: p. 225.

186 Esta posición la defienden MARTÍN 2010: p. 53 y ZUK 2013: aptdo. 3.4; en contra, VANN 2013: aptdo. 19.4.2. y 19.3.3.

187 MARTÍN 2010: p. 61.

quienes tengan una obligación legal o contractual de transmitir lo ingresado, a menos que esta derive de una obligación de carácter financiero, pensional o de las IIC. Aunque valga reconocer que aún quedan dudas acerca de las características de esa obligación de transmitir el ingreso a cargo del receptor directo¹⁸⁸.

Para efectos de este trabajo debe tenerse en cuenta que el criterio del beneficiario efectivo supone un análisis independiente del que deriva de la definición de dividendo contenida en el artículo 10.3 MCOEDE, pues como bien se sabe, este último precepto parte de definir la fuente de la renta, que es un activo o propiedad llamado genéricamente participaciones en “sociedades”. En consecuencia, las rentas así calificadas son aquellas que un sujeto reciba a causa de las participaciones, sin que se prejuzgue la atribución dada por el Estado de la fuente, ni que se evalúe si el receptor es o no el beneficiario efectivo. Así, la lógica de la definición es la determinación de la fuente de la renta partiendo del activo que la genera, y su efecto es determinar la categoría a la que se somete el reparto del poder tributario. Por su parte, el beneficiario efectivo busca definir el ámbito de aplicación subjetivo del artículo 10, al requerir que la renta se obtenga en plena propiedad y sin la obligación de transferirla a un tercero. No obstante, ha de subrayarse que antes de los Comentarios introducidos en el 2014 este último vínculo ha sido entendido como una propiedad jurídica sobre la renta¹⁸⁹ o como el beneficio económico sobre ella¹⁹⁰.

188 Excede del objeto de este trabajo abordar este asunto, pero debo esta idea a la lectura de algunos apartes del borrador de tesis de Pablo Hernández, que profundiza los defectos de la actualización del Modelo respecto al beneficiario efectivo.

189 El primer ejemplo que mencionan los Comentarios corresponde con su significado original y es el que se refiere a los dividendos percibidos por un residente del otro Estado contratante cuando pasan inmediatamente a manos de un residente a un tercer Estado (párr. 12 de los Comentarios al art. 10 MCOEDE), como cuando existe un mandatario o agente que no es considerado propietario de la renta por el Estado de su residencia. En este caso, parece razonable que el sujeto intermediario no sea a quien se le realiza el pago y, de alguna forma el concepto de beneficiario efectivo podría parecer tautológico. Además, se han encontrado problemas frente a las instituciones de inversión colectiva (IIC), que son entidades que administran inversiones y dan a sus inversores títulos de participación, con lo cual, en ese ejemplo no serían beneficiarias efectivas. No obstante, en un giro particular, la OCDE en el 2010 ha entendido que las IIC sí lo son, pues desarrollan funciones significativas en tema de la inversión y el manejo de los activos (OECD 2010c: p. 9). Ello pues, se constituiría en un nuevo *test*, que aplicado a algunos casos de agentes como los comisionistas de bolsa con dichas funciones, podría dar lugar a considerarlos beneficiarios efectivos. Sin embargo, el citado criterio parece estar restringido por los Comentarios a las IIC. ZUK 2013: aptdo. 2.2.3.

190 Un segundo ejemplo mencionado por los Comentarios es el de los meros intermediarios o sociedades instrumentales (según se define en el párr. 12.2 del art. 10 MCOEDE). Proviene de

El artículo 10 comprende una serie de elementos que cualifican a la participación social que da derecho al dividendo y de forma más o menos directa también al sujeto con derecho a los beneficios del CDI. En esa línea, los beneficios del artículo 10.2.a) del Modelo requieren que los dividendos deriven de una participación sustancial¹⁹¹ en el capital de la entidad, entendido según el

ideas avanzadas en los informes de la OCDE de 1987 (OECD 1987: párr. 14 y 38) y 1998 (OECD 1998a: párr. 119), pero tan solo integradas en los Comentarios en el año 2003. Así, el párr. 12.3 de los Comentarios al art. 10 del Modelo de los Comentarios al art. 10 del Modelo representa un paso en la evolución del concepto de beneficiario efectivo, pues pasa a ser entendido como un instrumento para denegar la aplicación del tratado a aquellas sociedades con una función económica de conducir una renta. Esa misma concepción ha derivado una tendencia reciente, especialmente en la práctica convencional española, consistente en la reiteración del requisito del beneficiario efectivo en protocolos, pero con la particularidad de que se extiende además a todos los receptores de rentas que quieran obtener los beneficios del CDI y no solo respecto de las rentas pasivas (España-Albania 2011; España-Argentina 2013; España-Armenia 2012; España-Georgia 2011; España-Kazajistán 2011; España-Moldavia 2009; España-Panamá 2011; España-Senegal 2007; España-Serbia 2010; PISTONE 2012: p. 10. Este autor subraya República Checa y usa este criterio como norma general *anti-treaty shopping*). Lo mencionado significa que el beneficiario efectivo viene siendo interpretado como una cláusula antielusión amplia que iría más allá de las funciones atribuidas en 1977 y 2003 (PISTONE 2012: p. 10.) La cumbre de este proceso estuvo a punto de ser coronada con los cambios a los Comentarios inicialmente propuestos (OECD 2012: p. 10 y 11) que incluía a quien que se encontrara “obligado contractual o legalmente a transmitir a otra persona el pago recibido”, lo cual resultaría descabellado si no se hubiese limitado como se hizo en los Comentarios introducidos en el MCOCDE 2014. Una crítica a la interpretación económica del beneficiario efectivo: VANN 2013: aptdo. 19.5.2.

- 191 Para las inversiones directas, el gravamen se encuentra limitado al 5% del importe bruto de los dividendos. Se considera que es inversión directa si el beneficiario efectivo es una sociedad (se excluye a las sociedades de personas *-partnerships-*) que posea directamente al menos el 25% del capital de la sociedad que paga los dividendos. En cuanto a los restantes dividendos el gravamen en la fuente se encuentra limitado al 15% del importe bruto. RUIZ GARCÍA 2004: p. 525. En la práctica convencional los porcentajes pueden variar, pero usualmente lo hacen de forma recíproca (reciprocidad nominal), aunque excepcionalmente no. P. ej., el CDI de España con Luxemburgo de 1987 contiene tasas del 5 y 10% para dividendos pagados por una sociedad de Luxemburgo, mientras que para los pagados por una sociedad española las tasas son del 10 o el 15%. De forma similar, el CDI entre España y Países Bajos de 1972. La distinción busca eliminar o, cuanto menos, atenuar los impuestos en cascada generados en la relación matriz-filial y facilitar las inversiones internacionales. Sin embargo, parece curioso que el método usado para reducir dicha doble imposición económica haya sido la restricción de la potestad impositiva del Estado de la fuente, cuando los propios comentarios reconocen que la consecución de tal objetivo “depende del régimen fiscal de los dividendos en el Estado de residencia de la sociedad matriz”, párr. 10 del art. 10 MCOCDE. El porcentaje de participación requerido también varía, por lo general para reducirse cuando se trata de economías en

derecho societario como un instrumento representativo del patrimonio, y por excepción, según el derecho tributario cuando los instrumentos de endeudamiento generen dividendos¹⁹². Las participaciones deben tener un mismo “poseedor” para que puedan cumplir el porcentaje establecido, puesto que el Modelo exige que se “posea directamente”. Cómo se observa, este vínculo podría ser leído de conformidad con el derecho privado y causar inconsistencias con las normas de atribución de la renta del Estado de la fuente¹⁹³. En todo caso, existen importantes variaciones a la regla de participación sustancial del artículo 10.2, como la admisión de tenencias indirectas¹⁹⁴, que reduce el riesgo de considerar que las participaciones de un receptor directo no se suman a las que mercantilmente posea el beneficiario efectivo; o como los derechos de voto¹⁹⁵, que exige entonces un mínimo de tales derechos políticos en la entidad y para lo cual la referencia al derecho mercantil resulta mucha más clara.

las que los porcentajes de participación para ejercer algún grado relevante de control suelen ser mucho menores. En efecto, el MCONU lo reduce al 10%.

192 Párr. 15 al art. 10 MCOEDE.

193 Aunque con el CDI Suiza-Estados Unidos de 1951, que tiene una redacción distinta del MCOEDE y habla de que el “socio” tenga los derechos de voto, el Tribunal Federal suizo ha entendido que la titularidad de la participación debe ser definida conforme al derecho mercantil. *Vid.* Suiza, Bundesgericht/Tribunal Fédéral, Sentencia de 16 de agosto de 1996. Caso 2A. 11/1994. Disponible en: Tax Research Platform, IBFD.

194 Algunos CDI admiten la participación indirecta. Por ejemplo, CDI España-Reino Unido 2013. El CDI entre España y Países Bajos de 1972 exige una participación del 50% pero permite incluso la reducción si el capital es poseído en un 25% por el receptor y otra sociedad residente en el mismo Estado del receptor posea también al menos un 25% del mismo capital. Es interesante que este último CDI, cuando los dividendos proceden del Estado citado en primer lugar, no exige la participación sustancial sino la condición de que el receptor neerlandés no esté sujeto al impuesto de sociedades en ese país “por los mismos dividendos”, “sin que sea necesaria la mayor o menor participación en el capital de la sociedad española”. *Vid.* España. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), Sentencia de 14 marzo 2013. JUR\2013\99855; Adenda VII al CDI España-Países Bajos. Orden del Ministerio de Hacienda de 31 de enero de 1975. La adenda indica textualmente: “No obstante las disposiciones del artículo 10, número 3, letra b), el impuesto español sobre los dividendos al que se refiere esta letra no excederá del 5 por 100 del importe bruto de los dividendos, si a la sociedad que los recibe no se le exige el impuesto de sociedades en los Países Bajos por los mismos dividendos”.

195 El criterio del capital es reemplazado en algunos convenios por el de “derechos de votos”, como ocurre en el MCEUA. Ahora bien, la participación exigida en el Modelo OCDE debe ser directa, aunque algunos CDI admiten la participación indirecta. Por ejemplo CDI España-Reino Unido 2013. El CDI entre España y Países Bajos de 1972 exige una participación del 50% pero permite incluso la reducción si el capital es poseído en un 25% por el receptor y otra sociedad residente en el mismo Estado del receptor posea también al menos un 25% del mismo capital.

El vínculo entre la participación y el sujeto del beneficio convencional es también muy tenue y formal en el Modelo, pues tal y como lo admiten los Comentarios, no exige que la participación se haya mantenido durante un tiempo previo al reparto, como sí ocurre en algunas legislaciones de los Estados miembro de esa organización. Si así se quisiera, se recomendaría incorporar una condición específica en el CDI, y en realidad muchos convenios exigen periodos de posesión del capital de seis meses o un año. En ausencia de dicha disposición no parece posible exigir un periodo mínimo para garantizar los beneficios del tratado¹⁹⁶.

Por otra parte, el artículo 10.2.a) del Modelo excluye a las *partnerships* de la posibilidad de ser beneficiarias de la imposición reducida por participación sustancial, lo que a nuestro juicio resulta ilógico, pues no se distingue entre entidades transparentes y opacas, como se hizo en los Comentarios al artículo 1.º MCOUDE incorporados tras el informe de 1999¹⁹⁷. Esa confusión aparece textualmente en el párr. 11 de los Comentarios al artículo 10 del Modelo, que parece exigir que las *partnerships* opacas solo puedan tener ese beneficio si se modifica la redacción del CDI. La finalidad de la exclusión es, en todo caso, evitar desimposiciones cuando no existe doble imposición económica sociedad-socio potencial, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia alemana¹⁹⁸, lo que llevaría a admitir a todo beneficiario efectivo opaco y a excluir a aquellos transparentes. Cabe mencionar que en la práctica convencional se observa también que algunos tipos específicos de receptores de dividendos son excluidos de la reducción por participación sustancial, como ocurre con las sociedades cotizadas de inver-

196 El párr. 16 de los Comentarios al art. 10 MCOUDE indica que aquellas maniobras consideradas abusivas del requisito de participación sustancial, como cuando se complementa su participación poco antes del momento del pago del dividendo, pueden no obtener el beneficio del apartado 2. El fundamento para esta afirmación no es claro, mucho menos cuando a renglón seguido se afirma que para contrarrestar tales maniobras los Estados pueden considerar oportuno incluir una norma antielusión específica. En esa línea: Italia, Corte Suprema di Cassazione, caso n.º 8266, Sentencia de 30 de julio de 1999. Disponible en Tax Research Platform, www.ibfd.org

197 *Cfr.* Comentarios al artículo 1.º MCOUDE respecto al ámbito subjetivo de aplicación de los convenios tributarios sobre la renta y el patrimonio.

198 Esta ha indicado que si la entidad receptora es transparente no procedería la imposición reducida por participación sustancial, en el entendido de que la norma tiene como objeto y finalidad eliminar la doble imposición económica, y no es probable que ocurra cuando el receptor es una entidad transparente. Alemania, Case 2 K 2100/03, 16 February 2006, Finanzgericht Köln (Tax Court of First Instance) CDI Alemania-Estados Unidos de 1989. Alemania, Case 2 K 4034/05, 20 April 2007, Court/Chamber: Finanzgericht Köln (Tax Court of First Instance), Disponible en Tax Research Platform www.ibfd.org

siones inmobiliarias –*real state investment company*– en el CDI entre España y Alemania de 2011, lo que se explica por el sistema de imposición de los beneficios de estas, que recae sobre los inversores en el momento de la distribución.

Los CDI pueden conceder una desgravación total en el Estado de la fuente cuando los dividendos son recibidos por ciertas entidades o sujetos que tienen una naturaleza especial. Por ejemplo, cuando el receptor de los dividendos es un fondo de pensiones y los dos Estados contratantes según sus normas internas declaran exentas las rentas generadas por los fondos de pensiones locales, la OCDE recomienda buscar una mayor neutralidad extendiendo la exención a los fondos de pensiones del otro Estado contratante mediante la cláusula sugerida en el párr. 69 de los Comentarios al artículo 18 MCOEDE¹⁹⁹. Además, cuando el beneficiario es el Estado o alguna entidad pública (personas jurídicas de derecho público, entidades locales, subdivisiones políticas, fondos soberanos, entidades íntegramente participadas), la OCDE sugiere “confirmar o aclarar” las exenciones o concederlas, según el caso, mediante la inclusión del párrafo adicional contenido en el párr. 13.2 al artículo 10 MCOEDE²⁰⁰.

199 Párr. 13.1 al art. 10 MCOEDE.

200 La confirmación o aclaración dependerá del entendimiento del principio de inmunidad en cada Estado. *Vid.* JANSSEN 2011: p. 205. En esa línea se puede subrayar el CDI entre España y Estados Unidos de 2013, que define en el art. 3.º los “fondos de pensiones” en España y los Estados Unidos, con objeto de indicar en el art. 10.4 que los dividendos percibidos por este tipo de entidades, cuando estén exentos o sujetos a impuestos a tipo cero como residentes del otro Estado y no procedan de una actividad económica desarrollada directa o por medio de empresa asociada por el fondo de pensiones, no serán gravables en la fuente. De igual manera el Convenio de España con el Reino Unido exime de gravamen en la fuente a aquellos dividendos cuyo receptor sea un plan de pensiones definido conforme al art. 3.º, que se lee: “La expresión ‘plan de pensiones’ significa: (i) en España: los planes o fondos de pensiones, mutualidades de previsión social y cualquier otra entidad constituida en España (aa) que gestionen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez; y (bb) cuyas aportaciones cuenten con beneficios fiscales, en forma de minoración de la base imponible en los impuestos personales; (ii) en el Reino Unido: los planes, fondos, fideicomisos u otros tipos de acuerdos formalizados en el Reino Unido que (aa) en términos generales estén exentos de imposición sobre sus rentas; y (bb) cuyo objeto principal sea el de gestionar o proporcionar pensiones o prestaciones por jubilación, o el de generar rentas en beneficio de uno o más de esos acuerdos”. Expresamente se incluyen dentro de la expresión “residente de un Estado contratante” a aquellos fondos constituidos en alguna de las dos jurisdicciones. En la misma línea, el tratado entre España y Suiza de 2013 indica que “los dividendos pagados a un fondo o plan de pensiones reconocido, residente en un Estado contratante, solo pueden someterse a imposición en ese Estado contratante”. El Protocolo aclaró la aplicación del art. 4.º, pues “en relación con el apartado 1 del artículo 4.º se entenderá que la expresión ‘residente de un Estado contratante’ comprende los fondos o

Ahora bien, Convenios como el hispano-británico permiten expresamente la aplicación de los beneficios del CDI a los “instrumentos de inversión” según las definiciones que se den²⁰¹, aunque los dividendos que reciban serán gravados a la tarifa máxima del 15% prevista en el CDI. El precepto indica que la imposición en origen no podrá exceder del “15 por ciento del importe bruto de los dividendos cuando estos se paguen con cargo a rentas (comprendidas las ganancias) derivadas directa o indirectamente de bienes inmuebles en el sentido del artículo 6.º mediante un instrumento de inversión que distribuya la mayor parte [*sic*] de sus rentas anualmente, y cuyas rentas procedentes de dichos bienes inmuebles estén exentas de imposición”.

La OCDE subraya que cuando el beneficiario de los dividendos procedentes de un Estado contratante es una sociedad *holding* residente en el otro Estado contratante cuyo capital pertenece a accionistas no residentes de este último Estado y que goza de un régimen tributario preferencial en la residencia, puede ser relevante preguntarse si los límites al Estado de la fuente deben aplicarse y si es del caso establecer reglas especiales para determinar el tratamiento tributario de tales sociedades²⁰². Como se observa, la OCDE no prejuzga si tales sociedades tienen o no derecho a los beneficios del CDI²⁰³.

planes de pensiones reconocidos, constituidos en ese Estado”. Al mismo tiempo se define la expresión “fondo o plan de pensiones reconocido” como “todo plan, fondo, mutualidad u otra institución constituida en un Estado contratante”. Dando coherencia a esta inclusión, el artículo 10 indica: “c) No obstante lo dispuesto en el subapartado a), los dividendos pagados a un fondo o plan de pensiones reconocido, residente en un Estado contratante, solo pueden someterse a imposición en ese Estado contratante”.

201 Entendidos según el Protocolo “Se entenderá que la expresión ‘instrumento de inversión’ significa: (i) en España, toda entidad regulada mediante la Ley 11/2009 de 26 de octubre por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario; (ii) En el Reino Unido, una entidad cotizada de inversión inmobiliaria, definida de acuerdo con la Parte 12 de la *Corporation Tax Act* (Ley del Impuesto sobre Sociedades) de 2010 y los fondos de inversión inmobiliaria estructurados como sociedades de inversión de capital variable (*Property authorised investment fund*) tal como se definen en la Parte 4A del Reglamento (Tributario) de los *Authorised Investment Funds* 2006 (SI 2006/964)”.

202 Párr. 22. al art. 10 MCOCE.

203 El Convenio entre España y Vietnam de 2006 acepta la aplicación del apartado segundo del artículo 10, si el beneficiario efectivo de los dividendos es una sociedad mencionada en los artículos 129 a 132 de la Ley española 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros), aclarando que “el impuesto establecido no excederá del 5 por ciento del importe bruto de los dividendos si esta sociedad posee directamente una participación de como mínimo el 50 por ciento del capital de la sociedad que pague los dividendos”.

Para terminar esta sección, debe mencionarse que un vínculo entre la participación y el receptor del dividendo deriva también del apartado cuarto del artículo 10 MCOEDE, que como bien se sabe, excluye la aplicación de los apartados primero y segundo del mismo artículo cuando el accionista o participe no residente realiza una actividad empresarial en el Estado de residencia de la sociedad que distribuye los dividendos, por medio de un EP situado allí, y la participación que genera los dividendos está *vinculada efectivamente* a dicho EP. En tal caso, resulta aplicable el artículo 7.º del MCOEDE sobre beneficios empresariales, y el Estado de la fuente no está obligado a limitar su potestad impositiva²⁰⁴. Es importante señalar que a partir de las modificaciones al MCOEDE 2010 el artículo 7.º será aplicable cuando el EP sea el *propietario económico* de la participación²⁰⁵.

3. SISTEMAS DE INTEGRACIÓN DE LA IMPOSICIÓN SOCIEDAD-SOCIO FRENTE A LAS LIMITACIONES DEL ART. 10.2 MCOEDE

El artículo 10 MCOEDE fue diseñado para funcionar con un sistema de imposición clásico de los dividendos²⁰⁶ e históricamente nunca prosperó al nivel del Modelo la idea de la reciprocidad efectiva, tal como se verá en el capítulo II. De esta forma, mientras que el artículo 7.º MCOEDE gobierna la imposición de la sociedad y con ello el primer nivel de imposición, el artículo 10 del Modelo se encarga de los dividendos que corresponden al segundo nivel de imposición²⁰⁷. Ello queda ratificado, además, en el párrafo final del apartado segundo al indicar que “no afecta a la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos”. Pues bien, en términos generales los sistemas de integración no siempre se acoplan bien a la estructura del Modelo, generando cuestiones de reciprocidad y neutralidad, ya que el sistema de tributación sociedad-socio adoptado impactará el alcance

204 Párr. 31 al art. 10 MCOEDE. El EP debe gestionar las participaciones y realmente llevar una actividad o negocio relacionada con las acciones. Párr. 32 al art. 10 MCOEDE.

205 Dicha norma no crea por tanto una regla de “fuerza de atracción” del EP, sino que requiere que las participaciones sociales formen parte de los activos del EP o de una u otra forma estén vinculadas efectivamente a él. Respecto de este concepto, *vid.* párr. 72-97, Parte I OECD 2010d; párr. 32.1 y 32.2 art. 10 MCOEDE. Si el EP desarrolla actividades de seguros, serán aplicables las pautas contenidas en la Parte IV, en particular los párrafos 165-170 en: OECD 2010d.

206 Párr. 63. al art. 10 MCOEDE.

207 VOGEL 1995: p. 1-3

que se dé a las limitaciones al Estado de la fuente previstas en los CDI o incluso a la definición de dividendos que se acuerde. Tal y como ha puesto de presente Ault, la pregunta es “¿qué debería pasar cuando el sistema de integración adoptado, en efecto, elimina la distinción entre beneficios de la sociedad y las rentas de la inversión del accionista?”²⁰⁸. El problema ha sido estudiado por la OCDE, pero sin llegar a conclusiones definitivas. El CAF ha indicado que las discusiones que suscitan los sistemas de integración han de resolverse de común acuerdo en la negociación de cada CDI y, en consecuencia, se ha abstenido de sentar principios generales. De ahí que los párr. 40 a 67 de los Comentarios al artículo 10 del MCOCDE sean primordialmente un reconocimiento de las distintas posturas y prácticas convencionales adoptadas por los Estados miembro, aunque en algunos puntos tienden a dar prioridad a los objetivos de neutralidad y no discriminación sobre los del reparto equitativo y recíproco de la potestad tributaria²⁰⁹. En efecto, en el año 1995 la IFA, junto con la OCDE, organizó un seminario para discutir la tributación de los dividendos de acuerdo con los sistemas de integración del impuesto de sociedades, y de la discusión se puede observar que el artículo 10 MCOCDE como regla de reparto de la potestad tributaria entre los Estados contratantes resulta muy vulnerable a los cambios del impuesto de sociedades. Por ejemplo, un aumento del gravamen de la entidad distribidora de dividendos de parte de uno de los Estados contratantes significará una pérdida de reciprocidad del artículo 10 del CDI, que

208 AULT 1992: p. 566.

209 Sobre la relación de los CDI y el sistema de doble tipo en el impuesto de sociedades o *split rate*: párr. 45-46, 60-61 al art. 10 MCOCDE; HARRIS 1996: p. 64-65; BARENFELD 2005: p. 102-103. La OCDE ha analizado si en los casos en que un Estado contratante tenga un sistema de doble tipo en el impuesto de sociedades valdría la pena cambiar las limitaciones previstas en el art. 10.2 del Modelo para el Estado de la fuente, en el sentido de permitir una mayor retención en el origen de los dividendos que compense la reducción de gravamen prevista para las utilidades de la sociedad que son distribuidas, pues algunos Estados miembro han considerado que debería establecerse un *balancing tax*, de forma que la fuente imponga un gravamen. A pesar de los referidos argumentos, el impuesto compensatorio no es adoptado por el CAF de la OCDE cuando el perceptor es una persona física. Una explicación detallada acerca de la pérdida de reciprocidad por la aplicación del art. 10 y 23 del MCOCDE frente a los varios sistemas de imposición sociedad-socio es descrita por DOENBERG 1995: p. 3-15. De acuerdo con el autor, obviamente la reciprocidad puede perderse cuando uno de los Estados aplica un sistema de integración y el otro un sistema clásico, pero también ello puede ocurrir cuando los dos Estados tienen sistemas de integración distintos o cuando teniendo sistemas clásicos, presenten diferencias en la determinación del aspecto cuantitativo de la sociedad o en las rentas que constituyen dividendos. Sobre la relación entre los sistemas de integración que operan en el ámbito del socio (imputación), *vid.* párr. 48-56 y 66 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE.

se supone fue negociado considerando la carga fiscal total del impuesto sobre los beneficios de la sociedad y sobre los dividendos de los socios. Así, dicha repartición está profundamente abierta a la legislación interna del Estado de residencia de la sociedad distribuidora²¹⁰. De ahí que Doenberg y Van Raad sugieran que la carga fiscal total sea dividida en proporciones. Por ejemplo, este último autor indica que si un Estado aumenta el IS, se vería requerido a disminuir la retención sobre los dividendos. Ello supondría entonces eliminar el paradigma consagrado en el apartado segundo del art. 10, según el cual las limitaciones al Estado de la fuente solo afecta al gravamen de los dividendos y no a la tributación de la sociedad²¹¹.

En un importante estudio realizado por Harris en el año 2010 se comprueba que en los países del G20 más España, Países Bajos y Polonia (G20+3) las limitaciones del art. 10.2 MCOEDE han perdido su relevancia, pues en el ámbito europeo la Directiva Matriz-Filial prohíbe cualquier retención en la fuente. En el Brasil, India, Suráfrica y el Reino Unido los dividendos como renta del accionista están exentos, mientras que en Australia solo se gravan cuando los beneficios no han sido completamente gravados. De forma particular en países como Argentina y México existen impuestos compensatorios como el recién mencionado de Australia, pero en los cuales el contribuyente es la entidad pagadora. En catorce países del grupo los límites del art. 10.2 pueden tener alguna relevancia, pero se aprecia que en algunos casos las retenciones establecidas por el derecho interno no superan el porcentaje máximo autorizado en el CDI²¹². En definitiva, es evidente que los Estados han pasado de entender que los dividendos son una renta independiente de los beneficios de la sociedad a considerar que económicamente se trata de una misma materia imponible. En ese sentido, han amoldado sus pretensiones impositivas para que se encuadren en una fiscalidad internacional construida sobre una diferenciación formal entre imposición sobre los beneficios y los dividendos.

B. LÍMITES AL ESTADO DE LA RESIDENCIA

Aunque puede llegar a considerarse innecesario, el art. 10.1 MCOEDE asigna el poder de gravar al Estado de residencia del perceptor del dividendo. Es evi-

210 BRACEWELL-MILNES 1995, p. 71-82.

211 VAN RAAD 1995: p. 45-58; DOENBERG 1995: p. 5-27.

212 HARRIS 2010: p. 582.

dente que dicha facultad va hasta donde lo prohíba el Convenio, por lo cual la ausencia del apartado primero, como ocurre en el tratado suscrito entre España y Bolivia, no implicaría la restricción de la potestad impositiva de la residencia²¹³. De todas formas, el apartado es relevante, puesto que exige que la entidad distribidora sea residente de un Estado contratante y realice un pago a un residente del otro Estado contratante, marcando así la exigencia de bilateralidad de la cláusula. Nótese que simplemente ha de concurrir la condición de residente en el beneficiario efectivo o receptor. La cuestión más discutida de este primer apartado es el significado de “pagados”, palabra utilizada para exigir la relación de bilateralidad y no para obstruir la aplicación del beneficio convencional. Bajo una interpretación estricta se exigiría entender el término según el derecho privado. Sin embargo, resultaría ilógico restringir la definición de dividendos y los conceptos de renta del derecho interno adoptados en los Convenios al mencionar a los impuestos comprendidos, a un término que tendría al menos dos significados: los del derecho privado de los Estados de la fuente y de la residencia. Metodológicamente resultaría también errado desembocar directamente en la legislación mercantil o la civil de los Estados sin analizar previamente el contexto, la posible existencia de un lenguaje fiscal internacional y el significado tributario en la legislación nacional²¹⁴.

En efecto, el término tiene un significado alejado del derecho privado, tal como lo indica el párr. 7 de los Comentarios al citado artículo 10, que entiende que no se requiere el pago en efectivo de la prestación, sino simplemente “poner los fondos a disposición del accionista en la forma prevista por el contrato o los usos”²¹⁵. Es más, buena parte de la doctrina coincide en que el término tiene un contenido incluso más amplio que el descrito, comprendiendo cualquier ventaja que se califique como dividendos bajo el artículo 10.3 MCOCDE, pues no tendría sentido restringir la definición²¹⁶. En nuestra opinión, el término “pagados” utilizado en el primer apartado del art. 10 ha de ser entendido en su sentido posible más amplio, pues su finalidad es limitar el ámbito subjetivo

213 RUIZ GARCÍA 2004: p. 525. El autor fundamenta la afirmación en K. VOGEL, *Doppelbesteuerungsabkommen. Kommentar. art. 10 Tz 28*. Esta idea es aceptada por la doctrina sin ambages, pues el artículo de eliminación de la doble imposición en la residencia admitiría que toda renta que pudiera ser gravada en la fuente podría ser gravada también en la residencia. *Vid.* HARRIS 2014: aptdo. 2.1.2.3.1

214 Sobre el dudoso significado del “paid to”, *vid.*: HARRIS 2014: aptdo. 2.1.2.2.2.

215 Así se posiciona la doctrina. RUIZ GARCÍA 2004: p. 578;

216 VOGEL 1997: párr. 22, art. 10; HATTINGH 2009: p. 521; HELMINEN 2010: p. 146.

de aplicación de la cláusula de dividendos, pero no su ámbito objetivo. Una interpretación sistemática del tratado exigiría que alcanzara a todos los ingresos que pudieran ser considerados como renta según los impuestos comprendidos en art. 2.º MCOEDE. Así, el Estado de la residencia del perceptor de los dividendos puede definir en qué momento gravar los dividendos para los efectos de la tributación en ese Estado, y no estaría limitado por el tratado ni por la calificación que ese término obtuviera en el Estado de la fuente. Por ejemplo, si en aplicación de la normativa de transparencia fiscal internacional una renta se atribuye a la entidad controlante, la renta será calificada como dividendos para efectos convencionales y se entenderá que, respecto al apartado 1, el Estado de la residencia del perceptor puede gravarla, a pesar de que el Estado de la fuente de los dividendos estime que no han sido “pagados” al no haber distribución²¹⁷. Nuestra conclusión se deriva de una interpretación muy amplia de los términos, coincide en su resultado con quienes sostienen que el término ha de atender a la *lex fori*²¹⁸, pero se aleja de la propuesta como regla general por el *Partnership Report* de 1999 y defendida por Danon²¹⁹.

El artículo 10 MCOEDE no se refiere a la forma en que el Estado de residencia deberá desgravar los dividendos, ya que en efecto es del art. 23 MCOEDE de donde se deriva la obligación de eliminar la doble imposición internacional causada. El Modelo recomienda alternativamente el método de la exención y el de crédito fiscal en los artículos 23A y 23B, respectivamente, y cabe señalar que el Modelo ONU adopta estas mismas soluciones, que en lo que hace a los dividendos conceden el crédito directo. El art. 23B del MCOEDE contiene un crédito fiscal aplicable de forma genérica para todas aquellas rentas que “de acuerdo con las disposiciones del [...] convenio, pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante [...]”. Ello no quiere decir que no se requiera calificar el elemento de renta como dividendos, pues si bien la disposición no se refiere a una categoría diferenciada, lo cierto es que para conceder el crédito

217 Sobre esta discusión en la doctrina alemana: LANG 2003: p. 56; en cuanto a los dividendos constructivos o distribuciones encubiertas de beneficios por medio de precios de transferencia se ha aceptado también ese significado amplio de la palabra “pagados”. Vid. TEIXEIRA 2009: p. 462; WATTEL & MARRES 2003: p. 70. Según este autor, las rentas presuntas, en principio, se califican como “otras rentas de acuerdo con el artículo 21 MCOEDE”. Sin embargo, los casos de distribuciones ocultas de dividendos no son rentas presuntas propiamente.

218 Interpretación que se encuentra en el trabajo de DANIELS 1991: p. 137-153.

219 DANON 2004b: p. 315 y 364. Subraya este autor que hay dos contextos en materia de los *trust*: el del derecho del *trust* y la legislación del Estado de la residencia, como lo propone el *Partnership Report* en la regla general, pero que se exceptúa al mencionar el ejemplo 18. OECD 1999.

se deberá analizar si el impuesto pagado en la fuente está de acuerdo con las disposiciones del Convenio, lo que supondría ver si la retención en la fuente ha sido correctamente limitada por el CDI y con ello, si se ha calificado fielmente la renta²²⁰. De esta forma se genera una falta de neutralidad en cuanto a los tipos de rentas sujetas a imposición compartida sin limitación en el Estado de la fuente, en especial con los beneficios empresariales obtenidos mediante un EP en el otro Estado, puesto que el crédito directo permitirá eliminar toda la imposición que este último haya tenido en la fuente por sus beneficios, mientras que en el caso de las filiales solo se aceptará un crédito equivalente al impuesto que recaiga sobre los dividendos.

En el caso del art. 23A resulta más evidente que se requiere calificar las rentas de acuerdo con los artículos 10 y 11 MCOCDE, pues el apartado segundo incluye una cláusula que pasa de la exención a un método de crédito ordinario cuando se trata de rendimientos con tributación limitada en la fuente²²¹. Así, en aquellos CDI que incorporen el art. 23A del MCOCDE, los beneficios atribuidos a un EP serán objeto de exención en el Estado de la residencia, mientras que los dividendos derivados de la participación en una filial recibirán un crédito. Lo propio podría decirse de las rentas no sujetas en la fuente de forma limitada, como algunas rentas laborales. Todo ello aumenta la importancia de la definición de dividendos, en la medida en que se crea un régimen fiscal dispar en el Estado de la residencia, que puede ser objeto de arbitraje fiscal o de conflictos en la calificación de rentas. Dado que es posible que el Estado de la fuente y el de la residencia apliquen de forma asimétrica el tratado, el apartado 4 del art. 23A contiene una cláusula que le permite a esta última jurisdicción no aplicar la exención cuando la fuente interpreta que el CDI la obliga a desgravar la renta mediante la exoneración o la aplicación de un gravamen limitado como el previsto en los artículos 10 y 11 MCOCDE²²².

Dadas las faltas de neutralidad que se crean entre los rendimientos obtenidos mediante un EP y una filial, en la práctica los Estados corrigen la doble imposición económica sociedad-socio en la residencia de la matriz, por medio de medidas internas o convencionales para eliminar la doble imposición internacional²²³.

220 Párr. 24, art. 23, MCOCDE.

221 Párr. 47 y 48, art. 23, MCOCDE.

222 Debe señalarse que la traducción del Modelo al español hecha por IEF del apartado 4 del art. 23A es errada, al referirse a la obligación de exención del art. 1.º y no al párr. 1 del artículo 23.

223 Un ejemplo de método convencional de eliminación de la doble imposición económica es el previsto por MCEUA, que junto al crédito fiscal ordinario otorga un crédito indirecto para los

En el Modelo OCDE solo se elimina la doble imposición jurídica y nada se prevé sobre la doble imposición económica sociedad-socio. Sin embargo, en los Comentarios se reconoce que el fenómeno de los impuestos en cascada de los dividendos puede afectar a las inversiones internacionales, por lo cual se proponen algunas soluciones, como el método de exención con progresividad, el crédito indirecto y la asimilación de los dividendos *inbound* a las rentas derivadas de una participación en una filial nacional (dividendos internos)²²⁴. De todas formas, no ha existido un acuerdo en la OCDE sobre si dichas medidas deben ser reguladas de forma libre por el derecho interno o si deben incorporarse a los CDI, ni sobre los límites y requisitos para la procedencia de ellas²²⁵. El proyecto BEPS en septiembre de 2014 incluso ha concluido que la exención de

dividendos cuando provengan de participaciones superiores al 10% de los derechos de voto (art. 23.2.b)) y sujeto a las condiciones previstas por el derecho interno. Así, el modelo del país norteamericano es más coherente en el tratamiento tributario de dos formas de operar en el exterior que son sucedáneas, el EP y las filiales. El país ibérico suele interesarse por eliminar la doble imposición económica internacional que soportan sus residentes por los dividendos recibidos –*inbound dividends*–, por lo cual, adopta métodos en los CDI que aplican como una obligación unilateral en algunos casos. Las más comunes son las cláusulas que junto al crédito ordinario permiten un crédito subyacente o indirecto o declaran exentos los dividendos bajo ciertos requisitos. En algunos CDI se requiere que se trate de dividendos intersocietarios, con una participación sustancial que varía, y en algunos casos se exige un tiempo mínimo de participación de forma similar al art. 10.2.a) del MCOCDE. Entre otros: España-Bolivia 1998; España-Estados Unidos 2013; España-Grecia 2002; España-Colombia 2008 de forma bilateral. Así mismo, los dividendos pagados por sociedades españolas –*outbound dividends*– en algunos CDI suscritos por este país cuentan con medidas para eliminar la doble imposición internacional, como ocurre con los que incorporan un crédito subyacente por el impuesto pagado por la sociedad cuando se trate de una participación intersocietaria sustancial (10%). España-Australia 1992; España-China 1992; España-Barbados 2011; España-Estados Unidos 2013; España-Estonia 2005; España-Georgia 2002; España-Jamaica 2009; España-Irlanda, con la exigencia de un 25% de participación sustancial. De forma similar, los CDI de España con Alemania 2012 y Finlandia de 1992 permiten un régimen de exención de los dividendos cuando haya una participación sustancial (*participation exemption*) directa del 10% del capital de la entidad distribuidora.

224 Los métodos de exención de dividendos y de crédito indirecto por lo general arrojan un resultado semejante en cuanto a la eliminación de la doble imposición, ya que suponen la adopción de un criterio de territorialidad en la medida en que el Estado de la residencia no gravará el remanente. Sin embargo, por una parte el método del crédito puede presentar dificultades para eliminar la doble imposición cuando hay conflictos de calificación de la renta, lo cual no necesariamente ocurre con el de exención. A la par, el método de exención puede causar fenómenos de doble no imposición, mientras que el de crédito soluciona muchos de esos casos. AVERY JONES 2012: p. 76.

225 Párr. 49-54, art. 23, MCOCDE.

carácter convencional puede dar lugar a transacciones híbridas que permitan la erosión de las bases imponibles, por lo cual considera que la solución más completa consiste en incluir en los CDI solo el método de crédito directo, y que la exención (u otros métodos) se regulen solo por el derecho interno²²⁶. En buena medida la afirmación hecha en los documentos del proyecto BEPS encuentra sentido en el problema de la existencia de diferentes conceptos de dividendos aplicables a métodos internos y convencionales que pueden resultar siendo aplicables de forma simultánea, tal como se expone a continuación.

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL MÉTODO INTERNO Y DEL MÉTODO CONVENCIONAL

Resulta fundamental distinguir cuando se está aplicando el método convencional y cuándo se utiliza el método interno, ya que, como se ha visto, las definiciones de dividendos en cada caso pueden ser distintas. Mientras que para los métodos convencionales el artículo equivalente al 10.3 del Modelo es aplicable, para los métodos internos opera la definición nacional y sobre la cual se plantea todo el problema de reconocimiento de hechos regidos por una ley extranjera al que hemos hecho referencia. Por tanto, antes de ver qué significa dividendos en los CDI, es importante preguntarse cuándo resulta relevante ese significado para el Estado de la residencia. En resumen, y anticipando la conclusión, lo será cuando interese completar el presupuesto de hecho del método convencional, cuestión que aunque parezca ser obvia, ha dado lugar a un debate crucial para delimitar el alcance del objeto de la definición convencional de dividendos y por ello de la delimitación del objeto de este libro²²⁷.

Así, primero se debe determinar si la medida es unilateral o convencional. El tratado no se aplica cuando el método está contenido en la legislación interna y el CDI no regula esa misma medida contra la doble imposición jurídica o económica, y por tanto, la definición del art. 10.3 MCOCDE no es la norma que dota de significado al término dividendos usado en el presupuesto de hecho del método. El Estado de la residencia interpretará cada uno de los elementos de acuerdo con su legislación²²⁸. Ahora bien, todo método contenido en el tra-

226 OECD 2014: párr. 140.

227 *Vid.* AVERY JONES *et al.* 1999: p. 103 y ss.

228 MACHANCOSES 2002: “[...] al observar la incidencia en la corrección unilateral por parte de España del fenómeno intersocietario, la calificación secundaria, en concreto la fase de interpre-

tado es convencional aunque luego se complete con requisitos previstos por la medida interna. Puede ocurrir que el Convenio remita directamente a los métodos previstos por la ley interna del Estado de la residencia del beneficiario, sin señalar ningún contenido propio²²⁹. En estos casos, el vínculo entre la definición prevista en el art. 10.3 del CDI respectivo y el método para eliminar la doble imposición parece lejano, puesto que se ha realizado una remisión total y en bloque sin marcar limitaciones convencionales. No obstante, podría argumentarse que el reparto del poder tributario se dio considerando el sistema de desgravación interno remitido y que el Convenio se sobrepone a este, modificando las definiciones internas y exigiendo el respeto de las convencionales. Un caso menos difícil se presenta con los CDI que remiten al derecho interno del Estado de residencia del beneficiario, señalando que los dividendos *inbound* deben recibir el mismo tratamiento tributario de los dividendos internos²³⁰. En nuestra opinión, este último tipo de medidas mantiene un vínculo con la definición convencional de dividendos, y la remisión debe ser calificada de parcial,

tación, no vendrá presidida por el art. 10.3 del MCOCDE a los efectos de la aplicación del 30 y 20 bis [eliminación de la doble imposición económica], aunque sí en la aplicación del artículo 29 LIS [eliminación de la doble imposición jurídica]”; p. 114.

- 229 España suele incluir estas remisiones a sus métodos internos, pero las más de las veces aparecen de forma alternativa a los métodos convencionales. Nos referimos en este punto solo a la parte del artículo de eliminación de la doble imposición que remite al derecho interno. España-Albania 2011; España-Alemania 2012; España-Arabia Saudí 2008; España-Argentina 2013; España-Armenia 2012; España-Barbados 2011; España-Chipre 2013; España-Colombia 2008; España-Costa Rica 2011; España-Croacia 2006; España-El Salvador 2009; España-Emiratos Árabes Unidos 2009; España-Georgia 2011; España-Hong Kong 2012; España-Jamaica 2009; España-Kazajistán 2011; España-Kuwait 2008; España-Nigeria 2009, aunque la alternativa se permite de forma bilateral; España-Nueva Zelanda 2006; España-Pakistán 2011; España-Panamá 2011; España-Reino Unido 20013; España-República Dominicana 2013; España-Serbia 2010; España-Suiza 2013; España-Trinidad y Tobago 2009; España-Uruguay 2011. El CDI entre Chile y España remite directamente a los métodos internos, al indicar que las “personas residentes en Chile que obtengan rentas que, de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio, puedan someterse a imposición en España, podrán acreditar contra los impuestos chilenos correspondientes a esas rentas los impuestos aplicados en España, de acuerdo con las disposiciones aplicables de la legislación chilena. Este párrafo se aplicará a todas las rentas tratadas en este Convenio”. De forma similar España-Chipre 2013.
- 230 Por ejemplo, el Convenio entre España y Canadá de 1981 señala que cuando “las rentas de una sociedad residente de España comprendan dividendos recibidos de una sociedad residente del Canadá, la primera sociedad tendrá derecho a efectuar una deducción idéntica a la que procedería si las dos sociedades fueran residentes de España”. De forma análoga: España-Rumania 1980; España-Suecia 1977; Suiza y España 2013.

al predicarse únicamente de la forma de desgravación y no de la determinación de las normas calificadoras o definitorias de los presupuestos de hecho.

También es posible que el método inicialmente convencional –por fijar ciertas características de la desgravación– contenga remisiones a la legislación del Estado de la residencia bajo redacciones tales como: “sin perjuicio de las disposiciones” del país que aplica el método²³¹, o “la doble imposición se evitará, de acuerdo con las disposiciones aplicables contenidas en la legislación” de un Estado, sin aclarar²³², o aclarando, que ello siempre que no se “afecte los principios generales” del método convencional²³³. No obstante, estas frases

231 CDI España-Japón 1974: “De acuerdo con lo dispuesto en las leyes japonesas relativas a la imputación en el Japón de impuestos pagados en otro país distinto del Japón, el impuesto español debido por razón de las rentas obtenidas en España se deducirá del impuesto japonés correspondiente a tales rentas. Cuando tales rentas sean dividendos pagados por una sociedad residente de España a una sociedad residente del Japón que posea, al menos, el 25 por 100, ya sea de las acciones con derecho a voto, ya sea del total de las acciones emitidas por la sociedad que paga los dividendos, se tendrá en cuenta para hacerle la imputación el impuesto español debido por las rentas de la sociedad primeramente mencionada”. Otros CDI similares: España-Singapur 2012; España-Suecia 1977; España-Portugal 1995. España-Malasia 2008 solo se refiere a los dividendos e indica: “Con sujeción a la legislación de Malasia relativa a la posibilidad de deducir [...]”. El CDI entre España y Albania de 2011, al establecer que si un residente español es gravado en Albania de acuerdo con “las disposiciones del CDI”, España permitirá la deducción del IS “efectivamente pagado por la sociedad que reparte los dividendos, correspondiente a los beneficios con cargo a los cuales dichos dividendos se pagan, de acuerdo con la legislación interna de España”. España-Albania 2011; España-Alemania 2008; España-Arabia Saudí 2008; España-Argentina 1994 y 2013; España-Armenia 2012; España-Barbados 2011; España-Bosnia Herzegovina 2010; España-Corea 1994; España-Emiratos Árabes Unidos 2007; España-Georgia 2011; España-Irán 2006. La misma idea resulta aplicable a los CDI de España con Colombia, Costa Rica y Nigeria de 2008, 2011 y 2009, respectivamente, aunque estos incluyan la regla de forma bilateral que indica textualmente que “la deducción o descuento del impuesto sobre sociedades efectivamente pagado por la sociedad que reparte los dividendos correspondiente a los beneficios con cargo a los cuales dichos dividendos se pagan, de acuerdo con su legislación interna”. Otros CDI incorporan el condicionante de forma genérica a todos los apartados referentes a España, como los Convenios de España con Eslovenia de 2002 y Estonia 2005, que señalan que “con arreglo a las disposiciones, y sin perjuicio de las limitaciones impuestas por la legislación española”.

232 España-Israel 2001.

233 Por ejemplo: “Las disposiciones contenidas en el derecho de Jamaica relativas a la posibilidad de deducir del impuesto jamaicano los impuestos pagados en España 15 (sin que afecte a sus principios generales) [...]”. Otros ejemplos: España-México 1994; España-Portugal 1995; España-Trinidad y Tobago 2009; España-Reino Unido 2013: “De conformidad con las disposiciones contenidas en la legislación del Reino Unido relativas a la posibilidad de deducir del impuesto británico los impuestos debidos en un territorio fuera del Reino Unido o, cuando

no pueden leerse de forma selectiva, porque suelen aparecer junto a otras que suponen límites convencionales, como lo son: “con arreglo a las disposiciones del presente Convenio” o sin afectar “al principio general contenido en este apartado”²³⁴.

Un ejemplo que nos permite ver las remisiones y las limitaciones convencionales se aprecia en el art. 23 del CDI entre España y Albania 2011, que contiene la siguiente redacción:

En España, *LA DOBLE IMPOSICIÓN SE EVITARÁ BIEN DE CONFORMIDAD CON LAS DISPOSICIONES DE SU LEGISLACIÓN INTERNA* o de acuerdo con las siguientes disposiciones, *de conformidad con la legislación interna española*:

a) Cuando un residente de España obtenga rentas que, *con arreglo a las disposiciones del presente Convenio*, puedan someterse a imposición en Albania, España permitirá:

i) la deducción del impuesto sobre la renta de ese residente por un importe igual al impuesto sobre la renta pagado en Albania;

ii) la deducción del impuesto sobre sociedades efectivamente pagado por la sociedad que reparte los dividendos, correspondiente a los beneficios con cargo a los cuales dichos dividendos se pagan, de acuerdo con la legislación interna de España.

Sin embargo, dicha deducción no podrá exceder de la parte del impuesto sobre la renta, calculado antes de la deducción, correspondiente a la renta que pueda someterse a imposición en Albania.

b) Cuando con arreglo a cualquier disposición del presente Convenio las rentas obtenidas por un residente de España estén exentas de impuestos en España, España podrá, no obstante, tomar en consideración las rentas exentas para calcular el impuesto sobre el resto de las rentas de ese residente. [Bastardilla fuera de texto].

La parte de bastardilla versalita contiene la aceptación expresa de los métodos internos de eliminación de la doble imposición internacional previstos por la ley interna española, y opera de forma alternativa a los demás métodos que

corresponda, relativas a la exención del impuesto británico de un dividendo o de los beneficios de un establecimiento permanente procedentes de un territorio fuera del Reino Unido (sin que afecte los principios generales de este artículo)”.

234 España-Israel de 2001. La misma idea en España-Noruega 2001 y España-Rusia 2000.

se incorporen en el tratado. Esta práctica del Estado ibérico es muy frecuente en los CDI suscritos en el nuevo milenio. Como regla general, esto no implica ninguna novedad, ya que la medida bilateral opera solo en los casos en que la norma interna no soluciona la doble imposición. El Estado de residencia al aplicar la medida unilateral realiza una *calificación primaria* que comprende una fase de interpretación en la que se establece la norma o fuente calificadora, lo cual requiere interpretar los términos, y una fase de calificación que es la subsunción del hecho en la categoría jurídica. Cuando la doble imposición no es atenuada y resulta de aplicación un CDI, el Estado de residencia debe realizar una *calificación secundaria* que comprende las mismas fases, de forma que también hay que fijar una norma o fuente calificadora, que en el caso de los dividendos es el art. 10.3 del CDI²³⁵. Por lo general, las consecuencias jurídicas asignadas a la calificación secundaria tienen una aplicación preferente sobre la primaria, de manera que el tratado limitará al método interno en lo que lo contradiga. En definitiva, el significado de dividendos interno, sin perjuicio de las dudas que hemos señalado, operaría para el método local, al constituir una remisión total. Por su parte, el significado del art. 10.3 del CDI aplicaría para los métodos convencionales cuando, dentro de su alcance, se buscara atenuar la sobreimposición no resuelta.

En cuanto al método convencional, es notorio que mientras que las partes en bastardilla implican una remisión al derecho interno, la bastardilla del literal a) (“*con arreglo a las disposiciones del presente Convenio*”) supone límites convencionales. Esa redacción tampoco supone grandes diferencias con el MCOCDE, puesto que los CDI no regulan al detalle el método y solo imponen límites, de manera que la legislación interna, que sí suele hacerlo, simplemente se restringe para no contradecir el tratado cuando sea aplicable. En otras palabras: el método interno complementa al convencional. Por ello, puede parecer redundante la afirmación que se hace en algunos convenios de que el derecho interno aplica siempre que no se “contradigan los principios generales establecidos en” la norma de eliminación de la doble imposición del tratado (art. 23, MCOCDE o equivalente).

La parte de bastardilla del literal a) del artículo citado se refiere textualmente al método convencional, y debe tenerse en cuenta que la única forma de determinar si la imposición se dio de acuerdo con el CDI es calificando la renta,

235 Sobre esto, *vid.* MACHANCOSES 2002. Las ideas de esta autora en el citado trabajo se resumen en MACHANCOSES 2012: p. 813-827.

para lo cual, el art. 10.3 MC resulta ser la norma que contiene la definición de dividendos y el art. 3.1 MC, de sociedad. Así, la remisión a la legislación del Estado de residencia para aplicar el método para eliminar la doble imposición no es extensible a las definiciones de los términos “dividendos” y “sociedad” utilizados en el tratado. Las remisiones a la legislación del Estado de la residencia, como lo ha puesto de presente MACHANCOSES, “se realizan a los meros efectos técnicos de corrección... [y] no constituyen una regla de interpretación específica sobre los dividendos, de aplicación preferente al artículo 10 del CDI [...]”. Lo contrario significaría que la doble imposición que pretende eliminar el CDI podría no ser corregida si los Estados utilizaran distintas normas calificatorias (*i. e.*, el Estado de la fuente el art. 10.3 y el de la residencia su legislación interna), lo que implicaría aceptar que “los efectos sean los mismos que la ausencia de CDI”²³⁶.

2. EL ART. 10.3 MCOEDE Y EL MÉTODO BILATERAL

Visto que la norma que define dividendos en la calificación secundaria es de carácter convencional –al contenerse en el artículo 10.3 MCOEDE–, deben analizarse algunos supuestos en los que podría ser dudoso. Cuando el artículo de eliminación de la doble imposición, como el 23A MCOEDE, hace referencia expresamente a las “rentas que de acuerdo con las disposiciones de los artículos 10 y 11, pueden someterse a imposición” en el Estado de la fuente, es evidente que la definición convencional es determinante, pues para que dichas rentas recibiesen la imposición conforme al artículo 10 debieron haber sido calificadas como dividendos. Incluso, cuando el método es genérico a todas las rentas como sucede con el art. 23B MCOEDE, es común que en su redacción señale que “cuando un residente de un Estado contratante obtenga rentas [...] que, de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio, pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante [...]”. Según este último texto es posible usar el mismo argumento y llegar a la misma conclusión de que la norma de calificación de los dividendos es el art. 10.3, tanto para el Estado de la fuente como para el de la residencia²³⁷.

De este modo, en aquellos casos en que la norma de eliminación de la doble imposición se refiera a los elementos de renta por remisión al precepto

236 MACHANCOSES 2002: p. 138-141.

237 La misma conclusión en: MACHANCOSES 2002: p. 138 y ss.

del Convenio²³⁸, incluso si se incorpora además la descripción, los conceptos internos de dividendos no son una norma aplicable para definir los términos y resultará violatorio del CDI (*treaty override*) que el Estado de la residencia los use²³⁹. Eso será incluso más claro cuando los CDI expresamente designan la norma calificadora de la palabra *dividendos*, como el CDI entre España y Bélgica de 2003, que señala que los “dividendos” para aplicar el método para eliminar la doble imposición deben entenderse de acuerdo con la definición del

238 Se refieren a las rentas gravadas de conformidad con el CDI, determinando la norma de distribución del tratado por el artículo, pero remiten al derecho interno. Por ejemplo: España y Filipinas de 1994; España y México 1994; España y República Checa 1981; España-Finlandia 1968; España-Hungría 1987; España-Francia 1977; España-Japón 1974; España-Países Bajos 1972; España-Polonia 1982; España con Turquía 2004, que contiene el crédito subyacente con la referencia genérica a “los dividendos” e incluye la remisión a la legislación interna de la residencia, y al tiempo establece una exención que opera en ciertas condiciones y se refiere a los dividendos tratados en los apartados 2 y 4 del artículo 10. Así por ejemplo, el de España con Luxemburgo indica que cuando “un residente de Luxemburgo obtenga rentas que, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 10, 11 y 12 pueden someterse a imposición en España, Luxemburgo deducirá del impuesto sobre las rentas de este residente una cantidad igual al impuesto pagado en España”. Esta última regla se encuentra en otros CDI como España-Marruecos 1985; de forma similar España-Países Bajos 1972 y España-Polonia 1982. Esta relación entre los artículos se hace más clara en el CDI entre España y Austria de 1995, que indica que los “dividendos, a los que hace referencia el párrafo 2, subapartado (a) del artículo 10, pagados por una sociedad residente de España a una sociedad residente de Austria estarán, de conformidad con las disposiciones aplicables contenidas en la legislación austriaca, exentos del impuesto austriaco”. Se observa cómo se hace un vínculo entre los dividendos derivados de una inversión directa o participación sustancial según se entiende en el art. 10.2.a) con el otorgamiento de la exención, lo cual no es usual. El CDI entre España y Bélgica con una idea similar al austriaco indica que “c) Los dividendos de acuerdo con el artículo 10 párrafo 3, que una sociedad residente de Bélgica reciba de una sociedad residente de España, y que están sometidos en España al régimen previsto en el artículo 10, párrafo 2, están exentos del impuesto de sociedades en Bélgica, en las condiciones y límites previstas por la legislación belga”. Del mismo modo, aquellos CDI con cláusulas de *tax sparing* suelen también hacer un *link* entre la calificación de la renta de acuerdo con el art. 10 y la procedencia de la deducción presunta en la cuota, p. ej. España-Cuba 2001: “4. Cuando un residente de España obtenga rentas de las mencionadas en los artículos 7, 10, 11 y 12 del presente Convenio que, de acuerdo con las disposiciones del mismo puedan someterse a imposición en Cuba, España permitirá la deducción de la cuota del impuesto, como crédito fiscal, del importe que hubiera debido pagarse en Cuba por un impuesto similar en igual periodo fiscal de no haberse concedido exenciones, bonificaciones, deducciones u otras modalidades de desgravación o reducción por un tiempo determinado conforme a la legislación cubana vigente en materia fiscal para la promoción de las inversiones extranjeras y con fines de desarrollo económico”.

239 AVERY JONES *et al.* 1996: p. 126-136.

art. 10.3²⁴⁰. Ello no quiere decir que el Estado de la residencia no pueda disentir de la calificación de la renta hecha por el Estado de la fuente, en la medida en que se soporte en el art. 10.3 MCOEDE y no en su norma interna. Podrá alegar entonces que el Estado de la fuente ha interpretado de forma errónea dicho artículo, pues por ejemplo se ha desconocido el significado autónomo de *dividendos*, o incluso porque encuentre un error en la comparación entre el régimen de las acciones y los CDI²⁴¹.

Es interesante subrayar que la mayoría de los Estados establecen el crédito fiscal como método interno para eliminar la doble imposición jurídica, salvo casos como Francia, Países Bajos, Rusia y Arabia Saudita, donde no se prevé, o Brasil, donde se limita a que haya reciprocidad²⁴². En aquellos países que ya prevén la medida interna, el art. 23 de los CDI no tiene un mayor protagonismo, lo que no quiere decir que los tratados sean irrelevantes, como lo ha dicho algún autor²⁴³. El CDI puede suponer restricciones en torno a los conceptos utilizados para eliminar la doble imposición, ya que si un mismo método es previsto

240 “b) Cuando se trate de dividendos de acuerdo con el artículo 10, párrafo 3, pagados por una sociedad residente de Bélgica a una sociedad residente de España y que se detente [*sic*] una participación directa de, al menos, el 25 por 100 del capital de la sociedad que paga los dividendos, España permitirá, además de la deducción prevista en el apartado a) anterior, la deducción, con las condiciones y límites previstos por su legislación interna, de la parte del impuesto pagado efectivamente por la sociedad pagadora que corresponda a los beneficios con cargo a los que se pagan los dividendos”.

241 AVERY JONES (1996, p. 135) llega a una conclusión parcialmente similar al afirmar “If the question whether something is income which, in accordance with the provisions of article y, may be taxed in the other Contracting State is not one which requires the residence state to apply Article 3(2), it is reasonably clear that on the ordinary meaning of the words of the treaty the residence state should not apply its own meaning of income of type z but rather should accept the source state’s decision for the sole purpose of giving credit so long as the source state’s characterization is otherwise in accordance with the treaty, for example that its thin capitalization rule conforms to the arm’s length principle”. Aunque concordamos con el citado autor en que el Estado de la residencia no debe atender a su concepto interno, en nuestra opinión no existe una norma que obligue a aceptar la decisión del Estado de la fuente. Así lo hemos puesto de presente en oportunidades anteriores, señalando que el art. 3.2 MCOEDE exige que los conceptos con categoría del tratado se interpreten de manera autónoma y, a menos que no se definan en los tratados, pueden completarse con la legislación interna de uno solo de los Estados contratantes, del que aplica en primer lugar, de manera que el otro Estado no podrá alegar su propia definición. *Vid.* con la bibliografía ahí citada: CASTRO 2012.

242 HARRIS 2010: p. 583.

243 Se ha afirmado que los CDI son irrelevantes cuando los países tienen el crédito fiscal como método interno. Considerando que la mayoría de los países prevén dicha medida unilateral, los CDI serían irrelevantes por regla general. *Vid.* HARRIS 2010: p. 583.

por la ley interna y por el tratado, los conceptos de este han de prevalecer para eliminar la doble imposición²⁴⁴. Por el contrario, en los países que no contienen dicha medida unilateral, el método previsto en el CDI resulta claramente relevante y sus definiciones también.

Si el artículo de eliminación de la doble imposición se refiere de forma genérica a los “dividendos”, sin hacer mención al artículo 10 ni señalar la norma que define la renta²⁴⁵, podría entenderse erróneamente que el término debiera ser interpretado conforme a la legislación del Estado de la residencia, por no ser definido en el tratado y por ser aplicado por esa misma jurisdicción, tal como parece derivarse del el art. 3.2 del Modelo²⁴⁶. Incluso, podría indicarse que el método para eliminar la doble imposición económica convencional requiere definir dividendos conforme a la ley del Estado de la residencia porque el vínculo lógico entre la retención en la fuente limitada por el CDI y el crédito directo es mucho más claro que el que pueda existir entre los impuestos de la sociedad pagados en un Estado y el crédito indirecto que otorgue el otro²⁴⁷.

La mera mención de la palabra “dividendos” en el método sin referir al artículo respectivo del tratado no es común en el ámbito internacional, pero suele aparecer en convenios que contienen algún método para eliminar la doble imposición económica²⁴⁸. Es precisamente respecto de estos tratados donde se presenta la mayor controversia en torno a si dicho concepto debe ser definido de acuerdo con el art. 10.3 o con la legislación del Estado de residencia. El International Tax Group afirmó en 1996:

En el caso de referencias a una categoría de renta por medio de la descripción del tipo [*i. e.*, dividendos], parece que, en general, el Estado de residencia debería usar su propio significado. Habrá excepciones como los tres ejemplos de los Co-

244 MACHANCOSES 2002: p. 114.

245 España-Japón 1974; España-Israel 2001; España-México 1994; España-Portugal 1995; España-Reino Unido 2013; España-Trinidad y Tobago 2009.

246 Argumentando esa idea: AVERY JONES *et al.*: p. 125.

247 Dudas que se plasman en afirmaciones como: “Our conclusion was that the definition in the dividend article did not apply to underlying credit provisions and other similar provision”, hecha por AVERY JONES *et al.* 1999: p. 103, en referencia a AVERY JONES *et al.* 1996: p. 145. Sin embargo, en este último trabajo no dice precisamente lo mismo, y en las conclusiones sugiere que todo depende de que el método sea bilateral o interno, y respecto del primero habrá que atender si la renta se especifica indicando el artículo, el artículo y la descripción o la mera descripción.

248 AVERY JONES *et al.* 1996: p. 136 y ss., nota 181.

mentarios tomados del Informe de Subcapitalización, donde el contexto sugiere una interpretación diferente. Una excepción adicional es el caso de los ejemplos alemanes en el apartado IV.C.1., en los cuales la imposición en el Estado de la fuente debe estar de acuerdo con el Convenio, como quiera que el contexto enfáticamente indica o requiere que la caracterización del Estado de residencia no sea usada²⁴⁹.

Esta misma idea es repetida por los autores en 1999 de acuerdo con el caso *Memec vs. IRC*²⁵⁰. El fundamento de tal conclusión se encuentra en el artículo 3.2 MCOEDE. Así, teniendo en cuenta que los dividendos son enunciados por el artículo de eliminación de la doble imposición previsto en el tratado y considerando que es el Estado de residencia el que aplica dicha norma, debe usarse el concepto de dividendo previsto por la legislación interna de dicha jurisdicción. Debe subrayarse que este argumento se condiciona por los autores a que el contexto no sugiera lo contrario, aunque parecen ser demasiado restrictivos respecto de los casos en que pueda existir.

No obstante, a nuestro juicio los CDI deben interpretarse de manera autónoma, y solo por excepción es posible remitirse a una de las legislaciones internas. Así, toda vez que un CDI utilice un término y no lo precise expresamente en las definiciones generales del tratado (art. 3.º a 5.º) o en las definiciones especiales (art. 10.3), habrá que revisar el contexto para buscar un significado autónomo. Los dividendos se definen en el propio CDI, de manera que no es necesario ni ir al contexto ni remitirse al derecho interno para darle significado a dicho término cuando es utilizado en artículos del CDI distintos del 10, en especial cuando se trate del método de eliminación de la doble imposición, que como bien se sabe, es la forma de completar el reparto de la potestad tributaria iniciado en el art. 10.1 MCOEDE. Por ello el contexto del art. 23 de los CDI exige atenerse al reparto de rentas hecho conceptualmente por medio de las definiciones convencionales.

Las conclusiones del citado grupo de autores no parecen adecuarse a una correcta interpretación de los Tratados, puesto que toda vez que el CDI prevea la eliminación o atenuación de la doble imposición económica o jurídica, se tratará de una medida bilateral que funciona limitando los derechos internos y que incluyen las normas definitorias de las rentas (*i. e.*, art. 10.3 MCOEDE)²⁵¹.

249 AVERY JONES *et al.* 1996: p. 140.

250 AVERY JONES *et al.* 1999: p. 106-107.

251 MACHANCOSES 2002. La autora a lo largo de su obra clasifica los CDI entre los que tienen una tributación compartida como los que se fundamentan en el MCOEDE y el MCONU y los que

Además, cuando se elimina la doble imposición económica en el Convenio, el reparto del poder tributario comprende los beneficios de la entidad distribuidora y las rentas de sus socios. Dicho reparto solo pudo hacerse sobre la base de un entendimiento común de los términos *sociedad* y *dividendos*, que se presume será el incorporado en los artículos 3.1 y 10.3 del tratado respectivo, salvo que expresamente se haya remitido a los conceptos del Estado de la residencia. Eso es más claro aún en otros CDI que mantienen una mayor autonomía del método de eliminación de la doble imposición²⁵². Además, los métodos convencionales proceden cuando “de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio” las rentas puedan someterse a imposición en el otro Estado. Como hemos dicho, esa frase requiere calificar la renta, con lo que el art. 10.3 MC resulta ser la norma que contiene la definición de dividendos, y el art. 3.1 MC, la de sociedad²⁵³.

En el caso *Memec PLC vs. Inland Revenue Commissioner (IRC)*²⁵⁴ se plantea, entre otros problemas que analizaremos posteriormente, la cuestión de si la definición de la palabra *dividendos* contenida en el art. VI (4) (norma de reparto concerniente a los dividendos), que expresamente comprende los pagos hechos por una *silent partnership* a sus partícipes, debe servir para definir la palabra *dividendos* a la que hace mención el art. XVIII cuando fija el método para eliminar la doble imposición económica. La cuestión se presentaba porque la Administración Tributaria (el IRC) esgrimió que el texto de la definición de dividendos solo se aplicaba respecto del art. XI al señalar, de forma semejante al MCOUDE, que el término dividendos “as used in this Article” tenía ese signi-

suponen una tributación exclusiva en la fuente, pues la residencia debe aplicar medidas para eliminar la doble imposición económica. Esta clasificación no parece apropiada, porque desde el punto teórico siempre es posible que el Estado de la residencia del perceptor de los dividendos grave la renta a pesar de conceder la desgravación de la doble imposición económica y jurídica. Por ejemplo, cuando el tipo impositivo en la residencia supera el aplicado a los beneficios y a los dividendos, o cuando se prevé la exención con progresividad. Por ello parece más apropiado distinguir aquellos CDI que contienen medidas para eliminar la doble imposición económica de los que no.

252 España-Australia 1992, respecto de España. Este tratado no hace ninguna restricción expresa a que se ajuste a las limitaciones de la ley interna y se refiere genéricamente a los dividendos sin determinar el artículo. En igual sentido, pero respecto de ambos Estados contratantes, el CDI de España y Brasil que contiene un método de exención por los dividendos obtenidos en el otro Estado.

253 MACHANCOSES 2002: p. 138-141.

254 Reino Unido, *Memec Plc v Inland Revenue, Court of Appeal-Civil Division*, junio 9, 1998, [1998] EWCA Civ 941, STC, 1336, 1996. VLEX GLOBAL.

ficado. Además, porque de acuerdo con el art. III (3) (equivalente al 3.2 MCOEDE), la definición interna de dividendos resultaba aplicable según el contexto.

Memec PLC, por su parte, argumentó que en el derecho interno inglés no existía una definición clara de dividendos y que la definición prevista en la norma de reparto era contexto para aplicar el artículo de eliminación de la doble imposición. El juez de primera instancia entendió que si el propósito de los CDI era eliminar la doble imposición internacional, debería haber simetría entre las normas de reparto y las de eliminación de la doble imposición. Por su parte, la Corte de Apelaciones indicó que si dicha correspondencia hubiera sido querida por las partes, la definición de dividendos aparecería en las definiciones generales del tratado. Además, argumenta que el Protocolo de 1970 al tratado entre Alemania y el Reino Unido modificó la definición de dividendos al tiempo que sustituyó el método para eliminar la doble imposición, lo cual haría patente que los redactores tenían en cuenta la existencia de dicha definición y no quisieron que el método se refiriera expresamente a ella, por lo cual la intención sería la aplicación del art. II.3 (equivalente al 3.2 MCOEDE) y por esa vía del derecho interno inglés²⁵⁵.

Así las cosas, el alcance de la frase “en el sentido de este artículo/as used in this article/employé dans le present article/Der in diesem Artikel” utilizada por el art. 10.3 MCOEDE al definir dividendos, según la Sentencia del caso Memec, confina la definición a los límites impuestos por el tratado al Estado de la fuente, al menos en los casos en que el artículo 23 hace referencia solo a los dividendos, sin indicar el respectivo artículo convencional²⁵⁶. En nuestra opinión, este argumento no es coherente ni convincente por las siguientes razones:

– En primer lugar, la norma no está indicando que “solo” o “únicamente” se definen dividendos para el Estado de la fuente, sino, por el contrario, quiere significar que el reparto hecho por los apartados primero y segundo del artículo 10 parte de la base de una definición común. Considerando que el reparto de la potestad tributaria se fundamenta en definiciones y que el CDI tiene como objeto precisamente dicha potestad, no puede condenarse al apartado tercero

255 Textualmente se indicó: “It is far from obvious that the UK would have wanted or intended, or that Germany would have insisted, that the share of profits of a German silent partnership should be treated as a dividend for UK tax purposes”. AKIN (s/a): p. 4-6.

256 La discusión potenciada por la interpretación literal aplicada en el caso Memec en el Reino Unido, según la cual dicha frase significa conminar la definición del art. 10.3 a dicho artículo, es criticada por MACHANCOSES 2002, p. 154 y ss. y AVERY JONES *et al.* 1999, p. 108.

del artículo 10 a los límites que se predicen del Estado de la fuente, pues el reparto se hace respecto de los dos Estados contratantes con obligaciones para cada uno de ellos.

– En segundo lugar, siguiendo la literalidad del artículo 10, que incluye al apartado primero, la imposición en la residencia se regula y, como vimos, abre un puente con el artículo de eliminación de la doble imposición. Ello se comprueba en la historia de los trabajos del WP12, que en la “Aide-Memoire” –donde ya aparece la frase “en el sentido de este artículo”– el artículo de dividendos contenía una referencia expresa a la medida para evitar la doble imposición convencional que luego fue trasladada al hoy artículo 23²⁵⁷. De tal forma, históricamente es posible justificar que la definición de dividendos fue diseñada para afectar tanto a la imposición en la fuente como a la residencia, siempre que el CDI resultara de aplicación.

– En tercer lugar, en algunos CDI la reducción de la retención en la fuente prevista en el art. 10.2 para inversiones directas suele redactarse de forma simétrica con el artículo de eliminación de la doble imposición económica al requerirse los mismos porcentajes, marcando un vínculo que denota la unicidad de conceptos adaptados para la distribución de la potestad tributaria y la eliminación de la doble imposición. En efecto, en el caso Memec el juzgador olvida reconocer que tanto el artículo equivalente al 10.2.a) como el que contiene el crédito indirecto se refieren al 30% de participación²⁵⁸.

Desde el punto de vista de política fiscal, es deseable la simetría en la calificación de las rentas. El International Tax Group señala que la reducción de la retención en la fuente sobre los dividendos provenientes de inversiones directas y la exención o crédito indirecto en la residencia se aplique en las mismas circunstancias con el objeto de eliminar la diferencia de tratamiento entre operar por medio de una filial y de un EP. Según esta idea, el uso de la definición del art. 10.3 en ambos casos parece justificarse, aunque los autores, como ya lo dijimos, concluyen que jurídicamente lo procedente es acudir al Estado de la residencia²⁵⁹. En nuestra opinión, este argumento de política fiscal da soporte a la idea de que cuando los Estados pactan una norma de eliminación de la doble

257 El proyecto señaló: “(3) The Contracting State of which the recipient of the dividends is a resident shall, in the manner prescribed by the Article concerning the methods of avoiding double taxation, take into account the tax levied in accordance with paragraph (2) in the State of which the company paying the dividends is a resident”. FC/WP12(60)2 (30/4/1960) 3).

258 Este argumento es usado por AVERY JONES *et al.* 1999: p. 105.

259 AVERY JONES *et al.* 1999: p. 105.

imposición económica refiriéndose a los dividendos sin indicar el artículo del tratado, implícitamente se están apoyando en los conceptos comunes que ya se han construido en las normas de reparto, a menos que expresamente digan lo contrario.

– Finalmente, International Tax Group pretende argumentar que el Comentario 54 al art. 23 MCOEDE y el Informe de Subcapitalización de 1987 dan sustento a la idea de que el art. 10.3 no aplica para definir dividendos en aquellos casos en que el CDI prevé un crédito indirecto sin mencionar el número de artículo²⁶⁰. Debe subrayarse que el citado Comentario pone el acento en que los Estados son libres de fijar los límites y modalidades en que las medidas para eliminar la doble imposición económica se apliquen, como por ejemplo la “definición y duración mínima de la tenencia de la participación, proporción de los dividendos que se estimen absorbidos por los gastos administrativos o financieros [...]”. Como se aprecia, la definición a la que se refiere el Comentario es la de participaciones sociales y no de los dividendos, como lo pretenden los autores. Además, desconoce que el Comentario se dirige a “los Estados” y no a uno solo de ellos, idea que se hace más clara al utilizar el verbo “*fijar* los límites”, que se predica de la normativa de la que se viene hablando –que son los convenios (párr. 52) y no del derecho interno–. En otras palabras: que si un CDI pacta un método para eliminar la doble imposición económica, los Estados pueden pactar límites y definiciones, pero en ningún punto se refiere a que se deba acudir al derecho interno para definir dividendos unilateralmente. En segundo lugar, el mencionado Informe subraya en el párr. 65²⁶¹ el problema del que hemos venido hablando en este apartado, y eso no agrega nada a la discusión, pero los autores olvidan detallar el párr. 86(b), que propende a buscar una solución, aunque sea por vía del procedimiento amistoso²⁶², de lo cual se podría concluir que el citado documento, más que justificar la remisión al derecho interno, se compromete con la construcción de un concepto convencional a partir del art. 10.3, que se extendería, como corresponde, a las medidas para eliminar la doble imposición económica.

Para terminar este apartado debe ponerse de presente que otra limitación que tiene el Estado de la residencia del perceptor de los dividendos deriva del art.

260 AVERY JONES *et al.* 1999: p. 106.

261 OECD 1987a: párr. 65.

262 OECD 1987a: párr. 86b.

10.4 MCOCDE. Se ha establecido en este trabajo que bajo el MCOCDE el Estado de la residencia puede gravar los dividendos obtenidos por sus residentes garantizando el crédito fiscal que corresponda a la tributación limitada en la fuente. No obstante, los convenios señalan que si el “beneficiario efectivo de los dividendos” tiene un EP en el Estado de la fuente y la participación que genera los dividendos resulta “vinculada efectivamente” a él, el Estado de la fuente tiene derecho a gravar la renta de forma ilimitada de acuerdo con el art. 7.º MCOCDE al no resultar aplicables los artículos 10.1 y 10.2. La pregunta que surge es si el método que debe aplicar el Estado de la residencia de la casa central del EP que obtiene los dividendos debe ser el previsto para las rentas del art. 10, según se definen en su apartado tercero, o si por el contrario, el método ha de ser el aplicable para los beneficios obtenidos por medio de un EP.

Recuérdese que bajo el MCOCDE el art. 10.4 no resulta excluido de la definición de dividendos, y el art. 23 se refiere de forma genérica a las rentas que hayan sido gravadas de conformidad con los artículos 10 y 11. Bajo ese entendido, podría argumentarse que en aquellos tratados que siguen al MCOCDE, el método sería siempre el crédito fiscal para los dividendos sujetos a tributación limitada en la fuente (art. 10.2) o atribuidos a un EP (art. 10.4), incluso en casos en que se prevé el método de exención de forma genérica (art. 23A). Sin embargo, dicha posición no parece razonable, pues el tratamiento tributario en la fuente ha sido el de un EP y no el de los dividendos. Además, carecería de lógica distinguir la forma en que la casa central elimina la doble imposición soportada por un EP en razón de la calificación de sus rentas, según sean las de los artículos 10 y 11 MCOCDE (crédito) y el resto (exención), siendo que, en cualquier caso, se permite una tributación de la renta en el Estado de la fuente bajo las reglas del art. 7.º del Modelo.

3. LA CONFUSIÓN ENTRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS MÉTODOS INTERNOS PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y LOS MÉTODOS CONTENIDOS EN LOS CDI

Una vez sentadas las posiciones sobre el ámbito de aplicación de los métodos internos y convencionales y de haber señalado que la definición de dividendos del art. 10.3 se aplica a estos últimos, es posible adentrarse en casos realmente difíciles que pondrán a prueba la coherencia de nuestra línea argumental. En efecto, Avery Jones describe un supuesto en el que el CDI prevé la eliminación de la doble imposición económica cuando la participación de la matriz sea del

25%, mientras que el derecho interno la concede cuando es del 10%²⁶³. En este caso, podría haber tres respuestas posibles:

- a) la definición de dividendo convencional se aplica a todos los dividendos;
- b) la definición de dividendo de la residencia se aplica a todos los dividendos;
- c) la definición de interna se aplica para los dividendos entre el 10% al 25% y la convencional a partir del 25%.

Lo primero que se debe señalar es que tales respuestas podrían depender de que:

- i) la definición de la residencia sea más restrictiva que el convencional o
- ii) la definición convencional sea más restrictiva que la de la residencia.

Podría argumentarse que si la definición convencional es más amplia y se acepta la existencia de un principio o regla de no agravación o de un efecto negativo de los CDI, sería posible solicitar la aplicación del significado interno de dividendos o de sociedad para acceder al método para eliminar la doble imposición económica o jurídica previsto por la ley interna. Aunque buena parte de la doctrina ha argumentado que los CDI no pueden crear obligaciones, o al menos hacerlo solo de forma excepcional según las tesis del efecto negativo de los tratados o del principio de no agravación²⁶⁴, lo cierto es que no existe sustento normativo internacional alguno para dicha conclusión y la práctica jurisprudencial es variopinta²⁶⁵. Como consecuencia, el principio de no agravación debe ser

263 Si el supuesto fuera el contrario no habría mayores problemas, puesto que el convenio supondría una limitación a la ley interna y por tanto se aplicaría el concepto convencional.

264 GEST & TIXIER 1985: p. 66 y ss.; VOGEL 1997: p. 27-28; VAN RAAD 2002: p. 588 y ss.; SOL 2008: p. 569-580; ROCHA 2009: p. 119; HELMINEN 2010: p. 32.

265 LANG 2010: n.º 46. “Ejemplo: los ingresos que están excluidos de la base de un CDI de imposición en Austria son, de acuerdo con una consulta administrativa, no sujetos en el sentido de la Sección 20 (2) del Estatuto de Impuesto de renta (Income Tax Act). Los gastos relacionados con la renta son, en consecuencia, no deducibles [...]. En la medida en que los gastos están relacionados con rentas exentas, la responsabilidad tributaria de una persona es empeorada como consecuencia de que sin aplicar el CDI, los gastos serían deducibles. En tanto que los CDI son aplicados *ex officio*, en tal caso, el sujeto gravado debe aceptar la norma del CDI. A partir de los efectos limitantes de los CDI podría entenderse que la exención garantizada por los CDI solo afecta positivamente los ingresos de forma que los CDI no podrían, en consecuencia, garantizarse por los CDI que solo se afecte a los ingresos, de tal forma los CDI no podrían prevenir pérdidas de fuente extranjera para compensar la base del contribuyente en el Estado de la residencia. Esta conclusión ha sido propuesta por las cortes en muchos Estados (ej. Austria,

valorado en cada caso, y no parece apropiado hacer conclusiones genéricas. En todo caso, en línea de principio, no es necesario realizar una calificación secundaria cuando la norma interna elimina la doble imposición²⁶⁶. No se puede pretender integrar al tratado una definición nacional creada para una finalidad distinta y que contradiga los significados autónomos. Así, en nuestra opinión, los conceptos se aplican cuando se pretende construir la norma de calificación. De este modo, si lo que se va a aplicar es la norma interna sin límites del tratado, los conceptos son los internos, mientras que si se va a aplicar el derecho interno con los límites convencionales o el CDI directamente, los conceptos son los del acuerdo. Esta lógica nos llevaría a descartar la idea de la libre elección entre definiciones según sean más favorables y decantarnos por una perspectiva analítica de los preceptos que se están aplicando²⁶⁷.

Así, sería perfectamente lógico aplicar el concepto de dividendo convencional, al menos a partir del porcentaje del tratado, siempre que sea necesaria la calificación secundaria. En otras palabras: en nuestra opinión se justifica la conclusión c) en el caso i), que según Avery Jones es un resultado absurdo, al suponer utilizar dos conceptos de dividendos al tiempo²⁶⁸. El citado autor comenta que en el Reino Unido los CDI requieren en el artículo de dividendos un 25% de participación para conceder la mínima reducción de la retención, mientras que en el crédito indirecto exigen un 10%, que es el mismo porcentaje previsto por la ley interna para la medida unilateral. Bajo ese marco el vínculo entre la norma de eliminación de la doble imposición del tratado y el derecho interno británico es mucho mayor que el que pudiera existir con el artículo 10, de manera que la respuesta más acertada sería la b). Aunque este argumento

Bélgica, Finlandia, Holanda y Suiza). De acuerdo con las cortes de otros Estados (Alemania), sin embargo, los CDI tienen efectos en los ingresos y gastos". El MCEUA en el art. 1.2 contiene expresamente el principio de no agravación, cuyos límites son estudiados por: AMERICAN LAW INSTITUTE 1992: p. 80-93. En España existe como antecedente el artículo 342 del Reglamento del Impuesto de Sociedades de 1982 y la Circular de la Dirección General de Impuestos n.º 7/72. Esta permite que los convenios sean renunciables a instancia de parte puesto que se considera que los CDI conceden derechos. Además, mediante la Reglamentación de la Dirección General Tributaria de 18 de marzo de 1992 se indicó que en caso de intereses se podía aplicar la legislación interna o el CDI, a elección del contribuyente. De manera más reciente se ha justificado el agravamiento de la situación de un contribuyente por la aplicación de un CDI como consecuencia de una regularización tributaria. CALDERÓN & MARTÍN 2010: p. 45-80.

266 VOGEL 1997: p. 1178, n.º 48; MACHANCOSES 2002: p. 119.

267 En igual sentido MACHANCOSES 2002: p. 140-141.

268 AVERY JONES *et al.* 1999: p. 106.

pueda tener lógica común, se contradice con las reglas de interpretación de los tratados que obligan a buscar un significado autónomo antes de acudir al derecho interno²⁶⁹. Si los negociadores del mencionado país quisieran dejar completamente clara la remisión a las definiciones internas, deberían haberlo dicho expresamente en el tratado. Ante dicha ausencia, la respuesta seguiría siendo la c).

Uno de los problemas de caso Memec referido atrás fue precisamente determinar si la utilización del término “dividendos” que hacen las normas internas de eliminación de la doble imposición [Sec. 790(6) sobre el crédito subyacente pactado en el CDI y en la Sec. 801(1) sobre el crédito subyacente interno, ambas normas de la Tax Act de 1988], incorporadas para dar cumplimiento al CDI, deben atender al concepto convencional o al interno. El juzgador entendió que ambas secciones se refieren a “dividendos” no en un sentido convencional, sino para efectos del derecho interno inglés. Para tal efecto, encontró que el significado ordinario de dividendos es el siguiente: “‘dividend’ [...] is a payment of a part of the profits for a period in respect of a share in a company (Esso Petroleum Co. Ltd. v Ministry of Defence [1990] Ch.163 at p. 165)”. De tal forma, concluyó que el derecho de PLC a la participación en los beneficios no puede considerarse “dividendos”. Textualmente arguye: “To treat Plc’s entitlement to a share of the profits of GmbH under the silent partnership as a dividend, when that payment was unrelated to shares in GmbH and the partnership is not a company, would be inconsistent with the ordinary meaning of ‘dividend’”.

La crítica más importante que se puede hacer a esta sentencia es que “si los métodos internos están principalmente diseñados para dar efectos a los CDI, parece exageradamente restrictivo interpretarlos de forma más estrecha que en los tratados mismos”. O lo que es lo mismo, si la Sec. 790 tiene como objeto materializar las obligaciones del tratado, el juzgador estaría oponiendo el derecho interno para no cumplir una obligación convencional, probablemente realizando con esto un *treaty override*²⁷⁰.

Para reforzar la idea que se ha planteado, vale la pena analizar el conocido caso de los *juros sobre o capital próprio* (JSCP) pagados por una sociedad brasileña a una matriz española desde la perspectiva del método para eliminar la doble imposición, sin perjuicio de que luego se profundice la calificación como di-

269 En la misma línea, MACHANCOSES 2012: p. 826.

270 AKIN (s/a): p. 7

videndos o intereses. En tal caso, los operadores jurídicos involucrados²⁷¹ han mezclado argumentos sobre la construcción de los conceptos “dividendos”, “participaciones en beneficios” y “sociedad” en los derechos mercantil, contable y fiscal brasileños, con las definiciones convencionales previstas en los CDI, sin preguntarse debidamente cuál es la norma de eliminación de la doble imposición que se aplica, para luego indagar por los términos que se han de calificar e interpretar.

Ello es evidente en la posición del contribuyente, que según lo resume la SAN, alega que “de conformidad con lo establecido en el art. 21 del TRLIS, dichos dividendos están exentos, en relación con lo dispuesto en el art. 23 del Convenio para evitar la doble imposición suscrito con Brasil”. Pues bien, la norma convencional establece un método de exención con progresividad para dividendos de carácter autónomo convencional que se lee:

3. Cuando un residente de España obtenga dividendos que, de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio, pueden someterse a imposición en Brasil, España eximirá del Impuesto estos dividendos; pero para calcular el impuesto correspondiente a las demás rentas de este residente, puede aplicar el mismo tipo impositivo que correspondería si los dividendos citados no hubieran sido eximidos.

Nótese que hace una referencia a la palabra “dividendos” sin indicarse el artículo, lo que podría generar alguna duda, aunque existe una condición a que dichos dividendos puedan someterse a imposición en el Brasil “de acuerdo con las disposiciones del Convenio”. Esta frase, como se ha dicho, da entrada a la definición equivalente al 10.3 MCOCDE. El artículo 21 del TRLIS también consagra una exención para los “dividendos” y “participaciones en beneficios” cuando se cumplan sus requisitos específicos y se califiquen los términos que utiliza. Así, en este caso concreto hay dos normas perfectamente aplicables que, aunque consagren un mismo resultado, la exención, no tienen finalidades idénticas ni utilizan los mismos conceptos o reglas de interpretación, ya que el precepto interno se rige por los criterios de la LGT, mientras que los CDI, por su artículo 3.2 y la CVDT.

Pero el error metodológico también se encuentra en la decisión del TEAC, que como correctamente apunta el profesor Calderón, “carece de todo soporte legal,

271 Resolución del TEAC de 13 de abril de 2011, Vocalía Tercera, RG. 1202/10; 1202/10 y 1884/10, reiterada por la Resolución de 26 de abril de 2012, Vocalía Segunda, n.º 00/4085/2010; SAN 712/2014, de 27 de febrero, Recurso 232/2011. *Vid.* CALDERÓN 2012b.

resultando contrario al referido precepto del TRLIS”²⁷², puesto que “en cierta medida fundamenta la inaplicación del método de exención del artículo 21 del TRLIS a partir del tratamiento fiscal de la renta en el ordenamiento brasileño”. Es decir, que el TEAC posiblemente pretendía utilizar las definiciones destinados a repartir el poder tributario en el CDI –como son los términos dividendos e intereses– como normas de calificación del art. 21 del TRLIS. Además, bajo la falacia interpretativa de que así se había calificado para aplicar la retención en la fuente en el Brasil bajo los límites previstos por el CDI, se concluye la denegación de la aplicación del artículo del 21 TRLIS.

En primer lugar debe reconocerse que la calificación claramente sería la de intereses y no dividendos para eliminar la doble imposición jurídica, de acuerdo con el artículo 23.2 del CDI, que consagra una cláusula de *tax sparing*²⁷³, y del 31 del TRLIS. La duda quedaría respecto de los métodos de exención previstos en el CDI y el TRLIS. Sin entrar en la línea divisoria entre dividendos e intereses, pues no es el problema que ocupa en este momento, dígame por ahora que no se cumple con los elementos de la definición de dividendos, en la medida en que el artículo de intereses contiene una remisión al derecho interno del Estado de la fuente, según la cual, el Estado de la residencia deberá seguir la calificación del primero²⁷⁴. A esta idea se sumaría el hecho de que el Informe de *Partnerships* de 1999 concluye que el Estado de la residencia ha de seguir la calificación del Estado de la fuente²⁷⁵. Suponiendo que este argumento se acoge y se descarta la aplicación del método de exención convencional, la siguiente pregunta sería si el método previsto en el artículo 21 del TRLIS es aplicable.

Calderón llega al mismo resultado y entiende que se debe evaluar si se cumplen los requisitos del artículo 21 del TRLIS y nada más²⁷⁶. No obstante, aunque este autor reconoce en varias partes que el artículo 21 del TRLIS y 23 del Convenio España-Brasil son dos normas por aplicar distintas, con concep-

272 CALDERÓN 2012b: aptdo. 5.

273 Art. 23.2: “Para la deducción mencionada en el párrafo 1, el impuesto sobre los intereses y cánones se considerará siempre que ha sido pagado con las alícuotas del 20 y 25 por 100, respectivamente”.

274 Recuérdese que el art. 11.5 del CDI España-Brasil considera como intereses a “los rendimientos de la deuda pública, de los bonos u obligaciones, con o sin garantía hipotecaria y con derecho o no a participar en beneficios, y de los créditos de cualquier clase, *así como cualquier otra renta que la legislación fiscal del Estado de donde procedan los intereses asimile a los rendimientos de las cantidades dadas a préstamo*”. (Bastardilla nuestra).

275 *Vid.* párr. 32.6, 34-36 de los Comentarios al art. 23 MCOEDE.

276 CALDERÓN 2012b.

tos, requisitos y finalidades diferenciadas, no vemos que exponga la relación existente entre los diferentes métodos. Es cierto que concluye que tanto en el aspecto convencional como respecto del art. 21 del TRLIS la renta es un dividendo, por lo cual al final daría lo mismo. Sin embargo, como hemos planteado, existe una gran duda de si para aplicar el artículo 23 del CDI habría que seguir la calificación hecha por el Estado de la fuente, en este caso Brasil, y por tanto conceder el crédito fiscal y no la exención, ya que el país suramericano calificó el rendimiento como intereses. Así que parece más razonable justificar directamente la aplicación del método interno y descartar así el convencional de plano, dejando diáfana la pregunta de fondo: ¿que entender por “dividendos” y “participaciones en beneficios para efectos del art. 21 del TRLIS?

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2014 cae en el mismo error metodológico que venimos exponiendo, puesto que en sus siete considerandos concluye que los JSCP están exentos en España, sin que quede claro en virtud de que cuáles conceptos²⁷⁷. Con esta mención, se puede extraer que el punto de partida para analizar el concepto de dividendo es la fijación de la norma que se va a aplicar, pues existen distintos conceptos de dividendos

277 Siguiendo el orden de la sentencia para tratar de averiguar la línea argumental y enfocar el problema, se resumen a continuación los Considerandos: 1) dados los argumentos del litigio; 2) los Estados tienen soberanía fiscal dentro del marco del derecho tributario internacional; 3) que en uso de ella los países generan doble imposición pero resuelta mediante los CDI que contienen métodos; 4) los juros son clasificados en el Brasil como “dividendos” para efectos mercantiles y contables, mientras que para efectos fiscales son “intereses”, sin que por ello se enerve conceptualmente su consideración como “reparto de beneficios” en ese doble aspecto que la norma brasileña permite, como “dividendos”, propiamente dichos, o como “juros o capital propio”; 5) los CDI definen intereses y dividendos, y los juros encajan en esta última categoría; una cuestión que queda abierta en este considerando del juzgador es si se aplica o no la exención convencional; 6) el art. 21 TRLIS se refiere a “dividendos o participaciones en beneficios” y en consecuencia “como hemos declarado con anterioridad, los JSCP tienen encaje en cualquiera de estos conceptos, específico o amplio [...]”. La pregunta que podría hacerse al juzgador en este punto sería, ¿cuál de todos los conceptos? ¿Los mercantiles y contables en el derecho brasileño? O ¿los de los CDI? Es precisamente en este punto donde se aprecia que el asunto suele ser abordado como un *totum revolutum*. Finalmente, el Considerando 7) indica que la jurisprudencia europea también ha calificado a los JSCP como dividendos. Ello parece un tanto extraño si se considera que el juzgador no presta mayor atención a los razonamientos que llevaron a ese tribunal alemán a la conclusión, que tal como lo expone la Sentencia de la Audiencia Nacional: “Los ‘juros’ no cumplen con algunas de las características básicas con las que la legislación alemana configura y define los ‘rendimientos de capital mobiliario’, en concreto, de ‘intereses’”. La pregunta que no se hace el tribunal español es si bajo un criterio de comparabilidad como el adoptado por su homólogo alemán, esos JSCP serían dividendos en España.

en la legislación fiscal y uno de ellos es el contenido en los CDI, que tiene como único propósito distribuir la potestad fiscal de los Estados contratantes. Con esto no se quiere negar que las reglas de interpretación previstas en el derecho interno puedan llegar a considerar un concepto convencional como el de dividendos para aplicar, por ejemplo, los métodos unilaterales. Es más, sería deseable tener simetría en la calificación, pues por ejemplo, si el Estado de la residencia aplica una norma interna para evitar la doble imposición, y no las previstas en el CDI, tendrá que definir dividendos y calificar una renta cuyos elementos característicos vienen determinados por la legislación mercantil y la tributaria del otro Estado. En tanto no haya una definición interna de dividendos, para aplicar las normas locales, o habiéndola, esta no resulte adecuada para valorar un *hecho* ocurrido en el otro Estado, dicha calificación debe ser la que más se acerque a la verdadera naturaleza jurídica del hecho imponible internacional (*vid.* art. 12 y 13 LGT), lo cual podría llevar a ser observado de conformidad con los conceptos convencionales²⁷⁸. No obstante, siempre se podría alegar que el término usado por el derecho interno tiene una finalidad distinta del Convenio.

El Proyecto BEPS, como se ha dicho, propone no conceder exenciones por participación sustancial a los rendimientos que no han sido gravados en la fuente, lo que implica modificar el presupuesto de hecho del método interno. Sin embargo, ello no afecta a los CDI que contienen la exención como un método autónomo, que si bien bajo el apartado 4 del art. 23 MCOCDE puede solucionar algunas de las asimetrías causadas por transacciones híbridas, hay otras que no se corrigen, por lo cual, dentro del proyecto BEPS se ha sugerido incorporar una cláusula de *switch over* en aquellos CDI con método de exención autónomo para

278 El Tribunal Supremo español ha puesto de presente que las definiciones convencionales del CDI pueden ayudar a determinar la naturaleza de la renta obtenida internacionalmente, pues sus definiciones según el art. 12 LGT podrían preferirse al sentido jurídico, técnico o usual. Textualmente señala: “Debe recordarse, también, que las autoridades fiscales australianas, tal y como se ha expuesto en fundamentos jurídicos anteriores, han calificado repetidamente estos rendimientos como ‘intereses’ a efectos fiscales –págs. 57 y ss. y 146 y ss. del expediente–, y si bien es cierto, tal y como alega la actora, que dicha calificación tributaria hecha por las autoridades australianas tiene un valor secundario, ya que la delimitación del hecho imponible ha de hacerse conforme a la legislación fiscal española, no es menos cierto que constituye un dato relevante más a [*sic*] tener en cuenta a los fines enjuiciados”. En cualquier caso, cabe preguntarse si este criterio fuera aplicado al expediente de los JSCP habría cambiado la conclusión del fallo, pues en el Brasil esas rentas son consideradas intereses a efectos convencionales. Reino de España, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, 10 de julio de 2014, n.º de Recurso 1516/2013, Roj: STS 2994/2014.

los dividendos, de manera que se les garantice el método del crédito directo cuando el pago haya sido deducible para la entidad pagadora²⁷⁹. En Alemania desde el 2007 se ha modificado la normativa del régimen de exención por participación sustancial para incluir nuevas condicionantes, tales como que el otro Estado contratante no aplique el tratado en una forma tal que la renta no sea gravada o que sea gravada a un tipo reducido. Es decir, que en aquellos casos en que exista un conflicto en la calificación de los hechos, interpretación del tratado o un conflicto de calificación en sentido estricto, Alemania no concederá la exención. En opinión de Bärtsch y Spengel, esto significa un *treaty override* para aquellos convenios que contienen el método de la exención contenido de forma autónoma, puesto que a pesar de que la exposición de motivos diga soportarse en el párr. 32.6 de los Comentarios al art. 23 MCOCDE, lo cierto es que genera aplicaciones incoherentes del tratado. Es más, aunque sea efectiva para eliminar la doble imposición, su amplio margen puede comprender situaciones que no tenían ese propósito y que simplemente se explican porque el Estado de fuente dentro de su autonomía decidió no ejercer su poder de imposición²⁸⁰.

En definitiva, el art. 10.3 MC resulta aplicable respecto de la norma para evitar la doble imposición en el Estado de residencia cuando el precepto de eliminación de la doble imposición (art. 23 MCOCDE) se refiera al artículo de dividendos (10 MCOCDE) con mención de la palabra “dividendos” o sin ella. Por el contrario, no resulta aplicable en el evento en que se utilice una norma interna de eliminación no limitada por el CDI, sin perjuicio de que pueda cumplir algún papel interpretativo, ni tampoco cuando el método para atenuar la doble imposición previsto en el CDI no haga referencia al artículo 10, no comprenda una frase similar a las rentas “sujetas a imposición conforme a este convenio” y contenga una remisión irrestricta al derecho interno del Estado de la residencia. Así, cuando el art. 10.3 MC no resulta aplicable para el Estado de residencia, las posibilidades de conflictos de calificación en sentido amplio son altas, en la medida en que los conceptos de dividendos en el Estado de la fuente y de la residencia son definidos con fundamento en normativas diferentes. En estas circunstancias es dable observar que la doble imposición o doble desimposición no resulta corregida por el CDI. En casos en los que el art. 10.3 MC es aplicable como norma calificadora respecto del método para eliminar la

279 OECD 2014: p. 18-20.

280 BÄRSCH & SPENGLER 2013: p. 525-526.

doble imposición en el Estado de residencia, pueden presentarse conflictos de calificación e interpretación que se resolverían como se expone a continuación.

4. LOS CONFLICTOS DE CALIFICACIÓN

Cómo se vio, el International Tax Group defiende que el art. 3.2 del Modelo es aplicable cuando el artículo de eliminación de la doble imposición utiliza el término *dividendos* y no se refiere al artículo 10 del Modelo o su equivalente²⁸¹. Además, afirma que el Estado de la residencia, fuera de esos casos, ha de seguir la calificación hecha por el Estado de la fuente. Estas dos afirmaciones requieren un análisis detallado, pues no es verdad que exista un término no definido en el Convenio si aparece una definición similar a la del tercer párrafo del mismo artículo; por tanto, el art. 3.2 no sería aplicable. Ello queda perfectamente claro de su redacción:

para la aplicación del Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, cualquier término o expresión no definida *en el mismo* tendrá, a menos

281 Cabe señalar que en una línea similar se pronunció la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2014, que indica textualmente en su Considerando Quinto: “Pero es que, aún en el caso de que se suscitara duda sobre la naturaleza de los ‘juros’ y su inclusión o calificación como ‘dividendos’ o como ‘intereses’, desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, deberíamos acudir al art. 3.2 del propio Convenio, referido a ‘Definiciones Generales’, que se establece (sic): ‘2. Para la aplicación del presente Convenio por un Estado contratante, cualquier expresión no definida de otra manera tendrá, a menos que el texto exija un interpretación diferente, el significado que se le atribuya por la legislación de este Estado contratante relativa a los impuestos que son objeto del presente Convenio’. Es decir, que la normativa nacional, en este caso la brasileña, al contemplar y regular la figura de los ‘juros’, desplaza en su interpretación a lo que pueda interpretarse con la normativa nacional española”. Como se observa, el Tribunal entiende que Brasil es la legislación que regula los JSCP y por consiguiente califica el instrumento como generador de “dividendos”, uno supondría. Si así fuera, la pregunta de nuevo es: ¿acudiendo a los conceptos mercantiles, contables, fiscales para efectos de retención en la fuente? ¿Cuál es el término no definido en el tratado? En cualquier caso, si el artículo 3.2 del CDI fuera aplicado, el resultado sería que un término no definido en el tratado, en este caso, la palabra “dividendos” utilizada en el artículo 23 para consagrar la exención sin referencia directa al artículo 10, tendría que definirse de acuerdo con la legislación de quien aplica el Convenio, que a todas luces sería España al determinar si debe o no conceder la exención. Lo recién comentado simplemente se expone para demostrar la contradicción del Tribunal y no representa un cambio de criterio de lo que se ha sostenido atrás, pues claramente las definiciones de los artículos 10 y 11 serían relevantes para aplicar el artículo 23, en tanto esta última norma solo concede la exención a los dividendos que “de acuerdo con las disposiciones de este convenio, pueden someterse a imposición en Brasil”.

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 esa legislación fiscal sobre el que resultaría de otras leyes de ese Estado. [Bastardilla fuera de texto].

Tampoco es posible derivar del CDI una obligación de seguir la calificación del Estado de la fuente, aunque sí existen restricciones a los argumentos que el Estado de la residencia puede usar para denegar la aplicación del método convencional. Esas restricciones resultan especialmente relevantes, pues como se verá en el siguiente capítulo, el art. 10.3 del MOCODE define dividendos con otros términos que no tienen un significado establecido en el Modelo y, como justificaremos a continuación, deben ser dotados de un significado autónomo convencional y en su defecto, del que prevea la legislación del Estado de la fuente, de forma que las definiciones del Estado de la residencia no pueden ser alegadas para no conceder la exención o el crédito fiscal.

Dentro del marco de un tratado, las autoridades pueden tener diferencias sobre los hechos o sobre la interpretación de la norma convencional. Por lo general, ello causará una imposición que en opinión del contribuyente o del otro Estado contratante sea contraria al tratado. Estos casos son *conflictos de aplicación de un CDI* que podrán ser solucionados de acuerdo con el procedimiento amistoso u otros procedimientos de arreglo de controversias previstos por el tratado. El desarrollo de la fiscalidad internacional en este punto es mínimo y los mecanismos previstos por el CDI para arreglar controversias no suponen un órgano de cierre que decida en último término las cuestiones litigiosas. Así, el procedimiento amistoso (para casos específicos, el interpretativo o el legislativo) depende meramente de la voluntad de las autoridades competentes de ambos Estados²⁸².

Como se ha demostrado en otros trabajos y no es del caso repetir aquí de forma detallada, la expresión *conflicto de calificación* es polisémica²⁸³. Aunque haya autores que la identifiquen con los *conflictos de aplicación de un CDI*, con los *conflictos en la determinación del presupuesto de hecho de las normas de un CDI* o con el mero resultado de calificación divergente de una renta en el marco de un CDI, lo cierto es que los MOCODE de 2000 adoptaron una perspectiva res-

282 Sobre el procedimiento amistoso, OECD 2007b, MARÍN 2008; MARTÍN 2012: p. 795 y ss.

283 Las primeras ideas sobre los conflictos de calificación las divulgamos, *in extenso*, en un documento de trabajo al cual nos remitimos con la bibliografía ahí citada. CASTRO 2012.

tringida del problema. Según estos, los conflictos de calificación surgen cuando los Estados contratantes aplican a una renta distintos preceptos del CDI, a causa de que un término no definido por el tratado es entendido por ellos con fundamento en los significados atribuidos por su propio derecho interno. En palabras de los Comentarios, los conflictos surgen cuando:

[...] por las diferencias existentes entre la legislación interna del Estado de la fuente y el Estado de residencia, el primero de ellos aplica a un determinado elemento de renta o de patrimonio disposiciones del Convenio distintas a las que hubiese aplicado en el Estado de residencia a ese mismo elemento, no por ello la renta deja de ser gravada de acuerdo con lo dispuesto en el presente Convenio a tenor de su aplicación e interpretación por el Estado de la fuente. En este tipo de casos, los dos artículos [23A y 23B MCOEDE] exigen por tanto que el Estado de residencia conceda una desgravación para evitar la doble imposición a pesar del conflicto de calificación resultante de las diferencias existentes entre las legislaciones internas²⁸⁴.

Aunque el problema en realidad consiste en determinar si se toma la definición del Estado A, del Estado B o si se acude a un tercer significado²⁸⁵, la OCDE presupone que, a partir del artículo 3.2 MCOEDE²⁸⁶, ambos Estados aplican su legislación interna para interpretar un término no definido en el CDI²⁸⁷. En tanto que el citado art. 3.2 remite a las legislaciones internas de los Estados que aplican el tratado, las dos aplicaciones son “conforme a lo dispuesto en el Convenio”, por lo cual surge la obligación del Estado de residencia de eliminar la doble imposición²⁸⁸. En consecuencia, los Comentarios en este punto

284 Párr. 32.3, art. 23, MCOEDE.

285 VOGEL 1997: p. 46; ROCHA 2009: p. 152; ROHATGI 2008: p. 95.

286 El artículo 3.2 MCOEDE encuentra su origen el artículo II(3) del tratado entre el Reino Unido y Estados Unidos de 1945, que si bien se había fundado en el articulado del Convenio entre Estados Unidos y Canadá de 1942, no contenía una definición de dividendos (recuérdese que a este se le considera el antecedente de la definición de dividendos incorporada en el Modelo de Londres). Textualmente indica: “In the application of the provisions of the present Convention by one of the Contracting Parties any term not otherwise defined shall, unless the context otherwise requires, have the meaning which it has under the laws of that Contracting Party relating to the taxes which are the subject of the present Convention”. *Vid.* AVERY JONES 2012b: p. 3-13. Esta regla interpretativa se convierte en una práctica convencional que es finalmente recogida, sin mayor análisis, por el WP 14 del Comité Fiscal de la OEEC FC/WP14(59)1, del 3 de marzo de 1959.

287 PÖTGENS & DE HEER 2012, p. 54-61; LANG 2009, p. 205.

288 *Vid.* párr. 34-36, art. 23, MCOEDE.

no afirman que el derecho aplicable para definir un término no contenido en el CDI sea el del Estado de la fuente, ni que la calificación hecha por este último Estado vincule al de la residencia. Solo se evidencia una obligación de eliminar la doble imposición a pesar del conflicto.

No obstante, la OCDE se contradice al analizar la situación opuesta, los conflictos de calificación negativos, esto es, donde el resultado es la doble no imposición. Para estos casos la OCDE entiende que solo una calificación es válida. En palabras de los Comentarios:

Cuando el Estado de la fuente considera que lo dispuesto en el Convenio le prohíbe gravar un elemento de la renta o del patrimonio que de otro modo tuviera derecho a gravar, el Estado de residencia, para efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 23A, debería considerar que el elemento de la renta no es gravable por el Estado de la fuente de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio, incluso si el Estado de residencia hubiera aplicado el Convenio de forma diferente, de manera que tuviera derecho a gravar esta renta si hubiera sido Estado de la fuente²⁸⁹.

Como se aprecia, en este caso la OCDE cambia de criterio y considera que la calificación hecha por el Estado de la fuente es obligatoria para el Estado de la residencia. Es decir, que esta vez solo una calificación es válida o conforme con el Convenio²⁹⁰. Nótese que no se indica que la norma aplicable sea la definición prevista por la legislación del Estado de la fuente, sino que se vincula al resultado de la calificación en la fuente. Por ello, en los conflictos positivos el problema de norma aplicable se trata de solucionar empeorándolo, al adoptar los preceptos de los dos Estados y, finalmente se corrige de acuerdo con el artículo 23 MCOEDE. Por su parte, en los conflictos negativos el problema se resuelve determinando quién aplica CDI de forma vinculante para el otro Estado.

Esta confusión, a nuestro juicio, parece derivar de un mal entendimiento de importantes trabajos que desde finales de los ochenta del siglo pasado habían abordado la materia de forma mucho más coherente²⁹¹, pues indican que la

289 Párr. 32.6, art. 23, MCOEDE.

290 LANG (2004: p. 95-101) afirma que de los art. 23A y 3.2 del MCOEDE es posible derivar otras interpretaciones que podrían representar un obstáculo para que los citados comentarios sean efectivamente aplicados por los Estados.

291 En particular, los informes del Congreso de la IFA de 1993 (WARD & DERY 1993: p. 279 y ss.; AVERY JONES 1993: p. 607 y ss.) y luego en los trabajos de AVERY JONES y el llamado International Tax Group (AVERY JONES *et al.* 1996, p. 118 y ss.).

calificación ha de hacerse considerando la legislación del Estado de la fuente. En particular, el International Tax Group considera que solo se aplica el CDI cuando se limita la aplicación del derecho interno, de tal forma que el Estado de la fuente:

aplica o por lo menos lee el tratado a la luz de la definición de la legislación tributaria interna, para ver si tiene prohibido gravar la renta, o si no lo estuviere, determinar si tiene un derecho reducido o limitado para gravar la renta. No hay ninguna razón por la cual el Estado de residencia deba hacer lo mismo y aplicar el art. 3.2, pues no hay un término no definido que requiera definición [...] [En consecuencia, el punto de partida es que] el artículo 3.2 no aplica en el Estado de la residencia²⁹².

Contrario a los MCOEDE, la posición del International Tax Group es coherente al afirmar que la imposición ha sido conforme al tratado –para efectos del artículo 23–, cuando el Estado de la fuente ha aplicado correctamente el Convenio, entendiendo por esto que ha dotado del significado previsto por su legislación interna los términos no definidos en la norma internacional. De esta forma, el Estado de residencia no podría alegar su legislación interna para que, dotando de otro significado los términos no definidos, calificara la renta de otra forma. Aunque esta posición haya tenido varias críticas²⁹³, la más relevante es su desconocimiento a la obligación de buscar un concepto convencional de forma previa a la remisión al derecho interno²⁹⁴, exigencia que viene dada por la frase “a menos de que de su contexto se infiera una interpretación diferente” contenida en el artículo 3.2 MCOEDE.

Y es que como lo hemos puesto de presente anteriormente²⁹⁵, es importante discernir en este punto dos preguntas que parecen entremezclarse. Por un lado, la cuestión de ¿qué se aplica?; y por otro, ¿quién aplica? El punto de partida para separar ambas cuestiones es la afirmación de que el artículo 3.2 MCOEDE no permite inferir que la calificación hecha por el Estado de la fuen-

292 AVERY JONES *et al.* 1996: p. 133.

293 La crítica a esta posición se encuentra entre quienes entienden aplicación como “cualquier decisión hecha por las autoridades o cortes en relación con los asuntos tributarios en los cuales el tratado es considerado o debería ser considerado”. RAMOS 2007: p. 25; VOGEL 1997. Sobre esta base se ha argumentado que el CDI es aplicado también por el Estado de la residencia al calificar la renta, e incluso se ha dicho que hay normas del CDI que suponen que la aplicación se dé al tiempo por los Estados. VOGEL 1997, p. 212.

294 Esta idea presente en varios trabajos de LANG. En especial, LANG 2000: p. 28.

295 CASTRO 2012.

te sea obligatoria para el Estado de la residencia, pues aquel es quien aplica. Si ello fuera así, todos estos conflictos se solucionarían a costa de este último Estado, a pesar de los posibles errores interpretativos y aplicativos. El Estado de la fuente, por regla general, aplica en primer lugar, mientras que el de la residencia también aplica, aunque en segundo lugar, al analizar si la imposición ha sido conforme al Convenio. Por tanto, la calificación hecha por el Estado de la fuente no es vinculante para el otro Estado, pues ambos aplican el CDI y no existe una regla de prevalencia de una calificación sobre otra que pueda ser derivada del art. 3.2 MCOCDE. En últimas, la remisión a la legislación interna del Estado que aplique en primer lugar es una cuestión del qué se aplica, y otro asunto será los límites a esa remisión²⁹⁶.

La remisión contenida en el art. 3.2 es, en consecuencia, excepcional, *acotada a los términos no definidos* por el CDI, y supone que en los casos de conflictos de calificación de una renta el Estado de residencia, por aplicar en segundo lugar, no pueda alegar su propio derecho interno para negar la aplicación de la medida para evitar la doble imposición en caso de conflictos positivos o para concederla, en caso de conflictos negativos. De tal forma, el Estado de la fuente, que aplica en primer lugar, ha de hacer un esfuerzo por encontrar el significado común, y solo cuando no lo hubiere encontrado podrá remitirse a su legislación interna. Por su parte, el de la residencia siempre podrá alegar que si había un significado común o que el significado del derecho interno del otro Estado ha sido mal aplicado.

En definitiva, el art. 3.2 MCOCDE es una norma de remisión que determina los preceptos aplicables para construir las normas calificadoras cuando un término no es definido por el CDI y no hay un significado autónomo convencional. Cuando se trata de aplicar el artículo 23 MCOCDE, se entenderá que los términos no definidos por el CDI serán los del Estado de la fuente, que en este caso aplica en primer lugar.

En este punto es necesario aclarar que la remisión se hace a la “legislación” y no al “derecho” interno. Lo incluido variará según lo que se entienda por los Estados contratantes, pues si se trata de un sistema de *common law*, la jurisprudencia y los precedentes entrarán claramente, mientras que en los países del *civil law* dependerá del papel que se le atribuya al precedente jurisprudencial.

296 Las ampliaciones de las definiciones internas para someter a imposición rentas podrían ser constitutivas de un *treaty dodging*. VOGEL 1997: Introduction, párr. 125 y ss.; LANG 2010: párr. 126; DE PIETRO 2014.

Desde el año 1995 se modificó el texto del art. 3.2 para aclarar que el significado de los términos deberá buscarse, en primer lugar, en la legislación relativa a los impuestos comprendidos (párr. 13.1, art. 3.2, MCOEDE), y entendemos que a falta de este seguirán, en su orden, los términos fiscales de otros tributos y los de otras ramas del derecho. En ese mismo año también se esclareció que la remisión se hacía a la legislación vigente en el momento en que se aplicara el tratado²⁹⁷ y no debía interpretarse como una remisión estática²⁹⁸. Los términos no idénticos pero similares también pueden entrar en esta remisión, siempre que sea razonable y acorde a la buena fe²⁹⁹.

Con lo dicho, el art. 3.2 MCOEDE no es un problema sino una solución a los conflictos de calificación, pues no hace una remisión a las legislaciones de los dos Estados contratantes –como dice la OCDE respecto de los conflictos positivos–, sino a uno solo de ellos: al que aplique en primer lugar. Por ello, la pregunta de cuál Estado aplica en primer lugar debe analizarse caso por caso atendiendo a la naturaleza de la norma del CDI carente de significado autónomo. Por principio, podría tenerse que en todos los casos en que un Estado deba conceder el método del art. 23 MCOEDE, ese mismo Estado aplicará en segundo lugar y el otro en el primero³⁰⁰. Es precisamente el caso de los dividendos e intereses, en el que los términos no definidos de manera autónoma serán definidos conforme a la legislación interna del Estado de la fuente, y el Estado de la residencia no podrá alegar su significado autónomo. En definitiva, los conflictos de calificación, tal como han sido descritos por los MCOEDE analizados en este apartado, no existen, pues lo que podrá haber son conflictos interpretativos³⁰¹ que versen sobre las normas convencionales y las normas de derecho interno remitidas. Empero, estas últimas solo serán las de un Estado y no las de ambos.

La solución de los conflictos de calificación se ha fundamentado en la interacción entre los art. 3.2 y 23, especial en la frase de este último que se lee: “De acuerdo con lo dispuesto en este convenio, pueden someterse a imposición”. Tanto para la OCDE como para el International Tax Group, la solución a los conflictos de calificación se encuentra en el artículo de eliminación de la

297 Se agregaron las frases “at any time” y “at that time”. *Vid.* párr. 23, art. 3.º, MCOEDE.

298 Discusión que se presentó en el caso Canadá, Supreme Court, *The Queen v. Melford Developments Inc.* D. T. C. 6281, 1982, en el que se aplicó una interpretación estática de la remisión. *Vid.* AVERY JONES *et al.* 1984.

299 ENGELEN 2004, p. 484 y ss.

300 Con mayores referencias, CASTRO 2012: p. 17-19.

301 En similar sentido, LANG 2010: párr. 128.

doble imposición. Su posición, como lo indican Pötgens y De Heer, parece fundamentarse en el principio de efectividad del derecho internacional público, conocido con la máxima *ut res magis valeat quam pereat*, previsto en la regla general de interpretación del art. 31 CVDT, según el cual los CDI deben interpretarse de forma que permitan eliminar la doble imposición, como es su objeto y finalidad³⁰².

Sin embargo, el recaer en el artículo de eliminación de la doble imposición previsto en el CDI, supone límites. En esencia, los conflictos de calificación los solucionará el Estado de la residencia cuando sea de aplicación el método convencional y no el método interno. Al respecto, el trabajo del International Tax Group es muy detallado y expone cuál sería el alcance de la solución de los conflictos de calificación a partir del tipo de artículo de eliminación de la doble imposición, que pueden ser los siguientes:

1) En primer lugar, aquellos CDI que remiten al método para evitar la doble imposición previsto en el derecho interno. En estos casos las soluciones de los conflictos planteadas por los Comentarios del MCOUDE y por el grupo de autores no aplican y puede ocurrir que la norma nacional bien solucione la doble imposición aun si hay conflicto de calificación o que no lo solucione. En este último supuesto, el resultado podrá ser que: a) se genere doble imposición o b) se genere doble exención. De acuerdo con el International Tax Group, las situaciones de doble imposición son contrarias al objeto general del tratado, que es evitar la doble imposición³⁰³, por lo cual cabría entender que el Estado de la residencia estaría obligado a solucionarla. Por el contrario, las situaciones de doble exoneración no pueden ser evitadas por el tratado.

En nuestra opinión, la solución de los autores es correcta, pero hay que aclarar que las remisiones al derecho interno no comprenden las definiciones, salvo que la remisión sea total, e incluso ahí habrá dudas. De este modo, los conflictos positivos se solucionarán no porque sean contrarios al objeto y finalidad del CDI, sino porque para conceder la desgravación prevista por el derecho interno al cual remite el tratado, el Estado de residencia debe usar la norma calificadora *–i. e.*, la definición– aplicable, que evidentemente sería la convencional.

302 ENGELEN 2004: p. 503-506; AVERY JONES *et al.* 1996: p. 134 y ss.; PÖTGENS & DE HEER 2012: p. 54-62.

303 AVERY JONES *et al.* 1996: p. 125.

2) Aquellos CDI que no contienen una referencia a los métodos internos. En este caso existirá un problema de interpretación del CDI, al cual aplica precisamente la solución que los autores plantean³⁰⁴. Sin embargo, ellos también sostienen que esta afirmación se debe restringir a algunos tipos de normas para eliminar de la doble imposición. En particular, la solución descarta aquellos casos en que el artículo de eliminación de la doble imposición se refiera a un tipo de renta sin determinar el número de artículo. En estos casos, la referencia, por ejemplo, a los “dividendos”, permitiría al Estado de la residencia otorgar a ese término el significado previsto por su legislación interna, pues es esa jurisdicción la que aplica el artículo 23. En otras palabras: de ese Estado depende definir si se trata o no del tipo de renta descrito para la concesión de la eliminación de la doble imposición.

Tal como lo hemos argumentado, la interpretación del International Tax Group según la cual la referencia al tipo de renta sin referencia al artículo le permite al Estado de residencia calificarla conforme a su legislación interna no es correcta, pues si por ejemplo el término usado por el artículo 23 es “dividendos”, lo propio sería definir este término de forma autónoma y considerando la definición prevista en el CDI, ya que el artículo 3.2 no opera de manera automática. Por ello, el asunto, más que radicar en la mención del tipo de renta y no del artículo, radica en la utilización o no de la frase “acuerdo con lo dispuesto en este convenio, pueden someterse a imposición” o similares, que reconocen que el Estado de la fuente, en este caso, ha aplicado el CDI en primer lugar, y por tanto, el Estado de residencia no puede alegar su definición interna para no aplicar el método para eliminar la doble imposición.

Obviamente, cuando la especificación se da por el número del artículo o por el número del artículo y la descripción del tipo, la calificación deberá hacerse siguiendo el significado dado por el Estado de la fuente, en la medida en que es mucho más claro que la sujeción a imposición “conforme a lo dispuesto en el presente convenio” depende la caracterización del Estado de la fuente, que es el que aplica la norma de reparto. El Estado de la residencia, por consiguiente, verificará si la imposición se da conforme al convenio, sin poder alegar sus definiciones propias, y deberá garantizar la eliminación de la doble imposición³⁰⁵.

304 *Id.*

305 *Vid. AVERY JONES et al. 1996: p. 126-145.*

En definitiva, teniendo en cuenta que las consecuencias jurídicas previstas para la calificación primaria del Estado de la fuente y de la residencia resultan restringidas en lo que contradigan los mandatos del CDI, esta investigación permite concluir que es válida la hipótesis de que es perfectamente posible que el tratamiento fiscal de una distribución de beneficios transfronteriza se rija por tres presupuestos de hecho o normas calificadoras distintas: la del Estado de la fuente, la del Estado de la residencia y la del Convenio. Como resultado, la transacción podría ser calificada como dividendo o como otra categoría de renta para cada norma, y así surgirían los conflictos de clasificación de la renta o imposiciones asimétricas, que generen supuestos de doble imposición o doble no imposición.

III. EL RÉGIMEN DE LOS DIVIDENDOS TRANSNACIONALES Y LA AUSENCIA DE NEUTRALIDAD

Abstrayendo los supuestos de sucesivas distribuciones e imposición en cascada, se puede afirmar que desde un punto de vista económico el régimen fiscal de los dividendos internacionales parte de la tributación de los beneficios empresariales de la entidad distribuidora, continúa con el gravamen de la renta de los titulares de las participaciones sociales asignado por el Estado de la fuente y termina con el impuesto que estos últimos sujetos deben pagar en su residencia. Lo anterior puede dar lugar a situaciones de doble imposición jurídica y económica que las más de las veces resultan atenuadas, bien por el Estado de la fuente, al establecer un sistema de integración del impuesto de renta sobre las entidades distribuidoras y sus propietarios, o bien por el Estado de la residencia, al prever un crédito directo que solucione la doble imposición jurídica, o el crédito indirecto y la exención que atenuarán incluso la doble imposición económica. Las interacciones entre las normas de integración previstas por el derecho interno del Estado de la fuente de los dividendos con los preceptos del Estado de la residencia que buscan atenuar la doble imposición económica pueden causar que de los tres niveles de imposición (beneficio-dividendo en la fuente-dividendo en la residencia), se reduzcan a uno o dos. En algunos casos, podrían incluso eliminarse todos los niveles³⁰⁶.

306 Esto puede ocurrir por medio de las relaciones entre los mencionados sistemas de corrección de la doble imposición y a causa de que los conceptos de base imponible, impuesto por pagar, impuesto pagado, beneficios de la sociedad y dividendos no resulten armónicos en ambos Estados. Obviamente estos conceptos no siempre encuentran estas mismas locuciones en la

Todas estas cuestiones suelen ser evaluadas en la negociación de cada convenio, y no es posible decir que la existencia de un nivel de imposición o de ninguna imposición resulte *per se* contraria a los postulados del CDI, ni pueden ser prejuzgadas como elusión o abuso fiscal en el marco del derecho interno, pues bien podrían ser deseadas para fomentar el intercambio económico entre las jurisdicciones, o simplemente pueden obedecer a las faltas de simetría en el tratamiento tributario de las distribuciones internacionales de beneficios. Habrá entonces que analizar las circunstancias concretas, asunto que excede del propósito de este trabajo. En todo caso, el concepto de dividendo previsto en el MCOEDE no puede evitar por sí mismo estos supuestos de doble no imposición. Recuérdese que el Modelo asume un sistema clásico de imposición sociedad-socio, y cuando los dos Estados o alguno de ellos tenga un régimen de eliminación de la doble imposición económica será importante evaluar el reparto del poder tributario y si es del caso, adoptar alguna de las soluciones que la doctrina ha sugerido³⁰⁷, que de forma general no implican modificar la definición de dividendos. No obstante, si ciertos instrumentos que califican como “participaciones sociales” para efectos convencionales (art. 10.3 MCO-

legislación interna, lo cual es parte del problema que se pretende describir, pero para efectos expositivos debemos llamarlos de la forma que consideramos más amplia. Ha de señalarse que existen problemas de conceptualización de la doble imposición económica y su antónimo, dada la especial naturaleza de los dividendos. Por ejemplo, se podría admitir como un caso de doble no imposición jurídica de dividendos se daría cuando el Estado de la fuente concediera una exención a los dividendos pagados por sociedades nacionales como método para eliminar la doble imposición interna, mientras que el Estado de la residencia concede un régimen de exención por participaciones sustanciales. Ese ejemplo, que parece tan claro, contrasta con el supuesto en que el Estado de la fuente incorpora el método de imputación, y el de la residencia, una exención por participación sustancial. En tal caso los beneficios de la sociedad soportarían algún gravamen, aunque puede ser discutible la naturaleza del sistema de imputación, ya que si se considera que el impuesto sobre los beneficios de la entidad distribuidora es un anticipo del impuesto del socio, el gravamen recaería sobre los dividendos, de forma que estos son objeto de una imposición en la fuente y de exención en la residencia, por lo cual no sería posible hablar de doble no imposición jurídica. Por otra parte, se podría decir que hay doble no imposición económica cuando la fuente aplique un sistema de imputación que considere al impuesto sobre la entidad distribuidora como un anticipo del impuesto del socio, al tiempo que el Estado de la residencia permita un crédito fiscal directo e indirecto. En tales circunstancias habría una compensación por los impuestos subyacentes de parte del Estado de residencia, mientras que el de la fuente eliminará la doble imposición económica, lo cual, visto en conjunto, significa un doble alivio que recae en el socio.

307 VAN RAAD 195: p. 45 y ss.; DOENBERG 1995: p. 5 y ss. Párr. 40-67 de los Comentarios al art. 10 MCOEDE.

CDE) generan rendimientos que se ven sujetos a un régimen de eliminación de la doble imposición económica en la residencia y en la fuente, puede ser recomendable evaluar en la negociación de cada CDI la exclusión de esos específicos instrumentos. Es el caso, por ejemplo, de los *juros sobre o capital próprio* brasileños, que en algunos convenios se consideran expresamente intereses, dada su no deducibilidad³⁰⁸.

En efecto, ya habiendo revisado el panorama del régimen fiscal de las distribuciones internacionales de beneficios, se puede ratificar que los dividendos son un elemento de renta delimitado para aplicar ciertas normas de los impuestos sobre la renta y que en términos generales son gravados de forma diferente de la renta ordinaria o de otras categorías creadas por las normas para asignar tratamientos fiscales particulares. Las diferencias previstas por el derecho interno y por los CDI pueden dar lugar dos resultados posibles, que los dividendos resulten gravados de forma más gravosa o más favorable que las demás categorías de rentas. La falta de neutralidad incentiva a los sujetos pasivos a buscar alternativas negociales que permitan obtener el mismo resultado económico con el tratamiento fiscal más favorable, captando o eludiendo el concepto de dividendo y así su régimen jurídico. El arbitraje fiscal aprovecha precisamente estas faltas de neutralidad, sobre todo cuando económicamente los resultados de los negocios son semejantes. Es decir, los contribuyentes buscan que los dividendos internacionales sean recalificados en elementos de renta que económicamente resultan sustituibles, como son: los beneficios empresariales, los rendimientos por la cesión a terceros de capitales propios y las ganancias de capital.

En ese sentido, vale traer a este punto las diferencias a las que hemos hecho referencia atrás entre operar un negocio en un Estado mediante un EP y por medio de una filial, pues por más que la intención de las modificaciones a los CMOCDE 2008 y al MCOCDE de 2010 respecto al artículo 7.º fue eliminar esas diferencias, lo cierto es que aún no existe un tratamiento neutral. Mientras que los dividendos pagados por una filial pueden ser sometidos a imposición a un 5% en el Estado de la fuente según el artículo 10 y gozan de un crédito fiscal de acuerdo con los artículos 23A o B, las transferencias de utilidades de un EP a su casa central se rigen por el artículo 7.º, que permite la tributación ilimitada en la fuente, siempre que no sea discriminatoria (art. 24), y el Estado

308 En los CDI de Brasil con México, Chile, Perú, Portugal, Ucrania, Israel, África del Sur. *Vid.* CALDERÓN 2012b.

de residencia debe conceder una exención (art. 23A) o un crédito fiscal (23B) por todo el impuesto soportado en la fuente. Además, para los dividendos no existe un crédito por los impuestos soportados por la sociedad, y los beneficios del EP, en principio, no podrán ser gravados de forma más gravosa que las empresas nacionales.

En segundo lugar, las diferencias entre participaciones sociales y sus rendimientos (los dividendos) y el endeudamiento y sus rendimientos (los intereses). La similitud entre estos dos últimos hace que la mayoría de los esquemas de planeación fiscal se centren en el arbitraje de las fuentes de financiación. La teoría de las finanzas corporativas ha reforzado esa idea partiendo de la base del teorema Modigliani–Miller, que afirma que la estructura financiera no afecta el valor de una empresa en condiciones de mercado perfectas (sin distorsiones de los tributos, la asimetría de la información y los costos de la insolvencia)³⁰⁹. Los autores de ese teorema reconocieron³¹⁰ años después que la no deducibilidad de los dividendos afectaba las ecuaciones, pues el tratamiento tributario favorable del endeudamiento, en concreto la deducibilidad de los intereses, hacía que el valor de la empresa aumentara si había una mayor *ratio* de deuda³¹¹. Miller en

309 A partir de la contribución del teorema Modigliani–Miller se suelen aceptar dos proposiciones teóricas: 1) que el valor de una empresa no dependería de su estructura financiera si no existieran distorsiones respecto de los tributos, la asimetría de la información y los costos de la insolvencia; 2) la *ratio* entre el endeudamiento y el capital determina el coste del capital en una función lineal, de manera que a mayor *ratio* de endeudamiento, mayor remuneración de los fondos propios, siempre que no haya distorsiones tributarias, costos de transacción y tipos de interés idénticos entre personas naturales y sociedades. MODIGLIANI & MILLER 1958: p. 261–297. Considerando que un escenario en condiciones de mercado perfectas no existe, lo relevante es determinar esas condiciones o variables que lo afectan. Así, las finanzas corporativas buscan analizar cuál es el nivel óptimo de la estructura de capital de una sociedad, a partir de los costos de los siguientes factores: banca rota/insolvencia, agencia, señales externas, gobierno, condiciones macroeconómicas, calificación del riesgo de crédito y *ratios* de endeudamiento aceptables por el mercado. Un resumen de estos factores en: ZABURAITÉ 2012: p. 18. Las teorías sobre las finanzas corporativas son criticadas porque no parecen ser concluyentes en torno al margen ideal de estructura de capital y porque parten del controvertido supuesto de la distinción entre endeudamiento y capital, que en la práctica se viene desdibujando, de manera que más que definir el nivel óptimo de financiación interna y externa, deberían fijar las características óptimas del instrumento financiero. DE MOOIJ 2013.

310 Profundizando sus ideas, entendemos, pues ya habían hecho *ceteribus paribus* del factor fiscal.

311 Ello se explica en que el coste medio ponderado de capital (CMPC) o *Weighted Average Cost of Capital* (WACC) se reducirá, y con ello los flujos de caja descontados serán mayores. Esto se acentúa también si el tipo imponible sobre los beneficios de la sociedad es alto. MODIGLIANI & MILLER 1963: p. 268.

1977 matizó la importancia de la deducibilidad, argumentando que la imposición de los réditos de la financiación, cuando son obtenidos por personas físicas, se compensa en algún grado con las ventajas del endeudamiento en la entidad financiada, en la medida en que los intereses tienen un costo fiscal mayor en el beneficiario que los dividendos, gracias a que los sistemas de integración permiten desgravaciones para las participaciones en beneficios que no existen para los intereses³¹². En cualquier caso, para que la matización de Miller sea válida, se deben excluir las operaciones internacionales, los supuestos en que hay tipos proporcionales y menores para personas físicas y, por su propio planteamiento, la financiación intragrupo. De tal forma, hemos de aceptar que el ámbito real de la afirmación del autor está bastante restringido³¹³, más aún si se tiene en cuenta que las diferencias no tributarias pueden limarse para obtener el tratamiento tributario más conveniente, sobre todo cuando existen partes relacionadas, pero incluso fuera de esos supuestos también creando híbridos o mediante financiaciones estructuradas³¹⁴. Con todo, debe admitirse

312 MILLER 1977: p. 261-275. Incluso se ha afirmado que la reducción de los tipos para personas jurídicas, y no para las personas físicas, ha generado una distorsión entre los intereses y las utilidades no distribuidas cuando el receptor es una persona física, pues las primeras se gravarían al tipo del IRPF y las segundas a un tipo menor aplicable a las sociedades. SCHÖN 2009: p. 5.

313 Actualmente se acepta de forma general que el factor tributario es importante, pero el grado en que lo es discutible, pues por ejemplo, el sobreendeudamiento puede generar riesgos cuyos costos disminuyen las ventajas fiscales de la deuda. Una revisión de la literatura contemporánea sobre este aspecto se puede consultar en: GRAHAM 2013: p. 149. Las fricciones tributarias se potencian o disminuyen con las demás fricciones existentes en el mercado, las cuales tienen como origen, en alguna medida, los distintos efectos que se les asigna al endeudamiento y al capital en el derecho privado y el contable. El resultado conjunto de los incentivos positivos o negativos en la entidad financiada y en los inversionistas tiene influencia en la estructura de capital de aquella. Desde el punto de vista de las finanzas corporativas, en el mundo real las dos categorías de financiación envuelven distintos grados de riesgos y compensaciones, aunque tienen un único destino: constituir los recursos económicos de la empresa. Así lo reconoce el International Tax Dialogue, al afirmar que muchas veces es indiferente la distinción y “la variación de las *ratios* de deuda/capital solo representa un cambio en la estructura de participación de un determinado perfil de rentabilidad/riesgo entre acreedores y accionistas”, aunque las tasas de interés, las calificaciones de las agencias y la posibilidad de acceso al crédito son algunos de los factores que pueden marcar diferencias entre una y otra”. INTERNATIONAL TAX DIALOGUE (FMI-OCDE) 2009: p. 12 y 13. FERNÁNDEZ DEL POZO 1992: p. 54.

314 Estudios empíricos han evidenciado que los altos grados de endeudamiento se dan en compañías asentadas en aquellos Estados que tienen altos tipos impositivos y mayores costos de financiamiento, lo que demuestra, por un lado, que la subcapitalización se da para reducir la tasa efectiva de tributación del grupo de compañías vinculadas y que no solo ocurre por razones fiscales, pues el costo y la oportunidad de financiamiento en el Estado donde esté la entidad

que en materia internacional existe una sistemática preferencia de los sistemas tributarios por el endeudamiento, que no encuentra razones de política fiscal fuertes para justificarla y que seguramente fue un factor agravante de la crisis financiera de 2009³¹⁵. Su origen se halla en la no deducibilidad de los dividendos, que en últimas significa la tributación en la fuente, y aunque la fiscalidad en el receptor de los dividendos pueda equilibrar el tipo efectivo soportado por la financiación globalmente considerada, lo cierto es que los intereses se gravarán en la residencia, tal como se observa de la práctica de los CDI y de la Directiva Matriz-Filial³¹⁶. Es palpable que existen regímenes tributarios que les permiten a los particulares omitir o reducir la importancia de este segundo factor cuando el tipo impositivo sea menor o nulo para los intereses en la re-

receptora de los recursos los tienen en cuenta también los administradores. KNÖLLER 2011: p. 320.

315 DE MOOIJ 2011.

316 La tributación de los intereses en la residencia, y de los dividendos en la fuente, es una constante en la fiscalidad internacional. En el derecho la Unión Europea la Directiva Matriz-Filial y la de Intereses y Cánones prevén una exención de la retención en la fuente/origen de la renta, pero aquella exime también la renta para efectos del Estado de residencia del perceptor, bien sea mediante el otorgamiento de una exención o de un crédito indirecto para los dividendos, mientras que esta supone que los intereses tributan en dicho Estado. Por su parte, los CDI que siguen el MCOUDE otorgan el mismo tratamiento para dividendos e intereses, en el sentido de que los impuestos pagados en la fuente serán acreditables en la cuota del impuesto que ha de pagar el inversor en dicha jurisdicción. Sin embargo, las diferencias se dan desde una perspectiva económica. Por un lado, los intereses según el derecho interno del Estado de origen son deducibles usualmente, por lo cual solo tributan en la fuente lo equivalente a la retención en la fuente, y en la residencia tributan por el exceso de la cuota que les corresponda menos el crédito. Por el otro, los dividendos tributan en la fuente al tipo permitido por el CDI de retención, y económicamente soportan el impuesto subyacente sobre los beneficios. En la residencia del inversor, solo se puede acreditar en la cuota el monto de la retención. En consecuencia, mientras que económicamente el inversor de un instrumento generador de intereses puede deducir de la cuota en el Estado de residencia toda la imposición soportada en el Estado de la fuente, el inversor de un instrumento generador de dividendos debe asumir el impuesto subyacente. Por último, las diferencias tampoco desaparecen cuando los CDI contienen métodos para evitar la doble imposición económica de dividendos, pues tal como ocurre en el derecho de la Unión Europea, se supone que los dividendos tributan en la fuente y los intereses en la residencia, sin contar con las diferencias de elementos de conexión objetivos, pues los intereses tendrán el criterio de origen y los dividendos el de fuente como residencia de la entidad distribuidora. Sobre las diferencias que venimos comentando y otras que exceden de nuestro objeto por versar sobre otros elementos del hecho imponible, *vid.* BROWN 2012: p. 28-31; BLESSING 2012: p. 198-200; ZABURAITÉ 2012: p. 21-26; AULT & ARNOLD 2003: p. 465-466; SCHÖN *et al.* 2009: p. 2-8; HINNY 2008: p. 20.

sidencia³¹⁷, asunto que ha tendido a ser común gracias a la competencia fiscal internacional³¹⁸ y a que los principales inversores hoy son entidades exentas o compuestas por capitales de individuos que tienen un régimen de transparencia, como son los fondos de pensiones³¹⁹.

Por último, otra diferencia sustancial se plasma entre los dividendos y las ganancias de capital por la enajenación de participaciones sociales, bien sea de los resultantes de la cuota de liquidación total o parcial de la entidad, la reducción del capital o de la venta de ellas, ya que estas por lo general son gravadas con impuestos independientes al IRPF y el IS, o incluso cuando se incluyen en estos, tienen reglas específicas de cuantificación que por lo general dan un tratamiento más favorable o incluso las consideran exentas³²⁰. Además, las ganancias patrimoniales se gravan en la residencia de quien las obtiene, a diferencia de los dividendos. Esa regla se mantiene en los CDI, pues el art. 13.5 del MCOCDE señala que los demás activos, incluso las participaciones sociales no afectas a un EP, tributan exclusivamente en la residencia. De todas formas, el tratamiento fiscal diverso entre ambas categorías es la causa de la ausencia de neutralidad frente a otros tipos de renta que económicamente son sustituibles³²¹. Los CDI también contienen esa distinción, pues mientras que las ganancias de capital por la enajenación de participaciones sociales de acuerdo con el artículo 13.5 MCOCDE deben ser gravadas en el Estado de la residencia, los dividendos suelen tener un gravamen limitado en la fuente de acuerdo con los porcentajes pactados.

317 Las diferencias en los tipos nominales de los impuestos sobre sociedades crean la oportunidad para que las multinacionales prefieran financiar a sus subsidiarias con deuda y no con capital. DE MOOIJ 2011: p. 6-7.

318 SCHÖN 2009: p. 5 y ss.

319 Esta ausencia de neutralidad merece repensar los sistemas de integración del impuesto de sociedades y los accionistas. Si bien inicialmente con los sistemas de imputación podrían permitir una neutralidad entre la financiación con deuda o con capital cuando fuera ofrecida por dichos fondos, ello no ocurre con los sistemas arbitrarios de eliminación de la doble imposición que se han venido extendiendo en los últimos años, pues los beneficios distribuidos a las entidades exentas deben soportar el impuesto de sociedades de la entidad distribuidora. *Vid.* HARRIS 2010: p. 588; en la misma línea: VANN 2003: p. 69.

320 Párr. 2-6, art. 13, MCOCDE; AVERY JONES *et al.* 2006: p. 249. En ocasiones las ganancias de capital por la liquidación de la sociedad otorgan el derecho a los socios de eliminar la doble imposición económica, pero en otras ello no es así. VAN FRAEYENHOVEN 1987: p. 46.

321 SIMONTACCHI 2007: p. 136; AVI-YONAH 2010: p. 4; BREALEY, MYERS & ALLEN 2011: p. 404; POLITO 2012: p. 3-4.

IV. CONCLUSIONES PRELIMINARES

1) El concepto de dividendos ha sido relevante en los impuestos sobre la renta de carácter real y personal a lo largo de toda su historia. En especial, su importancia se aprecia en los criterios de conexión objetivos, que devienen de esos primitivos impuestos reales sobre la renta, y en los cuales fue necesario distinguir si el rendimiento que obtenían los socios tenía como fuente las actividades económicas de la entidad o la participación social, dando lugar a dos respuestas: los criterios de origen y fuente, respectivamente. En el ámbito mundial la residencia de la entidad distribuidora es el criterio de fuente más extendido. Ahora bien, los impuestos globales sobre la renta son en realidad el resultado de una paulatina sistematización de los tributos reales, y no han logrado el grado de pureza teórica deseado por Von Schanz. Por ello la definición de dividendos sigue siendo relevante para categorizar un elemento de la renta global del beneficiario, que económicamente soporta doble imposición (gracias a que su pago no fue deducible de la base imponible de la entidad distribuidora) y que, por tanto, debe recibir un tratamiento fiscal particular (cap. I, aptdo. I. A.).

2) La necesidad de distinguir los dividendos en las normas del impuesto sobre la renta radica en la admisión de las personas jurídicas como sujetos del tributo, de forma que se crea la ficción de que la entidad distribuidora obtiene su propia renta y que los socios obtienen rendimientos derivados de la participación social. Es así como las normas internas utilizan definiciones de dividendos para caracterizar dos objetos imposables distintos: los dividendos pagados por una entidad residente a un no residente (*outbound dividends*) y los pagados por una entidad no residente a un residente (*inbound dividends*). En cuanto al primer objeto imponible, destacan las reglas que regulan la no deducibilidad de las remuneraciones de los fondos propios de la entidad y las que recaen sobre la imposición del receptor o beneficiario de los dividendos. Por su parte, el segundo objeto comprende los preceptos que determinan la obligación personal de contribuir y, en lo que interesa a este libro, los que permiten eliminar la doble imposición jurídica y económica. (cap. I, aptdo. I. B.).

a) La no deducibilidad de los dividendos se relaciona estrechamente con el gran debate de la hacienda pública contemporánea sobre la imposición de las sociedades y los socios. La revisión de las discusiones doctrinales permite concluir que salvo en los sistemas de unidad, esto es, en los que el impuesto de sociedades como tal desaparece, la definición de dividendos es relevante

para caracterizar ese objeto imponible que constituye la renta obtenida por el socio por medio de la sociedad. Es así como los sistemas clásicos o de integración requieren siempre el concepto de dividendos, y la amplitud o estrechez de la definición depende directamente del grado de neutralidad logrado por tales sistemas, puesto que las tres grandes asimetrías que se generan por la existencia del impuesto de sociedades se relacionan directamente con los tres elementos del concepto abstracto de dividendos. Esto es, la asimetría de la forma de organización de la empresa con el elemento de la entidad distribuidora de dividendos; la asimetría en las fuentes de financiación (endeudamiento y capital) con las participaciones sociales; y la asimetría en la forma de generar retribución al socio con la relación entre las participaciones y la renta. Es relevante tener en cuenta que los sistemas de integración suponen variaciones en la cuantificación del impuesto sobre la renta de los dividendos, pues mientras que los que desgravan al nivel de la entidad distribuidora aumentan la carga fiscal de los dividendos, los que operan en el nivel de los socios o propietarios la reducen. Además, tales mecanismos hacen que la fiscalidad de los dividendos sea sumamente compleja, pues en los casos más extremos clasifican los beneficios (entre los distribuidos y no y los gravados al tipo general, gravados a tarifas inferiores y no gravados) y al receptor de los dividendos (sujetos a IRPF, al IS o IRNR; relación con la sociedad –alto o bajo grado de participación o socios activos o pasivos–). (cap. I, aptdo. I. B.1).

b) La obligación personal de contribuir en el Estado de la residencia del receptor o beneficiario fundada en concepciones de impuestos globales sobre la renta puede generar doble imposición de carácter económico y jurídico. En la práctica, los Estados deben admitir la categorización de las rentas; en particular, requieren distinguir los dividendos como un objeto imponible que por motivos económicos –neutralidad en la exportación o en la importación de capitales– deben tener la posibilidad de eliminar la doble imposición sociedad-socio. Para ese propósito los métodos de exención y de crédito indirecto son las medidas usualmente incorporadas por las legislaciones internas, aunque la tendencia mundial es la de reemplazar este por aquel. La investigación ha permitido concluir que la adopción de tales medidas para los dividendos en el Estado de la residencia del receptor o beneficiario puede causar tratamientos fiscales dispares –ausencia de neutralidad– con otros tipos de rentas que, en buena medida, son sustituibles económicamente. Ello ocurre con los intereses, los beneficios obtenidos por medio de un EP y las ganancias de capital por enajenación de participaciones sociales. Además, la común clasificación entre dividendos provenientes de participaciones sustanciales y de inversiones de

portafolio es una decisión obtusa si se tiene en cuenta que en ambos casos hay doble imposición económica y la diferencia entre una y otra es totalmente arbitraria. Así mismo, se observa que el reconocimiento de hechos y actos emitidos conforme a la legislación extranjera puede generar faltas de consistencia (en los términos usados por Vogel, *problemas de sustitución*), ya que los tres elementos del concepto abstracto de dividendos son definidos de acuerdo con dos ordenamientos diferentes, y dentro de estos habrá al menos una definición mercantil y otra tributaria, así que por cada elemento habrá por lo menos cuatro respuestas posibles. De tal manera, el problema de la relación entre los conceptos jurídico-privados con el derecho tributario crece exponencialmente cuantos más ordenamientos jurídicos conectan la operación. Es así como surgen los conflictos en la clasificación de la entidad distribuidora de los instrumentos financieros y de los rendimientos, que actualmente se pretenden solucionar fijando las características tributarias más relevantes de los dividendos en los presupuestos de hecho de los métodos de eliminación de la doble imposición económica sociedad-socio, como es que la entidad sea un contribuyente independiente y que el rendimiento no sea deducible de la base imponible. Así se viene planteando en el Proyecto BEPS y en la LIS española que rige a partir del 1.º de enero de 2015. En cualquier caso, la adopción de esas características fiscales genera serias inquietudes, puesto que si se adopta la deducibilidad como factor relevante para caracterizar a los dividendos, habría que preguntarse si tendría sentido excluir los intereses u otras rentas no deducibles en virtud de normas objetivas de limitación (p. ej., *interest barriers*) o si es lógico incluir en la medida para eliminar la doble imposición económica en residencia (especialmente en el caso de exención) aquellos pagos que, a pesar de no ser deducibles, tengan derecho a eliminar la doble imposición económica en la fuente (cap. I, aptdo. I.B.2).

3) Los “dividendos” son una categoría de renta definida e incorporada en el artículo 10 del MCOEDE, al igual que en la mayoría de los CDI suscritos, cuyo efecto es distribuir la potestad tributaria de los Estados contratantes y eliminar la doble imposición. Es decir, la definición de dividendos prevista en el art. 10.3 del MCOEDE se aplica a la calificación secundaria que requieren los CDI y que, como bien se sabe, se superpone a la calificación primaria hecha bajo las normas internas. De esta forma, los tratados imponen restricciones a los Estados contratantes, que por lo general consisten en una tributación limitada en la fuente (art. 10.2), a menos que las participaciones se vinculen efectivamente a un EP en dicho Estado (art. 10.4), y una tributación ilimitada

en la residencia del receptor directo o beneficiario efectivo (art. 10.1), aunque al ser una norma de distribución incompleta, el Estado de la residencia debe garantizar su eliminación por medio del método de imputación o de crédito fiscal directo *–tax credit–* según las reglas previstas en el artículo 23A o 23B MCOUDE (cap. I, aptdo. II).

a) Según el Modelo, las pretensiones impositivas del Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos se manifiestan en dos momentos: al gravar los beneficios de dicha entidad y al gravar los dividendos o repartos de beneficios a sus propietarios. De ahí que el art. 10 del Modelo implícitamente señale que la fuente de los dividendos es el Estado de residencia (convencional) de la entidad distribuidora de dividendos (art. 4.º MCOUDE). A tal efecto, el art. 10.5 define una serie de supuestos de criterios de conexión que se consideran extraterritoriales, como el criterio de “origen” de los beneficios o la imposición en el Estado perdedor de la residencia convencional de una entidad con doble residencia que pretenda gravar con el criterio de la fuente de los dividendos pagados por tal sociedad que es residente para efectos internos pero no para efectos de los CDI. Por el contrario, dicha prohibición no incluye los elementos de conexión apoyados en el lugar de pago de los dividendos, ni en la residencia del beneficiario sujeto a normas de transparencia fiscal internacional, ni a buena parte de los tributos que operan como un segundo nivel de imposición sobre los EP (*branch taxes*) (cap. I, aptdo. II.A.1).

El art. 10.2 del Modelo impone límites porcentuales al tipo impositivo de los tributos aplicados en la fuente que recaen sobre el beneficiario efectivo de los dividendos, pero sin afectar la potestad de gravar a la entidad distribuidora. A tal efecto el apartado segundo delimita al receptor de los dividendos. En particular, al exigir que sea el beneficiario efectivo y en cuanto al apartado a), que el sujeto posea la participación en el capital y que no sea una *partnership*. La práctica convencional permite observar que en muchos casos se incluyen o excluyen expresamente ciertos receptores de dividendos. En todo caso, la expresión *beneficiario efectivo* ha supuesto grandes discusiones en la doctrina y la jurisprudencia, y en el MCOUDE de 2014 se ha entendido como el sujeto que tiene la propiedad jurídica de la renta. Por su parte, la definición de dividendos del art. 10.3 se refiere a la fuente de la renta, pero no señala las características ni predetermina la atribución al receptor, receptor directo o beneficiario efectivo (cap. I, aptdo. II.A.2).

El MCOUDE parte de la base de que los sistemas de tributación sociedad-socio del derecho interno de los Estados contratantes son del tipo clásico. Por

ello, redacta una norma que tiene una reciprocidad formal, al limitar a unos mismos porcentajes nominales la imposición sobre los dividendos. Sin embargo, los sistemas de integración adoptados por las legislaciones implican que el objeto imponible es una misma renta gravada con dos hechos imponibles que recaen en dos entidades distintas, de forma que la carga fiscal decidida desde la política fiscal se escinde y parte de ella recae en los dividendos. Cuando dichos sistemas llevan a una mayor imposición de los dividendos, el Modelo no es adecuado para garantizar la reciprocidad efectiva. Visto desde otro ángulo, se puede observar también que el reparto queda abierto a la configuración de la legislación del Estado de residencia de la entidad distribuidora, que puede aumentar a imposición de esta y afectar la reciprocidad efectiva. De ahí que se hayan propuesto modificaciones al art. 10.2 del Modelo cuyo límite considere el monto total de tributación de los beneficios en la entidad y de las distribuciones (cap. I, aptdo. II.A.3).

b) En cuanto a la residencia del beneficiario o receptor directo, el art. 10.1 ratifica la competencia general de imposición que se atribuye al Estado de la residencia en el MCOEDE. Sin embargo, los CDI obligan a dicha jurisdicción a eliminar la doble imposición jurídica de acuerdo con el método previsto, el cual depende de la definición de dividendos tanto en la redacción del art. 23A, como en el art. 23B del Modelo. En ambos preceptos existe una asimetría respecto al método previsto para los dividendos y para los beneficios empresariales que puede generar arbitrajes (cap. I, aptdo. II.B.). Aunque al comienzo de nuestra investigación el ámbito de aplicación de la definición del art. 10.3 del Modelo resultaba ser un tema que suponíamos claro y quizá alejado del objeto del libro, al avanzar en la revisión de la literatura y la jurisprudencia encontramos confusiones que pretendemos aclarar en el capítulo I. En ese sentido, el método convencional se aplica cuando el método interno no elimina la doble imposición. En tales circunstancias la calificación secundaria requiere utilizar como norma definitoria al art. 10.3, incluso cuando los métodos del CDI contengan remisiones a la legislación interna del Estado de residencia, puesto que la única forma de determinar si la imposición en la fuente ha sido “con arreglo/de acuerdo con las disposiciones del” Convenio es calificando la renta con las definiciones correspondientes (cap. I, aptdo. II.B.1). Además, aunque haya posiciones en contrario de importantes autores, hemos defendido que el artículo 10.3 es la norma calificadora del método bilateral cuando ese precepto se refiera al elemento de renta caracterizado por el número de artículo (*i. e.*, art. 10), por el número de artículo y descripción (*i. e.*, los dividendos del art. 10) e incluso simplemente por la descripción (*i. e.*, los dividendos). Debe aclararse que los

dividendos derivados de participaciones vinculadas efectivamente a un EP configurado en el mismo Estado de la fuente de renta tendrán derecho al método previsto para los beneficios empresariales con EP y no el de los dividendos, por más que los tratados se refieran genéricamente a las rentas gravadas conforme al art. 10 sin distinguir entre el inciso segundo y el cuarto (cap. I, aptdo. II.B.2).

Ahora bien, teniendo en cuenta que los métodos convencionales, en principio, usan la definición de dividendos del art. 10.3, mientras que los internos utilizan sus propias definiciones, se pueden presentar problemas cuando el método interno no resuelva la doble imposición por causa de tener un significado más restrictivo de dividendo que el previsto en los CDI, como ocurrió precisamente en el caso *Memec PLC v. IRC*. También es posible que los tratados tengan un significado más estrecho que el interno y que se señale falazmente que el método interno no aplica por esa causa, como parece ocurrir en la jurisprudencia de los JSCP brasileños obtenidos por residentes españoles. Es evidente que se confunden así los ámbitos de aplicación de cada definición, cuando es innegable que cada una tiene una finalidad distinta. Por último, si el CDI remite irrestrictamente a los métodos internos y ello comprende la definición de dividendos, se aumenta la probabilidad de que se presenten conflictos de calificación en sentido amplio (de tipo negativo o positivo) que no resolverían los CDI (cap. I, aptdo. II.B.3).

Por el contrario, cuando el art. 10.3 es la norma que define el reparto, los conflictos de calificación se resuelven limitando las posibilidades de argumentos para denegar el método de eliminación de la doble imposición de parte del Estado de residencia del beneficiario, ya que esa jurisdicción no podrá aplicar sus definiciones internas de dividendos o de las palabras utilizadas para definirlos en el art. 10.3 del Modelo. Con lo dicho, llegamos a un resultado similar, pero no igual, al del Informe de *Partnerships* y del International Tax Group, ya que en nuestra opinión no existe ninguna norma que justifique la vinculación del resultado de la calificación del Estado de la fuente al de la residencia; solo existe un problema de norma aplicable. De todas formas, es evidente que una distribución internacional de beneficios puede ser objeto de faltas de consistencia, concretadas en conflictos de clasificación de rentas, ya que al menos tres normas definitorias pueden aplicar: la del Estado de la fuente, la del Estado de la residencia y la del CDI (cap. I, aptdo. II.B.4).

4) Gracias a los efectos que prevean los CDI y las legislaciones internas, el régimen fiscal de los dividendos internacionales no es neutral con el tratamiento previsto para los beneficios empresariales, para los intereses y para las

ganancias de capital. Esta asimetría genera posibilidades de arbitraje fiscal, ya que económicamente los diferentes tipos de rentas son fácilmente sustituibles en la mayoría de los casos. En ese sentido, es importante hacer una revisión de la literatura de las finanzas corporativas. De ella se debe concluir que los costos fiscales que afectan la rentabilidad, desde que el ingreso es percibido por la entidad distribuidora hasta su gravamen en la residencia del perceptor o beneficiario, pueden llevar a una ventaja comparativa de los intereses sobre los dividendos y de las formas alternativas de remuneración al accionista. En cualquier caso, no solo la no deducibilidad de los rendimientos de los fondos propios es relevante, sino también la retención en la fuente de los dividendos y el gravamen en la residencia. De esta forma, hay al menos tres aspectos respecto de los cuales puede haber diferencia con los intereses, con los beneficios empresariales con EP o sin este y con las ganancias de capital (cap. I, aptdo. III).

La definición de dividendos prevista en los CDI

Una vez resuelta la cuestión de la aplicación de la definición convencional de dividendos, el siguiente problema que se presenta es su interpretación, asunto que hoy tiene tanta importancia como la que reconocía el Comité de los Cuatro Economistas en 1927 al afirmar que uno de los asuntos preliminares para hacer un CDI era definir los términos de tal forma que no hubiera posibilidad de ser malinterpretados. Al revisar la doctrina o la jurisprudencia en torno al concepto y tributación de los dividendos, parece que dicha afirmación, aun cuanto razonable, ha sido ingenua. Hoy está claro que los conceptos utilizados en la fiscalidad internacional están lejos de ser claros y precisos, porque la aplicación del DTI resulta compleja. Y lo es, puesto que se trata de una rama del derecho en la que hay una interacción de ordenamientos jurídicos, en la cual existen múltiples aplicadores sin que encuentren un órgano de cierre que decida de manera uniforme y en último término una cuestión problemática, al tiempo que distintos contextos históricos y sociales rodean a cada uno de los aplicadores. De esta forma, parece que pueden existir varias respuestas interpretativas posibles¹. Este libro pretende demostrar que es posible reducir la complejidad en la interacción de ordenamientos jurídicos respecto a la definición de dividendos mediante la correcta aplicación de un tratado. Para ello, este capítulo busca precisar los métodos y elementos de interpretación de tales convenios, lo que nos guiará hacia una revisión de su evolución histórica a partir de los primeros tratados y normas armonizadoras de los impuestos sobre la renta y el patrimonio, pasando por el MCOUDE y sus Comentarios más recientes y cerrando con las variaciones que pueden encontrarse en la práctica convencional. Por último, se analiza la relación entre la definición del art. 10.3 y las normas antiabuso internas, como corolario de los apartados primero y segundo del capítulo y como presupuesto esencial para abordar los elementos del concepto de dividendos en la siguiente sección.

1 La aplicación del derecho tributario internacional plantea serios cuestionamientos a las teorías del derecho como interpretación, en especial la tesis de DWORKIN en torno a la existencia de una sola respuesta jurídica posible, ya que habrá casos en que no podríamos determinar claramente un único *órgano de aplicación*, ni mucho menos un solo *ordenamiento jurídico*, ni un solo *contexto histórico y social* que permita inferir principios que den la única respuesta válida. Una posición contraria puede encontrarse en: ROCHA 2009: p. 105-112; DWORKIN 1986: p. 313 y ss.

I. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS

Los CDI gozan de una doble naturaleza (*dual or twofold nature of DTCs*), en tanto que son derecho internacional público (de carácter especial) y al tiempo tienen un reconocimiento en el derecho interno². A pesar de que no son las únicas normas que forman parte del ordenamiento internacional³, es difícil que puedan resultar antinomias entre sus mandatos y otras fuentes de ese sistema normativo⁴. Excepcionalmente podrían darse tales antinomias si el Estado de la residencia de la entidad distribuidora abusara del art. 10.3 MCOCDE, como ocurriría cuando se ampliaran los supuestos cubiertos por la remisión y se alejara de la buena fe consagrada como regla para la aplicación y la interpretación en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT). Ello podría calificarse como un desconocimiento directo del Convenio –*treaty override*–, lo cual le permitiría al otro Estado contratante solicitar la terminación o suspensión del tratado en los términos del artículo 60 CVDT, o la responsabilidad internacional del Estado infractor, pues las antinomias entre el derecho internacional y el derecho interno se solucionan en favor del internacional, según la doctrina, la jurisprudencia y el derecho positivo internacional⁵. Los derechos se ejercen por medio de los mecanismos de solución de controversias previstos por el derecho internacional público, salvo disposiciones específicas que tengan los tratados, como el procedimiento amistoso y el arbitraje como fase final de dicho procedimiento (art. 25 MCOCDE).

2 HELMINEN 2010: p. 32.

3 Los demás tratados, los principios generales del derecho internacional, la costumbre y el derecho de gentes también lo componen, según lo indica la norma de reconocimiento prevista en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia (en adelante, TIJ). DIEZ VELASCO 2007: p. 116–118.

4 Fuera de la primacía del *ius cogens* que prevé el artículo 53 de la CVDT, no existe un criterio de jerarquía entre las fuentes del derecho internacional, lo que supone que en caso de antinomias se deba acudir a los criterios de *lex posterior derogat priori* y norma especial prima sobre la general. Así lo ha puesto de presente el Tribunal Internacional de Justicia (en adelante, TIJ) en sentencia de 12 de abril de 1960. *Cf.*: DIEZ VELASCO 2007: p. 119.

5 *Vid.* GONZÁLEZ, SÁNCHEZ & SÁENZ DE SANTAMARÍA 2008: p. 319 y ss. El autor referencia sentencias de la CPIJ y la CIJ que lo han puesto de relieve, como CPIJ, Serie A/b, n.º 44; CIJ de 26 de abril de 1988. En cuanto a normas positivas, estaría el principio general del derecho internacional de *pacta sunt servanda* y la CVDT, artículo 27.

El desconocimiento del tratado puede darse de forma directa⁶ o indirecta, en este último caso por medio de lo que se ha llamado un quebrantamiento de los objetivos del tratado –*treaty dodging*–⁷, como ocurre, por ejemplo, cuando los art. 3.2 y 10.3 del MCOCDE son objeto de abuso por la ampliación, de mala fe, de las definiciones internas de los términos no definidos en el tratado o cuando se modifica la tributación de las rentas, de manera que reciban el mismo tratamiento tributario de las acciones para ampliar el concepto de dividendo convencional. Así mismo, una errónea interpretación de los tratados podría darse por medio de una decisión judicial o administrativa de carácter particular o incluso mediante una reglamentación del CDI.

Ahora bien, el artículo de dividendos que contienen los CDI también es derecho interno y debe aplicarse de forma coherente con las demás normas que forman parte de tal ordenamiento⁸. Las relaciones entre la definición y el derecho interno dependen, en primer lugar, de la recepción de los CDI en el ordenamiento de un Estado, asunto que más allá de las teorías del monismo y el dualismo, supone concretar la resolución de dos problemas: 1) qué norma aplicar cuando hay antinomias entre reglas internas e internacionales y 2) si el derecho internacional se aplica o no directamente, y en caso negativo, qué proceso se debe seguir para que la norma internacional sea válida en el orden interno.

6 Cómo se verá, cuando no existe una regla clara que determine la prevalencia del tratado en el orden interno, es posible que normas locales lo hagan ineficaz tratado. Los Estados Unidos de América y otros países del *Common Law* son más dados a desconocer los tratados. Debe subrayarse que la OCDE en 1989 expidió un informe que exhortaba a los Estados a no incumplir los tratados por medio de la expedición de normas que pasaran por el legislativo o de la aplicación en casos concretos, pues ello viola el principio de *pacta sunt servanda* (Preámbulo y art. 26 CVDT) y el artículo 27 CVDT, que no admite como excusa para el incumplimiento de un tratado una norma del derecho interno. OECD 1989: párr. 13 y apdo. VI, “Sugestions for Action”; y Annex A, “Recommendation of the council Concerning Tax Treaty Override”. El *treaty override* se puede dar de manera directa cuando una ley deroga un tratado o una decisión administrativa o judicial desconoce las obligaciones convencionales. Para efectos de este trabajo, es interesante señalar la Sección 894 del Internal Revenue Code estadounidense, que permite denegar los beneficios del tratado para pagos realizados por medio de entidades híbridas. Para una defensa del *treaty override* practicado por los Estados Unidos, *vid.* AVI-YONAH 2005.

7 El término es utilizado por VOGEL 1997: explanatory notes n.º 125; AGUAS 2003: p. 62; VILLA-NUEVA 2008: p. 1293.

8 GONZÁLEZ, SÁNCHEZ & SÁENZ DE SANTAMARÍA 2008: p. 319; ROCHA 2009: p. 18 y ss.; CASTRO ARANGO 2012b: p. 27.

Estas preguntas encuentran las más variadas respuestas legales y jurisprudenciales en cada Estado⁹, que respecto de la segunda pregunta son clasificadas por la doctrina así:

recepción indirecta –cuando sea necesario un acto transformador del Legislativo para la incorporación– y recepción directa, cuando no sea necesario. A su vez, los sistemas de recepción directa podrán ser no automáticos –si es precisa una intervención administrativa interna, como la publicación– o bien automáticos cuando los órganos del Estado no intervengan de ningún modo para que se produzca la recepción¹⁰.

-
- 9 En muchas ocasiones se ha distinguido entre las fuentes del derecho internacional para responder de forma distinta a cada una de ellas. Es el caso de la costumbre internacional que en muchos Estados no se permite aplicar directamente. Un ejemplo de clasificación de tratados se encuentra en la Constitución colombiana, que hace prevalecer en el orden interno solo los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 93). Por otra parte, un ejemplo de una Constitución abierta a la recepción automática de todo tipo de normas internacionales era la alemana de 1919, que indicaba: “las reglas universalmente reconocidas del derecho internacional forman parte integrante del derecho alemán”. Un análisis detallado del tema, que se refiere solo a la clasificación de los tratados internacionales, se encuentra en: JACKSON 1992: p. 310-340.
- 10 FERNÁNDEZ, SÁNCHEZ & ORTEGA 2004: p. 328. En igual sentido VOGEL & PROKISCH 1993: p. 62, señalan: “Casi todos los Estados que realizaron informes señalan la existencia de normas que trasponen los CDI al derecho interno y/o [*sic*] dan la misma validez que la legislación nacional. Tres grupos se pueden distinguir: en el primer grupo (Bélgica, Países Bajos, EE.UU.), los tratados internacionales se convierten automáticamente en una parte del derecho interno tan pronto como entre en vigor, sin la necesidad de una aprobación parlamentaria. En el segundo grupo (Alemania, Italia), los tratados internacionales, como tal[es], no tienen ningún efecto jurídico interno, sino que necesitan una aprobación legal que, una vez promulgada, les confiere las mismas consecuencias que en el primer grupo. En el tercer grupo (Dinamarca, Israel, Nueva Zelanda, el Reino Unido) es necesaria una transformación de las disposiciones convencionales en la legislación interna los tratados, es decir, como tal[es], no tienen ningún efecto: es la norma respectiva del tratado que debe ser respetado”. Finalmente, ROHATGI 2008: p. 33, sostiene que existen dos tipos de países: 1) efecto directo: los tratados son autoejecutables y automáticamente se convierten en ley interna cuando son ratificados. El principio monista prevé que son obligatorios bajo la ley local sin que haga falta legislación adicional (ejemplos: Francia, Japón, Luxemburgo, Holanda, Portugal, España y Suiza). En algunos países requieren un acto formal o procedimental de la rama ejecutiva o legislativa para incorporarlos en la ley interna. (ejemplos: Austria, Bélgica, Alemania, Estados Unidos). 2) Efecto indirecto: las disposiciones de los tratados deben ser promulgadas como parte de la ley interna y requieren trámites legislativos especiales. Las cortes no pueden hacer cumplir las disposiciones de los tratados hasta que sean “transformados” en ley, usualmente por medio de acto legislativo o legislación delegada. Bajo esta doctrina dualista, casi siempre es el estatuto relacionado, y no el tratado, el que tiene autoridad legal bajo la ley interna (ejemplos: Australia, Canadá, Dinamarca, India, Israel, Nueva Zelanda, Noruega, Suecia y el Reino Unido). Los CDI contienen un buen grupo de normas que son *self-executing* en cuanto que no requieren una normativa que los desarrolle.

En este punto aparece la primera pregunta, pues siempre que se aplica el tratado como una norma interna, como cuando se aplica como derecho internacional, la validez puede verse afectada por la derogación tácita o expresa que pueda operar sobre el CDI. Por lo general, esta derogación no es posible cuando hay *criterios jerárquicos* que dan primacía a las normas internacionales o, al menos, a algunas de estas¹¹. Sin embargo, cuando no existen normas que estipulen tal jerarquía, pueden darse antinomias que se resuelven por medio de distintos criterios como el de ley especial prima sobre la ley general y ley posterior *prevalece* (no deroga) sobre ley anterior¹². Otro es el *criterio de competencia* según el cual las normas de derecho interno no pueden contravenir lo prescrito por un tratado, en tanto que no tiene competencia para hacerlo¹³. En ocasiones el ordenamiento previene las antinomias por medio de las cláusulas de *reenvío*, como es el caso del artículo 20 del Estatuto Tributario colombiano, que indica que el impuesto de renta y complementarios *se exigirá, salvo las excepciones especificadas en los pactos internacionales*.

Doctrinalmente se ha afirmado que los CDI tienen una naturaleza especial según la cual las antinomias de estos con los ordenamientos internos no podrían ser evaluadas con los criterios generales, sino con criterios especiales que suponen el reconocimiento de un “microsistema fiscal”¹⁴. Esta tesis no puede

Ello al menos ocurre con las normas que distribuyen el poder de gravar de manera exclusiva a un Estado, la no discriminación, el procedimiento amistoso, las normas sobre el método para eliminar la doble imposición internacional y todas las que derivan derechos y obligaciones directamente. Cuestión distinta es lo que refiere CALDERÓN, que especifica que las *normas de reparto* que indican que ciertas rentas “pueden ser sometidas a gravamen” en un Estado no son *self-executing*. Ello resulta lógico si se tiene en cuenta que los CDI le permiten a un Estado ejercer su poder tributario, pero el ejercicio efectivo de tal poder es un asunto interno. CALDERÓN 1997: p. 46.

- 11 *Vid.* art. 25 Ley Fundamental de Bonn; art. 55 Constitución francesa; OECD 1989: párr. 15.
- 12 Críticas en: VOGEL 2006; *vid.* ROCHA 2009: p. 35-38. “In accordance with this line of reasoning, and focusing on DTCs, in the event the later law establishes the new regime applicable to all and any operation, for example, it is a plausible interpretation that the new law regulated entirely the matter contemplated in the earlier convention, referring to the taxation of the same operation with a specific country, ‘with a view to replacing one system by another, one entire set of rules by another’, in which case the application of the *lex specialis* criterion could be questioned [...] [or in a hypothetical situation] a law were enacted providing expressly that taxation would be altered, including those cases where Brasil has a convention to avoid the double taxation of income”. ROCHA 2009: p. 38.
- 13 GONZÁLEZ, SÁNCHEZ & SÁENZ DE SANTAMARÍA 2008: p. 338; GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ 2008: p. 149-164.
- 14 GARCÍA NOVOA 2006: p. 8. En la misma línea, CALDERÓN 2004: p. 171. Esta afirmación resulta ser algo deseable para todos los Estados, pero ciertamente acotada al ámbito tributario español.

ser compartida, pues si bien es cierto que los CDI llevan como consecuencia que el proceso de aplicación evalúe las normas del Estado A, del Estado B y las matice con las del tratado, no obstante, en el orden interno la Administración y los jueces están sometidos al imperio de la ley y no a un minisistema fiscal del tratado. Obviamente el CDI formará parte del concepto genérico de ley (ley como norma) e incluso, por medio de la remisión de los artículos 3.2 y 10.3 MCOCDE, la autoridad nacional podrá analizar los conceptos y el régimen tributario de la ley interna del otro Estado. Empero, no solo el tratado es ley¹⁵.

Con todo lo dicho, la definición de dividendos contenida en los CDI interactúa con distintas normas del derecho interno y ha de aplicarse de forma armónica por medio de interpretaciones sistemáticas. Sin embargo, cuando existan claras antinomias con el derecho interno, los principios de jerarquía y competencia guiarán al operador, de manera que el concepto de dividendo del art. 10.3 MCOCDE y los límites a los Estados de la fuente y de la residencia previstos por los demás apartados del artículo prevalecerán en aquellos Estados que den una aplicación preferente a los tratados, y podrá ser desconocido en los casos en que no fuere así. En este último caso podrá haber un *treaty override*, dada la prelación que en el orden internacional tienen los tratados sobre los derechos internos. Sin embargo, ha de aclararse que la prelación se determina solo para los efectos limitativos del tratado, de manera que el concepto de dividendo prevalecerá solo para fijar las obligaciones derivadas del CDI.

Definido el encuadramiento de la definición de dividendos del art. 10.3 de los CDI dentro los sistemas normativos interno e internacional, el siguiente aspecto que hay que analizar en el proceso aplicativo consiste en su interpre-

15 A nuestro juicio los aportes dados por los autores que defienden la naturaleza especial de los CDI han sido importantes para desarrollar la doctrina del DTI y para el cabal cumplimiento del principio de *pacta sunt servanda*, pues propugnan la interpretación neutral. No obstante, encontramos varios inconvenientes a esta tesis. Desde un punto de vista práctico, los ordenamientos internos explícitamente pueden solucionar las antinomias de otra manera, como lo hacen algunos países anglosajones. También puede ocurrir que el derecho interno exija una aplicación o interpretación de los tratados internacionales conforme a las leyes internas. Además, los CDI y la aplicación neutral o autónoma no siempre tienen que prevalecer. Dos ejemplos de cuando no debería prevalecer: 1) cuando se vulnera un derecho del obligado tributario de acuerdo con el orden internacional, en tanto habrá que analizar la concordancia de las soluciones dadas por el postulado de interpretación neutral con los derechos fundamentales y con los principios del derecho tributario de cada Estado. Esto es así porque tanto los derechos humanos como los principios del derecho tributario pueden considerarse *ius cogens*, costumbre internacional o principios generales del derecho internacional. 2) Que la aplicación conforme a la neutralidad vulnere los derechos e intereses legítimos de un Estado en el plano internacional.

tación, que es precisamente el objeto central de este libro. Antes de entrar en los problemas hermenéuticos específicos que plantea la citada norma, es necesario señalar las posiciones que asumimos sobre los temas más relevantes de los debates que plantea la interpretación de esos tipos de tratados. En esa línea, partimos de la base de que los patrones contenidos en la CVDT son de obligatoriedad observancia¹⁶, so pena de incumplir los tratados¹⁷. No puede negarse que las normas internacionales requieren la construcción de un lenguaje común que recoja la voluntad de los Estados contratantes. Por eso de forma implícita los artículos 31 y ss. de la CVDT parten de la idea de que el lenguaje debe ser común¹⁸, pues se requiere interpretar de buena fe¹⁹ y usar conjuntamente los métodos de interpretación para dar respuesta a una cuestión jurídica²⁰. Así, la interpretación parte de lo gramatical –“el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de tratado”–, para ser analizado sistemáticamente –“en el contexto”– y considerando el factor teleológico –“teniendo en cuenta su ob-

16 La CVDT regula el “Derecho de los Tratados” y bien resulta aceptado que recoge la costumbre internacional que existe en torno a la cuestión hermenéutica. PIJL 1997: p. 140-141; ENGELEN 2004: p. 426 y ss.

17 Así lo defienden, entre otros, VOGEL & PROKISCH 1993: p. 66 y ss., VOGEL 2000: p. 612 y ss., RIBES RIBES 2003: p. 77 y ss. y ENGELEN 2004: p. 3 y ss. Han destacado ordenamientos en los que las relaciones entre los tratados y el derecho interno suponen que aquellos sean convertidos en normas nacionales que deben interpretarse como tales y sin atención a la CVDT. En estos casos la responsabilidad internacional puede surgir, aunque para controlar los riesgos de una planeación fiscal internacional será recomendable transitar por los caminos comunes de las reglas de interpretación interna e internacional. Aunque se piense que los criterios de la CVDT no prestan mucha utilidad ante los CDI o que las características especiales de estos últimos justifican la utilización de normas especiales de interpretación, la simple revisión de los trabajos que existen sobre interpretación de los CDI demuestra que la CVDT es el punto de partida de todo análisis y que sí permiten darles respuestas a varios problemas concretos. RIBES RIBES 2003: p. 81.

18 PÖTGENS & DE HEER 2012: p. 54-61.

19 La buena fe es un criterio que orienta la actividad interpretativa del CDI, pues su cumplimiento se relaciona sobre todo con el principio de *pacta sunt servanda*. Su carácter abierto ha permitido entender que la buena fe exige la efectividad de la interpretación –*effective interpretation utres magis valeat quam pereat*–, esto es, que si existen varias respuestas posibles y una permite llegar a la aplicación apropiada del convenio y la otra no, deberá preferirse la primera. PIJL 1997: p. 541. La buena fe podría utilizarse para fundamentar una prohibición de abuso del tratado de parte de los particulares, aunque sería sumamente complejo definir sus contornos en un escenario internacional.

20 Yearbook of the International Law Commission 1966. Reports of the Commission to the General Assembly, vol. II, p. 200. párr. 5 y 6.

jeto y fin”²¹. En suma, estos criterios deben sumarse para que no prevalezca uno sobre otro²².

Con ello, a mayor detalle en la regulación, menores problemas interpretativos se deberían presentar²³; de ahí que la ampliación de las definiciones en el propio CDI faciliten la interpretación. Es común, sin embargo, que ello se haga en documentos unilaterales como las explicaciones técnicas (*Technical Explanations* o *Memorandums*) que aparecen en sistemas como el estadounidense o el alemán. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la CVDT da preferencia a la interpretación objetiva (el texto) del Convenio o si se quiere, al sentido normativo del tratado por sobre el subjetivo (intención de las partes)²⁴, lo que se aprecia claramente en su art. 31, que deja en segundo plano los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración, que formarían parte del método histórico de interpretación²⁵, al tiempo que descarta la importancia de documentos unilateralmente expedidos.

Así, el texto es el punto de partida de la interpretación y el límite a toda actividad hermenéutica²⁶. Si el tratado está redactado en dos o más idiomas, la versión auténtica será prevalente y, en caso de que todas lo sean, se presume que tienen igual sentido y que ambas dan fe de la voluntad de las partes. No habrá mayores discusiones si el tratado dispone o las partes convergen en la prevalencia de uno de los textos, pero cuando no sea posible probar dicha prevalencia y los art. 31 y 32 CVDT no permitan resolver el problema, “se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado” (art. 33 CVDT). Dicho esto, el problema del sentido gramatical empieza en determinar cuáles son los significados posibles del texto, analizando, por ejemplo, los diccionarios generales y especializados, las legislaciones internas de los Estados contratantes, la doctrina colectiva como los trabajos

21 Como se aprecia, se trata de los mismos métodos que existen en la filosofía y metodología del derecho, y en el derecho interno, pero que contiene algunos matices.

22 PIJL 1997: p. 539.

23 SERRANO ANTON 2012: p. 54.

24 Ello resulta apropiado para los tratados norma, es decir, aquellos con efectos *erga omnes* y en los que el carácter bilateral se desdibuja al otorgar derechos –en su mayoría– y deberes –por excepción– a sujetos que resultan de una u otra forma conectados con los Estados firmantes.

25 Ello es así pues a tales medios solo se podrá acudir para confirmar el sentido de la interpretación conforme al art. 31 o para determinar el sentido cuando de conformidad con el recién citado artículo, sea ambiguo o reconduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

26 LARENZ 2010: p. 316–320. Este autor, apoyándose en MEYER HAYOZ. *Vid.* nota 17. En igual sentido y respecto de la interpretación de los CDI: ROCHA 2009: p. 83.

de organizaciones internacionales o la doctrina individual, para decidir luego cuál de ellos debe prevalecer.

La CVDT se inclina inicialmente por el sentido corriente en un CDI –art. 31.1–, salvo que conste que las partes querían atribuirle un significado especial –art. 31.4–. Pues bien, el significado corriente se determina revisando el contexto del precepto objeto de interpretación o la determinación del lenguaje usado por la mayoría de los receptores de los mandatos del CDI²⁷. Así, es posible admitir la existencia de un lenguaje fiscal internacional (*international tax language*) que puede ofrecer el significado corriente de los términos empleados en un CDI²⁸, pues existe un estándar o, si se quiere, una base conceptual técnica que se condensa en las concordancias de los modelos de convenios y las coincidencias de los sistemas tributarios²⁹, al menos de los Estados involucrados. Cuando no existan tales concordancias habrá una pluralidad de significados, ninguno de los cuales puede reputarse como lenguaje fiscal internacional. Al tiempo, el significado corriente de un término, como podría ser el de *dividendos*, en materia de derecho privado, puede ser exceptuado expresamente por las partes por medio de significados especiales que aparezcan en el propio CDI o sus Protocolos (art. 31.1 CVDT), pero no podría serlo por el mero hecho de que existan documentos unilaterales hechos por un Estado con ocasión de un tratado.

En la mayoría de los CDI existe una definición de dividendos que se constituye en el significado especial para efectos del CDI y que prevalece sobre los significados de dividendos otorgados por el derecho interno mercantil y el tributario. El concepto convencional suele seguir de cerca al art. 10.3 MCOCDE. La definición utiliza palabras que a su vez requieren ser dotadas de significado. Pues bien, de los distintos sentidos que pueden tener el término *dividendos* o las palabras que lo definen, los dados por el derecho interno de un Estado están subordinados al significado común o autónomo convencional. Por ello,

27 Con ello, el “sentido corriente” no será siempre el significado vulgar de una palabra, pues en realidad podrán serlo aquellos significados particulares asignados por un sector o profesión que adquieren una aceptación generalizada.

28 Varios autores han defendido su existencia. Entre otros, VOGEL & PROKISCH 1993: p. 63; VAN RAAD 2001: p. 224; PROKISCH 1998: p. 103-110; VOGEL 2000: p. 612-616; VOGEL 1997: p. 37.

29 La idea del lenguaje fiscal internacional sí puede resolver muchos problemas cuando se demuestre que el término significa lo mismo en los Modelos de Convenio o en las legislaciones internas, y el CDI no se ha apartado expresamente de ese entendimiento. VOGEL & PROKISCH 1993: p. 16. VOGEL, además, argumenta que los términos usados en el MCOCDE de 1963 y sus respectivos comentarios son parte del lenguaje fiscal internacional. VOGEL 2000: p. 616.

la doctrina ha afirmado que “con el objeto de garantizar el significado exacto, un CDI debe ser visto de forma separada de los sistemas legales internos, y el significado de un precepto del CDI debe ser determinado sin referencia a ningún derecho interno”³⁰, puesto que este último solo debe tomarse en cuenta “cuando nada más puede ser derivado del tratado mismo”³¹ y solo como un medio complementario de interpretación según el art. 32 CVDT³². Ello encuentra asidero en que si bien el derecho interno puede ser contexto según la CVDT, en concordancia con el art. 2.º del MCOCDE –impuestos comprendidos–, lo cierto es que el propio Modelo trae una norma de interpretación especial que exceptúa algunas de las reglas generales de la CVDT.

En particular, el art. 3.2 MCOCDE contrapone el “contexto” a la ley interna, pues si contexto fuese ley interna, sería absurda la condicionante a la remisión al significado dado por la legislación local³³. De esta forma, el art. 3.2 del MCOCDE solo puede entenderse como una remisión excepcional a la legislación interna acotada a los términos no definidos, por medio del cual el Estado que aplica en segundo lugar tiene prohibido utilizar sus propias definiciones para dotar de significado un término o expresión del CDI. Ello no quiere decir que el derecho interno de este último Estado no sea relevante, pues en realidad, por lo general se ve limitado por el CDI. De manera que hay que distinguir el papel del derecho interno para determinar el significado corriente del tratado y para fijar las limitaciones a la legislación nacional³⁴. Así, cuando no es posible que haya un significado autónomo contextual, el artículo 3.2 del Modelo permite el recurso a la legislación interna, con preferencia de la tributaria sobre la de

30 LANG 2010: p. 40.

31 LANG 2000: Introduction, párr. 75, p. 41. En contra de esta posición, VOGEL 1997: art. 3.º, n.º 71.

32 Así lo afirma la doctrina alemana. *Vid.*, con las referencias ahí citadas: REIMER 1999: p. 471.

33 El párr. 12 al art. 3.2 MCOCDE resulta ciertamente perturbador de lo que puede entenderse como “contexto”, pues nos indica que este puede ser “las intenciones de las partes al momento de la firma del Convenio, así como por el significado que la legislación del otro Estado contratante atribuye al término de que se trate [...]”, y permítasenos citar hasta ahí para no incluir el mal situado tema de la reciprocidad. Como se aprecia, es ilógico que la legislación interna se aplique, “a menos que del contexto se infiera una interpretación diferente”, y valga la repetición, la legislación interna fuera contexto también.

34 ENGELEN (2004: p. 471-481) sostiene que con el art. 3.2 o sin él, el derecho interno es siempre relevante al interpretar el CDI. Esto puede prestarse para confusiones, pues el derecho interno siempre es relevante porque el CDI se superpone sobre él limitándolo, pero esa interacción no lo hace relevante para la interpretación del CDI, más aún si lo que se busca es encontrar el significado autónomo del tratado.

derecho privado. El precepto ofrece así alguna guía sobre uno de los problemas clásicos del derecho tributario: la importancia de los conceptos jurídico-privados en el derecho tributario, ratificando la idea de la dogmática del derecho tributario más depurada, según la cual ante la ausencia de una definición autónoma tributaria, la del derecho privado cobrará validez para efectos fiscales³⁵.

Como ya se ha dicho, el punto de partida de toda “calificación jurídico-tributaria de un negocio o de una renta debe ser la propia naturaleza jurídica del negocio o de la transacción que genera el flujo de renta (o capacidad económica) sobre el que se proyecta la normativa tributaria”³⁶, la cual es marcada por la calificación que procede del derecho privado. Sin embargo, esa validez no se predica si dentro del texto y el contexto, y con apoyo en una interpretación finalista, se deduce que el término tiene un significado tributario. Del mismo modo, como producto de la aplicación de una norma o doctrina antielusión tributaria es posible que la operación no se vea con fundamento en los conceptos mercantiles³⁷ y, por tanto, deba aplicarse un concepto tributario. Así, considerando que resulta difícil determinar las finalidades de las normas tributarias en general, y en especial de los CDI, y que las normas antielusión son de aplicación excepcional, no parece extraño que Zimmer haya concluido que la mayoría de los Estados siguen significados jurídico-privados³⁸. De todas formas, no puede perderse de vista que el término “dividendo” utilizado en los CDI viene definido expresamente en ellos, con lo cual no resultaría válido suponer que todo lo que según el derecho privado sea dividendo lo sea también para el tratado, pues este es un caso típico de un concepto autónomo tributario, que además es convencional y que, por consiguiente, forma parte del ordenamiento internacional que tiene finalidades independientes.

Ahora bien, los vocablos que se utilizan para definir dividendos en el Modelo no se describen en él, por lo cual el intérprete ha de buscar el significado autónomo, partiendo del lenguaje común y tomando el contexto del CDI del que habla la CVDT, y que restringe el art. 3.2 del MCOCDE a que de ninguna manera

35 *Cfr.* RUIZ ALMENDRAL 2006: p. 30; BÁEZ 2009: p. 119.

36 CALDERÓN 2012b: p. 7. En igual sentido se ha posicionado la jurisprudencia española. *Vid.*, por ejemplo, STC 146/1994 (Fj. 5) y STS de 11 de mayo de 2004. DELGADO 2004: p. 57 y ss.

37 CALDERÓN 2012b: aptdo.: 2.

38 ZIMMER 2002: p. 25-28. Sobre esto señala que en Canadá la Corte Suprema declaró que ante la inexistencia de una norma antielusión y sin comprobarse en juicio los elementos de la simulación, los conceptos de derecho privado prevalecen sobre los fiscales. En la misma línea, RUIZ ALMENDRAL 2006: p. 27.

incluya la legislación interna, y solo cuando no se llegue a un resultado claro podrá acudirse a las definiciones contenidas en el derecho interno³⁹ del Estado que aplica el tratado en primer lugar. Por ello, no podríamos estar de acuerdo con que el significado ordinario de un término sea el utilizado en el derecho interno y que, sobre esa base, se indique lo cierto, que la carga de evidenciar el significado especial recae sobre quien lo alega; y se concluya lo errado, que la existencia de un lenguaje fiscal internacional debe ser probado por quien lo alega⁴⁰. No queremos decir que dicho lenguaje se presume que existe, sino que en realidad el significado será autónomo (siendo lenguaje fiscal internacional o no), a menos que el Estado que aplica en primer lugar el tratado *justifique*⁴¹ que no ha sido posible hallarlo y que por ello procede a usar su definición interna. Esta interpretación que se sostiene con fundamento en la frase “a menos que” puede evitar el facilismo de aplicar la ley interna y generar así un conflicto de calificación (en sentido amplio). En todo caso, nada obsta para que siguiendo ese *iter*, los vocablos que se utilizan para definir dividendos en los CDI encuentren un significado mercantil.

Se suele aceptar que el art. 10.3 MCOCDE incorpora un significado inicialmente autónomo convencional y una remisión a la legislación interna al Estado de la fuente de los dividendos, que sería residual según reconocida doctrina⁴². Para el significado autónomo es necesario indagar en todo el lenguaje común –de derecho internacional tributario– qué se esconde en esas palabras. Así, la CVDT exige que de los significados posibles se acepte el que resulte más acorde con el contexto, esto es, los elementos gramaticales que rodean a una palabra, siguiendo con el resto del tratado (contexto intrínseco) y el resto del ordenamiento jurídico internacional (contexto extrínseco) al que la CVDT restringe a los acuerdos que se refieran al tratado y hayan sido concertados entre todas las partes con motivo de su celebración (art. 3 I. I. a) o los instrumentos hechos por una parte y aceptados por la otra parte como instrumentos referentes al tratado (art. 3 I. 2. b)⁴³. Además, habrá que considerarse el contexto ampliado, dentro

39 HEINRICH & MORITZ 2000: p. 142-152.

40 Como se infiere de la posición de ENGELEN 2004: p. 473.

41 Podría pensarse que la exigencia fuera de probar, pero ello ciertamente sería desproporcionado pues obligaría, contra toda lógica, a probar algo negativo (una negación indefinida).

42 Por el momento: VAN DEN TEMPEL 1967: p. 42; VOGEL 1997: p. 649; RUIZ GARCÍA 2004: p. 525; AVERY JONES *et al.* 2009: p. 5-45.

43 La interpretación sistemática que exige la CVDT comprende el análisis del contexto y del contexto ampliado. Aquel permite hallar el significado corriente u ordinario, pero además le exige al in-

del cual se incluye “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” (art. 31.3.c CVDT) y “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones” (art. 31.3.a CVDT) y “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado” (art. 31.3.b CVDT). El contexto ampliado tiene un valor restringido al derecho internacional público, pues para que se trate de un acuerdo deben surtirse los procedimientos de celebración y ratificación de tratados, y es poco probable que la mera práctica consolide efectos normativos internacionales. En el ámbito interno el contexto ampliado se encuentra mucho más limitado, considerando que puede contravenir el principio de reserva de ley tributaria previsto en las constituciones. De ahí que los citados literales a) y b) del art. 31.3 de la CVDT no puedan ser una carta abierta para desarrollo administrativo de parte de las autoridades de los Estados contratantes⁴⁴. Además, el uso de otros tratados de un Estado para interpretar contextualmente un CDI (*pararell treaties*) no parece del todo apropiado⁴⁵.

El art. 3.2 del MCOCDE exige que el significado de contexto que trae la CVDT sea más flexible, al requerir que se consideren todos los elementos de interpretación que develen la intención de las partes⁴⁶ sin que importe si estos están subordinados en esa normativa, antes que remitirse al derecho interno. Así, los medios complementarios de interpretación, como los trabajos preparatorios del

térprete ver el sistema, esto es, analizar intrínsecamente al tratado empezando por los elementos gramaticales que rodean a una palabra, siguiendo con el resto del tratado, lo que incluye su protocolo y anexos, y considerando elementos extrínsecos: el ordenamiento jurídico internacional. Dentro de este la CVDT solo se refiere como contexto extrínseco a aquellos acuerdos que se refieran al tratado y hayan sido concertados entre todas las partes con motivo de su celebración (art. 31.2.a CVDT) o instrumentos hechos por una parte y aceptados por la otra como instrumentos referentes al tratado (art. 31.2.b CVDT). ROCHA 2009: p. 87-89. ENGELEN 2004: p. 220.

44 LANG 2010: Introduction, párr. 67-71, p. 37-40.

45 Aunque el análisis de otros CDI puede resultar útil en el proceso hermenéutico, su uso debe darse con cautela, pues la naturaleza de los CDI es tener efectos *inter partes*, ya que responden a una negociación particular y concreta. ROCHA, p. 127. Hay que aclarar que aunque algunos autores consideran que los demás tratados forman parte del derecho interno del Estado y por tanto pueden entenderse comprendidos dentro de la remisión que hace el art. 3.2 MCOCDE (GARCÍA NOVOA 2006: p. 55), lo cierto es que tal posición envuelve una contradicción con el entendimiento de los CDI como normas de naturaleza internacional con efectos *inter partes*.

46 Así se manifiesta el párr. 12 del art. 3.2 del MCOCDE al indicar que la intención de las partes en el momento de la firma del Convenio es contexto.

tratado y las circunstancias de su celebración⁴⁷, tendrían un papel más amplio, pues no solo se podría acudir a ellos “para confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31 o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a.) deje ambiguo u oscuro el sentido; o, b.) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable” (art. 32 CVDT). En definitiva, ha de preferirse el significado autónomo, aunque es evidente que este puede no ser unívoco ni sea fácil probar su existencia, porque en ocasiones los Estados no están de acuerdo con el contexto relevante.

Los CMOCDE pueden prestar utilidad para solucionar problemas hermenéuticos⁴⁸, pero no son admitidos sin discusión cómo criterios interpretativos prevalentes. Aunque no sea nuestro objeto exponer y discutir la extensa literatura que existe sobre este punto⁴⁹, es menester señalar que los modelos de convenio de la OCDE y de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) con sus respectivos Comentarios no tienen ningún poder vinculante y solo son recomendaciones a los Estados⁵⁰, aun cuando los propios CDI se remitan a esos documentos⁵¹. Su papel se da en términos interpretativos y se ha sostenido

47 PIJL, p. 542. Este autor señala que contar con estos materiales permitiría evitar mejor la doble imposición internacional, que es el objetivo de los CDI.

48 Párr. 2, Introduction, MCOCD.

49 *Vid.* CASTRO 2011b con la bibliografía ahí citada. *Inter alia*: VOGEL & PROKISCH 1993: p. 55-85; ENGELEN & DOUMA: 2008; ROCHA 2009. En el ámbito español: RIBES RIBES 2003; ZORNOZA 2009.

50 AVERY JONES *et al.* 2006c: p. 3-7. El propio tratado de la OCDE de 1960 en el artículo 6.º indica que no son vinculantes las decisiones hasta que hayan cumplido con los procedimientos constitucionales internos, lo cual no ocurre ni con el MCOCD ni con sus comentarios. Además, el propio MCOCD reconoce que los comentarios no están diseñados para ser anexados y, paradójicamente, a pesar de su naturaleza no vinculante se reconocen a sí mismos como no vinculantes. PIJL 1997: p. 545. Del MCONU se puede decir lo mismo, pues se trata de un simple modelo cuyos comentarios reflejan la opinión del Grupo de Expertos, pero no el consenso de la Asamblea General ni del Consejo de Seguridad. El párrafo 2 del prefacio de la versión de 2001 del MCONU contiene un mandato que no tiene ningún valor. Se indica: “Cada artículo [...] toma la forma de un posible texto del artículo de un tratado. Además, cada artículo es seguido por observaciones que resumen las discusiones relevantes del Grupo de Expertos, mencionando las decisiones tomadas e indicando la manera en la cual los preceptos del artículo deben ser interpretados”.

51 No podría pretenderse con esta remisión darles un papel normativo a los Comentarios, pues ello llevaría a la contradicción de que los negociadores del tratado pretendían con ello vulnerar principios contenidos en la Constitución Política tales como la reserva de ley tributaria y la división de los poderes públicos. HORALÁ I VALLE 2007: p. 112. Algunos CDI incorporan cláusulas de contenido igual o similar al siguiente: “Se entenderá que de aquellas disposiciones del Convenio que estén redactadas siguiendo las disposiciones contenidas en el Convenio Modelo de la OCDE sobre la renta y sobre el patrimonio cabe esperar, en términos generales, que tengan

que pueden ser lenguaje fiscal internacional, aunque esto último no puede aceptarse de forma genérica, pues si bien se trata de documentos que condensan una evolución histórica en la materia, no todos los países han participado en la creación de dicho lenguaje, ni se puede decir que tengan un significado decantado e invariable desde su creación⁵². Sin embargo, en principio puede aceptarse que los Modelos OCDE y ONU suelen ser la base de negociación de los CDI y por tanto deben considerarse en primer orden para encontrar el lenguaje común hablado por las partes. Lo dicho supondrá que no tendrán relevancia los Comentarios cuando el CDI se separe de la redacción del Modelo, se plasmen aclaraciones en el tratado o de otros materiales históricos se pueda inferir que el significado pretendido por las partes era distinto. En consecuencia, los Comentarios al Modelo son una fuente de consulta insoslayable, aunque no deban tener una preferencia automática sobre otros materiales ni deban relevar al intérprete de buscar otros elementos ni de usar los demás métodos de interpretación⁵³. En todo caso, no encuadran en los elementos del contexto o contexto ampliado que recoge la CVDT⁵⁴ ni son un significado especial. Dado que no tienen más valor que el de sus argumentos, el problema de la interpre-

el significado recogido en los Comentarios de la OCDE sobre las mismas. Los Comentarios, con las revisiones que puedan hacerse cuando corresponda, constituyen un método de interpretación en el sentido de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados”. España-Bosnia Herzegovina 2010. Otros CDI, España-Croacia 2006; España-Costa Rica 2011. Otros como el de España y Cosa Rica indican que “las disposiciones de este Convenio se interpretarán de acuerdo a [sic] los comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE, en su edición de 2003”. Se ha entendido que esta referencia incluye las observaciones de España a los comentarios.

52 Sobre la Discusión, *vid.*: BAKER 2000: párr. E-19; ROCHA 2009: p. 135.

53 LANG 2010: párr. 86, p. 43.

54 Posición distinta la de algunos autores que indican que cuando el CDI no defina un término y los comentarios vigentes a la firma del tratado sí, deberá aceptarse dicho significado, pues se trata del contexto. AVERY JONES *et al.* 2006: p. 3-7. En nuestra opinión no son contexto porque no se trata de un acuerdo hecho en conexión con el CDI concreto, los comentarios no se refieren en específico a los tratados de un Estado ni se formulan con motivo de la celebración del tratado y, en cualquier caso, no se aprecia que claramente sean aceptados por los Estados parte, pues aunque se puedan hacer reservas a los comentarios, estas no son reservas a un tratado multilateral (nuestra posición se apoya en AVERY JONES 1984: p. 99), sino un comentario sobre otro comentario que se sabe no es vinculante y que no tiene el mínimo valor normativo, como hemos dicho. En efecto, los comentarios no pueden ser un “acuerdo” en los términos del art. 31.3.a) de la CVDT, pues no son un tratado según se define en el art. 2.a) *ibid.* LANG 2000: p. 17. A nuestro juicio los comentarios no son contexto ampliado porque aprobar su existencia no es una práctica en sí, y si lo fuese, no es relativa al tratado. Además, a causa del principio de reserva de ley tributaria, la

tación dinámica y estática que ha agotado a la doctrina carece de objeto, como con impecable lógica subrayan los profesores Zornoza y Báez⁵⁵, pero también demuestra que es difícil probar la existencia de un lenguaje fiscal internacional y un contexto que claramente permita solucionar las cuestiones problemáticas.

La interpretación teleológica y sistemática sugiere el recurso a los principios y valores, siempre que su resultado se enmarque en el sentido posible de las palabras⁵⁶, aunque debe reconocerse que tratándose de las definiciones previstas en los CDI, ello da como resultado una metodología etérea y probablemente inútil, teniendo en cuenta la dificultad de encontrar aquellos que siendo comunes para todos los ordenamientos jurídicos involucrados resulten aplicables a un mismo hecho, acto o negocio susceptible de imposición⁵⁷. En

competencia de las autoridades para configurar una “práctica ulterior” en los términos el art. 31.3.b) está restringida. LANG 2000: p. 18.

55 ZORNOZA & BÁEZ 2013: p. 700. Sobre la discusión, *vid.* ROCHA 2009: p. 137. La OCDE indica que los comentarios posteriores a la firma de un convenio pueden prestar utilidad interpretativa para la administración y para los obligados tributarios, pero ello no puede llevar a que con los comentarios de una modificación al articulado del modelo se pretenda interpretar el anterior texto (introducción párr. 33-36-1). Esta posición así entendida es razonable, pues los nuevos comentarios son entonces un elemento más de interpretación que se ha de tener en cuenta en la labor hermenéutica. Si lo que se pretende es atribuir un significado que excede de la literalidad, no podrán ser admitidos, ni tampoco lo serían si fueran previos a la negociación de un CDI. Sin embargo, alguna parte de la doctrina y la jurisprudencia, partiendo de asignarles algún valor a los comentarios, ha afirmado que solo los comentarios anteriores a un tratado pueden ser indicativos de la intención de las partes: p. ej., AVERY JONES 2002: p. 102. Dentro de la literalidad es posible que el significado atribuido en la versión sobre la cual se negoció un CDI varíe de manera significativa del que se pretende atribuir en los comentarios posteriores. En este caso la misma diferencia de significados será prueba de la inexistencia de un lenguaje fiscal internacional, pues si bien históricamente se podrá probar la intención de las partes o la voluntad del legislador al momento de celebración del tratado, la modificación dará muestra de que la norma objetivamente ha adquirido vida propia y que es posible escindirla de la voluntad del legislador o de las partes. La preferencia por uno u otro significado dependerá de los demás métodos de interpretación, pero como materiales de interpretación tendrán el mismo papel. Sería un error metodológico obviar la existencia de los comentarios anteriores y aplicar sin más los comentarios más recientes. LANG 2010: párr. 92-104, p. 45-48.

56 El criterio finalista permite justificar un resultado de una interpretación gramatical, pero no supone la creación de normas o integración: no es analogía. LARENZ 2010: p. 318 y ss.

57 Si bien es cierto que la interpretación y aplicación del concepto de convencional de dividendos puede venir afectada por los principios generales y la costumbre internacional en materia tributaria, lo cierto es que en cuanto a la existencia y alcance de estas últimas fuentes del derecho hay que ser cautelosos. Resultaría sencillo afirmar que un ejemplo de costumbre internacional en materia tributaria es la exención de miembros diplomáticos, o tal como lo refiere VOGEL, la regla que les permite a los Estados gravar una transacción económica extranjera cuando haya

muchos casos concretos no se puede fijar un estándar de capacidad contributiva internacional, y cuando se logre, la posible existencia de fines extrafiscales siempre sembrará dudas. Así, desde un punto de vista abstracto, la única finalidad de los CDI es la distribución de la potestad tributaria⁵⁸, de manera que la eliminación de la doble imposición o de la no imposición, la prevención del fraude y elusión fiscal, la eliminación de la discriminación fiscal, la promoción las relaciones económicas entre los Estados y el permitir la asistencia y cooperación entre las administraciones parecen estar limitadas al mero alcance de las normas que un tratado concreto prevea⁵⁹.

una conexión suficiente entre el obligado tributario y el Estado. Además, el derecho internacional prohíbe los actos de soberanía de un Estado en el territorio de otro, a menos que exista un acuerdo de cooperación internacional (de recaudación, de intercambio de información, etc.) dentro de los marcos constitucionales de los Estados. Sobre el papel normativo de los principios, *vid.* MONTAÑO 2005: p. 31 -34, TIJ, Recueil, 1996: párr. 226; y CIJ Recueil, 2004; párr. 89, citado por DIEZ VELASCO 2007: p. 124. Aunque no es un tema decantado, actualmente existen algunos estudios acerca de los principios generales de derecho internacional tributario y de la costumbre internacional tributaria que no parecen tener mucho fundamento, como el defendido por AVY-YONAH de una sola tributación y del beneficio (las rentas activas deben ser tributar ante todo en la fuente y las pasivas en la residencia); AVI-YONAH, 2007. Sin embargo, ciertamente hay algunos ejemplos que podemos dar. De los principios, lo sería el de reserva de ley que aparece ligado a la democracia y se extiende a la mayoría de los Estados, confirmando una concordancia jurídica entre los pueblos. Así mismo lo serían los derechos humanos, que cobran cada vez más importancia en materia fiscal, pues su protección debe “[...] jugar [*sic*] un papel fundamental en la era de la globalización económica y legal, puesto que no solo la protección de bases imponibles de los Estados es un interés protegible dentro del contexto actual; también lo es la protección de los derechos humanos de los obligados tributarios”. KOFLER & PISTONE 2011: p. 10-11.

58 De forma similar, DE BROE 2008: p. 327. Podría decirse que existe una finalidad ideal de los CDI y es el justo reparto de los ingresos fiscales entre los Estados. Esto no se da en todos los convenios. En realidad, la finalidad que sí puede comprobarse, y a nuestro juicio la principal, es la de repartir la recaudación tributaria potencial entre los Estados contratantes. En el fondo existe un problema de repartición de la potestad tributaria cuando los flujos de negocios e inversiones no es recíproco, como sucede en el caso de CDI celebrados entre Estados desarrollados y en vías de desarrollo. Esto hace que las consideraciones de justicia no cumplan un papel relevante en la práctica, aunque hay instituciones creadas por la doctrina para equilibrar los CDI. Es importante mencionar en ese sentido las variaciones que incorpora el MCONU, las cláusulas *matching credit* y las de *tax sparing*. *Cfr.* ROCHA 2010: p. 10.

59 Los principios del DTI pueden abstraerse de los principios y valores que ordenan tanto el derecho tributario como el derecho internacional público, especialmente de los derechos humanos. Ahora bien, en lo que hace a las finalidades del CDI, el título y el preámbulo pueden dar luces de los propósitos. En general, la doctrina señala diversos objetivos de los CDI (SERRANO ANTON 2010: p. 259) que prestan poca utilidad para efectos de la interpretación teleológica o que no tienen mayor fundamento; por ejemplo, resulta impropio afirmar que la no doble tributación

El principio de abuso del derecho, elusión o fraude fiscal se ha tratado de fundamentar en el hecho de que es un principio general del derecho de las naciones civilizadas, y el artículo 31 de la CVDT exige interpretar de buena fe los CDI. En efecto, en buena medida este principio es la base para el denominado *guiding principle*, que permite construir el estándar convencional de abuso según los CMOCDE y que se analizará más adelante. Sin embargo, los contornos del citado principio son poco claros a causa de la dificultad de definir los criterios de conducta no abusiva⁶⁰. La buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del derecho son patrones que ya son difíciles de concretar en el ámbito de un Estado y que en el plano internacional resultan perfectamente indeterminados⁶¹. Y es que la elusión o fraude fiscal internacional requiere medidas normativas expresas, por lo cual, el acudir a abstracciones como los fines o valores es, las más de las veces, un error del aplicador que puede confundir con elusión situaciones legítimas de planificación fiscal internacional⁶². En realidad, la “doble no imposición” se puede producir por diversas

es un principio o que esté prohibida por el derecho internacional, aunque sea económicamente desventajosa. LANG 2004: p. 83 y ss. Aunque un objetivo principal de los CDI es eliminar la doble imposición jurídica internacional, no creemos que se pueda sostener que se trate de un principio jurídico, sino de una necesidad económica o, si se quiere, un postulado de *soft law*. Esta posición es contraria a la planteada por ROCHA, que sostiene que la doble imposición es un principio entendido como una regla finalista o un mandato de optimización en los términos de ROBERT ALEXI. ROCHA 2009: p. 9. Por otra parte, es importante mencionar que la doble imposición en gran parte puede solucionarse por medio de medidas internas o comunitarias de armonización, con lo cual se puede concluir que los CDI no tienen como principal finalidad eliminar la doble imposición, pues su texto tan solo permite solucionar algunos casos de doble imposición y no todos. LANG 2010: párr. 73, p. 40. Es más, el párr. 7 al artículo 1.º de los CMOCDE indica que el “principal objetivo de los convenios de doble imposición es promover los intercambios de bienes y servicios y los movimientos de capitales y personas mediante la eliminación de la doble imposición internacional”, lo cual es muestra de que la eliminación de la doble imposición es simplemente un medio de un fin mayor, que es facilitar las operaciones transfronterizas. En cualquier caso, este último es prácticamente imposible de concretar más allá de los términos del tratado.

60 En igual sentido JIMÉNEZ MARTÍN & RODRÍGUEZ-RAMOS 2011: p. 69-71, entre otros autores ahí citados.

61 VOGEL, por ejemplo, ha sostenido que la prevalencia de la sustancia sobre la forma sería el contenido de tal principio internacional, aunque como bien lo ha apuntado la doctrina, dicha afirmación no señala nada nuevo, pues es meramente una descripción del resultado de la aplicación de la norma antielusión y no contiene pues ninguna aclaración sobre las condiciones para delimitar el abuso. *Vid.* ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 48.

62 LANG 2004: p. 117 y ss.; LANG 2010: párr. 74, p. 40.

razones, y evitarla no es tampoco un objetivo del CDI⁶³, como lo argumenta el Informe sobre tributación de las *Partnerships* del año 1999⁶⁴, aunque desde una perspectiva económica y de política fiscal sería deseable que el concepto de dividendo en los CDI no generara una “doble no imposición” internacional, al tiempo que promoviera la eficiencia por medio de la neutralidad. Mientras no se adopten medidas internas o convencionales que ataquen específicamente a esas situaciones, como lo son las cláusulas “subject to tax”⁶⁵, o el apartado 4 del art. 23A MCOCDE, el resultado será un ahorro fiscal legítimo.

Ante la ausencia de contexto y por la misma imposibilidad de concretar el contenido de los principios generales del derecho internacional, cuando no su existencia, el concepto inicialmente autónomo se permea por la legislación interna, ya que el CDI puede contener remisiones tácitas, como ocurre cuando los preceptos que alejándose del MCOCDE tienen una redacción similar a la prevista en el derecho interno de un Estado contratante. En estos casos el derecho interno puede tener valor de contexto⁶⁶. Además, existen remisiones expresas, porque si se sigue el art. 3.2 MCOCDE, los términos “rendimientos”, “acciones”, “acciones o bonos de disfrute”, “partes de minas”, “acciones de fundador”, “derechos de crédito” o “participaciones sociales” no son definidos por el tratado, por lo cual, “a menos de que de su contexto se infiera una interpretación diferente” tendrán el significado que le asigne la legislación tributaria interna y subsidiariamente aquella con contenido no tributario. Además, la remisión contenida en el art. 10.3 del Modelo exige que se consideren como dividendos

63 LANG 2010: párr. 74, p. 40. Este autor ha analizado la doble no imposición en distintos trabajos en los que sobresale LANG 2000: p. 29-30; LANG (2004: p. 119) sostiene: “No existe ninguna norma actualmente que de alguna forma pueda ofrecer una protección efectiva contra la doble tributación en casos inversos. Como consecuencia, el MCOCDE y sus comentarios están siendo acusados de carecer de un balance. En todo caso el Comité de asuntos fiscales de la OCDE todavía no ha establecido un complemento a las provisiones del procedimiento amistoso. Antes de la deliberación sobre futuras normas para la prevención de la doble no imposición, es necesario asegurar la elemental protección legal de los contribuyentes con el objeto de mantener un balance en la convención, el cual se refiere no solo a la relación entre Estados, sino también la relación entre las autoridades tributarias y los contribuyentes”. SCAPA & HENIE 2005: p. 266-284; XAVIER 2005: p. 227. ROCHA 2009: p. 9.

64 OECD 1999: párr. 44, 52 y 109.

65 LANG 2000: p. 29-30.

66 LANG 2010, Introduction, párr. 79-80, p. 42-43; párr. 83, p. 43. Sobre las remisiones expresas: HARUN OGUTU 2008: p. 269-272; REIMER 1999: p. 471. Además, la referencia a los obligados tributarios y a la base imponible casi siempre se entiende de acuerdo con el derecho interno (LANG 2010: párr. 78, p. 42).

para efectos convencionales aquellas rentas de otras participaciones sociales que estén sujetas al mismo tratamiento tributario de las acciones en el Estado de la fuente. De forma análoga, los términos “sociedad” –del que derivan “otras participaciones sociales”– y “residencia”, en los cuales se fundamenta la definición autónoma de dividendos, se entienden de acuerdo con la legislación interna, según lo indican los artículos 3.1 y 4 del Modelo, como se analizará en profundidad posteriormente.

En definitiva, el art. 10.3 MCOCDE contiene una clasificación de la renta que ha de interpretarse de forma autónoma inicialmente y solo por excepción se podrá acudir al significado previsto por la legislación interna del Estado de la residencia. Visto que la acepción común de los vocablos utilizados por la definición suele tener un significado específicamente determinado por la legislación mercantil, es posible que el intérprete acepte estos últimos y no indague por el eventual sentido autónomo. Y es que resulta difícil determinar el sentido del art. 10.3 sin mirar al derecho privado vigente; por ello, se debe acudir a la historia de esta institución para entender por qué existe dicho párrafo en los CDI, para de ahí extraer las finalidades que puede tener, dar luces a la interpretación teleológica y al mismo tiempo verificar si los redactores se referían a un propio concepto autónomo convencional y tributario o al significado mercantil, como se hará a continuación.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE DIVIDENDO EN LOS CDI

La potestad impositiva sobre las rentas que se han descrito en el capítulo anterior, ejercidas en los Estados de la fuente y de la residencia de formas tan diversas como se ha expuesto, no ha sido fácil de repartir en la historia de los CDI, tal como se demostrará en los siguientes apartados. A continuación se aborda la evolución histórica de la definición de dividendos, mencionando tangencialmente, y en lo que interesa a este libro, el régimen tributario previsto en los tratados para dichas rentas. La principal pregunta que nos planteamos fue: ¿cuáles son las razones que justifican la existencia de un artículo de reparto de la potestad impositiva específico para los dividendos? Y junto a ella, ¿cuáles rendimientos se pretendían comprender en el presupuesto de hecho de dicha regla? Tales preguntas permitirán dar luces sobre la *ratio* de la definición que hoy aparece en el art. 10.3 del Modelo y en la mayoría de los tratados. Como se demostrará, los CDI han configurado en la definición de dividendos una regla de distribución cuyo objeto es repartir la potestad impositiva sobre un elemento de

renta obtenido por un residente de un Estado contratante, que económicamente se vincula con los beneficios de la entidad distribuidora de dividendos, que es una entidad residente en el otro Estado contratante. Dicho esto, la historia puede ser dividida en dos momentos: el antes y el después de la existencia de una definición de dividendos similar a la prevista en el art. 10.3 del Modelo.

A. INEXISTENCIA DE UNA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS SIMILAR A LA PREVISTA EN EL ART. 10.3 MCOCD

I. LOS PRIMEROS CONVENIOS Y NORMAS ARMONIZADORAS DE LA IMPOSICIÓN DIRECTA

Es difícil abordar el estudio histórico de instituciones legales, no solo porque sus antecedentes pueden haberse desarrollado en cualquier parte del mundo, en cualquier época y no haber sido descubiertos hasta ahora⁶⁷, sino también porque su evolución obedece a un conjunto de circunstancias políticas y económicas cuya importancia no siempre es bien medida por los investigadores jurídicos. Por ello, debe subrayarse desde ahora que este apartado se limita a retomar los elementos que empiezan a definir a los dividendos desde los primeros convenios reconocidos por la literatura más relevante, obviando una descripción detallada de dichos tratados y de los factores que dieron lugar a la creación de la red de convenios de doble imposición⁶⁸. En consecuencia, la finalidad de un estudio histórico como el que se hace en este trabajo no puede ser distinta de la de buscar los elementos que permitan soportar las posiciones en torno a los problemas interpretativos que plantea la definición de dividendos prevista en los CDI contemporáneos, pues si bien los tratados tributarios están regidos por el *pacta sunt servanda* y la intención de las partes no tiene mayor relevancia para determinar el sentido de su texto ni se podría sostener que los documentos históricos del desarrollo de los modelos son *travaux préparatoires* para la CVDT⁶⁹, no debe descartarse la historia de las instituciones de la fiscalidad internacional en que se fundamenta la negociación de los acuerdos ni tampoco la historia que está detrás de los textos contenidos en los modelos en que se apoyan los CDI,

67 Las Naciones Unidas ha compilado los tratados en materia tributaria celebrados desde 1843 hasta 1951 y es un punto de partida fiable. UNITED NATIONS 1951.

68 Vid. JOGARAJAN 2011: p. 679-707.

69 En otras palabras: no podría decirse que los documentos históricos de los Modelos formaron parte de los trabajos de preparación de un CDI concreto.

pues en ellos usualmente puede encontrarse el entendimiento común que se les da a los términos utilizados y las formas de resolver los conflictos entre las normas internas y los tratados⁷⁰.

El punto de partida de nuestro análisis lo hemos fijado en el tratado entre Prusia y Sajonia de 1869, puesto que recientes estudios demuestran cómo sienta las bases generales de los posteriores convenios, ya que incorpora las reglas, aún válidas, de tributación en la residencia por principio general, la excepción de tributación en la fuente de los impuestos que recaen sobre la tierra y sobre las actividades empresariales ejercidas en una jurisdicción⁷¹. El citado convenio debió de haber tenido una influencia recíproca con la ley de la Alemania imperial para eliminar la doble imposición (*Reichsgesetz wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung*) de 13 de mayo de 1870, la que a su vez sirvió de base para la elaboración del tratado celebrado entre el Imperio Austro-Húngaro y Prusia del 21 de junio de 1899, considerado por muchos el primer CDI omnicomprehen-sivo⁷². El ámbito objetivo de aplicación de los citados tratados y de la ley de la Alemania imperial recaía, al mismo tiempo, sobre unos gérmenes de impuestos personales de renta como los conocemos hoy y variados tributos que consideraban la fuente de la renta.

La historia del impuesto sobre la renta en España es una muestra del proceso que se vivió de forma más temprana en Francia y el Imperio alemán.

70 Esta misma conclusión puede apreciarse en: FRIEDLANDER & WILKIE 2006: p. 907 y ss. De acuerdo con VANN, la importancia que tienen los argumentos históricos en el *Common Law* son fundamentales, como también lo son en materia de los CDI. Según el autor australiano, tratar de comprender la historia antes de embarcarse en un análisis más general tiene relevancia en términos teóricos, de interpretación y de política fiscal. VANN 2011: p. 11.

71 Las categorías que trae son: residencia, rentas de trabajo, propiedad inmueble, beneficios empresariales y servicios gubernamentales. HATTINGH 2013: p. 31 y ss. Es interesante este estudio porque justifica la importancia del tratado entre Prusia y Sajonia, en la medida en que la mayoría de los autores dan por descontado que los principios de los tratados se asientan en el Convenio entre el Imperio Austrohúngaro y Prusia.

72 El contexto de la regulación se explica porque en el Imperio alemán los *Länder* y los *Gemeinde* tenían un alto grado de independencia y poderes, dentro de los cuales estaba la imposición directa. A la par, se vivía un crecimiento de las operaciones económicas en varias jurisdicciones. Ante los problemas derivados del solapamiento de los poderes tributarios, la Federación alemana interviene afrontando por primera vez de forma seria la cuestión de la doble imposición. *Vid.* HARRIS 1999: p. 8. El tratado entre el Imperio Austro-Húngaro y Prusia del 21 de junio de 1899 ha sido reconocido por la doctrina como el primer convenio internacional de doble imposición comprehensivo y del cual se derivan los principios que guiarían la evolución del derecho internacional tributario hasta nuestros tiempos. Entre otros, GARCÍA PRATS 1996: p. 31; MAY 2011: p. 419; JOGARAJAN 2011: p. 679 y ss. Aunque, como vimos, hay antecedentes más remotos.

Como se sabe, desde un primer momento las actividades empresariales estaban sujetas a gravamen bajo la imposición real, de forma que el tributo no miraba a quién obtuviese el ingreso. Esto llevó a preguntarse qué ocurría cuando el negocio era desarrollado por una sociedad y esta con posterioridad distribuía dividendos. ¿Existían dos actividades empresariales gravadas o solo una? A la par, después que se empiezan a introducir impuestos personales sobre la renta, varias preguntas paralelas emergen: ¿dónde debe gravarse al sujeto al que se le atribuye la renta? y ¿qué relación tiene la imposición de producto y el impuesto personal sobre la renta?

La ley del Imperio alemán se enfrentó precisamente al problema de determinar quién era el titular de las actividades empresariales, pues a pesar de que dicha normativa no contenía una regla específica sobre los dividendos, fue necesario resolver judicialmente la tributación a la que estos se veían sometidos. En efecto, la Corte Administrativa del Gran Ducado de Baden, en sentencia del 7 de abril de 1886, estableció que si la sociedad ejercía un negocio, su renta era distinta de la de los socios, con lo cual estos no realizaban una actividad empresarial en el otro Estado. Al mismo tiempo, sostuvo que los dividendos por sí mismos no eran un rendimiento por una actividad empresarial, todo lo cual causaba que las distribuciones resultaban gravadas en la residencia y no en la fuente⁷³. Como consecuencia, esta regla básica solucionaba la doble imposición

73 Alemania, Criminal Division, Judgment of 26 February 1883. R. n.º 3084/82. “The personalities of the legal subjects the limited corporation and its individual shareholders as well as their assets are not identical. The limited company is in itself an independent person from the personality of individual shareholders, is a separate legal entity and the assets of the former are legally and in fact specifically distinct pursuant to article 213 of the Commercial Code. The individual shareholder does not have joint ownership nor any other direct right to the assets of the company and the same is true for his involvement with the company apart from its merchantable quality, nor is it he who drives the subject matter of the company that constitutes the business. § 1 of the Imperial Law of 13 May 1870 establishes the principle that a German person may only be assessed for direct State taxes in the federal State in which he has his place of residence. In § 3 the exception is allowed for the ownership of land, the operation of a trade and the income arising from these sources to be taxed only by the federal States in which the property is located or the business is operated. The law thereby contemplates all the modalities of direct taxation. § 3 is strictly an interpretive exemption as can be seen from the tendency of the law, the motivation for § 3, the debates in the Imperial Parliament and lastly as undoubtedly illuminated by the nature of the provision; it deals with the income from the two described sources only in its relationship with the person of the property and the trader, and therefore refers only to that income which the property owner or tradesman derives from his land ownership or his business enterprise. This exemption will therefore not apply to dividends of shareholders and also not to those that operate the business of the limited company; and their dividend cover is therefore

jurídica, aunque la doble imposición económica no era objeto de atenuación en la ley del Imperio alemán⁷⁴. Estas sentencias son fundamentales en procesos de delimitación de los dividendos al empezar a reconocer la existencia de una ficción legal, según la cual la renta de los socios deriva de las participaciones sociales y no de los beneficios de la entidad distribidora.

El tratado entre el Imperio austrohúngaro y Prusia fue el fundamento de los convenios entre los Estados europeos celebrados en los años subsiguientes a su expedición, aunque evolucionaron conforme se consolidaba el impuesto sobre la renta en el mundo como un tributo preponderantemente sintético y personal. Dicho tratado incorporaba un derecho para el Imperio austrohúngaro de aplicar un impuesto en la fuente con respecto a las rentas del capital (intereses y pensiones, art. 3.^o). El Convenio entre Alemania y Checoslovaquia de 21 de diciembre de 1921 introdujo una variación fundamental al hacer recíproca la regla de gravamen de las rentas de capital en la fuente e incluir en ellas a los dividendos⁷⁵. Este hecho empieza marcar la ligazón entre los dividendos y las otras rentas del capital mobiliario como los intereses y las regalías, haciéndose evidente la necesidad de mantener la consistencia en el tratamiento tributario de esas tres clases de rentas dentro del Modelo de Convenio⁷⁶. Al mismo tiempo, este paso lo ha señalado Harris como el inicio del sistema de imposición de sociedades clásico, pues se le permitía al Estado de la fuente aplicar un grava-

not subject to direct taxation in the country of the business enterprise without the principle of § 1, supra, applying according to their place of residence. The application of the Imperial Law of 13 May 1870 does not rule out the taxing right of the State of domicile of the shareholder in respect of dividends from shares in a company that is operated in a different federal State than the State of residence of the shareholder. Collection vol. VIII, p 132". La misma idea se repite en otras sentencias como: Alemania, Civil Division. Judgment of 11 February 1885, R. n.º 421/81 Collection f Civil. vol. XIII, p. 149. Las referencias a estas sentencias son tomadas del "Financial case law. Decisions of the Imperial Court in financial matters. Edited by Willem Burkhard, Government and fiscal council in Würzburg", incluidos como apéndices y traducidos en paralelo del alemán al inglés por HATTINGH 2013: pp 31 y ss.

74 HATTINGH 2013: pp 31 y ss. Corte del Imperio Alemán, sentencia de 18 de diciembre de 1884. Se trataba de una causa penal.

75 JORGARAJAN argumenta que para la época en que se celebran los primeros CDI el derecho internacional ya había asentado la idea de la reciprocidad y que por tanto los tratados tributarios se asientan sobre este principio, que era y es fundamental. JOGARAJAN 2011: p. 679-684. Nos parece que el tratamiento de las rentas de capital en el tratado entre el Imperio austrohúngaro y Prusia prueba todo lo contrario.

76 HARRIS 1999: p. 7.

men en origen sobre los dividendos⁷⁷, asunto que tiene su razón de ser en el reconocimiento expreso en el ámbito legal y no solo jurisprudencial, de que los dividendos no son los beneficios por la actividad económica de la sociedad.

Con lo anterior es posible concluir que los dividendos en los primeros convenios no fueron reconocidos como un objeto de imposición independiente, puesto que se engloban en otras como las rentas del capital o del capital mobiliario, o simplemente quedaban comprendidas en la renta global personal. Es interesante ver cómo los jueces en aplicación de la ley del Imperio alemán distinguieron entre la renta atribuida a la sociedad y a los socios, entre la doble imposición económica y jurídica y entre las actividades empresariales y la obtención de dividendos. Esa diferenciación se plasmó en el reconocimiento de los dividendos como un rendimiento con una fuente distinta de la actividad económica de la entidad distribuidora de dividendos.

2. LOS TRABAJOS DE LA SOCIEDAD DE LAS NACIONES: EL ORIGEN DEL SISTEMA DE MODELOS

Hacia los años veinte del siglo pasado la Cámara de Comercio Internacional reunió a un comité con objeto de analizar el fenómeno de la doble imposición internacional. Estos trabajos no tuvieron resultados importantes, y se cedió el estudio a la Liga de las Naciones en 1921, que por medio del Comité Financiero conformó la Comisión de los Cuatro Economistas, por referencia a sus miembros, los profesores Seligman (Estados Unidos) y Bruins (Países Bajos), el senador Einaudi (Italia) y Stamp (Gran Bretaña). Tras varios meses de intercambio de correspondencia entre los expertos en 1923 se expidió un borrador que condensaba las conclusiones que se alcanzaron en torno a los precedentes en materia de doble imposición, las justificaciones del gravamen en la fuente o en la residencia⁷⁸ y los métodos para eliminar la doble imposición.

77 HARRIS 1999: p. 9.

78 En este punto los economistas se fundamentaron en la teoría del “Economic Allegiance” para indicar que los factores para determinar el lugar adecuado de tributación son: 1) el origen o fuente de la riqueza (donde se produce), 2) la localización de la riqueza (donde se posee), 3) el lugar donde se puedan ejercer los derechos de esta y 4) el lugar de su consumo (se identifica con la residencia). El límite entre esta teoría y el principio del beneficio aplicable a tasas y contribuciones es tenue, pues de alguna forma los economistas pretenden ver cuál es la justificación del gravamen en la fuente o en la residencia y la encuentran en los servicios que provee cada Estado. *Vid.* HARRIS 1996: p. 276-277. A nuestro juicio la justificación de uno u otro sentido solo será muestra de un prejuicio de base, de manera que estos criterios no sean más que convenciones.

Este informe reconoce que varios tratados de la época contenían reglas que permiten la imposición real o de producto en la fuente de los dividendos e intereses, esto es, donde el deudor tiene su domicilio, aunque finalmente defienden el gravamen de los dividendos y todas las rentas del capital mobiliario en la residencia del beneficiario⁷⁹. Los economistas argumentaron que los beneficios que traía a un país recibir recursos externos justificaba su no imposición, que el criterio de origen ante la aparición de gravámenes globales sobre la renta no tenía sentido⁸⁰, que la neutralidad en la exportación de capitales podría verse afectada⁸¹ y que existía una imposibilidad administrativa de recolectar los impuestos sobre las rentas en la fuente o el origen. Señalan que el otorgamiento de personalidad jurídica a una entidad es un factor fundamental en la creación de valor⁸².

Debe señalarse que el Informe se refirió a las acciones en “sociedades u otras asociaciones” y subrayaba que económicamente estas eran análogas a los bonos en sociedades, por lo cual estaba poco justificado distinguir su tratamiento fiscal, en particular, la eliminación de la doble imposición⁸³.

Los trabajos concluyen en que es posible solucionar la doble imposición por medio de métodos como la deducción, la exención, la división de impuestos o categorizar las rentas y asignarle un tratamiento especial a cada una. Esta última opción triunfó en la historia, pues era un reflejo de los impuestos reales sobre la renta o el producto (los ingresos) imperantes en la época y la práctica

79 LEAGUE OF NATIONS 1923.

80 *Ibid.*, p. 44 y 45.

81 El Informe indica (*ibid.*, p. 31): “Si adoptamos exclusivamente el principio de origen y si no autorizamos al país de la del domicilio a gravar los títulos de sociedades extranjeras, hay lugar a temer que el individuo coloque toda su fortuna en valores extranjeros, lo que frustrará completamente al país del domicilio”.

82 En esa línea afirman que en el origen de la riqueza generada por una participación en una entidad la personalidad de esta es de considerable importancia, de forma que el Estado de su domicilio es el que debería gravar. Anotan seguidamente las dificultades de aplicar el principio del origen, entendido como el lugar de obtención de la renta de parte de la sociedad o como donde se encuentra la dirección de la empresa: “Nevertheless, if origin in the case of corporate shares be interpreted to mean the place where the dividends are earned, it is obvious that additional complications will arise from the fact that the company may produce its goods in one State and sell them in another, or have its chief office in one State and yet secure most of its earnings from sales in other States. Here the multiplicity of claims of origin, that is, o1, o2, o3, will constitute a serious embarrassment in considering the fractional rights of each particular share and to that extent weakens the claims of origin”. LEAGUE OF NATIONS 1923; VANN 2009: p. 212.

83 *Vid.* OEEC, FC/WP12(58)I part II, p. 3. MAY 2011: p. 420.

convencional existente, a pesar de que el Informe de los Cuatro Economistas ponía de presente la fungibilidad de las rentas y lo inapropiado que resultaba la atribución del gravamen en razón al tipo de renta⁸⁴. La pregunta que surge es por qué este sistema se mantiene hasta hoy en el MCOCDE y en la práctica totalidad de los CDI suscritos. La razón que parece justificarlo es la imposibilidad de encontrar una mejor forma de repartir el poder tributario de las rentas internacionales sin afectar la idea de la soberanía nacional y lograr la plena aceptación por los países. Curiosamente el método del reparto del recaudo ha pasado a ser una rareza histórica, olvidada por los estudiosos para plantear soluciones a varios de los irresolubles problemas de la fiscalidad internacional.

Aunque el Informe de los Cuatro Economistas no se plasmó en un modelo de convenio específico, se le considera la base académica de los posteriores desarrollos e incluso el fundamento de convenios como el de Checoslovaquia con Italia de 1924 que atribuía el gravamen de los beneficios de la entidad distribuidora al Estado de la residencia de ella (Estado de la fuente) y de los dividendos a la residencia del perceptor. Respecto de los dividendos propiamente se comprendían los impuestos personales y cedulares, gravándose exclusivamente en la residencia, lo cual evitaba la doble imposición jurídica⁸⁵.

El borrador de Convenio de 1927 es el primer Modelo que incorpora un artículo específico para los dividendos, aunque no había una definición de ellos. Como antecedente del citado borrador puede mencionarse que a partir de 1922 y hasta 1927, la Liga de las Naciones permitió la participación de expertos, inicialmente de Bélgica, Francia, Países Bajos, Italia, el Reino Unido, Suiza y Checoslovaquia, y con posterioridad, de Alemania, Japón, Polonia y Venezuela⁸⁶. En las resoluciones de 1925⁸⁷ y el borrador de Convenio de 1927 la Sociedad de las Naciones⁸⁸, que es considerado el “primer embrión”⁸⁹ de los modelos actuales, hace una división inicial entre impuestos personales y reales⁹⁰.

84 LEAGUE OF NATIONS 1923: p. 49.

85 *Vid.* HARRIS 1996: p. 299.

86 ROCHA 2009: p. 3.

87 *Vid.* LEAGUE OF NATIONS 1925: p. 32.

88 LEAGUE OF NATIONS 1927: p. 10-18.

89 UCKMAR 2003: p. 5.

90 Como ya se observó respecto de la historia del impuesto sobre la renta español, mientras en los primeros el gravamen tendía a ser global, progresivo y se adecuaba a quien recibía la renta –residentes, nacionales, etc.–, los reales eran varios tributos que recaían sobre tipos de rentas (sobre la tierra, los beneficios empresariales, las actividades profesionales, etc.), aplicados bajo un criterio

Sobre la base de esa división, el borrador de Modelo de 1927 le permite al Estado de la fuente gravar con impuestos reales la renta derivada de propiedad inmueble (incluida la de hipotecas), de las actividades industriales, comerciales, profesionales y de agricultura cuando haya un establecimiento permanente, de las acciones, las retribuciones de consejeros, sueldos y salarios. Al mismo tiempo, al Estado de la residencia le quedaba permitido gravar las anualidades y todas las no imponibles exclusivamente en el Estado de la fuente.

Resulta revelador que el Modelo de 1927 en el artículo 3.º tratara de forma diferenciada a las “rentas de las acciones o partes análogas” –“income from shares and similar interest”– indicando que tributarían donde se encontrara el Estado en la sede efectiva de administración de la empresa –*real centre of management of the undertaking is situated*–, mientras que las rentas de fondos públicos, bonos, créditos, depósitos o cuentas corrientes serían gravables en el Estado en el que el deudor de esa renta fuera residente⁹¹. Se observa la necesidad de definir de forma desigual la fuente –el criterio objetivo de sujeción– de ambas rentas. Además, resulta interesante que se habla de la empresa (*undertaking*) para referirse a la entidad distribuidora de dividendos, idea que podría retomar vigencia en los tiempos actuales en que los EP y las filiales, al menos desde un punto de vista técnico y de política fiscal, deberían ser tratados de forma neutral.

Según el borrador de Convenio, el Estado de la fuente gravaría con tributos reales los beneficios empresariales obtenidos mediante EP, y los dividendos, mientras que el de la residencia del accionista guardaría competencia sobre los impuestos personales. En este esquema se daba lugar a una potencial doble imposición cuya eliminación, en las resoluciones, quedaba abierta la solución que

de fuente, de forma proporcional y sin que importara quién la obtuviese. AVERY JONES *et al.* 2006: p. 238; AVERY JONES 2012: p. 67. Este autor subraya que no había un claro entendimiento de estas dos categorías de impuestos.

91 OEEC, FC/WP12(58)I part II, p. 6. MAY 2011: p. 420. Textualmente el art. 3.º indica: “Income from public funds, bonds, including mortgage bonds, loans and deposits or current accounts, shall be taxable in the State in which the debtors of such income are at the time resident. Nevertheless, if such income is paid in one of the Contracting States to persons domiciled in the other Contracting State, the tax applicable thereto shall be refunded upon production of proper evidence. In such case the said income may be taxed in the State of domicile of the creditor”. Por su parte, el art. 4.º señala: “Income from shares or similar interest shall be taxable in the State in which the real centre of management of the undertaking is situated”. Finalmente, el artículo 5.º establece: “Income from any industrial, commercial or agricultural undertaking and from any other trades or professions shall be taxable in the State in which the persons controlling the undertaking or engaged in the trade or profession possess permanent establishments...”. LEAGUE OF NATIONS 1927: p. 10-11.

proveyeran los Estados contratantes, pero que, según el borrador del Convenio, se solucionarían mediante la obligación del Estado de la residencia de otorgar un crédito fiscal o una exención por un porcentaje del impuesto pagado. Tras las críticas del experto británico se discutió si se comprendían en el crédito fiscal los impuestos cedulares sobre los beneficios empresariales de la entidad distribuidora, o solo sobre los dividendos. Lo anterior ha sido respondido por la doctrina indicando que solo debían aceptarse estos últimos, pues el borrador de Convenio adopta un sistema clásico de tributación⁹². El actual inciso segundo del art. 10.2 del MCOCDE encuentra justificación en esta discusión.

El borrador de Modelo de 1927 se incorporaría posteriormente en el llamado “Draft 1A” de 1928 e inspiraría algunos CDI italianos⁹³. El citado Modelo aclara que los dividendos son rentas que no siempre derivan del capital sino del emprendimiento de un negocio mediante una entidad independiente para efectos fiscales.

En octubre de 1928, en una reunión general de los expertos gubernamentales representantes de veintisiete países, se expidieron tres borradores de convenio tipo para evitar la doble tributación, junto con otros tres convenios sobre doble imposición de sucesiones, asistencia administrativa y judicial. Este hecho da inicio al sistema de convenios modelo utilizado hasta nuestros días. La aparición de tres modelos se debió a la diferencia de sistemas tributarios y de los intereses en torno a la atribución del poder tributario. Un factor fundamental de esa diversidad fue la ausencia de acuerdo sobre la tributación de los dividendos y los intereses⁹⁴. El Modelo de 1927 es recogido en el borrador “1A” de 1928 y, por tanto, incorpora una categoría para “los rendimientos de las acciones o partes análogas”, aunque el crédito fiscal previsto en el art. 10 varía.

Debe subrayarse en este punto que ninguno de los tres modelos contenía una definición de dividendos análoga a la del art. 10.3 MCOCDE, ni tampoco ocurría en la práctica convencional existente⁹⁵. En realidad, el Modelo 1B incluía los dividendos en el concepto de renta global gravada en el Estado de residencia. En efecto, este Modelo era adecuado para Estados con impuestos personales, en la medida en que no se hacían distinciones entre impuestos cedulares y personales, al tiempo que partía del principio general de que las rentas debían

92 LEAGUE OF NATIONS 1925: p. 32; *vid.* HARRIS 1996: p. 303.

93 AVERY JONES *et al.* indican que los tratados de Italia con Checoslovaquia de 1924, Alemania de 1925, Hungría de 1925, Bélgica de 1931 y Francia de 1932 fueron influidos por los trabajos de la Sociedad de las Naciones. AVERY JONES *et al.* 2006: p. 238.

94 HARRIS 1996: p. 305.

95 *Vid.* HARRIS 1999: p. 15, nota al pie 16.

ser imposables en el Estado del domicilio, esto es, el de residencia normal u hogar permanente de morada. El Modelo enumera a continuación las rentas que debían ser gravadas en la fuente, que eran las siguientes: los beneficios empresariales, de las rentas de la propiedad inmobiliaria, las remuneraciones de administradores y consejeros, los salarios y sueldos y las pensiones públicas. De esta forma, las demás rentas, incluso los intereses y los dividendos, resultaban gravadas solo en el Estado de residencia del acreedor o accionista, sin que se debiera conceder alguna desgravación por doble imposición económica, puesto que el art. 3 b) exigía la devolución de parte del Estado de la fuente de los impuestos cobrados en contradicción de las reglas previstas en el Convenio⁹⁶.

Por su parte, el Modelo 1C recoge la práctica convencional de Europa central, reconociendo la existencia de impuestos cedulares y personales. El art. 7.º le permitía al Estado de la residencia gravar a sus domiciliados, pero se autorizaba al de la fuente a gravar los rendimientos del capital mobiliario. Esta categoría incluye los dividendos. La norma era bastante ambigua a la hora de establecer la forma de eliminación de la doble imposición, pues por un lado obligaba al Estado de la residencia a “renunciar” o “deducir” los impuestos especiales sobre las rentas situadas en los otros Estados, y si la doble imposición no fuera evitada así, los Estados debían ponerse de acuerdo en aplicar una deducción total o parcial en el domicilio o acordar el reembolso total o parcial⁹⁷.

El Modelo tipo para evitar la doble tributación fue comentado y discutido en nueve reuniones desde 1929 hasta 1939, pero no hubo desarrollos directos respecto de los dividendos⁹⁸. En cualquier caso, en 1933 se sentaron las bases de las normas de precios de transferencia con el Informe de M. B. Carroll, que financiado por la fundación Rockefeller, reportó sobre la legislación tocante a la localización de la renta de los negocios en veintisiete países del mundo, sugiriendo ciertas modificaciones, especialmente relativas al Establecimiento Permanente, al principio de *Arm's Length* y la no discriminación⁹⁹. Con pos-

96 OEEC, FC/WP12(58)I part II, p. 11-12.

97 AVERY JONES 2012: p. 70 entiende que el modelo incorporaba el crédito, la exención o devolución de impuestos en el Estado de la fuente como “posibilidades”.

98 OEEC, FC/WP12(58)I part II, p. 14. En efecto, CARROLL señaló sobre este periodo: “The Fiscal Committee met in nine times from 1929 to 1939; it concerned itself especially with the study of the apportionment of profits [...]. Dividends and interest were not especially studied by the Fiscal Committee”. CARROLL 1939; citado por: HATTINGH 2009: p. 509-510.

99 CARROLL 1933; RUSSO 2006: p. 89-108. Disponible en www.ibfd.org (IBFD-Tax Research Platform).

terioridad, la Sociedad de las Naciones aprobó los modelos de convenios de México en 1943 y de Londres en 1946, el primero con un predominio de la tributación en la fuente, pues las rentas empresariales se gravaban solo en dicha jurisdicción. Ello se explica por ausencia de representación de los Estados europeos, que sufrían las consecuencias de la segunda guerra mundial y una presencia prominentemente americana. Por su parte, el Modelo de Londres inclinó la balanza una vez más hacia el gravamen en la residencia, puesto que participaron de nuevo las naciones desarrolladas haciendo valer sus intereses. Las diferencias en varias cláusulas eran grandes, por lo que ninguno de los modelos fue aceptado de manera unánime, pero influyeron en alguna medida en los convenios celebrados en los años siguientes a su adopción¹⁰⁰.

El Modelo de México en el artículo IX englobaba en las “rentas del capital mobiliario” los “dividendos y otros rendimientos procedentes de participaciones sociales y de participaciones de socios comanditarios en las sociedades de personas con responsabilidad limitada”, asignando el poder de gravar de forma ilimitada, en principio, al Estado de origen de la renta¹⁰¹. Kemmeren advierte cómo este modelo toma el principio del origen, que supone que los dividendos son sujetos a imposición en el mismo Estado en que se sujetan los beneficios empresariales de los que se derivan, puesto que los Comentarios indican que los dividendos son gravados en el Estado donde el capital, del cual ellos derivan, fue invertido o puesto en uso para la producción¹⁰².

100 LEAGUE OF NATIONS 1946.

101 HARRIS 1996: p. 307. Este autor entiende que el Modelo de México únicamente permite el gravamen en la fuente/origen, pues utiliza el adverbio “solo” (*only*). Sin embargo, de la lectura del artículo IX del citado modelo se aprecia que existe un poder residual del Estado de la residencia. LUCAS DURÁN se posiciona en este último sentido y se fundamenta en los comentarios al Modelo, que indican: “La Conferencia de 1943 ha atribuido el derecho a imponer los rendimientos de los capitales al país en el cual los capitales son invertidos, si bien entendiendo que el país exportador de los capitales, que será en general el de domicilio fiscal del acreedor o beneficiario de los rendimientos, conserva el derecho de gravar igualmente estas rentas y debe, al mismo tiempo, acordar una deducción en la cuota por el impuesto percibido en el otro país, conforme a las disposiciones del artículo XIII de la convención-tipo” (traducción de LUCAS DURÁN 2000: p. 68).

102 KEMMEREN 2001: p. 341. Por ello parece impropio confundir en este modelo el Estado de origen de los dividendos y el de la fuente de ellos, como lo hace por ejemplo LUCAS DURÁN, al afirmar que el Modelo de México “avanza en el sentido de reconocer indubitativamente un derecho a la imposición de los dividendos expatriados a los países de residencia de las sociedades productoras de los mismos (países de la fuente o de origen) y se abandona definitivamente

El artículo IX del Modelo de México textualmente indica: “Los rendimientos de la propiedad mobiliaria podrá ser sujeta [*sic*] a imposición solo en el Estado contratante donde ese capital sea invertido”. Por su parte, el Protocolo al mismo artículo indica:

A efectos del art. IX del Convenio, el término “rendimientos del capital mobiliario” incluye renta de los fondos públicos, de las obligaciones, préstamos, depósitos, bien sea fijos o de cuenta corriente, rendimientos de las acciones y participaciones similares en sociedades, así como las rentas de las participaciones de un oculto en contratos de cuentas en participación o de las participaciones de socios sin poder de administración o responsabilidad personal¹⁰³.

Se aprecia que la definición de dividendos depende de la participación en el capital en forma de títulos valores (*securities*) o no, lo cual rompe con la caracterización de las rentas de capital que había sido desarrollada por la Sociedad de las Naciones en anteriores trabajos. El Modelo de México decanta el sistema de asignación del poder tributario seguido por los posteriores modelos mediante el cual el Estado de la fuente u origen, según el caso, puede gravar de forma ilimitada o limitada, atendiendo al tipo de renta, pero el de la residencia debe aplicar la eliminación de la doble imposición jurídica, haciendo necesario discernir entre los impuestos soportados por la sociedad y por los socios. Así mismo, se vislumbra el interés de definir dividendos y el tipo de sociedades que los distribuyen, para diferenciarlas de las rentas que no provienen del capital mobiliario incorporadas en los modelos.

Dicho lo anterior, es dable concluir que los trabajos de la Sociedad de las Naciones hasta el año 1943 (Modelo de México), a excepción del “Draft 1A” y el Modelo de 1927, englobaban los dividendos en categorías de renta más amplias, bien en las “rentas del capital mobiliario” (“Draft 1C” y Modelo de México) o como renta global (Draft 1C). Destacan las discusiones de la segunda

el método de reembolso parcial o total –por el Estado de la fuente– de los impuestos pagados en origen”. LUCAS DURÁN 2000: p. 25.

103 En su idioma original: “Income from movable property shall be taxable only in the contracting State where such capital is invested” y el Protocolo: “For the purpose of article IX of the convention, the term ‘income from movable capital’ includes income from public funds, obligations, loans, deposits, whether fixed or on current account, income from shares and similar participations in companies as well as income from sleeping partners shares or shares of partners having no powers of management or personal liability to partner”.

década del siglo pasado en torno a los impuestos reales y personales, que hoy no tienen una mayor relevancia, en la medida en que los tributos sobre la renta han evolucionado hacia criterios o elementos de conexión objetivos (fuente y establecimiento permanente) y subjetivos (residencia), todos comprendidos en el ámbito objetivo de aplicación del CDI y por tanto, cuya doble imposición busca ser eliminada.

B. LA CONSTRUCCIÓN DE LA CATEGORÍA DE RENTA INDEPENDIENTE PARA LOS DIVIDENDOS

I. EL MODELO DE LONDRES DE 1946

Si bien el borrador de Convenio de 1927 de la Sociedad de las Naciones avanzó en la escisión de las rentas del capital mobiliario y los dividendos, dejando además importantes aportes sobre las características de la entidad distribuidora, es el Modelo de Londres el que puede ser recordado por empezar un nuevo capítulo en la historia del concepto de dividendo en los CDI, pues en el artículo VIII los trata de forma independiente, empieza a sentar las bases de la definición que hoy se contiene en el art. 10.3 MCOCDE y que se liga a una serie de reglas de distribución cuya esencia también pervive hasta los convenios más recientes. El artículo de dividendos indicó:

1. *Los dividendos y otros rendimientos de las acciones de una sociedad y las participaciones en beneficios obtenidos por los socios de una sociedad de personas con responsabilidad limitada solo serán imponibles en el Estado contratante en el que la sociedad de capitales o la sociedad de personas tenga su domicilio fiscal.*

2. No obstante las disposiciones del párrafo 1, de los dividendos pagados por una sociedad de capitales que tenga su domicilio en el Estado contratante, a una sociedad de capitales que tenga su domicilio fiscal en el otro Estado contratante y posea una participación dominante en la dirección o en capital de la sociedad que paga los dividendos, serán exonerados del impuesto en el primer Estado.

3. Los dividendos pagados por una sociedad de capitales que tenga su domicilio en uno de los Estados contratantes, o los beneficios no distribuidos de una sociedad de este tipo, no están sujetos por el otro Estado contratante a ningún impuesto, aun

cuando los dividendos o los beneficios no distribuidos representen, en totalidad o en parte, una renta derivada del territorio de este otro Estado [bastardilla nuestra]¹⁰⁴.

No son claras las razones que llevaron a que los redactores de este modelo escindieran los dividendos de las rentas del capital mobiliario. Sin embargo, este modelo fue un hito en la historia de la fiscalidad de los dividendos al proponer un artículo independiente que define los elementos característicos de tales rentas y se preocupa por atenuar la doble o múltiple imposición en compañías vinculadas e incorporar un nuevo apartado para evitar la extraterritorialidad en el gravamen de los dividendos. Esto último se mantiene en el Modelo OCDE de 2010. Retoma el modelo de 1946 además la idea de que los dividendos no son meramente una renta por la inversión en capitales mobiliarios, tal como se había propuesto ya en el borrador de Convenio de 1927 de la Sociedad de las Naciones.

La definición del elemento de renta es diferente de la actual, pues se indicaba que había participaciones en dos tipos de compañías que generaban dividendos: las sociedades anónimas o de capitales (*companies*) y las sociedades personalistas con responsabilidad limitada (*limited liability partnerships*). Para las primeras se requería tener una acción (*shares*) y para las segundas, la condición de socio (*partners*). Las rentas eran todas las que provenían de las acciones y las participaciones en los beneficios imputados (*share of profits accruing to*) a los socios o partícipes.

El Modelo de Londres empieza por sentar las bases de los elementos subjetivos y objetivos del concepto que serían retomados por el WP12 de la OECE (OCDE). La doctrina ha considerado que el primer convenio que incorpora una definición de dividendos es el de los Estados Unidos y Canadá de 1942, entendiendo por tales todas las distribuciones de ingresos o beneficios de so-

104 Traducción propia del art. VIII: LEAGUE OF NATIONS 1946: p. 63-65: “1. Dividends and other income from shares in a company and shares of profits accruing to limited liability partners in a limited liability partnership shall be taxable only the contracting State where the company or limited liability partnership has its fiscal domicile. 2. Notwithstanding the provisions of paragraph 1, dividends paid by a company which has its fiscal domicile in one contracting State to a company which has its fiscal domicile in the other contracting State and has a dominant participation in the management or capital of the company paying the dividends shall be exempt from tax in the former State. 3. Dividends paid by, or undistributed profits of, a company which has its fiscal domicile in one contracting State by reason of the fact that the dividends or undistributed profits represent, in whole or in part, income derived from the territory of that other State”.

ciudades (*corporations*)¹⁰⁵. Tal afirmación no niega el hecho de que ya venían creándose elementos delimitadores de los dividendos tanto en los CDI que los incorporaban como un elemento de renta independiente, como en los que los englobaban en las otras. Empero, en ambos casos existía una mínima caracterización de esta clase de renta.

El Modelo de Londres asigna el gravamen de los dividendos a la fuente, esto es, al Estado donde la entidad distribuidora de dividendos tiene su *domicilio fiscal*, descartando el criterio del origen que se configuró en el Modelo de México. Esto se explica en la participación de países de Europa que plasman sus intereses económicos. Con ello se demuestra que el concepto de fuente es una mera convención que obedece meramente a un juego de poder. Sin embargo, si existiere una participación dominante en la distribuidora, no habría gravamen en la fuente. Se trata, pues, del antecedente de la regla de participación sustancial según la cual se buscan evitar los impuestos en cascada en los grupos empresariales. Se excluyen a las *partnerships* de la reducción del tipo por participación sustancial para evitar que la fuente no pueda gravar al tipo ordinario cuando la renta se les ha atribuido a los socios en virtud de un régimen de transparencia, esto es, cuando no haya una doble imposición económica potencial. El grado de “participación sustancial” queda, sin embargo, indefinido¹⁰⁶. El Modelo de Londres es así un hito en la aceptación del sistema clásico de imposición sociedad-socio y de la asignación de la potestad tributaria de acuerdo con el tipo de contribuyente¹⁰⁷.

En cualquier caso, incorporar una renta distinta destinada a los dividendos no es el gran avance del Modelo de Londres, pues en los convenios de la época ya se apreciaba esa práctica¹⁰⁸ y además ya lo habían hecho el borrador de 1927 y el Modelo IA de 1928 al referirse a las “rentas de las acciones o partes análogas”.

105 AVERY JONES 2006: p. 244. Se indica en este trabajo que los CDI entre los Estados Unidos y Francia de 1939 contienen una referencia a los dividendos y otras rentas provenientes de una sociedad, y el de Francia con Suecia de 1936 incluye una referencia a participaciones de fundador en el artículo de intercambio de información.

106 LUCAS DURÁN 2000: p. 70.

107 HARRIS 1996: p. 307; HARRIS 1999: p. 11.

108 La práctica convencional era variopinta, pues Italia y Estados Unidos tenían una política más orientada al tratamiento independiente a los dividendos mientras que buena parte de los Estados los englobaban dentro de otras categorías. HARRIS menciona como ejemplos como los CDI entre: Italia y Alemania de 31 de octubre de 1925 (art. 5.º); Francia e Italia de 16 de junio de 1930 (art. 5.º); Bélgica e Italia de 11 de julio de 1931 (art. 5.º); Suecia y Estados Unidos de 23 de marzo de 1939 (art. VII), Reino Unido y Estados Unidos de 16 de abril de 1945 (art. VI).

La finalidad de la creación de la categoría fue no solo señalar que la fuente era el “Estado contratante en el que la sociedad de capitales o la sociedad de personas tenga su domicilio” —como de manera similar pero menos técnica ya aparecía—, sino también crear la regla de la no extraterritorialidad y una norma para reducir la doble imposición económica intersocietaria. Además, el artículo relativo a los dividendos se consolida en el Modelo en Londres en 1946, pues en el de la Sociedad de las Naciones se enmarcaba en un modelo alternativo a otros dos, y el borrador de 1927 era precisamente eso: un borrador, no un texto definitivo aceptado mayoritariamente por la comunidad internacional. Por ello, sin lugar a dudas, el de Londres es el principal antecedente del actual art. 10 MOCODE.

Lastimosamente hay poca información sobre cuáles fueron las razones que llevaron a establecer una categoría de renta independiente en el Modelo¹⁰⁹, aunque el Comité Fiscal de la Sociedad de las Naciones, en la reunión de Londres de marzo de 1946, indicó que a diferencia del Modelo de México, en el de Londres “nuevos artículos han sido insertados para hacer uso de ciertas innovaciones contenidas en los convenios, tales como el de Reino Unido y Estados Unidos firmado después de la reunión de 1943”¹¹⁰. De esta manera, las innovaciones, que son en esencia la regla de la extraterritorialidad y la reducción de la retención para participaciones sustanciales, marcan de manera indeleble la historia de la categoría de los dividendos en los convenios, pues se observa el surgimiento de finalidades particulares, ausentes en los modelos anteriores.

Con esa observación, vale la pena analizar algunos detalles del recién citado tratado entre los dos países anglosajones, pues por un lado contiene reglas de distribución separadas para el Reino Unido y los Estados Unidos, ya que para los dividendos pagados por entidades residentes en el primer Estado se previó la exención, mientras que para los del segundo se estipuló una retención del

En efecto, el WP 12 enlistará más adelante 28 CDI entre Estados miembro que incorporaban un artículo independiente para los dividendos. *Vid.* HARRIS 1999: p. 14-15, nota 36.

109 Dentro de la información que ha podido recabar el autor se encuentran dos textos oficiales de la sociedad de las naciones relativos al Modelo de Londres: LEAGUE OF NATIONS 1946; LEAGUE OF NATIONS 1946b.

110 “[...] new articles have been inserted to make use of certain innovations contained in conventions, such as those between the United Kingdom and the United States, concluded since the 1943 meeting [...]. Virtually, the only clauses where there is an effective divergence between the views of the 1943 Mexico meeting and those of the 1946 London meeting are those relating to the taxation of interest, dividends, royalties, annuities and pensions [...]”. LEAGUE OF NATIONS 1946b; *vid.* UNITED STATES. JOINT COMMITTEE ON INTERNAL REVENUE TAXATION 1992b, p. 4326.

15%, como regla general, y 5% en caso de control directo o indirecto de al menos el 95% de los derechos de voto en la entidad pagadora, dejando abierta la posibilidad de terminar el tratado con una simple nota escrita¹¹¹. Por otro lado, se crean dos normas con el objeto de evitar la aplicación de preceptos internos considerados extraterritoriales. Así se deshabilitan las secciones 119.a.1.b y 19.a.2.b del Internal Revenue Code, que permitían gravar los dividendos e intereses pagados por entidades no residentes en los Estados Unidos (EUA) cuyos ingresos derivaran en un 80%, en el caso de los intereses, y en un 50%, en el caso de los dividendos, de fuente estadounidense, sin que importara si el receptor o el pagador fuera residente en Norteamérica o no. Por otro lado, un artículo del CDI le prohíbe a los Estados Unidos gravar los ingresos o beneficios acumulados y no distribuidos por sociedades controladas en más de un 50% por individuos residentes en el Reino Unido¹¹². Esto último lo explica Koch como una respuesta a las secciones 102 y 500 del Internal Revenue Code

111 “Article VI. (1) The rate of United States tax on dividends derived from a United States corporation by a resident of the United Kingdom who is subject to United Kingdom tax on such dividends and not engaged in trade or business in the United States shall not exceed 15 per cent.: Provided that such rate of tax shall not exceed five per cent. if such paying corporation is derived from interest and dividends, other than interest and dividends received from its own subsidiary corporations. Such reduction of the rate to five per cent shall not apply if the relationship of the two corporations has been arranged or is maintained primarily with the intention of securing such reduced rate. (2) Dividends derived from sources within the United Kingdom by an individual who is (a) a resident of the United States, (b) subject to United States tax with respect to such dividends, and (c) not engaged in trade or business in the United Kingdom, shall be exempt from United Kingdom surtax. (3) Either of the Contracting Parties may terminate this Article by giving written notice of termination to the other Contracting Party, through diplomatic channels, on or before the thirtieth day of June in any year after the year 1945, and in such event paragraph (1) hereof shall cease to be effective as to United States tax on and after the first day of January and paragraph (2) hereof shall cease to be effective as to United Kingdom tax on and after the 6th day of April, in the year next following that in which such notice is given”. CDI Reino Unido-Estados Unidos 1945. Comentarios sobre el tratado en: KOCH 1947: p. 70-71.

112 El actual art. 10.5 MCOUDE tiene su origen en dos artículos del CDI Reino Unido-Estados Unidos 1945: “Article XV. Dividends and Interest paid on or after the first day of January, 1945, by a United Kingdom corporation shall be exempt from United States tax except where the recipient is a citizen of or a resident of the United States or a United States corporation”. Además, otra norma regulaba el tratamiento de las rentas e ingresos no distribuidos: “Article XVI. A United Kingdom corporation shall be exempt from United States tax on its accumulated or undistributed earnings, profits, income or surplus, if individuals who are residents of the United Kingdom control, directly or indirectly, throughout the last half of the taxable year, more than 50 per cent of the entire voting power in such corporation”.

estadounidense, que consagra un sobreimpuesto que recae en la renta neta de cualquier sociedad nacional o extranjera constituida o utilizada con objeto de evitar la imposición de los accionistas de la misma o de otra entidad y sobre las entidades tenedoras de carácter personal (*personal holding companies*) sin necesidad de tener esa finalidad de diferimiento¹¹³.

Los documentos oficiales del país norteamericano que reportaron el proceso de ratificación señalan que el artículo de dividendos es recíproco y no crea vacíos fiscales, saliendo al paso a las objeciones de los miembros del Senado, para quienes se reduciría en EUA la tributación de los dividendos *outbound* al 15%. En el memorando preparado para el Committee on Foreign Relations del Senado de los Estados Unidos, el Joint Committee on Internal Revenue Taxation expone que la reciprocidad de la norma es efectiva, puesto que para el Reino Unido el impuesto sobre la entidad distribuidora, que es del 50%, contiene también el impuesto sobre el socio o accionista, ya que este soporta tal impuesto, de manera que no es necesario otro impuesto a la tarifa general sobre los dividendos. Con ello, el sacrificio de EUA equivale al del Reino Unido, que renuncia al “sobreimpuesto” que recae sobre los dividendos¹¹⁴. De esta forma, se admite indirectamente que el artículo de dividendos debe tratarse de forma independiente de otras rentas pasivas, puesto que la reducción de imposición en la fuente ha de calcular la reciprocidad efectiva, esto es, considerando el impuesto subyacente a las distribuciones de beneficios¹¹⁵, tanto así, que “a la vista

113 KOCH 1947: p. 126 y ss.

114 “It should be observed that these proposed provisions are reciprocal in character. Under United Kingdom income-tax law the only tax imposed upon dividends from United Kingdom sources is the surtax. The standard rate of tax (currently 50 percent) is not imposed on dividends. This is due to the British tax view that the standard rate of tax imposed upon the earnings of the corporation paying the dividend is, in effect, a tax on the shareholder and since the shareholder bears such tax (according to the British theory) a further standard rate of tax should not be imposed upon the shareholder when the dividend is paid out of such earnings. The retention by the United States of the tax of 15 percent on dividends from the United States sources paid to residents of Great Britain is regarded by the British as a second tax burden on what is considered by them the same income. It will be observed that the United Kingdom waives the surtax with respect to British dividends in the hands of United States shareholders of British corporations”. UNITED STATES. JOINT COMMITTEE ON INTERNAL REVENUE TAXATION 1962: p. 2580 y ss. En el mismo sentido la intervención de Mitchell B. Carroll en nombre del Nacional Foreign Trade Council, abogando por la aprobación del Convenio entre los Estados Unidos y el Reino Unido e Irlanda del Norte sobre impuestos sobre los negocios que aparece en las páginas 2613-2614.

115 KOCH 1947: p. 70-71.

de las posibles variaciones de los tipos impositivos en ambos Estados, parece necesario dar a ambas partes contratantes el derecho de terminar los mandatos contenidos en el artículo por medio de una notificación a la otra parte el 30 de junio, empezando en 1946”¹¹⁶.

Con lo dicho, un análisis de la lógica de todos los cambios introducidos en el Modelo de Londres y de las discusiones en la ratificación del CDI entre EUA y el Reino Unido de 1945 permitiría inferir que la Sociedad de las Naciones, gracias a los trabajos de EUA y Reino Unido, se percató de la existencia de particularidades en el tratamiento tributario dado por las leyes internas a los dividendos, lo que imponía la necesidad de una regulación especial en los CDI. Una de esas sería el elemento objetivo de conexión y otra, que consideramos fundamental, la existencia de un impuesto subyacente que requería ser cuantificado para calcular la reciprocidad efectiva en cada negociación y que podría causar doble imposición económica, debiendo reducirse cuando los dividendos derivaran de una participación sustancial en la compañía. En definitiva, el CDI entre el Reino Unido y los Estados Unidos de 1945 aporta la razón histórica de la existencia del actual art. 10 MCOEDE, *cual es regular de forma independiente una renta que es obtenida por la participación en una entidad sujeta a imposición de forma independiente de sus socios y partícipes en un Estado contratante, pero que potencialmente y desde un punto de vista económico puede soportar un impuesto subyacente*. En otras palabras: se reconoce que en estos casos existe un solo objeto imponible y dos hechos generadores.

2. LA CONSOLIDACIÓN DE LA ESTRUCTURA BÁSICA DEL ARTÍCULO DE DIVIDENDOS: TRABAJOS DEL WPI 2 DE LA OEEC Y EL BORRADOR DE MODELO DE LA OCDE DE 1963

Con la desaparición de la Sociedad de las Naciones y la suspensión de trabajos relacionados con la doble imposición en el seno de las Naciones Unidas, los convenios de doble imposición pasaron a ser estudiados por la Organización Europea para la Cooperación Económica (Organisation for European Economic Co-operation ‘OEEC’¹¹⁷), puesto que la Cámara de Comercio Internacional

¹¹⁶ KOCH 1947: p. 81. Esa misma prerrogativa se estipulaba en el art. VII del CDI entre los Estados Unidos e Italia de 1955.

¹¹⁷ Fue creada el 19 de abril de 1948 como un desarrollo del Plan Marshall. Originalmente tuvo dieciocho Estados miembro, a saber: Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Islandia,

recomendó a la OEEC analizar la problemática entre los Estados miembro, en la medida en que se trataba de economías similares, y por ello el acuerdo sería más fácil de lograr que si se tratase de escenarios con una representación más amplia. En 1961 la OEEC se transformaría en la Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) o, en español, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), tras la entrada de los Estados Unidos, Canadá y Japón.

El 25 de febrero de 1955 la OEEC por primera vez hizo una recomendación sobre la doble tributación, sugiriendo a los Estados miembro armonizar y desarrollar la red de CDI, y al mismo tiempo crear un comité *ad hoc*. Este último, presidido por Van den Tempel, sugiere en febrero de 1956 crear el Comité Fiscal (Fiscal Committee)¹¹⁸ que es el antecedente del hoy denominado Comité de Asuntos Fiscales (CAF), cuyo propósito era desarrollar investigaciones y hacer recomendaciones en torno a la doble imposición internacional entre los Estados miembro. El Comité se organizó en grupos de trabajo (*Working Parties* ‘WP’) compuestos de dos o tres de sus miembros, que presentaron informes que luego se discutirían en el pleno¹¹⁹. El grupo de trabajo decimosegundo (en adelante, WP12) fue creado en febrero de 1958 por la OEEC, con delegados de Suiza, Alemania e Italia, y su propósito fue analizar la fiscalidad internacional de los dividendos.

Los desarrollos del WP12 de la OEEC son importantes en la historia de los dividendos porque marcan decisivamente el texto y los Comentarios del art. 10 MCOCDE más reciente, no solo porque las conclusiones de sus trabajos trazaron la estructura básica del articulado, sino porque incluso buena parte de la dicción de sus informes y trabajos permanece idéntica en el Modelo y sus Comentarios más recientes. En la medida en que el WP recibe el encargo de proponer un artículo que regulara la tributación de los dividendos, la apuesta por la elaboración de un artículo independiente para tales rentas estuvo desde el comienzo. Además, para la fecha existían veintiocho CDI firmados y vigentes entre los Estados miembro

Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Portugal, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y Alemania occidental.

118 Fue creado el 19 de marzo de 1956 por Resolución del Consejo. *Vid.* OEEC, C(56)49(final). Para efectos de posteriores citaciones este número es código de documento que sirve para consultarlo online en la página electrónica <http://www.taxtreatieshistory.org/>

119 OEEC: sobre la organización del Comité, *vid.*: FC(56)1 (16/5/1956). Sobre la organización del trabajo: (FC/M(56)1(prov) (6/6/1946) la minuta de la primera sesión; FC/M/(56)1 Annex (10/9/1956).

que incluían una regla especial, frente a quince CDI que los englobaban en la categoría más genérica de rendimientos del capital mobiliario.

El WP realiza fundamentalmente tres informes, una encuesta y una ayuda de memoria¹²⁰:

1) Primer Informe fechado el 28 de febrero de 1958¹²¹: analiza el problema, recopila los desarrollos de la Sociedad de las Naciones y la práctica convencional y sugiere alternativas de articulado con comentarios. La definición de dividendos se incluía en el apartado cuarto y tuvo una influencia importante de la práctica fiscal de Francia, Italia y Suiza. El Primer Informe se discute en la sesión 11 desarrollada entre el 20 y el 23 de enero de 1959¹²²;

2) El cuestionario¹²³, los resultados de este y sus modificaciones¹²⁴: son las respuestas de la encuesta hecha acerca de la fiscalidad de los dividendos en el derecho interno y la posición de los Estados frente a los proyectos de articulados A y B. El cuestionario incluía la pregunta: “¿Cómo se definen los dividendos en el derecho interno de su Estado?”, cuyas respuestas debieron ser resumidas según las minutas de la Sesión 15 del Comité Fiscal¹²⁵, pero que no fueron publicadas en los resultados de la encuesta¹²⁶, lo que ha sido entendido por Pijl como una muestra de que la definición era un tema menor frente a los demás problemas¹²⁷.

3) “Aide-Memoire”: contiene el proyecto de articulado y preguntas restantes concluidas en la Sesión 17 del Comité Fiscal¹²⁸. En este texto aparecen

120 Estos documentos pueden consultarse en <http://www.taxtreatieshistory.org> HARRIS ha recogido y clasificado los trabajos del WP en: HARRIS 2000: p. 75 y ss. *Vid.* también: HARRIS 1999: p. 62 y ss.

121 OEEC, FC/WP12(58)I Part I. (28/11/1958); FC/WP12(58)I Part II. (28/11/1958).

122 FC/M(59)1.

123 TDF/FC/57 (1sr revision) (19/03/1959) aprobado en la Sesión 12, que se llevó a cabo entre el 17 y el 20 de marzo. FC/M(59)2 (15/05/1959).

124 FC/WP12(60)I (08/01/1960); TDF/FC/88 (1sr revision) (31/03/1960).

125 FC/M(59)5 (30/12/1959): “The Delegate for Germany, Rapporteur of Working Party n.º 12 on taxation of dividends, said that a summary of the replies to Questionnaire TDF/FC/57 (1st Revision) would be sent to the Secretariat by 15th January, 1960. Although this document contained no conclusions, it might serve as a basis for discussion at the next session. The Working Party had recently received the reply of the Delegate for the United States. It would meet at the Château de la Muette on Monday, 1st February, at 3 p. m.”.

126 FC/WP12(60)I (08/01/1960)

127 PIJL 2011: p. 498.

128 FC/WP12(60)2 (30/4/1960).

las primeras discusiones sobre los rendimientos de las obligaciones o créditos participativos que aparecerían expresamente en la definición y que la delegación alemana considera que deberían ser tratados como intereses;

4) Versión final del artículo (1960)¹²⁹: fue el resultado de una reunión conjunta con los WP8, WPI1 y WPI5, encargados de los artículos de regalías, intereses y eliminación de la doble imposición.

5) Segundo Informe¹³⁰: recopiló las conclusiones de las sesiones 17, 18 y 20¹³¹ del Comité Fiscal y las reuniones conjuntas. Dicho informe fue revisado posteriormente¹³² y adicionado por los Comentarios de Bélgica¹³³. En el Segundo Informe los créditos participativos pasan al artículo de intereses y aparece la remisión al derecho interno gracias a la propuesta hecha por el Prof. Van den Tempel, aunque con una redacción diferente de la actual.

6) Informe Final¹³⁴: recopila las conclusiones del grupo de trabajo considerando las discusiones del Comité Fiscal y las reservas hechas por las delegaciones en la Sesión 22, de enero de 1961. Este Informe Final sufre ligeras modificaciones en general, pero algunas sustanciales en cuanto a la definición, como veremos, y es aprobado posteriormente como art. 10 del Borrador de Modelo de Eliminación de Doble Imposición de 1963.

Con objeto de evitar las repeticiones que supondría hacer un análisis histórico cronológico, y buscando ser lo más eficientes posibles con el espacio, a continuación se realiza un análisis transversal de los principales problemas discutidos por el WPI2 y el Comité Fiscal desde 1958 hasta 1963.

a. LA REDACCIÓN DE LOS TRES ELEMENTOS DE LA DEFINICIÓN

El Primer Informe del WP de fecha 28 de noviembre de 1958¹³⁵ empieza la extraña dualidad de definiciones de dividendos, pues una primera aparece en el articulado y otra en los Comentarios o textos de similar naturaleza. En efecto, en la Parte I, párrafo 5, del Informe de 1958 se incorpora una definición de divi-

129 WPI2(60)3 (01/08/1960).

130 FC/WPI2(60)4 (24/09/1960).

131 FC/M(60)5 (12/10/1960).

132 FC/WPI2(61)1 (06/01/1961).

133 FC/WPI2(61)2 (09/02/1961).

134 FC/WPI2(61)3 (20/02/1961).

135 OEEC, FC/WPI2(58)I Part I (28/11/1958); FC/WPI2(58)I Part II. (28/11/1958).

dividendos que hoy se mantiene en el párr. 1 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE con algunos cambios y que, curiosamente, no coincide con la literalidad de la definición prevista en el proyecto de artículo del Primer Informe del WP12 o del art. 10.3 del MCOCDE de 2010¹³⁶.

A continuación se observan en el idioma oficial las definiciones que traía ese Primer Informe:

<i>Párr. 5 Primer Informe WP</i>	<i>Definición prevista en los proyectos de articulados A y B y sus comentarios</i>
<p>a) By “dividends” is generally meant distributions of profits by companies limited by shares (1), limited partnerships with share capital (2), limited liability partnerships (3) or other commercial associations with a joint stock. Under the laws of all European countries, such “joint stock companies” (4) are legal entities with a separate juridical personality distinct from all their shareholders or members. On this point they generally differ from partnerships of individuals. The consequences of this from the taxation point of view are well known:</p> <p>The profits of a partnership of individuals are the partners’ profits derived from their own exertions: for them they are industrial or commercial profits. So the partner is ordinarily taxed personally on his share of the partnership capital and partnership profits. The position is different for the shareholder he is not a trader and the company’s profits are not his so they cannot be attributed to him. He is personally taxable only on these profits which are distributed by the company (apart from the provisions in certain legislations relating to the taxation of undistributed profits in special cases). From the shareholders’ standpoint, dividends are income from the capital which they have made available to the company as its shareholders.</p>	<p>(4) In this Article, the term “dividends” means income from shares in companies limited by shares and limited partnerships with share capital, “jouissance” shares, mining shares, “jouissance” bonds, founders’ shares, debentures participating in profits, and other corporate profit sharing rights represented by paper securities, as well as income from shares in co-operative societies and limited liability partnerships.</p> <p>Párr. 10: 10. The definition of dividends in the drafts [...] corresponds to the definition to be found in a number of different Conventions. <i>What counts is the character of the security.</i> The essential condition is that there must be on the one hand an independent legal entity (payments by partnerships of individuals are thus excluded), and on the other hand a relationship founded on a contract of association and giving a right to participate in the profits. The list may be added to if necessary. It will, in particular, be necessary to decide whether the investment company certificates known in certain States should be included or not in this definition.</p> <p><i>The form which the dividends takes is of little importance.</i> There should be included in them not only payments in cash, but also benefits of ascertainable monetary value allotted to shareholders (<i>hidden distributions of profits</i>) and other benefits which the law of the Contracting States assimilates to dividends (<i>e. g. bonus shares</i>)¹³⁷.</p>

136 HARRIS 1999: p. 17; HARRIS 2000: p. 76. Los documentos de la OEEC han sido contrastados por el autor en la página <http://www.taxtreatieshistory.org> (consultada el 18 de enero de 2012).

137 Bastardilla nuestra.

Los CDI entre Italia y Suecia de 1956 y entre Francia e Italia de 1958 influyeron profundamente en la definición del inciso 4 de los proyectos A y B contenidos en el Primer Informe. Se podrían mencionar otros convenios, pero los que más se acercan en su redacción son estos, sobre todo porque se enmarcan en un tratamiento diferenciado de los dividendos respecto de los intereses. En unos pocos convenios de la época aparecía la definición en el propio artículo de dividendos, a veces se incluía en las definiciones generales o incluso en protocolos finales¹³⁸.

A diferencia de la que se encuentra actualmente en el MCOCDE, la definición que se adoptaba en el Primer Informe parecía ser autónoma y sin remisión expresa al derecho interno¹³⁹. La definición giraba alrededor de la expresión “corporate profit sharing rights”, que según los Comentarios se caracterizaban por la “condición esencial” de que la renta proviniera de la relación fundada en el contrato de asociación que supusiera un derecho de participación en los beneficios de una entidad legal separada. Tales condiciones se predicaban de toda la definición y le permitían ser autónoma con respecto al derecho mercantil y con ello flexible para comprender situaciones de fraude fiscal, pues los Comentarios desde ese entonces entendían que las distribuciones encubiertas de beneficios o las entregas de acciones gratuitas eran dividendos para efectos del CDI si eran beneficios asimilados a dividendos por los Estados contratantes. Hattingh argumenta que esa remisión era simplemente la explicación de que

138 Art. 8.6 CDI Italia-Suecia 1956: “For the purposes of this Article, the term ‘dividends’ means dividends and other income from shares, ‘azioni di godimento’, ‘buoni di godimento’, profit-participating debentures and like participations in companies, and income from participations in companies, and income from participations in private limited companies (società a responsabilità limitata)”. Art. 8.2 CDI Francia-Italia 1958: “For the purposes of the preceding sub-paragraph (b), the term ‘dividends’ means income from shares in companies limited by shares and limited partnerships with share capital, ‘jouissance’ shares, founders’ shares and all other similar corporate profit sharing rights, as well as income from shares in limited liability partnerships”. Otros CDI consultados por WP para desarrollar la definición fueron los de Suecia y Suiza de 1948 y Suecia y Países Bajos de 1951, pero se referían genéricamente a “rentas del capital mobiliario”. Por ejemplo, el primero indicaba: “The term ‘income from movable capital’ shall apply to both income from securities (loan bonds and other bonds, whether or not secured by real property, government bonds, pledge certificates, mortgage bonds, shares, ‘jouissance’ shares, ‘jouissance’ certificates, founder’s shares or other membership shares in the form of securities) and to income from other loans, deposits, cash guarantees or other capital assets, or from membership shares in private companies or co-operative societies”: OEEC, FC/WP12(58)1, Part II; HARRIS 1999: p. 30; HATTINGH 2009b: p. 511; SASSEVILLE 2012: p. 71.

139 Véanse discusiones en torno al tercer elemento.

la definición era flexible, pero no descartaba la necesidad de que dichas rentas cumplieran con la “condición esencial”¹⁴⁰.

– PRIMERA PARTE

La primera parte de la definición tiene su origen en la frase de la definición del primer Informe que se lee: “income from shares in companies limited by shares and limited partnerships with share capital, ‘jouissance’ shares, mining shares, ‘jouissance’ bonds, founders’ shares”.

Esta redacción se fundamentó en varios elementos que contenían las definiciones de dividendos o de rentas del capital mobiliario de los CDI seleccionados por el WP12, en los que destacaban el CDI entre Suecia y Suiza de 1948¹⁴¹. El Segundo Informe del WP12 modificó este elemento al dejar de enunciar los tipos de sociedades y referirse solo a los tipos de derechos. El cambio se da en la versión en inglés, pues mientras en el Primer Informe se indicó: “income from shares in companies limited by shares and limited partnerships with share capital”, la versión francesa se lee: “revenus provenant d’actions”, sin expresar el tipo de sociedades. Así, en la Sesión 18 del Comité Fiscal reflejada en el Segundo Informe del WP12 se corrige el error de traducción y textualmente se pasó a indicar en el apartado 3 (a) del proyecto de artículo:

the term “dividends” means income from shares, “jouissance” bonds or jouissance” shares, mining shares, founders’ shares or shares participating in profits, as well as income from other corporate rights which is subject to tax in the same manner as income from shares according to the fiscal laws of the State of which the company making the payment is a resident.

En las Sesiones 22 y 23 del Comité Fiscal, al analizar el Informe Final del WP12, se decidió modificar la primera parte de la definición solo en la versión en inglés, para indicar que “bons de jouissance”, en francés, no se traducía al inglés como “jouissance bonds” sino como “jouissance rights”¹⁴². Se mantienen las “mining shares, founders’ shares or other corporate rights participating in profits...”

140 HATTINGH 2009b: p. 510.

141 *Vid.* nota al pie 133.

142 FC-M(61)2F. Este cambio ha sido explicado por PIJL como un reconocimiento a la que la definición quería incorporar algo más que los derechos derivados del derecho societario, pero a nuestro juicio ello resulta dudoso, puesto que el sentido parece estar restringido a ser derechos provenientes de un contrato de asociación. PIJL 2011: p. 500.

lo cual, como puede verse, se acerca más a la definición del MCOE de 2014. El párr. 5 del Primer Informe posteriormente aparecería en Comentarios al MCOE (hoy con modificaciones en el párr. 24 al art. 10) y sigue manteniendo una enunciación de los tipos societarios.

— SEGUNDA PARTE

El origen del segunda parte se encuentra en la definición del artículo propuesto por el Primer Informe en la siguiente frase: “*debentures participating in profits, and other corporate profit sharing rights represented by paper securities*”, que provenía de la traducción del francés “*obligations participant aux bénéfices et autres parts sociales sous forme de papiers-valeurs*”. Según los Comentarios a los borradores, esas obligaciones debían cumplir la condición esencial de que existiera “de un lado, una entidad legal independiente (los pagos realizados por *partnerships* de individuos están en consecuencia excluidos), y de otra, una relación fundada en un contrato de asociación y que otorgue derechos a participar en los beneficios”¹⁴³. Así, para distinguir dividendos e intereses, se partía de analizar si el título participaba en beneficios y, en consecuencia, si no tenía una tasa fija de retorno¹⁴⁴, aunque el problema estaba en definir el sentido de “contrato de asociación”, pues aunque es un concepto con contenido más jurídico que el actualmente adoptado por los MCOE de la asunción de riesgos que veremos más adelante, de todas formas dejaba la duda de si cualquier acuerdo del cual surgiera un derecho a participar en los beneficios de una compañía era un contrato de asociación o si, por el contrario, se requería alguna formalidad o de los elementos esenciales adicionales propios del derecho societario. Según Pijl, el hecho de que los Comentarios utilizaran la palabra “contrato” permite inferir que no necesariamente debía ser una relación apoyada en la legislación societaria, al tiempo que el término “asociación” es indeterminado, pues comprende un gran grupo de organizaciones de personas que se unen para desarrollar un objeto común¹⁴⁵.

Al parecer no se le dio mayor importancia al requisito del contrato de asociación, o este fue entendido de forma amplia, similar a como lo expone Pijl, ya que los documentos históricos dan a entender que según algunos representantes

143 Pijl 2011: p. 498.

144 Convenios italianos anteriores al Primer Informe utilizaban este criterio.

145 Pijl 2011: p. 498.

la definición incluiría a todas las obligaciones o créditos (*debentures / obligations*) que participaran en beneficios. Muestra de ello es la sugerencia de modificación hecha por la delegación alemana, según la cual las rentas de obligaciones que participaran en beneficios debían pasar a ser tratadas como intereses. Esta última idea toma fuerza en la Sesión 18, afirmándose que la definición debería ser restringida¹⁴⁶, de manera que en la Sesión 20 del Comité Fiscal se elimina la frase “*debentures participating in profits*” – “*obligations participant aux bénéfiques*” – y por ello no aparece en el Segundo Informe del WP12, dejando claro que las obligaciones que participen en beneficios serán tratadas de acuerdo con el artículo de intereses¹⁴⁷. El International Tax Group, liderado por Avery Jones, ha entendido que con esta modificación “no puede haber sido pretendido tratar la renta de deudas que participen en beneficios como intereses, mientras que se trate a la renta proveniente del excesivo endeudamiento como dividendos”¹⁴⁸. Sin embargo, como lo dicen los mismos autores, muy seguramente el problema de la subcapitalización ni siquiera estaba en la mente de los redactores¹⁴⁹, lo cual descartaría una interpretación histórica concluyente al respecto.

En el Segundo Informe se reemplaza además la frase “*corporate profit sharing rights represented by paper securities –parts sociales sous forme de papiers-valeurs–*” por “*shares participating in profits –parts bénéficiaires–*” y no se prevé en el articulado la exclusión de los derechos de crédito en este, pero podía derivarse de la palabra “*shares*”. En efecto, así se entendía por los respectivos Comentarios al parágrafo 3, que por primera vez utilizan la palabra “*debt-claims*” para distinguir intereses de dividendos¹⁵⁰.

146 OEEC, Aide-mémoire, FC/WP12(60)2. Con posterioridad, en la Sesión n.º 18 del Comité Fiscal, a esta idea se suma Francia.

147 SASSEVILLE 2012: p. 71.

148 AVERY JONES *et al.* 2009: p. 15. Nota al pie 66.

149 AVERY JONES *et al.* 2009: p. 21.

150 Bastardilla nuestra.

La versión en francés:	La versión en inglés:
“Cet article se rapporte essentiellement aux distributions de bénéfiques auxquelles donnent droit les actions, c’est-à-dire les participations à une société anonyme. Sont assimilés aux actions, les papiers-valeurs qui sont émis par les sociétés anonymes et qui donnent droit à une participation au bénéfice, <i>sans être une créance</i> ;	“The Article relates, basically, to distributions of profits the title to which is constituted by shares, that is, holdings in a company limited by shares (‘société anonyme’). The Article assimilates to shares all securities issued by companies limited by shares which carry a right to participate in the profits <i>without being</i>

Aunque la palabra “shares” era utilizada en la versión inglesa (la versión francesa indicó “parts”) y los Comentarios en el Segundo Informe excluían a los derechos de crédito, en la Sesión 23 del Comité Fiscal se modificó la traducción inglesa, que pasó a decir: “or other rights participating in profits”, sin hacer ningún cambio a la versión francesa¹⁵¹. Además, luego se aclara, en el texto de la definición en ambos idiomas, que esos “derechos” no pueden ser créditos¹⁵². La excepción de los derechos de crédito ha sido explicada por la doctrina como una cuestión de adecuación de la traducción (“parts” a “rights”)¹⁵³. De todos modos, la pregunta es por qué se hizo esa “aclaración” en los dos idiomas y no solo en inglés si ya estaba tan claro en la versión francesa. A nuestro juicio, lo más razonable sería entender que fue una especificación necesaria que debía pasar de los Comentarios al propio texto, pues existían problemas en ambos idiomas oficiales para distinguir entre dividendos e intereses y cuyo origen estaba en la introducción de la segunda parte de la definición en términos tan abstractos, porque, según se deduce de los Comentarios al Segundo Informe, existían títulos valores o valores negociables (“securities”/“paper securities”/“papiers-valeurs”/“wertpapiere”) emitidos por sociedades que, sin ser acciones propiamente, daban derecho a participar en los beneficios y que se

<p>ce sont, par exemple, les actions ou bons de jouissance, parts de fondateur ou parts bénéficiaires. Par contre, les obligation participant aux bénéfices ne font pas contre, les obligations participant aux bénéfices ne font pas partie de cette catégorie. Le fait qu’une part de bénéfice soit distribuée en plus de l’intérêt à taux fixe n’enlève pas aux obligations participant aux bénéfices leur caractère de créances. De même, les intérêts d’obligation convertibles ne sont pas des dividendes”.</p>	<p><i>debt claims</i>; such are, for example, ‘jouissance’ shares or ‘jouissance’ founders’ shares or shares participating in profits. On the other hand, debentures participating in profits do not come in this category. The fact that a share of profit is distributed over and above the fixed interest does not deprive such debentures of their character of debt-claims. Likewise, interest on convertible debentures is not dividend”.</p>
---	---

151 OEEC, FC/M(61)2

152 OEEC, FC(61)1 Annexes

153 AVERY JONES *et al.* 2009, nota al pie 68, indica que esto se hace, pues se quería corregir la traducción del inglés al francés, y al traducir “part” como “rights”, estos últimos podían comprender los derechos de crédito. “The exclusion for debt-claims is first found in a version of 23 May 1961 (FC(61)1ann) without any explanation for the change, but it is assumed that the drafting group made it because the general words ‘other rights participating in profits’ were more general in English than parts in French and could have included creditor rights, which were not intended to be included on the change from the inappropriate reference to shares to other rights. In the same report, the definition of interest included income from... bonds or debentures... whether or not participating in profits”.

asimilaban fiscalmente a los dividendos. Estos no necesariamente derivaban del derecho de sociedades ni contenían una participación total en los beneficios, pues sus derechos sobre la liquidación podrían ser limitados¹⁵⁴.

La naturaleza de los tipos de derechos, que no eran títulos valores y que preocupaban tanto al Comité Fiscal, puede explicarse en los CDI que tomó el WP12 para analizar la tributación de los dividendos. En efecto, dentro de los tratados que enumera el grupo, había varios que se referían a las rentas derivadas de *valores mobiliarios* (*securities/valeurs mobilières*) sin definirlos¹⁵⁵. Otros se referían a los *capitales mobiliarios*, como el tratado de Suiza con Suecia de 1948, que incorporó una definición con un contenido casi idéntico a los convenios de Suiza con Países Bajos de 1951, Suiza y Austria de 1953, y Suiza y Francia de 1953. La definición contenida en el Convenio Suiza-Suecia de 1948 se lee:

El término “renta de los capitales mobiliarios” debe aplicarse tanto a la renta de valores mobiliarios (bonos de deuda y otros bonos estén o no asegurados por propiedad inmobiliaria, bonos gubernamentales, certificados de prenda, títulos hipotecarios, acciones, acciones de disfrute, certificados de disfrute, partes de fundador o otras acciones de membresía en forma de títulos valores), como a la renta de otros créditos, depósitos, garantías en especie u otros activos de capital, o de las participaciones sociales en las sociedades de responsabilidad limitada o sociedades cooperativas¹⁵⁶.

154 PJIJL 2011: p. 497.

155 FC/WP12(58)I Part II, p. 18 y ss. Suiza-Alemania de 1931; Alemania-Suecia de 1928; Alemania-Austria de 1954.

156 FC/WP12(58)I Part II, p. 20. Suiza-Suecia 1948.

<p>“1. The term ‘income from movable capital’ shall apply both to income from securities (loan bonds and other bonds whether or not secured by real property, government bonds, pledge certificates, mortgage bonds, shares, ‘jouissance’ shares, ‘jouissance’ certificates, founder’s shares or other membership shares in the form of securities) and to income from other loans, deposits, cash guarantees or other capital assets, or from membership shares in private companies or co-operative societies”.</p>	<p>“1. L’expression ‘revenus de capitaux mobiliers’ s’applique tant aux revenus provenant de papiers-valeurs (obligations d’emprunts et autres obligations garanties ou non par gage immobilier, titres de rente, lettres de gage, titres hypothécaires, actions, actions de jouissance, bons de jouissance, parts de fondateurs ou autres parts sociales sous forme de papier-valeur) qu’à ceux qui proviennent de prêts, dépôts, cautions en espèces ou autres avoirs en capital, ainsi que des parts sociales de sociétés à responsabilité limitée ou de sociétés coopératives”.</p>
---	---

Como se observa, el Convenio entre Suiza y Suecia apuesta por un entendimiento amplio de capitales mobiliarios comprendiendo así tanto los derechos sobre títulos valores, como de otros derechos, incluidos los que se tienen en sociedades sin que no otorguen un título representativo del capital. Esa cuestión no quedaba clara en aquellos CDI que se referían a rentas provenientes de *valores* mobiliarios.

Por su parte, el Convenio entre Francia y Noruega de 1953 se refiere a “las rentas derivadas de los títulos valores y rentas similares (p. ej., el producido de las acciones, de partes de fundador, de partes de interés y de comanditarios)”¹⁵⁷. Esta aproximación ciertamente resuelve los casos problemáticos en los que no existe un capital mobiliario del que derive una renta que en sustancia se parece a un dividendo. Piénsese en el interés del gestor en una sociedad en comandita, que como se sabe, no representa un activo propiamente y ni siquiera se refleja en el capital social, pero da un derecho a participar de los beneficios.

El Modelo de la Sociedad de las Naciones de México, a pesar de incorporar una categoría para las rentas derivadas de la propiedad mobiliaria, hace una aclaración similar a la de los descritos Convenios, al incluir en estas a las “rentas de las acciones y similares participaciones en sociedades, así como las rentas de los intereses de los socios ocultos o de los intereses de los socios que no tengan poderes de administración o responsabilidad personal en la sociedad de personas (*partnership*)”. Incluso, en los tratados en los que se regula como una categoría de renta independiente a los dividendos se buscó incluir a las que derivasen de “participaciones”. Eso se aprecia, por ejemplo, en el convenio entre Italia y Suiza de 1946, que distingue a los dividendos de otros rendimientos del capital y utiliza una definición similar a la que aparece en el Primer Informe del WP12, y cuyo tenor es el siguiente: “[...] el término ‘dividendos’ significa dividendos y otras rentas de las acciones, acciones de disfrute, bonos de disfrute, títulos de participación en beneficios y participaciones similares en sociedades, y renta de las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada”¹⁵⁸. Nótese que el propósito era exponer cómo los dividendos en un sentido convencional

157 FC/WP12(58)1 Part II, p. 28. Francia-Noruega 1953, art. 8.º:

“Income derived from securities and similar income (e. g. from stocks, founders’ shares, shares in partnerships, interests in limited partnerships)...”.	Les revenus des valeurs mobilières et les revenus assimilés (produits d’actions, de parts de fondateur, de parts d’intérêt et de commandites).
--	--

158 FC/WP12(58)1 Part II, p. 31. Italia-Suiza 1956, art. 8.º:

eran algo más que los dividendos en un sentido mercantil formalista, puesto que se incluían las rentas derivadas de títulos de participación en beneficios.

El interés por incluir como rentas mobiliarias o dividendos, según el caso, a las rentas que no derivaban de un título valor sino de un mero derecho contractual fue entonces una razón adicional para incluir la referencia a la expresión rendimientos de “otros derechos [...] que permitan participar en beneficios” (*parts bénéficiaires*). El párr. 24 al art. 10 *MCOCDE* ha entendido hasta hoy como ejemplos de tales “títulos” (*securities*/tires) a las “acciones y bonos de disfrute”, además de las “partes de fundador”. Lo extraño es que podría entenderse que el Comentario se refiere con “títulos” solo a los títulos valores, lo cual obviamente carecería de sentido, pues precisamente la idea de incluir esa redacción y de crear la segunda parte de la definición viene de incorporar a ciertos derechos que no son necesariamente títulos valores. En inglés el término usado por el Comentario es “*securities*”, y como bien lo ha destacado Pijl, los “títulos incluidos en el artículo 10(3) no tienen que ser *securities* en su significado técnico. El término ‘*securities*’ en el Comentario al artículo 10 del Modelo OCDE (2010) en relación con la definición de dividendos es usado en un sentido amplio y el requisito no deriva del texto del tratado”.

En definitiva, el traslado de criterios distintivos de las “rentas del capital mobiliario” hacia los “dividendos” ha supuesto una confusión. El WP12 desde su primer informe incluyó la referencia a títulos valores que otorgaran derechos a participar en beneficios y desde entonces se ha debatido, de forma innecesaria, sobre qué son los títulos valores. Esa discusión era relevante cuando los convenios contenían una renta para los títulos valores o valores mobiliarios, o incluso para las rentas del capital mobiliario. Cuando se crea una categoría de renta para los dividendos lo importante es distinguirla de los intereses, de los beneficios empresariales, de las ganancias de capital y de las otras rentas, para lo cual la existencia o inexistencia de un título valor es irrelevante. Por eso creemos que las discusiones del WP12 en torno a la segunda parte deben verse como un esfuerzo para delimitar los dividendos, de forma que se comprendan

“For the purpose of this Article, the term ‘dividends’ means dividends and other income from shares, ‘azioni di godimento’, ‘buoni di godimento’, profit-participating debentures and like participations in companies, and income from participations in private limited companies (Società a responsabilità limitata)”.

“Pour l’application du présent article l’expression ‘dividendes’ désigne les dividendes et autres revenus d’actions, d’actions de jouissance, de bons de jouissance, d’obligations participant aux bénéfices et d’autres parts sociales analogues, ainsi que des parts sociales de sociétés à responsabilité limitée”.

derechos que no son los títulos enunciados en la primera parte. Así, una interpretación evolutiva de la segunda parte de la definición de dividendos estaría en desacuerdo con la idea de que “otros derechos” se refiere a títulos valores. Además, no podría admitirse que es una aclaración de la primera parte, porque su incorporación pretendió adicionar otros tipos de derechos que no fueran los expresamente enunciados en la primera parte, a partir de dos características esenciales: ser un derecho a participar en beneficios y su oposición a los derechos de crédito.

En todo caso, las discusiones del WPI2 y del Comité Fiscal se olvidaron de que existe una diferencia de traducción sustancial en el Modelo de 1963 (y en el modelo actual) ya que la segunda parte indica en español: “otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios”, tal como se refrenda en el párr. 36 de sus Comentarios. La versión inglesa se acompasa con la traducción al español hecha por el IEF que acabamos de citar, mientras que la versión francesa sigue manteniendo la frase “ou autres parts bénéficiaires à l’exception des créances...”. Para la versión gala, los otros derechos deben ser “participaciones”, en tanto que para la inglesa y la española no aparece expresamente esa restricción. Sin perjuicio de que en el apartado sobre participaciones sociales del capítulo III se amplíe este asunto, dígase por ahora que las razones históricas apoyan una interpretación amplia del término francés “parts” en una línea muy similar a las versiones española e inglesa, que se refieren a los “derechos” y “rights”, respectivamente.

En resumidas cuentas, con la segunda parte se concluye un proceso de desligamiento de los dividendos y los intereses que comenzó con el criterio distintivo del “contrato de asociación” incorporado en los Comentarios al Primer Informe y que se predicaba de toda la definición. Se finaliza esta etapa con una escisión de la primera parte con la segunda, quedando la limitante de no ser un derecho de crédito en esta última. Además, la creación de la segunda parte se liga estrechamente con la de la tercera, como se expone a continuación.

– TERCERA PARTE

May argumenta que en el Primer Informe la definición no era exhaustiva, pues la expresión “other corporate profit sharing rights represented by paper securities” provenía de la versión francesa “et d’autres parts sociales analogues” o del italiano “ogni altra quota sociale análoga” que significaría otras participaciones

análogas en sociedades¹⁵⁹. Si bien ese recuento es cierto, como expondremos adelante, el Primer Informe no hacía una remisión al derecho interno de ningún Estado en particular, y su interpretación debía ser inicialmente autónoma de acuerdo con lo que hoy es el art. 3.2. MCOCDE. Por ello, poco más que confusión nos aporta el que se diga que no era exhaustiva. Además, ninguno de los CDI analizados por el WP12 para construir la definición contenía una referencia directa a la legislación del Estado de la fuente¹⁶⁰.

La tercera parte de la definición se crea en agosto de 1960 [FC/WP12(60)3] en la versión “final” del artículo (en el interregno entre el Primer y el Segundo Informe), al modificar “corporate profit-sharing rights represented by paper securities” –“parts sociales sous forme de papiers-valeurs”– por un “as well as income from other corporate profit-sharing (sic) rights which are subject to tax on income from shares according to the fiscal laws of the State of which the company paying the dividends is a resident” –“ainsi que les revenus d’autres parts sociales qui sont imposés comme les revenus d’actions, d’après la législation fiscale de l’Etat dont la société distributrice est un résident”–¹⁶¹. Los antecedentes que explican esta modificación se encuentran en la siguiente sugerencia del presidente en la Sesión 18 del Comité Fiscal:

El Delegado por Francia considera que la definición debería comprender participaciones en sociedades cooperativas, participaciones en sociedades de responsabilidad limitada y sociedades en comandita simple en la misma forma que otras participaciones sociales. El presidente señaló que bajo ciertas legislaciones las “participaciones” en las primeras dos no son consideradas “títulos valores”. Él considera que el párrafo 5 (a) debería referirse únicamente a las “participaciones sociales en forma de títulos valores” y aquellas rentas de las “participaciones sociales” que sean tratadas como dividendos por el derecho nacional o sean gravadas como tal[es]¹⁶².

159 MAY 2011: p. 426.

160 *Vid.* HATTINGH 2009: p. 511.

161 OEEC, FC/WP12(60)3.

162 Las minutas textualmente indicaban: “*The Delegate for France* thought that the definition should cover ‘parts’ in co-operative societies, ‘parts’ in ‘sociétés à responsabilité limitée’ and ‘sociétés en commandite simple’, in the same way as other ‘parts sociales’. *The chairman* observed that under certain countries laws ‘parts’ in the first two were not regarded as paper securities. He thought that paragraph 5 (a) should refer solely to ‘parts sociales sous forme de papiers-valeurs’ and to such income from ‘parts de sociétés’ as the national laws treated as dividends or was taxed as such”. (Bastardilla nuestra).

A partir del Segundo Informe se modifica la dicción a: “other corporate rights which is subject to tax in the same manner as income from shares according to the fiscal laws of the State of which the company making the payment is a resident”, bajo lo que pudo ser una “polinización cruzada” con el WP11, que por esa misma época analizaba la definición de intereses¹⁶³. Desaparece la probable aclaración del “profit-sharing” y se deja la redacción aún contenida en el Modelo de “corporate rights”. También sufre cambios la forma en que se hace la remisión. En la Sesión 23 del Comité Fiscal se cambia la redacción, seguramente para evitar las discusiones sobre los supuestos en que la renta es asimilada a los dividendos, pero no se sujeta a imposición efectiva, por lo cual pasa a decir “other corporate rights assimilated to income from shares by the taxation law of the state”.

El concepto de “participaciones sociales” deriva del francés “parts sociales”. El International Tax Group justifica que el origen de esas dos palabras se encuentra en las expresiones “et autres parts sociales sous forme de papiers-valeurs” y “et d’autres parts sociales analogues”, presente en cuatro tratados suizos¹⁶⁴ y dos italianos¹⁶⁵ recogidos por el WP12, que buscaban incluir en las rentas del capital mobiliario las participaciones análogas en compañías y las otras participaciones sociales representadas en títulos valores. Fruto de las traducciones al inglés de esta recopilación de tratados surgen muchas versiones¹⁶⁶, que al final deberían entenderse “como un derecho similar al de los accionistas: un derecho como miembro de una compañía”¹⁶⁷.

Lo que estaba en el fondo de la tercera parte era la definición misma de sociedad, pues en realidad, cuando se introduce la remisión al derecho interno se eliminan las referencias a las sociedades cooperativas y de responsabilidad limitada¹⁶⁸. Curiosamente para esa época (septiembre de 1960) ya existía una

163 HATTINGH 2009b: p. 513.

164 Con Suecia de 1948, con Países Bajos de 1951, con Austria de 1953 y con Francia de 1953.

165 Con Suecia de 1956 y con Francia de 1958. En italiano: “ogni altra quota sociale análoga”.

166 Los argumentos se apoyan en que la versión en inglés de los CDI que fueron analizados por el WP tenían traducciones diferentes de “et autres parts sociales sous forme de papiers-valeurs” como “other membership shares in the form of securities”, “other company shares in the form of securities”, “or other interests in the form of securities issued by bodies corporate”, “or other interests in the form of securities”.

167 AVERY JONES *et al.* 2009: p. 19-21.

168 AVERY JONES *et al.* 2009: p. 16. “Se puede concluir que la expresión (*parts sociales*) originariamente pretendía comprender las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada, sociedades cooperativas y otras entidades como las *partnerships* gravadas como sociedades en

definición de “sociedad” que había sido desarrollada por el WP14 el 3 de marzo de 1959, y que a partir de ahí continuaría como paralela a la remisión, como si realmente no tratasen de referirse a lo mismo: definir la entidad distribuidora de dividendos; asunto que había quedado entre ambas normas¹⁶⁹.

En el Segundo Informe del WP12 la remisión indicaba en inglés “Shares participating in profits, as well as income from *other corporate rights...*” y en francés “parts bénéficiaires, ainsi que les revenus *d’actions...*”. Es ostensible la diferencia de traducción, pues mientras en inglés la remisión se refiere a “otras participaciones sociales”, como en efecto se utiliza hasta hoy en el Modelo, la versión en francés mencionaba a las “acciones”. Este error en la versión francesa es patente considerando que la finalidad del precepto era precisamente incorporar derechos de participación en el capital en las sociedades que no dividían su capital en acciones. Este error continuaría en el Proyecto de Artículo Final del WP¹⁷⁰ y aparecería corregido en el proyecto de Informe del Comité Fiscal al Consejo de 6 de mayo de 1961 a partir de cuando se refiere a “d’autres parts sociales...”¹⁷¹.

Se ha sostenido que el tema de la subcapitalización no tenía nada que ver con la creación de la tercera parte¹⁷². En efecto, esto parece ser así, pues el problema que inicialmente la justifica son las diferencias de legislación en torno a qué personas jurídicas dan participaciones que generan derecho a recibir dividendos. *A contrario sensu*, no se buscaba definir qué participaciones en beneficios daban derecho a dividendos, pues ello había quedado aparentemente abarcado por la primera y segunda partes. En consecuencia, los problemas relativos a si entraban en la definición aquellas deudas que participaban en el riesgo empresarial estaban fuera de la razón más aparente de la creación de la remisión al derecho interno, pero quizá, si a su finalidad última, que era dar un tratamiento tributario particular a las rentas que soportan una potencial doble imposición económica sociedad-socio.

Ahora bien, en el Segundo Informe no existía la exclusión expresa de los derechos de crédito en el articulado, pero aquella podía derivarse de la referencia en francés a “parts bénéficiaires” y en inglés a “shares participating in profits”,

Bélgica, Francia y Grecia”, como en efecto se aprecia hoy en los párr. 24 y 26 de los CMOCD E al art. 10.

169 Septiembre de 1960-FC/WP12(60)4); 3 de marzo de 1959 FC/WP14(59)1.

170 FC/WP12(61)3)

171 TFD/FC/126 Annexes

172 AVERY JONES *et al.* 2009: p. 19-21.

que según los Comentarios al párrafo 3 excluían a los derechos de crédito. En español se podría traducir esa versión como “*partes* que permitan participar en beneficios”. A estas palabras les seguía una coma y un “así como las rentas de otras participaciones sociales”. Tal redacción dejaba claro que la remisión no se afectaba por la restricción de que fueran “partes”, entendidas según los Comentarios, como algo distinto de los “derechos de crédito”¹⁷³. En efecto, en la Sesión 23 del Comité Fiscal, cuando se adopta en el articulado la frase “excepto los de crédito”, las comas dejan perfectamente claro que la segunda parte de la definición, al englobar una categoría tan amplia como “otros derechos”, exige restringirla a que no fueran un derecho de crédito. En consecuencia, la tercera parte no se afectaría por la restricción, pues queda posicionada delante de ella, y si se detalla en los Comentarios, estos imponían la exclusión de los derechos de crédito cuando el texto del Modelo en la segunda parte se refería a la categoría “partes/*shares*/*parts*”, pero luego el Modelo en la tercera parte empezó a referirse a la “participaciones sociales/*corporate rights*/*parts sociales*”, que es una categoría distinta y sobre la cual no cabría aplicar la interpretación de los Comentarios anteriores.

Empero, desde el Primer Informe existía una suerte de remisión al derecho interno en los Comentarios que buscaba aceptar en el aspecto convencional aquellas distribuciones que los Estados contratantes consideraban dividendos pero que, formalmente y desde un punto de vista mercantil, no eran tales. Textualmente, los Comentarios indicaban:

173 *Vid.* HARRIS 1999: p. 45 y 58. Este autor entiende que en ese punto no hay pruebas de la intención del Comité de excluir los derechos de crédito de la remisión al derecho interno. Los comentarios en Francés del Segundo Informe [OECD, FC/WP12(60)4]: “Cet article se rapporte essentiellement aux distributions de bénéfices auxquelles donnent droit les actions, c’est-à-dire les participations à une société anonyme. Sont assimilés aux actions, les papiers-valeurs qui sont émis par les sociétés anonymes et qui donnent droit à une participation au bénéfice, sans être une créance; ce sont, par exemple, les actions ou bons de jouissance, parts de fondateur ou parts bénéficiaires. Par contre, les obligations participant aux bénéfices ne font pas partie de cette catégorie. Le fait qu’une part de bénéfice soit distribuée en plus de l’intérêt à taux fixe n’enlève pas aux obligations participant aux bénéfices leur caractère de créances. De même, les intérêts d’obligation convertibles ne sont pas des dividendes. La législation de bine des Etats assimile les participations à une s. a. r. l. aux actions. De même, les distributions de bénéfices faites par des sociétés coopératives sont généralement considérées comme dividendes. De telles formes de participation à des sociétés de personnes, on renonce à en faire ici l’énumération détaillée. Les distributions de bénéfices faites par des sociétés de personnes ne sont pas des dividendes. Le droit français fait toutefois exception à ce principe quant aux distributions faites aux commanditaires par des sociétés en commandite simple”.

La forma que tome los dividendos tiene poca importancia. Por ello deberían ser incluidos en la misma, no solo los pagos en dinero, sino también los beneficios valorables en dinero atribuidos a los accionistas (distribuciones encubiertas de beneficios) y *otros beneficios que la legislación de los Estados contratantes asimilen a dividendos* (ej. Acciones gratuitas). [Bastardilla nuestra]¹⁷⁴.

El Comité Fiscal en la sesión 20 aceptó la definición de dividendos propuesta en el Informe Final que ya contenía la remisión, pero en atención a la solicitud de los delegados de Grecia y Suiza estableció que el artículo debía comprender las capitalizaciones de reservas, como las acciones gratuitas que ya enunciaba el Primer Informe en los Comentarios. Es posible entonces que esta haya sido una segunda intención de los redactores en la remisión. En efecto, en el Modelo de 1977 el Comentario 28 se aclara al indicar que “las desgravaciones previstas en el presente artículo se aplican solo cuando el Estado de residencia de la sociedad deudora grave los citados beneficios como dividendos”. Esta última modificación, a diferencia de la referencia comprendida en el Primer Informe, se funda en la redacción del Modelo de 1963, que ya había incorporado una remisión a la legislación interna del Estado de la fuente de los dividendos, mientras que bajo la redacción del Primer Informe no quedaba claro la normativa de cuál Estado contratante era la relevante. Todo lo dicho quiere decir que la idea contenida en los Comentarios del Primer Informe toma carácter normativo con la creación de la tercera parte de la definición, pues antes se apoyaba en una interpretación autónoma de una definición que pretendía ser flexible, amparándose en la condición esencial de ser un derecho fundado en un contrato de asociación que da derecho a participar en beneficios en una entidad diferenciada.

En consecuencia, aunque no se extraiga de la finalidad histórica primigenia y más evidente de la tercera parte lo mismo que se deduce de los Comentarios de 1977, que en realidad continúan con modificaciones hasta la actualidad¹⁷⁵, parece claro que una vez creada la remisión en el MCOCDE de 1963 se incorporaron otros alcances que son reconocidos en el Modelo de 1977. En efecto, la remisión contenida en los Comentarios se refiere a otros tipos de rentas asimilados a dividendos, lo que podría ser más amplio que definir la entidad

174 Las distribuciones encubiertas de beneficios se han mantenido en el comentario por medio de tres palabras seguramente adoptadas como sinónimos “hidden” (Primer Informe), “concealed” (Segundo Informe) y “disguised” (Modelo 1963-2010).

175 Párr. 28, art. 10, MCOCDE.

distribuidora de dividendos, aunque no constituye una “carta blanca” para los Estados contratantes¹⁷⁶, pues se limita a que deriven de “participaciones sociales” y a que no vulneren la “buena fe”, so pena de generar un *treaty override* o un *treaty dodging*.

b. LA CONCEPCIÓN DE LOS DIVIDENDOS

Son varios los asuntos que preocuparon al WP12 que debemos rescatar para describir el contexto y la concepción que se tenía de los dividendos.

– PARTNERSHIPS, PERSONAS JURÍDICAS Y DIVIDENDOS

La distinción entre los beneficios de la entidad y los dividendos se vislumbra desde el Primer Informe, que reconoció la existencia de entidades que, como algunas sociedades de personas (*partnerships*), no tienen una personalidad jurídica distinta de sus socios o miembros¹⁷⁷ y cuyas rentas se gravan en cabeza de los socios y no de la entidad. Con lo anterior, la calificación convencional de la renta debe ser la de los beneficios empresariales¹⁷⁸. De esta forma, el art. 10 se reserva para los casos en que “el accionista”, por su condición de tal, recibe rendimientos que derivan del capital aportado a la sociedad, de manera que no aplica si los beneficios de la actividad se le atribuyen a aquel¹⁷⁹.

Así mismo, en la *Aide-mémoire* se adiciona una definición de “sociedad” que buscaba aclarar quién era ese “receptor” de dividendos al que se le podía aplicar la reducción de gravamen en la fuente por participación significativa, limitándose así a las personas jurídicas (*body corporate*) y excluyendo a las sociedades de personas (*partnerships*) e individuos. Esta idea se incorpora en el propio literal a) del art. 10.2 del MCOCDE 1963/2014 con un abreviado “sociedad (excluyendo *partnerships*)”. Es destacable que las aclaraciones del art. 10 MCOCDE y sus Comentarios en torno a las *partnerships* han coexistido con la definición de “sociedad” del art. 3.1, aunque en el Modelo de 1963 la definición de sociedad queda definitivamente en el art. 3.1, donde se mantiene hasta hoy.

176 HATTINGH 2009b: p. 514. Este autor argumenta que históricamente nunca fue la intención dar una “carta blanca” al Estado de la fuente, pues siempre se requería cumplir con las “condiciones esenciales” para la existencia de dividendos.

177 Párr. 3 FC/M(59)1.

178 Párr. 4 FC/M(59)1.

179 Estas mismas ideas se recogen en los párr. 1 a 3 del art. 10 del MCOCDE de 2010.

– LA DISTINCIÓN ENTRE DIVIDENDOS Y BENEFICIOS
DE LA ENTIDAD DISTRIBUIDORA

La idea de que los dividendos eran un elemento de renta de naturaleza especial por ser económicamente la misma renta que ha tributado en cabeza de la entidad distribuidora se observa con especial realce en las discusiones sobre los sistemas de integración vigentes en algunos Estados miembros de la OEEC. Desde el comienzo de los trabajos se reconocía la existencia de legislaciones que por excepción gravaban los beneficios no distribuidos¹⁸⁰. Además, se entendía que “en sentido estricto, no es correcto hablar de impuesto sobre los dividendos cuando la tributación de los beneficios de la compañía toma en cuenta las distribuciones, por ejemplo, cuando el tipo impositivo es mayor sobre los beneficios distribuidos que sobre los beneficios no distribuidos”¹⁸¹. En ese sentido, se acepta que la obtención de beneficios y la distribución de beneficios son dos hechos distintos¹⁸².

La doble imposición económica y el alcance del artículo de dividendos fue un tema crucial desde comienzo. Se supo desde el Primer Informe que como consecuencia de la existencia de dos contribuyentes en el Estado de la fuente (entidad distribuidora y partícipe no residente) se podía presentar la doble imposición económica y jurídica; sin embargo, el alcance del Informe –y debería entenderse del artículo de dividendos– es el de señalar el gravamen del accionista y no de los beneficios de la entidad distribuidora. La perspectiva explicada partía de los trabajos de la Sociedad de las Naciones que tenían como base sistemas clásicos de tributación sociedad-socio. El WP, sin embargo, reconoce que ya existían sistemas de integración, discutiendo en todos los informes algunos de los problemas que se plantean, pero sin llegar a soluciones uniformes¹⁸³. El asunto se deja, por tanto, a la libre negociación de cada Estado.

180 Párr. 5 FC/M(59)1.

181 Párr. 14 FC/M(59)1.

182 HARRIS entiende que hay dos interpretaciones de estas líneas: la primera, que sería perfectamente correcta, según la cual no es correcto hablar de impuesto sobre el dividendo cuando se grava la generación de beneficios de la sociedad, mientras que la segunda entendería erróneamente que no son impuestos sobre los dividendos los tributos que gravan la distribución de acuerdo con la imposición que han soportado los beneficios. El autor entiende que el impuesto sobre los dividendos “no deja de ser tales por el solo hecho de que el tributo que recae sobre los beneficios sociales sea alterado como resultado de su distribución”. HARRIS 1999: p. 18.

183 HARRIS 1999: p. 18. Ello se aprecia en los resultados del cuestionario que practicó el WP. OEEC, FC/WP12 (60)1, 8 de enero de 1960.

En efecto, en la Sesión 11 del Comité Fiscal [FC/M(59)1] se discutió la diferencia entre impuestos sobre la sociedad y sobre los socios, pues el Reino Unido tenía un sistema de integración en el cual se hacía una traslación de los efectos económicos al accionista pero el impuesto era pagado por la sociedad, causando confusión al determinar si se trataba de dividendos a los que se podría aplicar la limitación al gravamen de la fuente prevista por el proyecto de articulado o si era un tributo sobre los beneficios empresariales de una entidad residente en el otro Estado¹⁸⁴. No se lograron conclusiones uniformes, aunque de ahí derivó el párr. 49 de los Comentarios al art. 10 del Modelo de 1963, que a la letra señala:

Diferentes puntos de vista puede haber en torno a la naturaleza exacta de los impuestos (en el Reino Unido e Irlanda) que, aunque no recaen directamente sobre el accionista, son considerados como soportados por este. No obstante, cualquiera que sea la perspectiva, los Estados al negociar convenios de doble imposición con el Reino Unido o Irlanda deberían tener la oportunidad de decidir, en cada caso en particular, si ellos están preparados para reducir su propio impuesto a la tasa especificada en el presente artículo, tomando en consideración las concesiones que estos dos Estados pueden ofrecer.

Y es que como lo señaló Harris, a pesar de que varios Estados miembro de la OEEC tenían sistemas de integración y de que el WP12 los estudiara, se adoptó el sistema clásico en el MCOCDE porque proponer una solución internacional en un modelo que asumiera los sistemas de integración resultaba ser poco proteccionista de los intereses nacionales, como se observa de la discusión sobre la legislación del Reino Unido. Así, el sistema clásico daba una solución óptima en la medida en que era la que mejor salvaguardaba los intereses de todos los Estados, aunque la reciprocidad fuera diluida en un etéreo criterio de las “concesiones” en cada negociación bilateral. Ello explica que el art. 10 no haya sido modificado sustancialmente desde 1963, a pesar de los estudios sobre los sistemas de integración como los del WP23 en la década del setenta¹⁸⁵.

En cualquier caso, el Primer Informe tiene unas líneas de lucidez en torno a la fiscalidad de los dividendos por cuenta de la observación de la delegación alemana en los párrafos 39 y ss., donde resalta que si el Estado de la residencia de la entidad distribuidora elimina la doble imposición económica gravando al accionista y no a la sociedad, no hay razón para aplicar el límite del 5%, pues

184 *Vid.* HARRIS 1999: p. 35.

185 HARRIS 1999: p. 48, 49 y 68.

se estaría generando una falta de neutralidad frente a los residentes. Esta idea, que se ha llamado de “reciprocidad efectiva”, en oposición a la reciprocidad de la retención en la fuente, encuentra acomodo en las “posiciones de algunos Estados debidas a las peculiaridades de su derecho interno” hechas por Grecia, Alemania e Islandia al art. 10 del MCOE de 1963¹⁸⁶, que reclamaban que sus CDI reconocieran la carga fiscal total de los beneficios de la entidad y de los dividendos, permitiendo aumentar el límite a la retención previsto en el Modelo, pero que desaparecen en el Modelo de 1977, ya que tras el estudio de 1973 sobre los sistemas de integración se limitó a concluir que este asunto debería ser definido por los Estados en cada acuerdo. Así, los Estados mencionados levantaron las reservas bajo el entendido de que el Modelo en este punto era completamente abierto a la negociación¹⁸⁷.

Cómo se observa, la reciprocidad efectiva de algún modo fue tenida en cuenta por los trabajos del WP12, aunque se pierde la lógica del Convenio entre el Reino Unido y los Estados Unidos de 1945, en la que se hacía evidente que las variaciones en el impuesto sobre sociedades podría suponer un desequilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados. Se abandona la idea de poder inaplicar los límites del tratado a los cambios del derecho interno y se prefiere dejar una regla fija que establezca el porcentaje de tributación máximo que puede soportar el socio por los dividendos, advirtiendo que esos porcentajes no afectan al gravamen de la sociedad. El Modelo mantiene desde

186 *Vid.* párr. 48, art 10, MCOE 1963. Esta idea aparece en otros comentarios, como en el del delegado de Grecia en la sesión 17 del Comité Fiscal [OECD, FC/M/(60)2]. El Modelo de 1963 textualmente indica: “The solution proposed in paragraph 2 of the Article is based on the hypothesis that the purpose of a double taxation Convention is not to prevent the economic double taxation that occurs when a State taxes not only in the hands of the company its total industrial or commercial profits, but also, in addition, the profits distributed as dividends in the hands of the shareholder. If a State mitigates or abolishes such double taxation by charging on the company only a very low tax or no tax at all in respect of the part of profits to be distributed (because it fully taxes the profit distribution in the hands of resident shareholders), it must have the right to tax, at a higher rate than those mentioned in paragraph 2, the dividends received by a non-resident shareholder. The imposition of a higher tax at the source would thus be compensation for the fact that the distributed profits have not been taxed, or have been taxed at a reduced rate, in the hands of the company. In this case, it may also be necessary to charge a higher tax at the source than those mentioned in paragraph 2 in order to ensure that non-resident shareholders (or certain categories of shareholders, *e. g.* non-resident parent companies) are not in a more favorable tax position than resident shareholders. A number of States which have concluded Conventions with these countries have taken this peculiarity in their laws into account”.

187 AULT 1992: p. 583 y ss.; HARRIS 1999: p. 22.

el borrador del Primer Informe del WP12 la regla según la cual el apartado 2 del artículo 10 “no afecta la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los cuales se reparten los dividendos”, que presta utilidad al justificar la necesidad de distinguir entre los impuestos que se atribuyen a la sociedad y los socios. Así, el MCOCDE logra más seguridad jurídica pero menos justicia y reciprocidad en el reparto.

– DISTRIBUCIÓN DEL PODER TRIBUTARIO

Otro aspecto que debe señalarse de los trabajos del WP12 es la definición de la estructura esencial de la asignación del poder tributario que se mantiene hasta hoy. El Primer Informe analiza los convenios firmados por los Estados europeos en esa época y concluye que existen tres tipos: 1) gravamen exclusivo en la residencia del receptor de los dividendos; 2) gravamen compartido, sin límites al Estado de la fuente; 3) gravamen en la residencia con la reserva de que los impuestos en el Estado de la fuente no sean exigidos o sean devueltos total o parcialmente cuando el accionista acredite ciertas condiciones. Se acepta desde un comienzo y se ratifica con el cuestionario realizado con posterioridad [FC/WP12(60)1] la existencia de un sistema clásico de gravamen, puesto que en la mayoría de los Estados existe una potencial doble imposición económica al gravarse tanto los beneficios de la sociedad y de los dividendos de los accionistas.

El Primer Informe hace una defensa teórica del gravamen en la residencia, que finalmente matiza para garantizar la eficacia de su propuesta (párr.30 y ss.)¹⁸⁸. En efecto, subraya los intereses opuestos que sobre esta renta tienen los Estados exportadores e importadores de capital, por lo cual propone dos artículos distintos: el Draft A establece una tributación compartida con límites a la imposición en la fuente, dejando un margen amplio de libertad a la negociación del CDI, y el Draft B restringe el gravamen en la fuente al 15% (regla general) o 5% (en caso de participación dominante¹⁸⁹)¹⁹⁰. Se entiende entonces

188 Fruto de esto son las referencias que aparecen en el Com. 9 al art. 10 MCOCDE en torno a la difícil justificación de un gravamen en el Estado de la fuente.

189 El comentario 7 al Draft B explica que aún no se había fijado el porcentaje de participación dominante. El articulado incorpora la referencia a que la participación fuera “directa o indirecta” y se aclaraba que era sobre el capital y no sobre la administración, como indicaba el Modelo de Londres.

190 OECD, FC/WP12/(58)1: párr. 21-25. Los porcentajes sobre el gravamen de los dividendos entre matrices y filiales son objeto discusión en la sesión 17 del Comité Fiscal [OCDE, FC/M/(60)2].

una tributación compartida, en la cual el Estado de residencia debe otorgar un crédito por el impuesto exigido en la fuente (que puede ser limitado o no a un porcentaje). La influencia de la delegación italiana en este punto es crucial, pues se niegan a comentar el Draft A y apostar todas sus cartas al B. Además, proponen que cuando existe un EP en el Estado de la fuente de los dividendos, tiene “fuerza de atracción” sobre estos, de manera que no se deben aplicar las limitaciones porcentuales al gravamen en origen, lo cual es diferente de lo previsto en el apartado 3 de ambos Draft, que exigen para ello que las acciones “sean parte de los activos de tal Establecimiento Permanente”¹⁹¹.

– ANTECEDENTES DE LA CLÁUSULA DE SUJECCIÓN EFECTIVA (*SUBJECT TO TAX*)

El párr. 4 de los Comentarios al Draft A del Primer Informe indica que la desgravación en la fuente no requiere una tributación efectiva en la residencia. De tal forma, no se exige una evidencia de carga impositiva, de manera que se pretende evitar la doble imposición potencial. En todo caso, el del delegado suizo en la Sesión n.º 18 del Comité Fiscal consideró necesario incluir una cláusula de sujeción efectiva que relevara al Estado de la fuente de la obligación de aplicar los límites del CDI cuando el Estado de la residencia no sujetara a impuestos al receptor de los dividendos. En una línea similar los delegados neerlandés y alemán en la Sesión 22 del Comité Fiscal¹⁹² proponen un texto sobre a las sociedades instrumentales y que se recoge en los Comentarios al párrafo Segundo del Proyecto de Artículo del Informe Final del WP12¹⁹³ y, con modificaciones, en el párr. 34 de los Comentarios al art. 10 del MCOE de 1963 (párr. 22 MCOE 2010).

191 Sin embargo, a la fecha existían convenios con otras redacciones como las que consideraban rentas del EP a los dividendos que fueran “atribuibles” o “realizadas mediante”. *Vid.* HARRIS 1999: p. 29. Actualmente se exige que estén vinculadas efectivamente.

192 TDF/FC/107.

193 OEEC, FC/WP12 (61)3: “Where a company being a resident of one Contracting State and deriving dividends from the other Contracting State, is wholly or mainly owned by shareholders resident outside the first-mentioned State and where the main practice of such a company is not to distribute its profits in the form of dividends (*e. g.* private investment company, base company), it might be necessary to examine whether or not the limitation of taxation provided for in this Article is justified in respect of dividends paid to such a company, especially when such a company is enjoying substantial preferential tax treatment compared with the normal taxation applicable to other companies resident in the first-mentioned State”.

– ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN JURÍDICA DE DIVIDENDOS

La propia forma de funcionamiento de los Grupos de Trabajo hizo que por momentos la evolución de la definición de dividendos se diera de manera aislada a la evolución de otros artículos del Modelo. Por esa razón en algún punto de las discusiones, en concreto en la *Aidé-mémoire*, se llegó a incorporar un párrafo 3 que contenía las reglas para evitar la doble imposición en la residencia, lo cual, aunque parezca extraño hoy, era algo que se usaba en algunos CDI de la época¹⁹⁴. Tras reclamar la competencia sobre el tema, el WP15 asumió el estudio de esa materia. La bifurcación del tratamiento tributario de los dividendos en los CDI entre el artículo 10 y el 23 podría ser mal entendida como que el primero es el límite para el Estado de la fuente, mientras que el segundo es para la residencia. Pero ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el apartado primero del art. 10 trata de la tributación en la residencia. Por tanto, el Estado de la residencia está sujeto a la definición de dividendos prevista en el apartado tercero para cuantificar el crédito fiscal (art. 23 A y B MCOCDE), teniendo en cuenta el apartado segundo o cuarto y la regla de no extraterritorialidad del quinto.

Con todo, el 30 de julio de 1963 se adoptó el “Proyecto de Convenio de Doble Tributación sobre la Renta y el Patrimonio” (Draft Double Taxation Convention on Income and Capital), recomendando firmar o revisar los CDI siguiendo este modelo, y recogió en el art. 10.3 la siguiente definición:

El término dividendos, en el sentido de este artículo, significa las rentas de las acciones, acciones o bonos de disfrute, de las participaciones mineras, de las partes de fundador y otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales asimiladas a las rentas de las acciones por la legislación tributaria del Estado en el cual la compañía que hace la distribución es residente.

3. ACTUALIZACIÓN DEL MCOCDE

Desde la adopción del proyecto de 1963 el Comité Fiscal comenzó la recopilación de experiencias en la negociación y aplicación de los CDI, junto a los

194 *Vid.* HARRIS 1999: nota al pie 85, p. 42.

cambios de los sistemas tributarios de los Estados miembro y la realidad social y negocial. En 1971 el Comité Fiscal fue remplazado por el Comité de Asuntos Fiscales (Committee on Fiscal Affairs). En 1977 se publicó un nuevo Modelo de Convenio, con igual nombre que el anterior, y con sus respectivos Comentarios, el cual responde a los retos continuos de los CDI: las nuevas tecnologías, la sofisticación de las operaciones económicas, la evasión y elusión fiscal. En efecto, estas mismas circunstancias fueron la causa de una nueva revisión del modelo en 1988 y luego en 1992. En esta última oportunidad se adoptó un Modelo dinámico, de actualización periódica (*ambulatory Model*) mediante hojas intercambiables, que permite reformar cada cierto tiempo las cláusulas y Comentarios sin que se tenga que esperar a una revisión total, pues se entendió que así reflejaría en cualquier momento la voluntad de los Estados miembro. Las principales revisiones que se han dado hasta la fecha son las de 1995, 1997, 2001, 2005, 2008, 2010 y 2014.

El Modelo de 1992 deja de incluir la referencia a la eliminación de la doble tributación del título que aparecía en las versiones anteriores y adopta el nombre de Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio. En 1997 se permite a los Estados no miembros participar en la deliberación de la adopción de las modificaciones a los Modelos, puesto que se considera que ello permitirá una mayor adecuación del Modelo a los principios y reglas de la fiscalidad internacional, además que se reconoce que el Modelo OCDE ha influido en los Convenios celebrados por los Estados no miembros¹⁹⁵ en dos vertientes: por un lado, es el modelo básico de negociación para los distintos convenios, e incluso para la elaboración de otros modelos como el de la ONU y el de Estados Unidos; y por otro, los Comentarios a cada uno de los artículos y los diferentes informes que han sido publicados por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE en lo que tiene que ver con asuntos incluidos en los Comentarios son un referente interpretativo importante, como se ha dicho¹⁹⁶. No hay que olvidar que desde el primer Modelo la OCDE ha recomendado a los Estados miembro seguirlo cuando firmen o revisen un CDI, pero además, ha sugerido aplicarlos e interpretarlos de acuerdo con los Comentarios y teniendo en cuenta las reservas a ellos.

195 Cfr. MCOCDE Introducción, aptdo. I a II.1. VOGEL 1997: p. 2-4; MCOCDE Introducción, aptdo. I a II.1.

196 Según se analizó al comienzo de este capítulo. Vid. LANG 2010: n.º 29-33 y 85-108.

Ahora bien, la definición de los dividendos el Modelo de 1963 se mantiene en su esencia hasta los tiempos actuales, pero sufre su última alteración en la redacción de 1977, ya que la remisión al derecho interno pasa a hacerse en los siguientes términos: “[...] otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución”. Esta modificación buscó dar más claridad que su antecesora, que comprendía a las rentas “asimiladas” a las rentas de las acciones por la “legislación tributaria”¹⁹⁷.

En 1973 se conformó el WP23 por Delegados de Bélgica y Alemania para que diseñara una definición de dividendos que no tuviera necesidad de remitir al Estado de la fuente¹⁹⁸, pero después de analizar los problemas no fue posible hacerla “completa y exhaustiva” por “las divergencias que subsisten entre los países miembros en materia de legislación sobre sociedades y de legislación tributaria”. De esta forma se insta a los Estados a tener en cuenta sus particularidades para “convenir la ampliación de la definición de ‘dividendos’ a *otros pagos* hechos por las sociedades a las cuales se aplica el artículo”¹⁹⁹ (bastardilla nuestra). En el Modelo de 1963 el párr. 35 de los Comentarios al art. 10 indicaba que los Estados contratantes podían “acordar traer otras *distribuciones de beneficios* dentro del artículo”. La modificación resulta entonces ligada a la reinterpretación de la tercera parte de la definición, pues se entiende que pue-

197 VOGEL 1996: párr. 199, p. 656 “[...] el objeto de ese cambio fue meramente el de dar mayor precisión al texto sin cambiar nada sustancialmente”. La modificación proviene de la propuesta belga, del siguiente tenor: “The expression ‘assimilated to’ would usefully be replaced by ‘which is subjected to the same taxation treatment as’. The latter expression seems more adequate when the law of a contracting State subjects to the same taxation treatment as dividends income from ‘corporate rights’ (‘parts sociales’) which preserve their specific designation (e. g. in Belgium income from capital invested by partners in associations other than companies limited by shares)”. OECD, CFA/WPI(73)2 (31/01/1973) p. 16.

198 Las conclusiones se aprueban por el WPI en su séptima reunión que data del 13 al 15 de febrero de 1973. OECD, CFA/WPI(73)2 (31/01/1973); DAF/CFA/WPI/73.5 (11/04/1973). *Vid.* SASSEVILLE 2012: p. 79.

199 Tal como lo refiere el párr. 23 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE 1977 y que pervive con igual numeración en el de 2014. En el MCOCDE 1963 el párr. 35 indicaba: “In view of the great differences between the laws of OECD Member countries, it is impossible to define ‘dividends’ fully and exhaustively. Consequently, the definition merely mentions examples which are to be found in the majority of the Member countries’ laws and which, in any case, are not treated differently in them. The enumeration is followed up by a general clause. It is open to the Contracting States, through bilateral negotiations, to make allowance for the peculiarities of their laws and to agree to *bring other distributions of profits within the Article*”. (Bastardilla nuestra).

de comprender cualquier clase de distribuciones de beneficios de sociedades, siempre que exista una entidad distribuidora de dividendos y el rendimiento derivado de la participación sea gravado como rentas de las acciones.

Así, a partir de 1977 se aclara que el concepto no comprende todos los pagos hechos por las sociedades y que, si se quiere que estos sean dividendos para efectos convencionales, habría que incorporarlos expresamente. Las distribuciones de beneficios se entiende que entrarían en la definición de acuerdo a la segunda parte, y si el instrumento del que derivan careciera de alguno de los elementos esenciales, podrían encuadrar en la tercera parte. De todas formas, sí parece relevante la advertencia que hace la OCDE al indicar que la definición de dividendos no puede ser incorporada en los CDI de forma plana y mecánica, pues es fundamental realizar un análisis de las legislaciones de los Estados contratantes. Ya veremos que la práctica demuestra que no siempre esta recomendación se sigue.

El Modelo de 1977 en el párr. 24 de los Comentarios al art. 10 hace explícito que son dividendos las distribuciones hechas por sociedades en el sentido de la letra b) del apartado 1 del art. 3.º del mismo texto. Los demás asuntos que aborda este Comentario ya habían sido desarrollados por la OCDE en sus trabajos previos al Modelo de 1963²⁰⁰ y se reproducen en 1977 con una única alteración que resaltamos a continuación:

[...] La definición alude, en primer lugar, a las distribuciones de beneficios a que dan derecho las acciones; es decir, las participaciones en una sociedad cuya responsabilidad está limitada a sus acciones (sociedad de capitales). La definición asimila a las acciones los títulos emitidos por las sociedades que den derecho a una participación en los beneficios de la sociedad sin ser créditos: es el caso, por ejemplo, de las “acciones o bonos de disfrute”, partes de fundador u otros derechos con participación en los beneficios. *Esta enumeración puede ciertamente adaptarse en los convenios bilaterales al derecho de los Estados contratantes.* En particular, esto puede resultar necesario con respecto a las rentas procedentes de acciones de disfrute y partes de fundador. En cambio, los créditos que dan derecho a participar en los beneficios no entran en esta categoría (véase el párrafo 19 de los Comentarios al artículo 11); así mismo, los intereses de obligaciones convertibles tampoco se consideran dividendos. [Bastardilla nuestra].

200 SASSEVILLE (2012) encuentra una redacción idéntica en el “Annex F-Commentary on Article XX Concerning the Taxation of Dividends”, *The elimination of Double Taxation-Third Report of the OEEC*, Organisation for European Economic Co-operation, Paris, 1963.

Desde 1977 hasta la elaboración de este libro se mantiene inalterada la redacción del párr. 24. Lo propio puede decirse de los párr. 26 y 27. El Comentario 26 mantiene la idea de que “la legislación de numerosos Estados asimilan las participaciones en una sociedad de responsabilidad limitada a las acciones. Asimismo, las distribuciones sobre beneficios efectuadas por las sociedades cooperativas se consideran, generalmente, dividendos”. Recuérdese que la versión de la definición contenida en el Primer Informe del WP12 indicaba que eran dividendos los elementos de renta provenientes de sociedades cooperativas y de responsabilidad limitada, y en el MC de 1963 la misma idea pasa a los Comentarios, bajo el entendido de que solo lo serán si encuadran en la tercera parte de la definición, es decir, si tales rendimientos son sujetos a imposición como las rentas de las acciones.

Por su parte, el Comentario 27 recoge los trabajos previos a 1963 en torno a la no consideración como dividendos de las distribuciones de beneficios de las sociedades de personas (*partnerships*) y le adiciona las conclusiones del WP23 en los estudios de 1973, en el sentido de que deben hacerse aclaraciones en los CDI, pues las legislaciones internas le permiten al titular de un interés en una entidad escoger entre el tratamiento fiscal de los rendimientos de una participación en una sociedad de personas (*partnership*) o de una sociedad de capitales y que analizaremos al detalle en el apartado sobre la entidad distribuidora de dividendos.

El actual párr. 28 de los Comentarios sufrió modificaciones en 1977 para especificar que la remisión al derecho interno de la tercera parte de la definición daba fundamento legal a la que existía desde el Primer Informe del WP12 en los Comentarios al artículo. De esa forma, mantiene la conclusión, aunque con mayor respaldo del texto del Modelo, de que los dividendos no son solo los decretados formalmente por la asamblea. Es importante mencionar que en 1977 se introducen explicaciones adicionales consistentes en que no interesa si los dividendos son pagados con cargo a los beneficios del ejercicio o de ejercicios anteriores, como por ejemplo, los decretados con cargo a reservas. Se incluyen expresamente los beneficios de las acciones gratuitas, los bonos, los beneficios de liquidación, que vienen a acompañar la vieja referencia las distribuciones encubiertas de beneficios. En la medida en que se pretende comprender como dividendos todas las distribuciones de beneficios actuales o acumulados que el Estado de la fuente “grave... como dividendos”, se aclara que obviamente eso no comprende la reducción de la importancia de los derechos de los socios, como por ejemplo, los reembolsos de capital. Aunque no queda claro si no lo es porque ese ingreso no sea renta desde el punto de vista teórico o porque el reparto del poder tributario no permitiría esa imposición.

El Informe de 1973, en el cual se basó la modificación, propuso otros cambios que no fueron plenamente adoptados, como el siguiente, que preparó el WPI:

The term “dividends” also includes income from the alienation of dividend coupons or other similar rights where the capital relating thereto has not been transferred at the same time.

Such term does not, however, include:

- a) distributions constituting reimbursement of capital or affecting the character or size of the holding itself;
- b) company profits taxed solely in the names of the shareholders regardless of whether they are effectively distributed²⁰¹.

Los Comentarios de 1973 parecen descartar dos de las tres ideas incorporadas en el aparte citado, puesto que no queda en el modelo una referencia a los cupones para el cobro de dividendos²⁰². Tampoco se aceptó que la definición del art. 10.3 aplicara a los dividendos ficticios de los accionistas. Sin embargo, parcialmente admite la idea del literal a), que pasa a indicar de forma más confusa que “no es determinante, en manera alguna, el hecho de que estas prestaciones procedan de beneficios sociales del ejercicio o provengan, por ejemplo, de reservas; esto es, de beneficios de ejercicios anteriores”. Parece que el interés era determinar un límite entre los beneficios de la liquidación y la devolución del valor nominal del capital suscrito, pero la redacción no está libre de dudas. En el 2014 el Comentario se modifica para especificar que son dividendos los beneficios obtenidos por las amortizaciones de acciones, haciéndose una referencia expresa al párr. 31 de los Comentarios al art. 13, que dejan claro que ello será así cuando el Estado de la fuente los grave como las rentas

201 CFA/WPI(73)2.

202 El Informe además señaló: “The definition has been widened to that the term dividends also covers income arising from the alienation of dividend coupons or other similar rights where the capital relating there-to has not been transferred at the same time. The purpose of this extension is to prevent the definition as at present worded from being circumvented. A person who sells a dividend coupon thereby realises solely the income from his capital (share in a company), for he preserves the capital as such. Consequently, it must not be possible for such person to claim that he has realised a capital gain within the meaning of Article 13, which cannot be taxed in the company’s State”. OECD, CFA/WPI(73)2.

de las acciones. De esta manera, en los más recientes Comentarios se aprecia claramente la subordinación del art. 13 frente al 10 del Modelo.

Los Comentarios 29 y 30 se adicionan en el Modelo de 1977, a raíz de los trabajos de 1973, que tienen que ver con los casos en que la renta de una participación social se otorga a personas que no son accionistas –por existir participaciones ocultas– o a personas ligadas a este, y dichas rentas se tratan como dividendos por los Estados (párr. 30). Ello puede generar conflictos al tener dos receptores de dividendos posiblemente sujetos a distintos CDI (párr. 29).

En 1992 se adiciona el párr. 25 al art. 10 MCOCDE, que recoge las conclusiones de los trabajos del Informe de Subcapitalización de 1987²⁰³, introduciendo un criterio distintivo entre dividendos e intereses a partir del criterio del riesgo. Además, se introducen los párrafos 37 a 39, que siguen las recomendaciones del Informe sobre Sociedades Base (*Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies*²⁰⁴) en el sentido de argumentar la coherencia de las normas de transparencia fiscal internacional con el artículo 10 del Modelo, en especial con su apartado 5. De igual manera se modifican los párrafos 40 y subsiguientes de los Comentarios con objeto de eliminar las referencias específicas a legislaciones internas.

C. VARIACIONES EN LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS

Como bien se sabe, el MCOCDE protege la tributación en el Estado de la residencia y, en general, los intereses económicos de los países miembro de esa organización, por ser elaborado en el seno de un grupo de países con economías desarrolladas²⁰⁵ De ahí que hayan surgido modelos alternativos, como el de la ONU (MCONU)²⁰⁶, que establece un régimen que parte del MCOCDE, pero que se

203 OECD 1987a.

204 OECD 1987b

205 Tal como lo subraya ROHATGI, la propia OCDE reconoció en 1963 que su modelo “no era apropiado para países importadores de capital. Debido a que los flujos de ingresos se movían de manera importante de países en vía[s] de desarrollo a países industrializados, el sacrificio en materia de ingresos era unilateral. Este factor requería una mayor asignación de derechos al cobro de impuestos a los países en vía[s] de desarrollo en los varios artículos del Modelo”. ROHATGI 2008: p. 118, citando a OCDE (1965), Comité Fiscal. *Incentivos Fiscales para la Inversión Privada en Países en Vía de Desarrollo: Informe del Comité Fiscal de la OCDE*. París: OCDE 1965.

206 Llamado “United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries”, que cuenta con las versiones de 1980, 2001 y 2012. A estos trabajos se suma el *Manual for the negotiation of bilateral tax treaties between developed and developing countries*,

atenúa otorgando mayores competencias impositivas a la fuente. En la práctica convencional el Modelo ONU ha tenido un éxito relativo²⁰⁷, que en todo caso no se relaciona con el artículo de dividendos, que no presenta cambios respecto al de la OCDE, salvo la referencia a los servicios personales independientes y la base fija en los apartados 4 y 5, y los porcentajes de limitación al Estado de la fuente²⁰⁸. La definición de dividendos en el MCONU no trae ningún cambio en la redacción, e incluso los Comentarios de la ONU copian textualmente a los de la OCDE en este punto. Y es que mayoritariamente los CDI suelen reproducir la definición de dividendos del MCOCDE sin modificaciones o en términos generales mantienen la misma estructura de las tres partes. Salvo pocas excepciones²⁰⁹,

adoptado en 2003. La ONU cuenta con el Grupo de Expertos en Tratados Tributarios entre Países Desarrollados y en Desarrollo.

- 207 El papel del Modelo ONU ha sido subestimado, pero gracias al estudio empírico de WIJNEN y MAGENTA se logró comprobar cómo hasta 1997, la fecha del estudio, el MCONU ha influido tanto en los CDI celebrados por Estados miembros de la OCDE y por Estados en vía de desarrollo. WIJNEN & MAGENTA 1997: p. 574. El autor concluye: “It can be seen from the table above that the UN Model has developed into an important instrument in the negotiation of tax treaties. Many developing countries, in shaping their tax treaty policy, have allowed themselves to be guided by its recommendations. But this is not all. It is equally apparent from the above table that the influence of the UN Model on the tax treaty policy of OECD members is far from negligible. The OECD can no longer ignore this influence, even though its model remains the greatest common denominator of OECD countries tax treaty policy. The time has come for the OECD to adopt some of the UN recommendations in its own model and to discuss certain other UN recommendations in its commentary”.
- 208 Respecto de esto último, las Naciones Unidas contradicen su lema de proteger la imposición en la fuente, en la medida en que los porcentajes de limitación de tributación en la fuente están abiertos a la negociación entre los Estados, lo cual, en la práctica, ha supuesto reducir y no aumentar las tasas del 15 % o 5 % prescritas por el MCOCDE. Así mismo, se amplían los supuestos de reducción de la imposición por participación significativa que se reduce del 25 % al 10 %, lo que en términos generales incide en una reducción de la potestad impositiva de la fuente.
- 209 CDI Australia-Singapur; por su parte, Polonia en los CDI con Malasia, Sri Lanka y Estados Unidos no definen dividendos expresamente. Según USS, la ausencia de definición debe solucionarse atendiendo al concepto mercantil de dividendos y de esa forma significaría “una parte de los beneficios de una sociedad de capitales dividido entre los accionistas en proporción a sus acciones”. El CDI entre Polonia y Tailandia lo define como toda renta proveniente de participaciones sociales. USS 2012: p. 837. Los CDI de India con Grecia y Egipto no lo definen. SENGUPTA 2012: p. 581-582. Sin embargo, la jurisprudencia neerlandesa ha considerado que en ausencia de definición convencional se puede utilizar la tributaria interna; por esa vía permitió que la Administración gravara con los límites previstos para los dividendos la diferencia entre el valor nominal de las acciones y el precio de recompra de acciones de parte de la entidad distribuidora. *Vid.* Países Bajos, Hoge Raad, Sentencia del 31 de agosto de 1998, caso 33.108. Disponible en Tax Research Platform, IBFD.

los CDI contienen una definición de dividendos. También suelen tener el apartado 1 del art. 10 del MCOCD, a excepción de algunos tratados²¹⁰. Los convenios de España por lo general mantienen la literalidad del art. 10.3 MCOCD, en ocasiones con una ligera diferencia de traducción de la palabra “income”, que sin que resulte trascendente por ser una corrección de estilo para evitar las repeticiones, ha sido traducida indistintamente como “rendimientos” y “rentas”²¹¹, aunque técnicamente sería más adecuado lo primero. Sin embargo, en algún Convenio se ha usado de forma confusa el término “utilidades”²¹² creando la inquietud de mayor entidad, de si la fuente solo puede gravar la renta depurada con costos y gastos, aunque esto no cobraría sentido en la mayoría de los sistemas que prevén una simple retención sobre el ingreso bruto. Otra diferencia sutil es la indicación de que el término dividendos es el “empleado en el presente artículo”²¹³ y no “en el sentido de este artículo”, como indica el MCOCD en la versión del IEF. Finalmente, se utilizan indistintamente los vocablos “partes” o “participaciones” “(de minas, de fundador)”.

En ciertos convenios la primera parte aclara, después de indicar que los dividendos son la renta de las acciones, que se “incluyen” “las acciones o bonos de disfrute, participaciones mineras...”. Así se hace evidente que el listado de tipos de inversiones en sociedades es ejemplificativo, lo cual no es claro en el MCOCD²¹⁴. Otras variaciones se dan en tratados como el de España con Noruega de 2001, en el que no aparecen ni las acciones ni los bonos de disfrute²¹⁵, o el de la República Checa (antes Checoslovaquia) de 1981 con España, en el que se omite la referencia a las acciones de disfrute, o entre España y Argentina de 2013, que no contiene las participaciones mineras²¹⁶, o el de España-Georgia de 2011, que contiene solo las acciones y partes de fundador. Algunos CDI evitan, injustificadamente, repetir la palabra “acciones”, de forma que se leen: “rendimientos de las acciones o bonos de disfrute”, con lo cual genera la pregunta

210 España-Bolivia 1998.

211 P. ej., España-Argelia 2005 y España-Argentina 1993.

212 España-Ecuador 1992.

213 P. ej., España-Argentina 2013.

214 En contra VOGEL 1997: párr. 203, art. 10. Este autor considera que la primera parte es ejemplificativa.

215 España-Tailandia 1998; España-Vietnam 2006. Más ejemplos en VOGEL 1997: párr. 203, art. 10.

216 También España-El Salvador 2009; España-Islandia 2002.

de si las acciones que no sean de disfrute se comprenden en la primera parte²¹⁷. Otros, como el de España con Australia de 1992 y con Bulgaria de 1991, solo se refieren a los “rendimientos de las acciones” y eliminan los otros tipos de inversiones y la segunda parte²¹⁸. También existen los que en la primera solo incluyen los rendimientos de las acciones, pero la segunda mantiene una redacción idéntica al MCOCDE²¹⁹. El Convenio entre España y Ecuador se refiere a “las utilidades de las acciones o aportaciones o de otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en beneficios” utilizando así un novedoso concepto de “aportaciones” con un significado mercantil muy preciso en las legislaciones internas, al tiempo que su redacción hace confusos los límites entre la primera y la segunda parte²²⁰. Algo similar ocurre con el tratado entre España y Túnez de 1987, que contiene una variación de la segunda parte al redactarse como “otras partes beneficiarias, excepto los de créditos”, que parece ser una interpretación más cercana a la versión francesa.

Resulta muy especial el Convenio entre España y Países Bajos de 1972, que contiene la primera parte del precepto de dividendos del Modelo OCDE, pero la segunda no incluye la restricción a que no se trate de derechos de crédito²²¹, y en realidad se aclara en el Protocolo que las “disposiciones del artículo 10 también se aplicarán a la renta de los bonos u obligaciones con derecho a participar en los beneficios”. Algunos convenios neerlandeses contienen definiciones simplificadas como la frase “renta de las acciones, y rentas de otros derechos que son sujetas...”²²². En una línea similar, algunos CDI alemanes contienen reglas que consideran dividendo a “los beneficios atribuidos por acuerdos de participa-

217 España-Corea 1994; España-Cuba 2001; España-Irlanda 1994; España-Luxemburgo 2007.

218 España-U. R. S. S. 1986. Más ejemplos en VOGEL 1997: párr. 203, art. 10.

219 Los de España con Chile de 2004, China de 1992, India de 1995, Indonesia 2000, Malasia 2008 y Serbia 2010. Esta redacción es similar a la del Modelo de los Estados Unidos, que curiosamente no se aplica en el CDI entre España y ese país del año 2013. La práctica colombiana reciente ha ido en esta línea: Colombia-México 2013, Colombia-República Checa 2013, Colombia-India 2013, Colombia-Portugal 2013, Colombia-Chile 2010. Más ejemplos en VOGEL 1997: párr. 203, art. 10.

220 En términos similares, Ecuador-Alemania. *Vid.* VOGEL 1997: párr. 203, art. 10.

221 “El término ‘dividendos’, empleado en el presente artículo, comprende los rendimientos de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las células de fundador o de otros derechos que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales asimiladas a los rendimientos de las acciones por la legislación fiscal del Estado en que resida la sociedad que las distribuya”.

222 PIJL 2011: p. 496.

ción en los beneficios”²²³ o las rentas obtenidas por *sleeping partners* derivadas de su participación como tales, de bonos y de créditos participativos²²⁴. Todas las anteriores redacciones buscan evitar los conflictos de calificación sobre los rendimientos de negocios de dudoso encuadramiento en el art. 10.3 del Modelo.

En muchos CDI españoles se observa una traducción distinta que hace confusos los límites entre la primera y la segunda parte²²⁵. Por ejemplo, el CDI entre España y Arabia Saudí de 2008 indica: “El término ‘dividendos’ en el sentido de este artículo significa los rendimientos de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las partes de fundador u otros derechos que permitan participar en los beneficios, excepto los de crédito...”. Como se observa, se aumenta el debate sobre si la primera y la segunda parte tendrían que no ser derechos de crédito y participar en beneficios. Lo curioso es que todos los CDI españoles que tienen una versión en inglés mantienen la redacción idéntica a la versión en inglés del MCOCDE. En algunos tratados con esta diferencia de traducción la versión en inglés es auténtica y preferente²²⁶; en otros, todas las versiones tienen el mismo valor²²⁷, y en otros, la versión en inglés no es auténtica²²⁸. Sin embargo, en otros CDI solo existe la versión en español²²⁹.

Respecto de la tercera parte de la definición de dividendos, descontando las diferencias insignificantes de redacción y los casos en que no existe la remisión y el concepto puede reputarse autónomo²³⁰, encontramos las siguientes tipologías:

223 VOGEL 1997: párr. 203, art. 10. Alemania-Portugal 1982, Alemania-Suecia “similar-profit dependant remuneration” y Alemania-Reino Unido “income from profit-sharing participating loans”; entre otros.

224 VOGEL 1997: párr. 203, art. 10. P. ej. Alemania con Argentina, Checoslovaquia y Francia.

225 Lo curioso es que incluso CDI tan recientes como el de España y Chipre de 2013 contienen el mismo error, a pesar de que la traducción del MCOCDE 2010 del IEF no lo contiene. Incluso CDI tan antiguos como el de España-Canadá 1981 o España-Finlandia de 1968 no caen en el error.

226 España-Arabia Saudí 2008, España-Armenia 2012, España-Croacia 2006, España-Egipto 2006, España-Emiratos Árabes Unidos 2007, España-Eslovenia 2002, España-Georgia 2011, España-Grecia 2002, España-Islandia 2002, España-Japón 1974, España-Moldavia 2009, España-Nigeria 2009, España-Nueva Zelanda 2006, España-Serbia 2010, España-Sudáfrica 2008.

227 España-Albania 2011, España-Barbados 2011, España-Bosnia Herzegovina 2010, España-Estados Unidos 2013, España-Estonia 2005, España-Jamaica 2009, España-Reino Unido 2013, España-Singapur 2012.

228 España-Alemania 2012;

229 España-Bolivia 1998.

230 VOGEL 1997, art. 10, párr. 223.

1) los que siguen al MCOCDE en cuanto a la exigencia de que se trate de “participaciones sociales”²³¹ (o incluso producto de una mala traducción “derechos sociales”²³²), dentro de los cuales cabe distinguir entre los que utilizan una comparación entre el régimen fiscal que soportan las rentas, como el MCOCDE de 1977/2010²³³ y los que exigen que la renta sea asimilada a las rentas de las acciones, como el MCOCDE de 1963²³⁴.

2) Los que hacen una remisión amplia al no exigir que sean rentas provenientes de participaciones sociales, sino de “otros derechos”²³⁵, o en forma confusa, de “participaciones”²³⁶, dentro de los cuales también es posible encontrar dos subtipos: los que exigen analizar el régimen fiscal al que se somete la renta o los que exigen que la renta sea asimilada a los rendimientos de las acciones.

3) Los que comprenden una remisión amplísima, al no exigir que derive de un derecho, ni de una participación, ni de una participación social, sino que meramente se trate de “otros rendimientos”. Aquí también es posible encontrar dos subtipos: los que exigen analizar el régimen fiscal al que se somete la renta²³⁷ y los que exigen que esta se asimile a los rendimientos de las acciones²³⁸.

231 El CDI entre España y Polonia de 1982 se refiere a “otros derechos societarios”.

232 Colombia-Portugal 2013.

233 España-Argentina 2013, España-Argelia 2005, España-Bosnia-Herzegovina 2010, España-Bulgaria 1991, España-República Dominicana 2013, Colombia-India 2013. Con redacciones igual o similares a: “otros rendimientos sujetos al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones...”. Más ejemplos en VOGEL 1997 párr. 203, art. 10.

234 España-Austria 1968, España-Brasil 1975, España-Canadá 1981, España-Japón 1974, España-Polonia 1982. Con redacciones similares o idénticas a: “...las rentas de otras participaciones sociales asimiladas a los rendimientos de las acciones por la legislación fiscal del Estado en que reside la sociedad que las distribuya”.

235 P. ej., Colombia-Corea 2013; Colombia-México 2013; España-Chile 2004. Este último con la siguiente redacción: “otras participaciones sociales o derechos sujetos...”.

236 P. ej., Colombia-Canadá 2012.

237 Con redacciones similares o idénticas a: “...otros rendimientos sujetos al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado del que la sociedad que realiza la distribución sea residente”. España-Alemania 2012, España-Albania 2011, España-Barbados 2011, España-Bélgica 2003 con la particularidad “... así como las rentas –incluso las satisfechas en forma de intereses–...”; España-Estados Unidos 2013, España-Hong Kong 2012, España-Reino Unido 2014, con la particularidad “...así como cualquier otro elemento sujeto al mismo régimen fiscal...”; España-Singapur 2012, España-Uruguay 2011, Colombia-República Checa 2013. Además, los de Polonia con Australia, Canadá y Nueva Zelanda. *Vid.* USS 2012: p. 837. Más ejemplos en VOGEL 1997: párr. 203, art. 10.

238 España-Australia 1992: “otros rendimientos que la legislación fiscal del Estado contratante del que sea residente la sociedad que los distribuye asimile a los rendimientos de las acciones”.

En el MCEUA la definición de dividendos varía sustancialmente con respecto al MCOCDE, pues el apartado 5 de su art. 10 adopta una remisión amplísima del siguiente tenor:

Para los propósitos de este artículo, el término dividendos significa renta de las acciones u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como rentas que están sujetas al mismo tratamiento tributario que las rentas de las acciones bajo el derecho del Estado en el cual el pagador es un residente.

Como se aprecia, la definición por remisión es más amplia que la contenida en el MCOCDE, en la medida en que no existe la condicionante de que las rentas provengan de “participaciones sociales”. Así lo corrobora el Comentario al numeral 5 de las *Technical Explanations*, que mencionan que los dividendos derivados de un ajuste secundario de precios (*constructive dividends*) son dividendos bajo la definición convencional. De igual forma lo son aquellas rentas o ganancias consideradas dividendos en el derecho estadounidense, como es el caso de la venta o redención de acciones, o incluso la transferencia de acciones en una reorganización. Se aclara además que las distribuciones de las *U.S. publicly trade limited partnerships* son dividendos para el Convenio, puesto que “son gravadas como una *corporation* bajo el derecho de los Estados Unidos”. Finalmente, se entiende que los intereses pagados por una entidad subcapitalizada “pueden ser tratados como un dividendo en la medida en que la deuda sea recharacterizada como capital bajo el derecho del Estado de la fuente”. Esta última idea retoma en alguna medida la exigencia de que los dividendos deben derivar de una participación social, pues exige la recharacterización de la deuda en capital para que se pueda admitir así que es un dividendo, lo cual parece envolver una contradicción. Sin embargo, podría entenderse que el Modelo admite que la caracterización como “participación social” deriva no de un concepto autónomo convencional, sino del que prevea el derecho interno del Estado de la fuente²³⁹.

También se encuentran en la práctica convencional española otras reglas que hacen una remisión amplia, pero con redacciones diferentes. Es el caso del CDI entre España y Chile, que se refiere a “...otras participaciones sociales

España-Finlandia 1968, España-Marruecos 1985 y España-Suecia 1977. Más ejemplos en VOGEL 1997: párr. 203, art. 10.

239 *Vid.* HELMINEN 2010: p. 176.

o derechos sujetos al mismo régimen tributario...”²⁴⁰, o el CDI entre España y Bélgica de 2003, que además aclara que “incluso las satisfechas en forma de intereses” son dividendos si reciben el tratamiento tributario de estos últimos. El convenio entre Canadá y Kenia indica: “[...] así como la renta de otras participaciones sociales asimiladas a la renta de las acciones o cualquier otro elemento que se *presuma* ser un dividendo o distribución de una sociedad [...]” (bastardilla nuestra). En realidad, Canadá no sigue el párr. 24 de los Comentarios al art. 10 del MCOEDE, pues bajo el derecho interno ciertos intereses son tratados como distribuciones y por tanto definidos como dividendos²⁴¹. India tampoco sigue al citado Comentario, pues su legislación interna entiende que los dividendos presuntos (*deemed dividends*) son cualquier distribución de activos acumulados o cualquier avance o préstamo a un accionista con participación sustancial, en ciertas circunstancias²⁴².

Es representativo el caso del Protocolo del CDI entre España y Suiza, que define las expresiones utilizadas en el artículo 10.2, subapartado b), remitiendo a las Directivas de Intereses y Cánones, y Matriz-Filial²⁴³. La remisión a la Directiva es cuanto menos confusa, en la medida en que es evidente que el

240 Alemania-Francia. *Vid.* VOGEL 1997: párr. 203, art. 10.

241 BROWN & O'BRIEN 2012: p. 216-219.

242 SENGUPTA 2012: p. 581.

243 El subapartado b) indica: “b) No obstante lo dispuesto en el subapartado anterior, el Estado contratante en el que la sociedad que paga los dividendos sea residente considerará exentos los dividendos pagados por esa sociedad a una sociedad cuyo capital esté total o parcialmente dividido en acciones o participaciones y que sea residente del otro Estado contratante, siempre que esta posea directamente al menos el 10 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos durante al menos un año, y siempre que la sociedad que paga los dividendos esté sujeta y no exenta respecto de los impuestos comprendidos en el artículo 2.º del Convenio, y que ninguna de las sociedades sea residente de un tercer Estado en virtud de un convenio para evitar la doble imposición con ese tercer Estado. Ambas sociedades deben revestir la forma de sociedades de capital”. Textualmente indica el artículo 6.III del Protocolo de 29 de junio de 2006 indica: “referencia al artículo 10, apartado 2, subapartado b) y al artículo 12, apartado 7, las expresiones en ellos utilizadas se definen conforme a la Directiva del Consejo 2003/49/EC de 3 de junio de 2003 relativa al régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros y la Directiva del Consejo 90/435/EEC de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. Por lo que respecta a Suiza, la expresión ‘sociedad de capital’ comprende las: Société Anonyme/Aktiengesellschaft/società anonima; Société à responsabilité limitée/Gesellschaft mit beschränkter Haftung/società a responsabilità limitata; Société en commandite par actions/Kommanditaktiengesellschaft/società in accomandita per azioni”.

citado apartado utiliza expresamente el término “dividendos”, aunque no es definido por la Directiva Matriz-Filial, que por el contrario utiliza el concepto de “distribución de beneficios”. De ahí que podría plantearse un caso en el cual una renta fuera considerada “distribución de beneficios” y no un “dividendo” según la definición del CDI, dando lugar a la cuestión de si los beneficios del subapartado deben concederse o no. Lo lógico sería entender que el concepto de dividendo del artículo 10.3 del CDI no está cubierto por la específica remisión y que el subapartado b) utiliza en todo momento el término “dividendos”, de manera que el concepto convencional debería prevalecer para aplicar el tratado sobre el de “participaciones en beneficios”. Por el contrario, otros términos utilizados en el subapartado como “capital”, “sociedad”, “matriz” y “filial” contenidos en las Directiva serían aplicables con la misma jerarquía del CDI gracias a la remisión.

III. NORMAS Y DOCTRINAS ANTIABUSO INTERNAS Y LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS

Como se observa, la definición de dividendos históricamente ha pretendido no ser un obstáculo para la aplicación de definiciones fiscales amplias o de ciertas normas antiabuso. Teniendo en cuenta que la internacionalización de la economía ha traído consigo un aumento de la evasión, el abuso y la planificación fiscal y que en respuesta, las legislaciones han ampliado la batería de herramientas con que cuenta una administración tributaria para comprobar, verificar y analizar la legalidad de una operación o situación económica gravable²⁴⁴, es importante analizar la definición objeto de nuestro estudio con las normas antiabuso.

Sea lo primero recordar que muchos CDI incorporan normas antiabuso para evitar el *treaty shopping*, esto es, la aplicación del tratado a quienes en principio no tendrían derecho a él, o el *rule shopping*, es decir, la captación o elusión del presupuesto de hecho de una norma concreta del tratado. Ninguna de las normas convencionales para evitar esos esquemas resulta de interés para este trabajo, pues forman parte de los presupuestos para la aplicación del CDI, tema anterior que ocupa a este libro²⁴⁵.

244 DUFF 2009: p. 477 y ss.

245 *Vid.* CMOUDE y MCONU al art. 1º. Ejemplo de las cláusulas para evitar el *treaty shopping* son las de exclusión (exclusión), transparencia (*look-through*), sujeción efectiva (*subject to tax*), de tránsito (*channel approach*) y de limitación de beneficios (*limitation of benefits –LOB–*), entre otras. La bibliografía sobre el particular es casi inabarcable. Por todos VEGA 2003; CARMONA

Sin embargo, uno de los aspectos centrales de la definición de dividendos de los tratados tiene que ver con el hecho de que bajo muchos ordenamientos jurídicos internos existen cláusulas o doctrinas generales antiabuso que conviven con normas especiales, también internas, que atacan específicos casos de fraude. Por lo general, las normas defraudadas por medio de captación o elusión son aquellas del régimen interno de los dividendos.

En otras palabras, es la definición interna de dividendos y su régimen jurídico el que usualmente resulta objeto de fraude. Por lo cual, como se tendrá oportunidad de ver a lo largo del capítulo III de este libro, el derecho tributario suele sobrepasar en regulación y dogmática al derecho privado en punto de los problemas de entidades híbridas, instrumentos financieros híbridos y los dividendos encubiertos²⁴⁶, que son las estructuras más comunes de fraude. Así para efectos fiscales los conceptos tributarios autónomos y las normas especiales y generales antielusión tienden a ampliar el entendimiento de términos y conceptos mercantiles.

El artículo 10.3 MCOCDE se relaciona con varias normas especiales antiabuso internas, de carácter general o especial, cuyo efecto es recalificar como dividendos, para efectos locales, aquellos rendimientos que inicialmente fueron calificados por el contribuyente dentro de otra categoría. De forma inversa, las normas especiales o generales antielusión podrían recalificar como otro tipo de rendimiento a un elemento de renta inicialmente calificado como dividendo. En todos estos casos la pregunta relevante es: ¿son compatibles estas recalificaciones de rentas con el concepto de dividendo previsto en los CDI?; siendo más concretos: ¿se les aplica el artículo de dividendos del Convenio a esos otros elementos de rentas recalificados en dividendos por el derecho interno? Y

2010; DE BROE 2008: cap. 7. Por su parte, un ejemplo de cláusula para evitar el *rule shopping* es la contenida en el párr. 21.4 al art. 1.º MCOCDE.

246 Sobre los dividendos encubiertos, lo demuestra la extensa doctrina que en materia de operaciones vinculadas existe y la poquísima literatura que se refiere a la faceta mercantil del asunto. Baste citar en este punto la obra de BAGO ORIA, que aborda el problema desde el derecho mercantil, pero utilizando cuidadosamente los avances de la literatura alemana en materia tributaria. Subraya la autora los pocos trabajos en materia mercantil (nota al pie 13) frente a los extensos trabajos fiscales (nota al pie 12) en España. En Alemania los trabajos en materia mercantil son más abundantes y tienen ya una independencia de las soluciones fiscales (nota al pie 17). La interacción entre las soluciones fiscales y mercantiles no es sencilla, y ha de partir de la idea de que “los fines de ambos sistemas no son iguales y el concepto jurídico que utiliza cada uno de ellos tiene un significado y una repercusión jurídica muy diferente”. BAGO ORIA 2010: p. 34-38.

¿les aplica el artículo de dividendos a esos rendimientos recalificados en otras categorías de rentas el derecho interno?

Por otra parte, el artículo 10 de los CDI puede ser objeto de *rule shopping*, toda vez que el contribuyente pretenda cumplir con los presupuestos de hecho de una norma del CDI, “persiguiendo el beneficio que la regla convencional confiere en detrimento de otra norma que, en ausencia de tal planificación, hubiera resultado aplicable con consecuencias más perjudiciales para el contribuyente (por ejemplo, la conversión de un dividendo gravable en el Estado de la fuente en un interés o en una ganancia de capital no susceptible de imposición)”²⁴⁷. Para estos supuestos lo relevante para este libro será determinar si dicho *rule shopping* puede corregirse mediante una interpretación del tratado o aplicando una cláusula o doctrina general antiabuso interna, cuya norma defraudada (captada o eludida) sea precisamente la definición de dividendo convencional.

Hasta 1977 los CMOUDE no analizaban expresamente la relación entre las normas internas antielusión y los CDI, aunque la definición de dividendos del artículo 10 comprendería, según el respectivo párr. 39 de los Comentarios de 1963, las “distribuciones ocultas de beneficios” (*disguised distribution of profits*) que fueran gravadas como dividendos por el Estado de residencia de la entidad distribuidora. Ese Comentario, que proviene de los primeros trabajos del WP12 cuando la definición no contenía una remisión a la legislación interna, permite ver que el art. 10 del Modelo busca proteger el poder tributario de los Estados sobre sus entidades residentes y las distribuciones de beneficios que puedan afectar el primer nivel de imposición. Se aceptó así, de forma indirecta, que los CDI no limitan las normas antiabuso, o de otro tipo, que consideraran como dividendos, para efectos fiscales, a aquellas rentas que desde el punto de vista jurídico-privado no tienen esa naturaleza, ya que no son decretadas por el máximo órgano de la sociedad. El citado párrafo de los Comentarios, como se expuso al revisar la historia, mantiene su esencia en el número 28 del artículo 10 de los CMOUDE más recientes. De tal manera, la primera conclusión es que las recalificaciones en dividendos producto de una elusión del concepto de dividendo en el Estado de la fuente ha sido aceptada de antaño por el Modelo, y se justifica en la idea protectora de la imposición de la entidad distribuidora en el Estado de su residencia, que encontró fundamento normativo en la remisión del art. 10.3.

247 JIMÉNEZ MARTÍN & RODRÍGUEZ-RAMOS 2011: p. 64.

Esa regla que comentamos es una excepción para un tipo especial de abuso del régimen jurídico de los dividendos, pero para el resto de los abusos ha existido una amplia discusión que puede empezar a analizarse desde el párr. 7 del art. 1.º MCOEDE 1977, mediante el cual se indicó que el propósito de los CDI era facilitar el comercio internacional y la inversión, eliminando la doble imposición. Además, los CDI “no deben facilitar la evasión o el fraude fiscales”. De tal forma, los Comentarios indicaron que si un Estado deseaba combatir estos fenómenos, debía preservar las normas internas de los límites que pudieran derivar del tratado por medio de salvaguardas en los convenios mismos. Sin embargo, el párr. 23 al art. 1.º daba a entender lo contrario: que los CDI no impedían la aplicación de la cláusula antielusión interna. Por lo cual, el asunto estaba lejos de ser coherentemente analizado. En 1992, como producto del Informe de *Base Companies* de 1987²⁴⁸, se le modificaron los párr. 22 a 26 al art. 1.º, cuya lectura demuestra la complejidad del problema. Un grupo mayoritario de los países miembros de la OCDE argumentó la tesis de que los CDI no afectaban las reglas internas antiabuso, pues estas “forman parte de las normas básicas contenidas en las legislaciones fiscales nacionales para determinar los hechos que dan lugar al nacimiento de la obligación tributaria. Dichas normas no se contemplan por los convenios fiscales, y por consiguiente no se ven afectadas por ellos”.²⁴⁹ De tal forma, “no necesitan ser confirmadas en el texto de los convenios para ser aplicables”.²⁵⁰ Sin embargo, un grupo minoritario defendió la tesis contraria al entender que las normas antiabuso “están sujetas a las disposiciones generales de los convenios de doble imposición, en particular cuando el propio convenio contenga disposiciones especiales para evitar el uso indebido del mismo”.²⁵¹ En cualquier caso, la presión del grupo minoritario, o quizá las propias dudas del mayoritario, supuso que la aceptación de la tesis de la compatibilidad de las normas internas antiabuso estuviera condicionada a que no violaran el espíritu del CDI, y en particular²⁵² a que:

248 OECD 1987b: párr. 39.

249 Párr. 23 art. 1.º MCOEDE 1992.

250 Párr. 24 art. 1.º MCOEDE 1992.

251 Párr. 23 art. 1.º MCOEDE 1992.

252 “Podría invocarse el espíritu del Convenio, que solamente se violaría si aquellas normas resultan en la no atribución de actividades y/o rentas a una sociedad con personalidad jurídica en el sentido del Convenio, y como consecuencia de las posiciones divergentes de los Estados contratantes sobre la cuestión, se produce una doble imposición económica al gravarse las mismas rentas en manos de dos contribuyentes diferentes (véase apdo. 2 del art. 9.º)”. Párr. 23, art. 1.º MCOEDE

- a) “no desconozcan la atribución de actividades y/o rentas a una sociedad con personalidad jurídica en el sentido del Convenio”;
- b) no generen doble imposición cuando el contribuyente, bajo el estándar convencional, no cometa abuso del CDI;
- c) no se apliquen sobre rentas activas reales y que no generen sospechas de elusión; y,
- d) la imposición sea comparable con la del país de residencia del contribuyente.

El asunto siguió en la agenda y en el año 2003 el CAF de la OCDE pretendió dejar claro que las normas antiabuso internas no eran contrarias a los CDI y, en esa línea, modificó los Comentarios al Modelo para construir una doctrina según la cual se deben reconocer dos tipos de países: a) aquellos en los cuales el abuso de un CDI es un abuso del derecho interno en virtud del cual se exige el impuesto y b) aquellos que consideran que el abuso del tratado es independiente del derecho interno. Para los últimos se establece un estándar común de abuso, mientras que para los del primer tipo la OCDE aplica la doctrina del *factual approach*²⁵³ ya recogida por los CMOCDE de 1992, según la cual las normas antielusión son:

parte de las normas básicas nacionales establecidas por la legislación tributaria nacional para determinar los tipos de hechos que dan lugar a una deuda tributaria,

1992. “Aun cuando estas y otras medidas antiabuso descritas en los informes mencionados en el párrafo 11 anterior no son contrarias al espíritu de los convenios fiscales, existe acuerdo en que los países miembros deben cumplir rigurosamente las obligaciones establecidas en los convenios fiscales en tanto no exista evidencia clara de un uso indebido de los convenios. Además, es deseable que las medidas antiabuso respeten el espíritu de los convenios fiscales a efectos de evitar la doble imposición. Cuando el contribuyente cumpla con tales medidas antiabuso, puede ser, además, oportuno concederle la protección de la red de convenios”. Párr. 25 art. 1.º MCO-CDE 1992. “Sería contrario a los principios generales que inspiran el Convenio Modelo, y al espíritu de los convenios fiscales en general, extender la aplicación de las medidas antiabuso a actividades como la producción, la prestación normal de servicios o la actividad comercial de sociedades que realizan actividades empresariales reales, cuando estén claramente integradas en el entorno económico del país del que son residentes y se realicen de tal forma que no pueda sospecharse que existe elusión fiscal. No deben aplicarse medidas antiabuso a países cuya imposición sea comparable a la del país de residencia del contribuyente”. Párr. 26, art. 1.º MCO-CDE 1992. (Bastardilla fuera de texto) (traducción propia de la versión en inglés).

253 ARNOLD 2004: p. 251; ZIMMER 2005: p. 25-26; ARNOLD & VAN WEEGHEL 2006: aptdo. 5.4.2.; ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 6 y ss.

dichas normas no están contempladas en los convenios tributarios y, por lo tanto, no se ven afectadas por ellos. Por lo tanto, como regla general no existirá conflicto entre las citadas normas y las disposiciones de los convenios tributarios²⁵⁴.

Esa idea se reitera en el párr. 22.1 del art. 1.º MCOCDE, donde se señala que las normas antielusión son las “reglas fundamentales de la legislación nacional que determinan qué hechos dan lugar a una obligación tributaria”. Esta aproximación ha sido fuertemente criticada por simplificar en exceso los distintos tipos de normas antiabuso²⁵⁵, pues muchas no recalifican los hechos²⁵⁶. En efecto, la aproximación de la OCDE no es la forma más correcta para definir los efectos de las normas antiabuso, pues estos son aplicar la norma evadida o capturada y no recalificar los hechos, que son los que son²⁵⁷. En otras palabras: no hay una recalificación de hechos cuando se trata de una norma antiabuso interna que, valga la repetición, recalifica la renta en atención a un presupuesto de hecho

254 Párr. 9.2 art. 1.º MCOCDE.

255 ARNOLD 2004: p. 251, que señala que hay tres tipos países: los que aplican el *factual approach*, descrito en el texto principal; los que aplican el *interpretative approach*, en el cual la fijación de hechos depende de una cuestión interpretativa, y los que no pueden encajar en ninguna de las anteriores categorías, básicamente aquellos que como España tienen una cláusula general antiabuso. Esta posición es matizada por ZIMMER (2005: p. 25), que a pesar de criticar a los CMOCDE por simplificar en exceso la realidad, reconoce que la fijación de hechos a los que se refieren los comentarios son tanto los hechos reales, como los presupuestos de hecho fijados por las normas internas que determinan los elementos del hecho imponible. La crítica hecha por ARNOLD también en ARNOLD & VAN WEEGHEL 2006: aptdo: 5.4.2.

256 Y en este punto parece relevante subrayar la crítica hecha por el profesor ZORNOZA a quienes han confundido el fraude a la ley con la simulación, bajo la discutible doctrina del “negocio indirecto”: “Precisamente por ello importa señalar que en el caso de estructuras negociales complejas, en que la conjunción de diversos negocios resulta necesaria para la consecución de la finalidad económica pretendida, difícilmente podrá apreciarse simulación, porque normalmente nos encontraremos ante *negocios reales*, cuyos efectos se quieren por las partes y que, como mucho, en el caso de resultar notoriamente artificiosos o impropios y carecer de otro motivo que la obtención de ventajas fiscales, podrían dar lugar a la apreciación del conflicto en la aplicación de la norma tributaria del art. 15 LGT”. ZORNOZA 2010: p. 58. En la misma línea, PALAO TABOADA 2009: p. 26. Este último autor distingue entre la simulación y el fraude de ley en los siguientes términos: “En la simulación hay dos actos o negocios jurídicos, cada uno de los cuales se adecua a la finalidad que, realmente el uno y aparentemente el otro, persigue; en el fraude a la ley tributaria hay un único en el que, sin embargo, existe una discrepancia entre la causa objetiva y la finalidad perseguida por las partes, discrepancia que no se encubre mediante una apariencia jurídica”.

257 ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 9. En igual sentido, DE BROE 2008: párr. 8.

sustitutivo²⁵⁸ o la aplicación de la norma eludida o captada. En tales casos, a pesar de que el contribuyente ha realizado verdaderamente los hechos contenidos en el supuesto previsto por la norma X, en virtud de la concurrencia de elementos de la norma antiabuso se entiende que realizó los presupuestos de hecho de la norma Y, asignándole la consecuencia jurídica de esta última. En palabras de los profesores Zornoza y Báez, aunque:

ambos, simulación y abuso, compartan un elemento de falsedad, este se refiere a objetos diferentes. En una operación simulada los contribuyentes mienten en lo que ha sido denominado como “hechos reales o puros” (¿fue el precio realmente pagado?; ¿la persona realmente tomó parte en esa reunión?). A diferencia, en una operación abusiva, los contribuyentes no esconden los hechos reales –en realidad quieren sus consecuencias legales–, sino el propósito de la transacción que han llevado a cabo²⁵⁹.

Esa diferenciación de los autores parece fundamental y no la tienen en cuenta los CMOCDE introducidos en 2003, lo cual puede llevar a una total confusión entre simulación y abuso, y con ello, a un resquebrajamiento de la seguridad jurídica²⁶⁰. Incluso, entendiendo que los CMOCDE de 2003 se refieren a los hechos para significar los “presupuestos de hecho” de las normas jurídico-privadas o fiscales²⁶¹, lo cierto es que la calificación de ellos es un proceso que requiere la interpretación de la norma²⁶². Así, el *factual approach* es en una falacia interpretativa, pues los hechos reales deben calificarse en un proceso de ida y vuelta con la interpretación de la norma interna en la primera calificación y luego con la norma internacional en una segunda calificación. Esta última limitará las pretensiones impositivas derivadas de la primera. De este modo, si bien el derecho interno puede aplicar sus normas y doctrinas antiabuso para determinar los hechos, ello es válido solo con respecto a la primera calificación. La segunda, por el contrario, se apoya en los hechos reales y su propósito precisamente es limitar esa primera calificación por medio de las definiciones y beneficios convencionales. En definitiva, todo efecto de una norma antiabuso interna será válido si se enmarca en los límites impuestos por el CDI.

258 Sobre las cláusulas especiales antielusión, en el sentido descrito por HENSEL 2005: p. 146.

259 ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 13.

260 ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 13-16.

261 ZIMMER 2005: p. 25

262 RUIZ & ZORNOZA 2008: p. 1193 y ss.

En todo caso, las recalificaciones derivadas de normas o doctrinas de simulación (*sham*) son un descubrimiento de los verdaderos hechos de la transacción; por tanto, no chocan con las definiciones convencionales, pues estas se deben aplicar sobre los hechos realmente acaecidos²⁶³. Es perfectamente posible —claro— que los Estados contratantes no coincidan en la determinación de los hechos y que, por consiguiente, se dé una tributación asimétrica. En dichas circunstancias el procedimiento amistoso es una herramienta útil, aunque nada garantiza llegar a un acuerdo. Por ello, se recomiendan los procedimientos de fiscalización conjuntos entre las administraciones tributarias de los Estados involucrados.

Tanto para aquellos países a los que se aplica el enfoque de hechos como a los que entienden que el abuso del CDI es independiente del interno, la OCDE indica que no existe obligación de conceder los beneficios de un CDI cuando se hayan hecho manejos que constituyan un uso indebido²⁶⁴. Por ello, para saber si “interpretativamente”²⁶⁵ ha habido abuso del CDI o si el abuso del derecho interno es también abuso del CDI, es relevante determinar un nivel o estándar de abuso convencional. Por ello se le alteró el párr. 7 al art. 1.º para indicar que los CDI “tienen como fin evitar la elusión y evasión fiscales”, lo cual resulta un tanto extraño, pues la naturaleza restrictiva de las legislaciones internas de los CDI no permitirían entender esa finalidad²⁶⁶. En cualquier caso, los Comentarios pasaron a indicar que los beneficios de los convenios no deberían otorgarse a operaciones abusivas²⁶⁷. Aunque no se definen tales²⁶⁸, se da “un”²⁶⁹ principio rector (*guiding principle*) según el cual los beneficios del CDI no se aplican “cuando uno de los principales objetivos para realizar determinadas operaciones o manejos es garantizar una posición fiscal más favorable y conseguir este

263 ARNOLD & VAN WEEGHEL 2006: aptdo: 5.4.5.

264 Párr. 9.4 del art. 1.º MCOCDE.

265 Críticas al erróneo entendimiento del abuso como interpretación en ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 20 y ss.

266 De ahí que la redacción anterior fuese más adecuada. *Vid.* ARNOLD & VAN WEEGHEL 2006: aptdo: 5.4.1.

267 Párr. 9.4 art. 1.º MCOCDE.

268 ARNOLD & VAN WEEGHEL 2006: aptdo: 5.3.

269 ARNOLD & VAN WEEGHEL 2006: nota 14. Señalan estos autores que la referencia a “un” principio y no “el” principio rector puede entenderse como una forma de evitar sentar una norma antiabuso o una definición de transacción abusiva y mencionar un ejemplo del estándar común de abuso entre los Estados contratantes. Sin embargo, critican que esta interpretación puede perderse en la lectura que hagan los contribuyentes y jueces.

tratamiento fiscal en dichas circunstancias sea contrario al objeto y propósito de las disposiciones en cuestión”²⁷⁰.

Así las cosas, se reconoce un *test* de motivos económicos y el requerimiento de análisis de las finalidades de las disposiciones eludidas como factores determinantes de un nivel de abuso tal que haría inaplicable los beneficios del tratado. No se menciona la artificialidad, lo cual hace del *test* de motivos económicos una regla antiabuso circular, que además puede reñir con el derecho de la Unión Europea²⁷¹. En cuanto al *test* de motivos económicos, debe subrayarse que se redacta como “uno de los principales objetivos” (*a main purpose*) y no como “el principal/único propósito” (*the main purpose*, como suelen redactarse las normas internas), cuando esa pudo haber sido la intención del CAF²⁷². La vaguedad de la palabra “uno” podría dar lugar a considerar como elusivas operaciones perfectamente legítimas y acordes con el objeto y finalidad de los CDI²⁷³.

Así mismo, los Comentarios al MCOCDE de 2003 y al MCONU de 2011 pretenden hacer girar el concepto de abuso convencional del objeto y finalidad de las normas del tratado. Por eso se indica expresamente en el párr. 7 al artículo 1.º del primer Modelo que los CDI tienen como finalidad evitar la elusión y abuso fiscales. Claro que definir el segundo elemento del concepto de abuso convencional a partir de la finalidad antiabuso del tratado es completamente ilógico por circular²⁷⁴, pues –para terminar el trabalenguas– en todo caso hay que determinar qué es abuso. Y esto último parece particularmente complejo cuando los CDI pueden tener tantas finalidades, como la promoción de las inversiones y el comercio entre los Estados contratantes, que en últimas suelen envolver el otorgamiento de desgravaciones o beneficios fiscales. Así, definir un

270 Párr. 9.5 art. 1.º MCOCDE.

271 ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 53 y 60.

272 Así lo da a entender SASSEVILLE (2005: p. 461-463), que señala que el *guiding principle* no fue inventado por la OCDE sino que reconoce los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia europeas. En cualquier caso, como lo demuestra DE BROE (2008: párr. 100 y ss.), la doctrina citada por SASSEVILLE habla del único propósito (*sole purpose*) de evadir. WARD 1985: p. 68; VAN WEEGHEL 1998: p. 258.

273 DE BROE 2008: aptdo.: 3.3.1.1. En la misma línea ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 51 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ 2004: p. 321. Las mismas críticas pueden predicarse del MCONU de 2011, aunque se atemperan por el párr. 27 de los Comentarios al art. 1.º, que busca minimizar la inseguridad jurídica, al exigir que “el principio rector se aplique bajo [*sic*] la base de los hechos objetivamente encontrados, y no solamente la intención alegada por las partes”. Párr. 25 de los Comentarios al art. 1.º MCONU.

274 ARNOLD & VAN WEEGHEL 2006: aptdo. 5.4.3; ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 55.

término tan abstracto como el abuso en el marco de un CDI es prácticamente imposible sin la existencia de normas de salvaguarda específicas o cláusulas antielusión convencionales. No obstante, el objeto y finalidad del tratado puede entenderse como la finalidad pretendida por la norma convencional eludida o captada. Dicho esto, conviene indagar en línea con los requerimientos de los MCOCDE de 2003: ¿cual es la finalidad de las normas de distribución, en particular del concepto convencional de dividendos?²⁷⁵ Como se expondrá más adelante, esta finalidad es, en la mayoría de los CDI que siguen en MCOCDE, el reparto de la potestad tributaria para promover las inversiones y el intercambio comercial, por medio de la eliminación de la doble imposición.

Ahora bien, en el 2003 se eliminan de los Comentarios dos de las restricciones a las normas antiabuso. En particular las exigencias de que: a) “no desconozcan la atribución de actividades y/o [*sic*] rentas a una sociedad con personalidad jurídica en el sentido del Convenio”²⁷⁶ y b) se apliquen sobre rentas activas reales y que no generen sospechas de elusión. Por su parte, la restricción contenida en el párr. 26, ya comentada y relativa a que las normas antielusión no proceden si la imposición es comparable con la del país de residencia del contribuyente, parece haber sido encasillada para las normas CFC. Por tanto, solo sigue existiendo en los Comentarios la exigencia de “eliminar la doble imposición mientras no exista evidencia clara de un uso indebido de los convenios”²⁷⁷. Así, se da a entender que las obligaciones del tratado, inclui-

275 ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 58 y ss. De acuerdo con el citado autor, el verdadero problema del segundo elemento de la definición convencional de abuso es que: “(i) ninguna de las pretendidas finalidades de los CDI (corrección de la doble imposición o la prevención de la elusión y evasión) parece ser adecuada para una propuesta de corrección del uso impropio de los tratados tributarios; (ii) el principio de reciprocidad puede ser relevante para estructuras de *treaty shopping* pero no permite determinar qué es realmente un abuso, y (iii) parece imposible encontrar un elemento teleológico del diseño detrás de las normas de distribución [...]”.

276 Sin embargo, Bélgica y Luxemburgo siguen considerando que las normas de CFC desconocen la personalidad jurídica y por tanto son contrarias a los artículos 10.5, 7.1 y 5.7 del Modelo. *Vid.* párr. 27.4 y 27.6.

277 Aunque el citado comentario podría hacer pensar que ante el abuso del CDI sus beneficios se van al traste, lo propio es concluir, atendiendo al objeto y finalidad principal de los CDI, que el tratado admite las recalificaciones respectivas y, en consecuencia, las obligaciones convencionales se aplican de conformidad con la categoría de renta recalificada. Mientras se demuestren los elementos del abuso, la renta recalificada será objeto de imposición de “conformidad” con el Convenio, de manera que si el Estado de la fuente la gravó, el de la residencia deberá conceder las desgravaciones previstas en el artículo 23 (A o B) MCOCDE. En la práctica, sin embargo, puede resultar más complejo el caso contrario, en el cual el Estado de la residencia deniegue la

das las definiciones, siguen siendo exigibles hasta que se supere el estándar de abuso fiscal contenido en el tratado²⁷⁸. Como se ha demostrado atrás, dicho estándar difícilmente será determinado, pues la finalidad de los CDI no permite más que garantizar un reparto de la potestad tributaria con fundamento en las definiciones convencionales²⁷⁹.

Recapitulando y dejando de lado los casos en los cuales hay realmente una diferencia de apreciación de hechos como en la simulación, las recalificaciones hechas por la normas antiabuso internas solo pueden inaplicar los beneficios y conceptos contenidos en los CDI cuando se reúnan los elementos del concepto de abuso convencional. Como se ha expuesto, tal como han sido redactados los CMOCDE de 2003 no existe una lógica intrínseca que permita darle algún valor interpretativo al *factual approach* o al *guiding principle*. Sin embargo, apoyándonos en la definición de uso indebido de los CDI de Van Wheguel, para determinar el fraude del concepto de dividendo convencional deben darse dos elementos: a) la única intención de evadir el impuesto de uno o ambos Estados contratantes y b) defraudar las expectativas fundamentales y perennes, además de los objetivos de política tributaria compartidos por ambos Estados y con esto, el propósito del tratado en un sentido amplio²⁸⁰. Respecto al segundo elemento y a menos que se encuentren indicios en cada tratado en un sentido

desgravación por abuso del CDI y el contribuyente deba por tanto exigir al Estado de la fuente recalificar de conformidad. *Vid.* DE BROE 2008: párr. 162.

278 Párr. 22.2 al art. 1.º MOCODE. Una posición diferente sobre los significados del mismo comentario en DE BROE 2008: párr. 162.

279 Ese argumento se encuentra en la jurisprudencia neerlandesa. Por ejemplo: Países Bajos, Hoge Raad, Sentencia del 15 de marzo de 1995, caso 29531. Disponible en Tax Research Platform, IBFD. En este caso se analiza la aplicación del *fraus legis* a una *step transaction* consistente en la interposición de tres sociedades residentes en Países Bajos (X BV, D BV y C BV) a las que A, un individuo residente en Bélgica, aporta sus acciones en B BV, entidad residente en Países Bajos. En una transacción posterior A aporta las acciones en X, D y C a E NV, una entidad constituida en las Antillas Neerlandesas. Seguidamente B paga dividendos a X, D y C. Estas últimas tres en una transacción posterior recompran las acciones a E, que luego distribuye dividendos al individuo residente en Bélgica. La Administración neerlandesa pretendió atribuir los dividendos directamente al individuo y desconocer la cadena de transacciones, pero el Hoge Raad sostuvo, entre otras cosas, que nada en el CDI permitía inferir que ese tipo de beneficios pudiesen calificarse como dividendos.

280 “A number of criteria have been developed in this study to determine whether a particular use of a tax treaty can be labeled ‘improper’. The definition arrived at in chapter 7 contains two main elements used for the determination whether there is improper use of a tax treaty: Such use must have the sole intention to avoid the tax of either or both of the contracting states and must defeat fundamental and enduring expectations and policy objectives shared by both states

contrario, el objeto y finalidad del artículo 10, en el entender del autor de este libro, sería distribuir el poder tributario sobre los dividendos y ciertos pagos que bajo su legislación son asimilados a los dividendos, sin afectar el derecho del Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos de gravar ilimitadamente los beneficios de dicha entidad²⁸¹. Por lo dicho, el CDI exige cumplir con la definición de dividendos a todas las recalificaciones hechas por el Estado de la fuente de los dividendos y de la residencia de su receptor o beneficiario, dentro del marco de interpretación de su texto. En cuanto a la primera jurisdicción, las recalificación que haga conforme al derecho interno deben encajar en la remisión o en la parte autónoma del concepto, mientras que en la segunda, tendrán que cumplir con la parte autónoma.

En efecto, es difícil fijar la finalidad del artículo 10 MCOCDE, más aún cuando la redacción del apartado tercero ha incorporado, en un solo concepto, tan variadas definiciones de participaciones sociales (una formal, otra abierta y otra por remisión) y en no pocas ocasiones los Estados contratantes la han copiado en los tratados sin ningún análisis del significado que podría adquirir respecto de cada jurisdicción, y en muchos casos, cobijando un grupo de rentas que no tienen las mismas características fiscales que las rentas de las acciones ordinarias. Descartando la finalidad antiabuso, por hacer circular el razonamiento, la única finalidad clara del art. 10.3 del Modelo es el reparto de la potestad tributaria. Alguien podría indagar sobre las intenciones subjetivas de las partes al hacer la distribución de rentas, pero dado que la CVDT da prevalencia a la interpretación objetiva, difícilmente podrá alegarse que la distribución de la potestad tributaria fue más allá del texto de las definiciones utilizadas por el CDI.

Por ello, la existencia de deducibilidad del pago que recae en la entidad distribuidora no puede considerarse contraria a la finalidad u objeto del artículo 10 MCOCDE, pues es un asunto de determinación de la base imponible de las entidades residentes que no se ve limitado en modo alguno por el tratado. Así, en este caso se podría alegar que el reparto de la potestad tributaria pretendía comprender las remuneraciones de los fondos propios que fueran deducibles, ya que así se promovían las inversiones y el intercambio de bienes y servicios, a pesar de que pueda parecer contrario a la finalidad histórica del art. 10 MCOCDE,

and therewith the purpose of a treaty in a broad sense". VAN WEEGHEL 1998: p. 258. Similares definiciones en MARTÍN JIMÉNEZ 2004: p. 27.

281 Se sobrentiende que ello no afecta la regla general de la existencia de un EP de la entidad distribuidora en el otro Estado contratante, que podrá ser sujeto a imposición por la renta que le sea atribuible de conformidad con el artículo 7.º MC.

pues como se ha demostrado, esta norma no pretendía afectar la imposición de la entidad distribidora de dividendos y buscaba tratar de forma independiente una renta que soporta una doble imposición económica. Sin embargo, su tenor literal solo permite entender que esta es potencial y no real. Tal como lo ha afirmado con claridad Dziurdź, la “verdadera causa de los *hybrid mismatch arrangements*, y los esquemas de deducción y no inclusión, es la divergencia en los derechos tributarios internos de los Estados”²⁸².

Es más, en un lavado de dividendos el impuesto subyacente casi siempre existe, solo que se evita el impuesto sobre el socio al convertir la renta, por lo general, en una ganancia de capital no gravable en la fuente. Así pues, alguien podría agregar entonces que la finalidad del art. 10 es permitir el gravamen en la fuente, hasta el límite convenido, de las distribuciones de beneficios de las sociedades, sean directas o indirectas. Sin embargo, con ese entendido habría que definir distribución de beneficios, que obviamente no debería alejarse del artículo 10.3 MCOCDE, por lo cual volveríamos al punto de inicio. Por eso, para determinar el fraude del artículo 10 MCOCDE se debe establecer el objeto y finalidad de la norma eludida o captada, que difícilmente podrá ir más allá del reparto de la potestad tributaria con fundamento en la propia definición de dividendos. En conclusión, tal como lo ha dicho De Broe: “El resultado de la recaracterización o redeterminación que usualmente tienen las normas internas antiabuso solo pueden tener consecuencias para efectos del tratado, si ese resultado se apoya en el texto del convenio, construido en su contexto y a la luz de su objeto y finalidad”²⁸³.

Es importante señalar que dada la finalidad y el efecto negativo de los CDI, su alcance es limitado para corregir los denominados *hybrid mismatch arrangements*, pues los conceptos convencionales se usan solo para aplicar las restricciones a los Estados contratantes. De esta forma, las normas internas como la deducibilidad de los pagos hechos por la entidad o la exención por participación sustancial prevista unilateralmente no usan al art. 10.3 MCOCDE como norma calificadora. Así, las asimetrías en la calificación entre la fuente y la residencia difícilmente pueden ser atacadas utilizando cláusulas generales antielusión, tal como propone la Comisión Europea, ya que la sustancia no se pierde por el simple hecho de que un instrumento sea calificado asimétricamente en los Estados, ni parece posible probar la artificialidad, ya que la “realidad” solo se

282 DZIURDŹ 2013.

283 DE BROE 2008: párr. 157.

puede determinar cuando haya unos mismos conceptos²⁸⁴, y los de los CDI no tienen ese ámbito ni esa finalidad.

Cómo se aprecia, la finalidad del artículo 10 MCOE es repartir la potestad tributaria para atenuar la doble imposición, y sin duda la historia demuestra que se quería proteger el derecho del Estado de la residencia de la entidad distribuidora de gravar los beneficios de esta y ciertos pagos que, aunque tuviesen como fuente la participación social, entendida como una *societatis causa*, no fueren calificados como dividendos por el contribuyente. Así, el objeto y finalidad solo podría servir para justificar recalificaciones hechas por el Estado de la fuente dentro del marco de la definición de dividendos convencional. Esta idea se ratifica además en la concepción de los dividendos como un segundo impuesto sobre una riqueza previamente gravada en cabeza de la sociedad. Si esto se acepta, la consecuencia sería que para efectos del Estado de la fuente solo podrían ser dividendos la riqueza que se separara de la sociedad²⁸⁵. *A contrario sensu*, bajo el MCOE el Estado de la residencia del receptor no podría desconocer los mandatos de los artículos 10 y 23 con el argumento de la existencia de un abuso del artículo 10, dada la dificultad de concretar una finalidad distinta del reparto de la potestad tributaria con fundamento en la definición de dividendos. Es más, bajo el artículo 23B (crédito fiscal), cuando se alegue la captación del artículo 10, en principio no habría una ventaja fiscal que derivara del tratado en el Estado de residencia del perceptor. Por el contrario, cuando el CDI previera una exención para los dividendos obtenidos en el otro Estado contratante (*i. e.*, *participation exemption*), podría alegarse una captación del artículo de dividendos en concordancia con el de eliminación de la doble imposición. Sin embargo, la finalidad de la citada exención será promover las inversiones internacionales, a menos que de su texto se infiera que solo aplica para atenuar la doble imposición económica efectiva sociedad-socio por contener restricciones concretas. Ello se puede derivar de las críticas que alguna parte de la doctrina ha hecho a dos sentencias austriacas que denegaron la aplicación de la exención por participación sustancial prevista en los CDI por considerar que en los casos concretos había abuso²⁸⁶.

284 DZIURDZ 2013.

285 POLITO 2012: p. 4.

286 En este punto es relevante señalar dos sentencias austriacas que analizan la concesión de la exención por participación sustancial contenida por los tratados. En la primera se aborda el art. 10.5 del CDI entre Irlanda y Austria, contentivo de una exención, que en el entender de la Corte Suprema Administrativa de 9 de diciembre de 2004 (comentada por OBERMAIR &

Ahora bien, desde el punto de vista del Estado de la residencia, cuando se elude el concepto de dividendo (art. 10 MCOEDE) y con ello la norma de crédito fiscal (23A.2 MCOEDE), puede haber una ventaja fiscal bajo el artículo 23A cuando la calificación de la renta supone la exención. No obstante, es difícil argumentar que la finalidad de reparto de la potestad tributaria del Convenio estaría conforme con las recalificaciones en dividendos de otro tipo de rentas hechas por el Estado de la residencia con objeto de denegar la exención, si el Estado de la fuente no lo hubiera tratado dentro del art. 10. En efecto, para solucionar algunos de estos casos en sede del Estado de residencia, se adicionó el apartado 4 al artículo 23 MCOEDE, pero fuera de su alcance la doble no imposición no alcanza a ser solucionada.

En definitiva, hay dos subhipótesis que interesa analizar: a) los casos en que el concepto interno y convencional de dividendos ha sido defraudado y b) los casos en que el concepto de dividendo del Estado de la fuente ha sido defraudado y por vía de la remisión al derecho interno del art. 10.3 MCOEDE, la renta se califica como dividendos por estar sujeta al mismo régimen fiscal de las acciones. Esto último solo ocurrirá cuando haya elusión del concepto y la norma antielusión recalifique el rendimiento en dividendos. Así, aquellos casos en que el problema es de captación de la definición de dividendos desde la perspectiva del Estado de la fuente la remisión no aplica, y por tanto serán asuntos comprendidos en la hipótesis a), pues el resultado es la recalificación

WENIGER 2005: p. 466 y ss.; DE BROE 2008: párr. 206 y ss.) no debía concederse porque en el caso concreto se vulneraba el propósito del tratado, que era prevenir el abuso, a pesar de que no contenía cláusulas de sujeción efectiva, de actividad económica, ni otra restricción similar y, por el contrario, el resultado podría generar doble imposición no resuelta (DE BROE 2008: párr. 206 y ss.). Por su parte, el Unabhängiger Finanzsenat (Senado Tributario con competencias judiciales) austriaco determinó que la exención contenida en el artículo 23.3 del CDI entre dicho país y Malta de 1978, a los dividendos de fuente maltense no debía concederse, puesto que una norma interna antiabuso permitía denegar la exención cuando hubiera sospechas de abuso, como por ejemplo cuando la entidad distribuidora tuviera como principal función obtener intereses, como de era precisamente el caso bajo estudio. Según el derecho maltense, los beneficios de la entidad y los dividendos estaban exentos. Para justificar la compatibilidad con el CDI, el juzgador en este caso entiende que: a) el objeto y finalidad de los CDI es evitar la doble imposición y no la doble no imposición; b) acoge los párr. 22 y ss. del art. 1.º MCOEDE sobre el *factual approach*, y c) culpa a Malta de vulnerar la buena fe al crear, sin consultar a Austria, un régimen *offshore* que frustra las expectativas de Austria respecto del CDI. En opinión de VOGEL (2006b: p. 474), Malta simplemente ejerció su soberanía sin vulnerar el tratado. DE BROE señala que el asunto simplemente se habría podido corregir interpretando la definición de residencia convencional que seguramente excluiría de la aplicación del artículo 10 los dividendos pagados por la entidad maltense.

en otra renta. Mientras que en la hipótesis a) estaremos precisamente en un problema de determinar si hay abuso convencional, en la segunda, la b), se trata de un asunto relativo al alcance de la remisión. Se ha sostenido arriba que el primer caso difícilmente se dará, pues la finalidad de reparto de la potestad tributaria que tiene el artículo 10 no puede alejarse de la definición convencional, de manera que las recalificaciones hechas por el Estado de la fuente o de la residencia por elusión o captación del concepto de dividendo han de ser compatibles con el artículo 10.3 MCOCDE. Así, de forma general puede afirmarse que la definición de dividendos prevista en los CDI debe ser respetada por todas las recalificaciones de rentas que procedan de conformidad con el derecho interno del Estado de la fuente o de la residencia, so pena de quebrantar el principio de *pacta sunt servanda*. Incluso, la remisión forma parte de esa definición que ha de cumplirse. En esa línea, Matteotti ha señalado que el CAF “permite a los Estados miembros de la OCDE desconocer el principio fundamental de *pacta sunt servanda* sin establecer unas condiciones estrictas”²⁸⁷. De ahí que sea necesario apartarse de los CMOCDE incorporados en el 2003 en tema del *guiding principle* y el *factual approach*.

Ahora bien, debe admitirse que existen salvaguardas de las normas especiales o generales antielusión contenidas en los CDI que crean un estándar de abuso consensuado por los Estados contratantes, de manera que cuando aparezcan en un convenio será posible construir un criterio cierto del objeto y finalidad de la norma defraudada. En esa línea, Van Weeguel en el Informe del Congreso de IFA del año 2010 concluye que aunque muy pocos tratados salvaguardan la aplicación de las normas generales antielusión internas, un buen número sí lo hacen respecto de las reglas especiales. Así mismo, subraya que la práctica reciente de Alemania e Israel ha sido precisamente incorporar cláusulas de salvaguarda. Mientras en esos países se ha entendido como una aclaración de la doctrina aplicable a todos los CDI, en otros como Canadá dicha inclusión ha afectado los casos judiciales en los que se evaluaba un tratado que no la contenía²⁸⁸. Los CDI españoles con frecuencia permiten expresamente aplicar sin limitaciones convencionales las normas de transparencia fiscal internacional²⁸⁹

287 MATTEOTTI 2005: p. 350.

288 VAN WEEGUEL 2010: p. 43 y ss.; DE BROE, L. *et. al.* 2011: p. 376.

289 España-Argentina 2013; España-Alemania 2008 (con referencia específica a los preceptos de la legislación interna de ambos Estados); España-Armenia 2012; España-Barbados 2011; España-Bosnia-Herzegovina 2010; España-Indonesia 2000; España-Jamaica 2009; España-Luxemburgo 1987; España-Moldavia 2009; España-República Dominicana 2013; España-Serbia 2010;

y de subcapitalización²⁹⁰, aunque algunas solo las salvaguardan de ciertos artículos del tratado. Una práctica reciente de los negociadores españoles es aceptar genéricamente la compatibilidad entre el convenio y las normas antiabuso internas²⁹¹, algunos aclarando que para España es el art. 15 LGT o disposiciones de naturaleza similar vigentes o que se adopten en el futuro²⁹²,

España-Singapur 2012; Colombia-México 2013. El CDI España-Australia 1992 contiene una regla particular en el art. 10.4 del siguiente tenor: “4. En el caso de España, el apartado 2 de este artículo no será aplicable a las rentas que, con arreglo a las disposiciones de la legislación fiscal española, relativa a las sociedades en régimen de transparencia fiscal, sean imputables a los accionistas de dichas sociedades, se distribuyan o no a los mismos. Dichas rentas pueden someterse a imposición en España con arreglo a su legislación interna en tanto no estén sometidas al Impuesto sobre Sociedades español”; el de Finlandia aclara que la *participation exemption* no aplicará en ese país en estos casos. En similar sentido el CDI España-Filipinas de 1994 establece que el párrafo 2 del art. 10 no será aplicable, pero agrega que “no se concederá crédito alguno en Filipinas por impuestos pagados sobre tales rentas”. Así mismo los CDI de España con Bulgaria, China de 1992, Filipinas de 1992 e India de 1995 indican que en “el caso de España, el apartado 2 del artículo 10 (equivalente al MCOCDE) no se aplicará a la renta imputable, distribuida o no, a los accionistas de las sociedades y entidades a que se refiere el artículo 12.2 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, y el artículo 19 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, en tanto dicha renta no esté sometida al Impuesto sobre Sociedades español. Dicha renta puede someterse a imposición en España con arreglo a su legislación interna”. El de Finlandia aclara que la *participation exemption* no aplicará en ese país en estos casos. En similar sentido el CDI España-Filipinas de 1994 establece que el párrafo 2 del art. 10 no será aplicable, pero agrega que “no se concederá crédito alguno en Filipinas por impuestos pagados sobre tales rentas”. España-Trinidad y Tobago 2009.

290 España-Argentina 2013; España-México 1994; España-República Dominicana 2013; Colombia-México 2013. Con referencia específica a los preceptos de la legislación interna de ambos Estados o “las normas que los modifiquen o sustituyan”: España-Alemania 2008 y España-Francia 1997, en este último caso, siempre que sean conformes con los principios del apartado 1 del artículo 9.º. Algunos CDI solo aclaran que el equivalente al art. 24 MCOCDE no impide las normas de derecho interno concernientes a la subcapitalización; es el caso de: España-Bélgica 2003, España-Cuba 2001, España-Eslovenia 2002, España-Grecia 2002, España-Islandia 2002, España-Israel 2006; España-Noruega 2001, España-Portugal 1995, España-Rusia 2001, España-Sudáfrica 2008.

291 España-Albania 2011; España-Armenia 2012; España-Georgia 2011. España-Barbados 2011, que se refiere a las normas internas “para la prevención de la evasión y elusión fiscales y los abusos de la norma”. En igual sentido, España-Jamaica 2009; España-Kazajistán 2011; España-Kuwait 2008; España-Moldavia 2009; España-Pakistán 2011; España-Senegal 2007; España-Singapur 2012 y España-Uruguay 2011. Los anteriores CDI aclaran que el CDI es una norma susceptible de sufrir abuso; España-Alemania 2012; España-Costa Rica 2011; España-Moldavia 2009; España-Trinidad y Tobago 2009, con la particularidad de que se refiere además a “el uso incorrecto de la norma” y se ejemplifican.

292 España-Bosnia-Herzegovina 2010; España-Nigeria 2009; España-Serbia 2010.

o de forma menos clara, se refieren a las normas para la prevención de la “evasión fiscal”²⁹³ o “evasión y elusión fiscales”²⁹⁴. La referencia a las normas para prevención de la evasión fiscal difícilmente podría comprender las antiabuso, pues se trata de dos fenómenos plenamente diferenciados por la doctrina²⁹⁵. En algunos CDI parece darse a entenderse que la doble imposición generada por la aplicación de estas normas no fuera de obligatoria atenuación; de ahí que se deje al procedimiento amistoso legislativo o interpretativo previsto en el artículo equivalente al 24.3 MCOCD²⁹⁶.

Por último, en los casos en que las legislaciones internas permitan el incumplimiento del CDI (*treaty override*) claramente prevalecerá la recalificación hecha por el derecho interno, aunque en el ámbito internacional podrá haber consecuencias²⁹⁷. Además, cuando se pruebe la existencia de un estándar convencional de abuso aceptado por el CDI y que la recalificación ordenada por la norma antiabuso interna cumple con él, lo que no siempre resulta sencillo²⁹⁸.

293 España-Argentina 2013.

294 España-Alemania 2008; España-Chipre 2013; España-Panamá 2011; España-República Dominicana 2013; Colombia-México 2013.

295 GUFF 2010: p. 477 y ss. El glosario de la OCDE los define así: “Avoidance. A term that is difficult to define but which is generally used to describe the arrangement of a taxpayer’s affairs that is intended to reduce his tax liability and that although the arrangement could be strictly legal it is usually in contradiction with the intent of the law it purports to follow. Cf. evasion”. “Evasion. A term that is difficult to define but which is generally used to mean illegal arrangements where liability to tax is hidden or ignored, *i. e.*, the taxpayer pays less tax than he is legally obligated to pay by hiding income or information from the tax authorities”. *Vid.* <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm> [consultada el 20 de abril de 2014].

296 España-Alemania 2012.

297 Dicho incumplimiento puede darse cuando constitucionalmente se permita, como en los Estados Unidos o Alemania. Si los criterios para solucionar antinomias entre el derecho interno y el CDI son del tipo *lex posterior* o *lex specialis* a los que ya nos hemos referido, podría haber una aplicación preferente de la norma interna, pero si se trata de una doctrina jurisprudencial antielusión, esa preferencia no sería del todo clara cuando el criterio fuera la posterioridad. VAN WEEGHEL 2010: p. 28-34.

298 Dicho estándar será fácilmente comprobado con la existencia de disposiciones expresas en el CDI que salvaguarden la aplicación de las normas generales y especiales antielusión, como las mencionadas. En principio, en estas circunstancias, las recalificaciones hechas con fundamento en la ley interna serían compatibles con las obligaciones y conceptos de los CDI respecto de los cuales se haya hecho la salvaguarda. En algunas ocasiones se ha argumentado que el estándar convencional de abuso existe cuando los dos Estados tienen normas antiabuso similares, aunque no es un tema pacífico.

IV. CONCLUSIONES PRELIMINARES

1) La aplicación de la definición de dividendos resulta compleja, en primer lugar porque se enmarca en un tratado internacional que tiene una doble naturaleza, al pertenecer simultáneamente a los dos ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes y al ordenamiento internacional, en el que puede encontrar antinomias con preceptos internos o internacionales. Hemos defendido que la definición de dividendos se utiliza para realizar la calificación secundaria y que sobre esa base debería prevalecer sobre el derecho interno, a menos que ese mismo ordenamiento avale el desconocimiento de los tratados (*treaty override*), caso en el cual podría derivarse una responsabilidad internacional, pues bajo el derecho internacional los CDI prevalecen sobre la legislación interna. En segundo lugar, los intérpretes de la definición son autoridades de distintos países y no existe un órgano de cierre jurisdiccional que resuelva en último término una cuestión problemática. En tercer lugar, no existe un mismo contexto jurídico-social que permita encontrar la única respuesta válida (como lo sugiere Dworkin). Sin embargo, las reglas de interpretación de la CVDT pueden ayudar a solucionar muchos problemas. En esa línea, se debe buscar de buena fe el lenguaje común, usando simultáneamente los métodos de interpretación gramatical, sistemático y teleológico que ahí se describen (art. 31 y 32 CVDT). Ello supone partir de los sentidos posibles de las palabras. Por consiguiente, se debe dar prevalencia a los significados autónomos convencionales sobre los internos y, dentro de estos, a los tributarios sobre los de las otras ramas del derecho, según se observa de la norma interpretativa de los CDI (art. 3.2 del MCOCDE). Sin embargo, cuando el derecho tributario interno y los CDI usan términos del derecho privado sin asignarles un significado especial, es difícil alejarse de su significado en esa disciplina. Ello ocurre con la definición de dividendos del art. 10.3 del Modelo, que si bien tiene un contenido inicialmente autónomo convencional y autónomo tributario, al final se permea por la legislación mercantil interna al usar términos con un significado preciso en esa rama. Y es que la interpretación sistemática no ayuda en la mayoría de los casos, pues la existencia de un contexto o de un contexto ampliado para interpretar el concepto es una posibilidad remota, gracias a las restricciones del principio de reserva de ley tributaria presente en muchas legislaciones. Así, los MCOCDE no pueden admitirse sin discusión como contexto, y si bien son un elemento de obligatoria consulta, lo cierto es que las más de las veces no fijan una posición clara, sino que admiten diversas interpretaciones, y se decantan por alguna, que casi siempre es la más adecuada a la política fiscal que interesa a

las administraciones tributarias, sin contar con que son notorias las variaciones en la interpretación que se dan en las distintas versiones de los Comentarios. Tampoco la referencia a los principios y valores resulta útil, pues la definición de dividendos en los CDI difícilmente tendrá un propósito distinto de repartir la potestad impositiva entre los Estados, y la justificación de principios como el abuso del derecho resulta cuestionable, dado que su contenido en los ordenamientos aplicables puede ser diverso. Desde que es difícil alejarse del significado del derecho privado, es necesario indagar en la historia de la institución de los dividendos en los CDI para verificar las razones detrás de su existencia, que permitan así solucionar las cuestiones de *lege ferenda* y *lege lata* que el art. 10.3 plantea (cap. II, aptdo. 1).

2) Teniendo en cuenta que la revisión de la historia de la definición de dividendos tiene como objeto encontrar argumentos a los problemas actuales que presenta tal definición, es menester enfocarse entonces en el momento en que surge la estructura básica del artículo de dividendos, con su finalidad de prohibir la extraterritorialidad y repartir la potestad impositiva de una renta que proviene de beneficios que potencialmente hayan tributado en nombre de la entidad distribuidora. Por ello es notorio que en los primeros convenios y normas armonizadoras, en particular en la ley de la Alemania imperial para eliminar la doble imposición (*Reichsgesetz wegen Beseitigung der Doppelbesteuerung*) de 13 de mayo de 1870, los dividendos no aparecieran regulados expresamente, pero bajo su redacción la jurisprudencia de la Corte Administrativa del Gran Ducado de Baden se admitiera la ficción de que los socios no obtienen los beneficios empresariales de la entidad. Ello explica que luego, en el CDI entre Alemania y Checoslovaquia de 1921, se incorporen los dividendos en la categoría de los capitales mobiliarios, junto con los intereses y regalías, para dar cierta consistencia en su tratamiento y para permitir al Estado de la fuente realizar una imposición que, en ausencia de regla específica, resultaría cuestionable bajo la redacción de CDI anteriores. De esta forma, se empieza a aceptar el sistema de imposición clásico, al permitir a la fuente gravar tanto los beneficios de la entidad distribuidora, como los dividendos. Estos últimos calificaban bajo la categoría amplia de rendimientos del capital mobiliario o de los valores mobiliarios (cap. II, aptdo. II.A.).

3) El borrador de Modelo de Convenio de 1927 y el *Draft 1A* de 1928 de la Sociedad de las Naciones fueron los primeros en incorporar un artículo específico para los dividendos, que eran las rentas derivadas de las acciones o partes análogas en “empresas”. Con todo, no puede admitirse que ese sea el antecedente de la definición del art. 10.3 del MCOCDE, puesto que solo en el Modelo

de Londres y en los trabajos del WP12 de la OEEC se decantan unas normas de reparto que se ligan a la definición y que permiten entender los dividendos como un rendimiento que debe haber sido previamente considerado objeto de imposición como beneficios de la entidad distribuidora. Por ello, el artículo de dividendos predominante en la segunda mitad del siglo XX parte de la base de una regla de fuente que se apoya en la residencia de la sociedad, y se extiende a atenuar la doble imposición económica intersocietaria que puede darse en el ámbito transfronterizo, como se deriva del actual art. 10.1, lit. a), y de los Comentarios sobre los métodos de integración en la fuente y de exención por participación sustancial y de crédito indirecto en la residencia. A la par, pretende salvaguardar las pretensiones impositivas del Estado de residencia de la entidad distribuidora, para que cuando se manifiesten sobre esta se apliquen de forma ilimitada y cuando recaigan sobre los socios, pueda gravarse hasta el tipo máximo pactado en los CDI, pero dejando en libertad a dicho Estado de someter al tributo las distribuciones ocultas que puedan afectar la imposición de la sociedad. La concepción de la categoría de los dividendos en los CDI encuentra explicación en la idea de reciprocidad efectiva presente en los antecedentes del CDI entre los Estados Unidos y el Reino Unido de 1945, según la cual habría que valorar la carga fiscal de la entidad y de los socios conjuntamente, para así determinar si la imposición total es semejante en ambos Estados. De esa forma se acepta que el objeto imponible es uno solo, y dos los hechos imponibles, aunque el MCOCDE de 1963 que se decantó por establecer una regla fija que, en aras de brindar seguridad jurídica, ofrece una reciprocidad en la retención en la fuente máxima admitida para los dividendos, pero mantiene esa idea de que se trata de un mismo objeto imponible (cap. II, aptdo. II.B.1).

4) Las tres partes de la definición de dividendos del MCOCDE actual derivan de los trabajos del WP12 y del borrador de Modelo de 1963. En estos se aprecian diversos problemas de lenguaje, ya que la traducción de los tipos societarios y los derechos en ella no resultaba fácil, en particular porque variaban de una legislación a otra y porque los dos idiomas oficiales, el inglés y francés, representaban dos tradiciones jurídicas distintas. Es así como surge el problema de definir qué tipos de derechos en qué tipos de entidades generan dividendos, lo cual lleva al final a incluir la segunda y la tercera parte de la definición de dividendos. Respecto a aquella, su origen se encuentra en la incorporación que se hizo de los títulos valores con retorno variable que cumplieren con la condición esencial de la definición del Primer Informe, consistente en que debían provenir de un contrato de asociación en una entidad independiente. Ante la amplitud de dicha condición esencial y la ambigüedad de las palabras usadas

en la definición el Primer Informe, se empiezan a caracterizar los derechos con la palabra inglesa usada –“shares”–, luego reemplazada por “rights” y la francesa “parts” y con posterioridad con la expresa exclusión de los derechos de crédito en ambos idiomas. El Modelo más reciente mantiene la diferencia entre la versión francesa y la inglesa. La revisión de los CDI que inspiraron esta segunda parte permite concluir que se buscaba comprender a las participaciones o posiciones en entidades no mencionadas en la primera parte, que otorgaba derecho a participar en beneficios, y se suponía que recibían el mismo tratamiento tributario que los dividendos ordinarios. La tercera parte nace de la necesidad de describir ciertos tipos de participaciones en entidades que no eran acciones ni ninguno de los tipos de participaciones enunciados en la primera y la segunda parte. No puede olvidarse que la remisión se crea al mismo tiempo que se elimina de la definición a aquellas referencias a las participaciones en sociedades cooperativas, de responsabilidad limitada y en comandita simple. De esta forma, la remisión al derecho interno quiere significar que “participaciones sociales”, en el sentido del art. 10.3, son derechos representativos del capital en los distintos sujetos pasivos del impuesto de sociedades reconocidos por el derecho interno. Sin embargo, dicha remisión se reinterpreta en el Modelo de 1977 para dar soporte normativo expreso a la inclusión, en la categoría convencional, de aquellos pagos que no constituyen mercantil ni formalmente un dividendo, como las distribuciones encubiertas de beneficios u otros beneficios asimilados, que ya desde el Primer Informe del WP aparecía en los Comentarios (cap. II, aptdo. II.B.2).

5) La redacción de la definición de dividendos no sufre alteraciones desde su redacción del MCOCDE de 1963, salvo en su tercera parte en 1977, como se describe en el siguiente epígrafe. Los Comentarios a ella tampoco varían de manera sustancial, pero son modificados los Modelos de 1977 y 1992. En la primera fecha se deja claro que la definición de dividendos debe ser objeto de un estudio particular en cada CDI y que el Modelo no puede ser copiado irreflexivamente. En 1992 se incluyen las conclusiones de los trabajos del Informe de Subcapitalización de 1987, que incorpora el criterio del riesgo para distinguir entre dividendos e intereses, y del informe sobre uso de sociedades base del mismo año, destacado por admitir la compatibilidad entre los CDI y las normas de transparencia fiscal internacional (cap. II, aptdo. II.B.3).

6) La revisión de los CDI demuestra que la definición de dividendos prevista en el MCOCDE no se altera comúnmente, como no lo hace tampoco en el MCONU. Sin embargo, existen variaciones sustanciales en la redacción las tres partes de la definición que se resumen así:

En cuanto a la primera parte, algunos varían los derechos que generan los dividendos; por ejemplo, solo se refieren a las acciones o eliminan a las acciones y bonos de disfrute, o las acciones de disfrute, mientras que ciertos tratados, al evitar repetir acciones, se leen como "...acciones o bonos de disfrute...". Esto causa problemas respecto de las acciones que no son de disfrute, que no quedarían expresamente contenidas en la primera parte. Es curiosa la introducción de otros derechos con un significado muy concreto en el derecho privado, como el de "aportaciones", o la confusa remisión a los conceptos de la Directiva Matriz-Filial que realiza el CDI entre España y Suiza.

Ahora bien, la segunda parte se elimina en algunos convenios o se confunde con la primera parte. En ese sentido vale señalar la extraña diferencia de traducción que se aprecia en varios CDI españoles, que apoyándose en la versión francesa indica que "otras partes beneficiarias/otros derechos que permitan participar en beneficios, excepto los de crédito". Dicha redacción aumenta las dudas sobre si la exigencia de ser derechos de crédito se predica también de la primera parte, aunque es extraño que en aquellos CDI que cuentan con una versión inglesa la redacción no varía con respecto a la versión española y la anglosajona del MCOE, de forma que parece que su variación no obedeciera a una intención deliberada de los negociadores, sino a una diferencia de traducción que no debería arrojar un resultado diferente del que resulte del texto del Modelo. En los Países Bajos y otras jurisdicciones se aprecia que la segunda parte de la definición no solo elimina la frase "excepto los de crédito", sino que expresamente incluye los beneficios atribuidos a los ocultos (*silent partners*) en cuentas de participación (*silent partnerships*) o los rendimientos de los bonos y obligaciones que participen en beneficios. Aunque esto pueda tener sentido para la política fiscal de jurisdicciones como la neerlandesa, donde las rentas de esos derechos de crédito se gravan como las rentas de las acciones, lo cierto es que puede generar asimetrías si se incluye de forma bilateral en los CDI si el otro Estado contratante grava esos tipos de rendimientos como intereses.

Por último, la tercera parte, al igual que el MCOE, suele contener la remisión a la legislación interna condicionada a que el rendimiento derive de "participaciones sociales". Sin embargo, se observa que algunos CDI hacen una remisión amplia que varía la condición a que se trate de "otros derechos". Existen otros que no mencionan el derecho del que deriva, por lo cual se refieren directamente a "otros rendimientos", configurando una remisión amplísima. Esta última redacción se observa en el MCEUA, y como bien señalan las *technical explanations*, permite solucionar la mayoría de los conflictos de calificación que se generan por el art. 10.3 del MCOE. Por otro lado, la tercera parte contie-

ne otros aspectos hasta algún punto olvidados por la doctrina; por ejemplo: la redacción de la remisión puede hacerse sobre la base del Modelo de 1963 y comprende los rendimientos “asimilados” a los de las acciones o, siguiendo al Modelo de 1977, “sujetos al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones” (cap. II, aptdo. II.C).

7) El régimen tributario interno de los dividendos puede ser objeto de abuso, bien sea por medio de la captación o de su elusión. Eso plantea la cuestión de la compatibilidad de la definición del art. 10.3 del Modelo y las recalificaciones realizadas por los Estados. En esa línea, es necesario discernir entre los distintos tipos de recalificaciones.

a) En primer lugar, se entienden que son perfectamente aceptadas por el CDI las que consideran dividendos otros tipos de elementos de renta, siempre que se enmarquen en la tercera parte de la definición de dividendos. Esto es, si las aplica el Estado de la fuente, su consecuencia es sujetarlas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones, y la fuente de la renta son las participaciones sociales, puesto que se trata de una interpretación coherente con el sentido gramatical de la definición; además, tiene una larga trayectoria en el lenguaje fiscal internacional, al aparecer desde los primeros trabajos del WP12 y mantenerse en su esencia hasta los Comentarios más recientes. Más aún, se acompaña con una interpretación teleológica del precepto que busca repartir la potestad impositiva, dándole al Estado de la residencia de la entidad distribuidora un amplio margen de configuración legislativa que le permita evitar los abusos en la imposición de ese mismo objeto imponible. En todo caso, la definición parece que solo permite comprender aquellos rendimientos que corresponden a una transferencia de riqueza de la entidad distribuidora de dividendos.

b) Por el contrario, no encuadran en la tercera parte de la definición los abusos del régimen tributario de los dividendos en el Estado de la residencia o las recharacterizaciones de los dividendos en otras categorías de rentas, hechas por el Estado de fuente. De tal forma, su compatibilidad depende de la posición que se asuma frente al problema de la relación entre las normas internas antiabuso y los CDI, sobre las que no existe uniformidad de parte de los países, ni de la OCDE, ni la doctrina, tal como se observa en las incoherencias de los Comentarios de 1977, 1992 y 2003. En particular, la construcción de un estándar convencional de abuso como justificación de la no aplicación de los mandatos del tratado resulta cuestionable en los citados Comentarios, ya que el denominado *guiding principle* utiliza dos elementos completamente indeterminados. Como lo ponen de presente Zornoza y Báez, por un lado se

trata un ambiguo *test* de motivos económicos válidos en el que no es posible saber si su presupuesto requiere que el asunto fiscal sea el principal motivo, el único motivo o cualquier motivo de la operación; y, por otro lado, se acude a la finalidad antiabuso del tratado que lleva a un razonamiento circular, pues no se puede definir abuso señalando que lo es todo acto contrario a la finalidad antiabuso del CDI. Además, se olvida que existen muchas más finalidades de los tratados que en la mayoría de los casos harían dudar de un pretendido propósito antiabuso de una norma convencional.

c) En efecto, el art. 10 del Modelo tiene la finalidad de repartir el poder tributario sobre los dividendos, y ese propósito solo puede concretarse en el marco de la propia redacción de la definición de dividendos. Así, tendría poco fundamento señalar que el art. 10.3 ha sido objeto de *rule shopping* según una norma interna antiabuso que considera que se ha captado o eludido su presupuesto de hecho. En consecuencia, toda recalificación de un elemento de renta en dividendos o viceversa requiere cumplir con la definición del CDI, a menos que exista una salvaguarda expresa en el tratado que permita crear un estándar común de abuso, se trate de una simulación y se descubran los verdaderos hechos o simplemente el derecho interno permita desconocer el tratado. Es importante así detenerse a indicar que esta conclusión solo se predica de la calificación secundaria con los efectos que de ella pueden derivar, de forma que las consecuencias de las recalificaciones en el derecho interno no se verán limitadas si no contradicen los mandatos convencionales. En definitiva, el asunto de las entidades híbridas y los instrumentos financieros híbridos difícilmente puede resolverse por cuenta de normas antiabuso, ya que las recalificaciones pueden afectar las definiciones o el régimen jurídico de los dividendos en uno de los ordenamientos internos, pero difícilmente lo harán respecto del CDI y de las normas del otro Estado contratante. (cap. II, aptdo. 3).

CAPÍTULO III

Los elementos del concepto de dividendo en los CDI

En el fondo de cada una de las tres partes de la definición del art. 10.3 del Modelo se encuentran los tres *elementos del concepto de dividendo*, es decir, de los presupuestos de la ficción según la cual las rentas que obtienen los accionistas, socios o partícipes¹ tienen como fuente su participación en la entidad y no las actividades económicas que esta desarrolla. Esos elementos aparecen no solo respecto de cada parte de la definición de dividendos prevista en los CDI, sino también en las definiciones que hacen los ordenamientos internos, aunque su concreción varíe sustancialmente. En últimas, para que la ficción se complete, tres elementos deben concurrir: a) la existencia de una entidad distribuidora de dividendos a la que se le atribuyen los beneficios, b) la participación social en dicha entidad que da derecho a la distribución de los beneficios y c) la relación entre el rendimiento pagado por la sociedad y las participaciones sociales en la entidad. Estos elementos están muy ligados, puesto que el primero permitirá distinguir los beneficios que se atribuyen al socio y a la sociedad, mientras que el segundo permitirá construir la fuente ficta de la renta, a la que el tercer elemento adiciona un vínculo o relación causal. Así, el primer elemento está muy ligado a las interacciones que se establezcan entre el impuesto de renta sobre personas físicas y el impuesto de renta sobre personas jurídicas, que tienden a eliminar o atenuar la doble imposición económica. El segundo elemento se relaciona con las líneas divisorias entre la financiación propia y ajena: los fondos propios y el endeudamiento; y el tercer elemento depende de la concepción del impuesto sobre las rentas pasivas y su relación con los tributos sobre las ganancias patrimoniales.

Teniendo en cuenta que existen distintas definiciones de dividendos, como las del derecho interno mercantil y tributario, este capítulo pretende delimitar los requisitos que exige cada elemento de la definición convencional, verificando la posible influencia de las legislaciones internas. En este último caso, sería necesario determinar cuál significado para cada uno de los elementos, de todos los existentes en las ramas del derecho de los Estados contratantes, debe ser útil para completar la definición del convenio. Parece evidente que los Estados han adoptado diferentes perspectivas para resolver estas cuestiones de calificación convencional, en ocasiones, dándole prevalencia al derecho privado, y en otras, haciendo primar las concepciones jurídico-tributarias. Pero ¿tiene

1 Aunque estos términos tengan un significado muy preciso en el derecho privado, en este trabajo los utilizaremos como sinónimos para evitar repeticiones que hagan engorrosa la lectura, salvo expresa mención.

el convenio realmente una definición autónoma de dividendos? Si es así, ¿qué limitaciones impone al derecho interno del Estado de la fuente y de la residencia? Las distintas respuestas que pueden encontrarse a estas cuestiones se abordan a continuación.

I. ENTIDAD DISTRIBUIDORA DE DIVIDENDOS

Los dividendos son las distribuciones de beneficios a quienes tienen inversiones en los fondos propios o, en la terminología de los CDI, en las *participaciones sociales* en una entidad diferenciada de sus miembros, a la que el Modelo llama “sociedad”. Es decir, para hablar de dividendos es necesario que una entidad tenga beneficios y pueda distribuirlos, pues solo así se creará la ficción de que la renta de la actividad económica desarrollada se atribuye a la sociedad y que los socios reciben rendimientos cuya fuente es la participación social. La cuestión que ocupará este apartado radica entonces en definir cuáles son las características para que una entidad resulte diferenciada de sus miembros, aspectos que pueden venir definidos por el derecho privado, por el derecho tributario y por los CDI.

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La independencia entre la entidad y sus miembros viene originalmente dada por el derecho privado que reconoce a los sujetos de derecho², especialmente, por medio del criterio de la personalidad jurídica. Sin embargo, no existe en el ámbito internacional un entendimiento común de las características de las personas legales, ni en la teoría³, ni en la práctica⁴, al tiempo que muchos con-

2 Sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica y su evolución histórica desde la mera concesión estatal de la capacidad legal, *vid.* MAITLAND en la Introducción a GIERKE 2010: p. 33-35; MAHONEY 2000: p. 873-893; BARENFIELD 2005: p. 56-60.

3 Como bien se sabe, existen las teorías explicativas de la personalidad jurídica como las de la ficción de la entidad como amalgama de individuos, de las personas jurídicas como entidades u organismos reales (GIERKE 2010: p. 204-210; COUZIN 2002: p. 11.), como institución socioeconómica (BERLE & MEANS 1991) y como un nexo de contratos o nexo para contratar (KRAAKMAN 2009: p. 6 y ss.) (*vid.* el estudio preliminar a GIERKE 2010 por PÉNDAS, p. XXXIII y ss. y la Introducción por MAITLAND, p. 16-45).

4 Las características que tienen las sociedades no siempre son comunes, pues por ejemplo, la existencia de responsabilidad limitada de los miembros es una característica contemporánea de algunos tipos de personas jurídicas BARENFIELD 2005: p. 56-60; MAHONEY 2000: p. 873-893.

tratos emulan las características de las sociedades mercantiles o tienen algún grado de *affectio societatis*, pero sin dar lugar a una persona jurídica⁵. En realidad, es perfectamente admisible que existan contratos que generen una parcela patrimonial en una de las partes y que esta sea semejante al patrimonio que se crea con una sociedad. Piénsese en los regímenes de la empresa unipersonal (*sole proprietorship*), la fiducia o fideicomiso, el *trust*⁶ o la agencia⁷. Incluso, en el campo internacional son comunes los fondos de inversión y las instituciones de inversión colectiva cuyo capital se compone de los aportes a planes de pensiones o recursos de distintos inversores y que, según la legislación de que se trate, tendrán o no personalidad jurídica, pero en todo caso gozarán de algún grado de independencia frente a sus inversores y administradores⁸. Esas diferencias de

Tampoco la existencia de un patrimonio diferenciado parece ayudar como se ha dicho, pues si bien la teoría de las sociedades como un nexo de contratos llevaría a reconocer que las personas jurídicas encuentran una diferenciación patrimonial, para efectos legales, entre la entidad y sus propietarios o miembros, el grado de reconocimiento de dicha diferenciación patrimonial puede variar, en especial, en los sistemas del *common law*, donde los socios de una *partnership* pueden ser demandados directamente por las deudas de la sociedad. MAHONEY 2000: p. 873-893. Además, puede haber contratos que sin crear una entidad generen efectos patrimoniales muy similares a los que tiene el patrimonio que se crea al constituir una persona jurídica. Tampoco sería útil en algunos casos utilizar el criterio de que la propiedad de los negocios y de los activos se lleve a nombre de la persona jurídica, afectando su patrimonio, pues como veremos, hay excepciones. Lo propio podría decirse de los demás atributos de la persona, pues no siempre van ligados a la personalidad jurídica. AVERY JONES *et al.* 2002: p. 299. AVERY JONES *et al.* 2009: p. 9 y 10.

- 5 Los contratos de colaboración empresarial pueden tener un interés de asociarse muy cercano al *animus societatis*, pero en todo caso lo usual será que no se cree una persona jurídica, aunque a veces dichos contratos tengan reconocidos algunos de los atributos de la personalidad. AVERY JONES *et al.* 2002: p. 290-293. Por ejemplo, las uniones temporales y los consorcios tienen un reconocimiento para efectos de la contratación pública colombiana en la medida en que pueden contratar con el Estado. Una aproximación a los contratos de colaboración empresarial en la doctrina española: GUARDIOLA 2004; en la doctrina colombiana, ARRUBLA 2008.
- 6 *Vid. Black's Law Dictionary* (GARNER & BLACK 2004).
- 7 El contrato de agencia, entendido de forma amplia para comprender tanto figuras del *common law* como el de *civil law*, permite que el "agente" realice actividades económicas frente a "terceros" con la participación oculta o manifiesta del "principal" en las utilidades y, eventualmente, en las pérdidas. Los negocios se realizan por nombre y a cuenta del agente, aunque las legislaciones suelen prever ciertas acciones contra el oculto. Por ejemplo, los casos en que se crea un peculio mercantil que se distinga de los bienes personales e inembargables. En algunos casos, el desarrollo de contratos de colaboración empresarial da lugar a que el patrimonio de quien lleva los negocios en su nombre se divida para ciertos efectos, para así crear una parcela patrimonial que sirva de garantía a los acreedores. BARENFELD 2005: p. 5.
- 8 ED & BONGAARTS 1997: p. 23 y ss.

entendimiento de las formas de realizar actividades económicas se ejemplifican con las *partnerships*⁹, puesto que mientras según el *civil law* el término podría significar una sociedad personalista con personalidad jurídica, en el *common law* recuerda un tipo de sociedad que no siempre tiene personalidad jurídica pero sí cierta capacidad¹⁰. Aunque existan similitudes entre ambos sistemas legales en torno a los efectos patrimoniales y la responsabilidad de los miembros¹¹, la propiedad del negocio y de los activos en una *partnership* del derecho común es de todos los partícipes, a diferencia de las sociedades personalistas del derecho civil, en la que por lo común son de la entidad en sí misma¹². En otras palabras: en principio en las *partnerships* anglosajonas la actividad es desarrollada por los socios en común, mientras que en las del derecho civil la actividad se lleva a nombre de la entidad¹³.

Como se observa, existen diferencias en el derecho privado acerca del reconocimiento de los sujetos de derecho, por lo cual vale la pena detenerse por un momento a reflexionar sobre si la independencia que interesa al derecho fiscal es la existencia de una persona jurídica (cualquiera que sea su significado), de la responsabilidad limitada de los miembros, de la capacidad legal de la entidad, de la existencia de un patrimonio o de un nombre independiente. En la práctica, la definición del contribuyente del impuesto sobre la renta de sociedades es el resultado de analizar cuáles de las formas de realizar actividades económicas merecen un tratamiento fiscal independiente del de sus

9 Definiciones del término en: LE GALL 1995: p. 657; BARENFIELD 2005: p. 60-62. Hemos preferido hacer referencia a la palabra anglosajona y no arriesgarnos con una traducción que podría no significar lo mismo y haría perder el sentido a lo que se pretende exponer. Así se hace en la traducción del MCOUDE del IEF y lo refleja también LE GALL 1995 al analizar los informes nacionales, p. 657.

10 LE GALL 1995: p. 657.

11 AVERY JONES *et al.* 2002: p. 292-296, 300.

12 En el caso de Italia, Alemania y Suiza, donde algunas de las sociedades personalistas no son personas jurídicas, se ha entendido que a pesar de ello tienen capacidad para ser propietarios de activos en nombre de la sociedad. En el caso de la sociedad personalista formal neerlandesa (VOF), se entiende que no es persona jurídica y que no puede ser propietaria de los bienes. De esta forma, los partícipes son los propietarios pero se permite registrar la propiedad a nombre de la sociedad. "En la práctica, en el *common law*, aunque el nombre de la *partnership* es comúnmente usado, por ejemplo, para cuentas bancarias, esto es por conveniencia y tiene el mismo efecto que crearla a nombre de los partícipes. No es posible registrar otra propiedad personal, como las acciones o los inmuebles a nombre de la sociedad. El registro de inmuebles o de la propiedad personal se hace a nombre de los partícipes (o administradores de estos)".

13 *Vid.* AVERY JONES *et al.* 2002: p. 302.

miembros, para lo cual seguramente partirá de las personas jurídicas según el derecho privado¹⁴, se excluirán aquellas que tengan pequeña dimensión y se reconocerán otros tipos de entidades propias de su tradición, que a pesar de no tener personalidad jurídica, deban ser tratadas de forma independiente¹⁵. Sobre esa base, se crean los criterios autónomos fiscales de determinación de los contribuyentes, que también carecen de armonización internacional y que, por ende, pueden plantear conflictos de clasificación de entidades cuando existen operaciones transnacionales, dando así lugar al fenómeno de las entidades híbridas¹⁶, puesto que la legislación del impuesto sobre la renta bien podría ver a la asociación que realizan las actividades económicas:

1) entendiendo que el hecho imponible es desarrollado de forma conjunta por los distintos asociados, caso en el cual no hay impuesto sobre la entidad o

2) considerando que el hecho imponible es desarrollado por uno o algunos de los asociados, de manera que los demás al recibir rentas por su participación realicen otro hecho imponible que tiene una fuente distinta de la propia actividad¹⁷ o

3) concluyendo que el hecho imponible se atribuye a una entidad jurídica, dotada o no de personalidad, pero que actúa de manera diferenciada en el tráfico jurídico.

14 Ello se hace usualmente adoptando un listado que remite los tipos societarios o contractuales del derecho privado, salvo Estados Unidos, que gracias a que las competencias en relación con el IS son federales y las societarias son estatales, ha debido construir un elemento subjetivo sin remisiones al derecho privado. Para mayor abundamiento, *vid.* LANG & STARINGER 2014: p. 24-28, y los informes nacionales del mismo Congreso de IFA de 2014. El Informe General distingue entre la remisión genérica por medio de conceptos amplios como “any body corporate” o “personas jurídicas” o mediante listados de tipos específicos, que a su vez pueden ser *numerus clausus* o *numerus apertus*.

15 COOPER & GORDON 1998: p. 1 y ss.; TURONYI 2003: p. 277; LANG & STARINGER 2014: p. 19 y 27.

16 Ejemplos en: RUSSO (ed.) 2007: p. 136 y ss.

17 HONJO 2007: p. 358. Por ejemplo, se observa que en algunos casos la transparencia resulta aplicable a uno solo de los socios, de manera que la renta se entiende obtenida por los socios gestores, por lo general, quien puede deducirse la renta pagada a los demás socios. Ello ha generado dudas en el Japón en torno a la calificación de estos últimos pagos, tanto en el ámbito interno como de los CDI. Estos supuestos se antojan muy similares, en opinión del autor de esta tesis, a aquellos en los cuales una agencia no es completamente transparente. Mientras que en el caso de un agente transparente las rentas mantienen su fuente original, cuando el agente resulta gravado por las actividades económicas que realiza por cuenta del agente, la fuente de la renta para el agenciado, por lo general, será distinta.

Mientras que solo en el caso 3) debería ser posible hablar de dividendos (en un sentido fiscal) cuando la entidad diferenciada distribuyera los beneficios, en el 1) debería existir una sola realidad, cual es la obtención de beneficios, que al estar directamente atribuido a cada uno de los socios no se pueden distribuir. Por ello, en la hipótesis 1) si bien podría hablarse de dividendos mercantiles, para efectos tributarios internos y de los CDI no sería correcto desde un punto de vista de política fiscal¹⁸. Ahora bien, el caso 2) puede resultar dudoso en ciertas legislaciones, pues a pesar de no crearse una entidad diferenciada, al final sí existe una distribución de beneficios. Mientras las rentas sean internas el análisis de la clasificación de la entidad tendría los mismos criterios tanto para el pagador de la renta como de la distribuidora, y la legislación tributaria muy posiblemente asignará un tratamiento tributario simétrico, bien sea la transparencia (caso 1), opacidad del vehículo (caso 3) o la atribución a uno o algunos de los asociados (caso 2). De esta forma, la carga tributaria decidida desde la política fiscal se aplicará bien en los partícipes de forma total cuando haya transparencia, o tanto en la entidad como en los socios cuando haya opacidad o atribución a un número limitado de miembros. Por el contrario, cuando se trata de rentas internacionales porque la entidad o el socio sea un no residente, la carga fiscal decidida desde la política fiscal por cada uno de los Estados intervinientes puede resultar perfectamente inaplicable, pues las jurisdicciones pueden calificar a la entidad de forma divergente¹⁹.

Así, es dable que una entidad se someta asimétricamente a un régimen tributario de transparencia, de transparencia intermedia o de opacidad²⁰ en cada

18 *Vid.* párr. 1 y 2 al art. 10 MCOCDE.

19 *Cfr.* BARENFELD 2005: p. 103.

20 Sobre estos conceptos: VAN RAAD 1988a: p. 166; LE GALL 1995: p. 470; OECD 1999: Annex. III; BARENFELD 2005, p. 72. 1) Transparencia total: también llamada *aggregate approach*, se da en aquellos sistemas en los cuales, para efectos fiscales solo se reconoce la existencia de los socios, de manera que la naturaleza, la fuente y la cuantificación de la renta es definida respecto de cada partícipe o socio. En palabras del Informe de *Partnerships* de 1999, ello ocurre cuando no se “impone el gravamen sobre la *partnership* en si misma pero se grava a cada partícipe sobre su participación en la renta de la *partnership*...”. 2) Transparencia intermedia: dentro de esta se distingue la limitada al pago del tributo o *entity approach* (BARENFELD 2005: p. 74) que se caracteriza porque la entidad es considerada sujeto pasivo de los tributos y por tanto, opaca. La entidad obtiene los ingresos, paga los costos y gastos, es propietaria de los activos y es responsable de las deudas. En muchos casos cuantifican y declaran sus rentas o pérdidas, pero son los socios quienes pagan los tributos a nombre de la sociedad de acuerdo con su participación. Dado que el impuesto considera las condiciones subjetivas de la entidad, el régimen fiscal que resulta aplicable es el de la *partnership* y no el de los partícipes. Otro tipo de transparencia intermedia sería

uno de los Estados con los que se conecta²¹. Esto dará lugar a un conflicto de calificación de la entidad que a su vez genere un conflicto en la calificación de la renta causante de doble imposición o doble no imposición²². Por ello, para definir los dividendos en materia tributaria, es fundamental analizar la entidad que reparte las utilidades, pues como afirma Helminen, la clasificación de la entidad es previa a la calificación de la renta²³. Los dividendos deberían ser las distribuciones de beneficios sujetos a imposición en una entidad diferenciada. No obstante, la distinción entre transparencia u opacidad a partir del criterio de la existencia de dos hechos imposables (uno en la entidad y otro en los socios) no resulta comúnmente usada por la legislación. Es más, las normas internas no suelen utilizar los vocablos de entidades transparentes u opacas para definir las entidades, prefiriendo utilizar listados, criterios de comparabilidad o simplemente referencias genéricas como “entidades”, “sociedades”, “personas jurídicas”, que como hemos visto, no tienen un significado unívoco en

el caso en que la entidad depura la renta con los ingresos y los gastos, y se entiende transferida así a los socios o partícipes. La actuación de la entidad es considerada una mera intermediación de los socios, pues la primera debe cumplir con ciertas obligaciones formales o incluso sustanciales, pero considerando las condiciones subjetivas de los socios para determinar el régimen tributario. En estos casos se puede admitir que el régimen es de transparencia, a pesar de alguna intermediación de la entidad. Fue el caso del sistema de transparencia recomendado por el Informe Carter y vigente en España hasta la Ley 46/2002, que gravaba a la entidad en régimen de transparencia con el IS, pero el impuesto así pagado se consideraba que era a cuenta del tributo personal del socio, ya que la base imponible de la entidad se atribuía al socio, independientemente de que la distribución se hubiese hecho según el derecho mercantil. De tal forma, las posteriores distribuciones de beneficios no eran consideradas rendimientos del capital mobiliario (*vid.* GONZÁLEZ-CUÉLLAR 2003: p. 55-61). La atribución fiscal y contable de los beneficios no tenía efectos en el derecho privado; por tanto, la distribución mercantil solo se debe dar cuando se cumplan los requisitos previstos por las normas mercantiles, en concreto la decisión del máximo órgano de la sociedad. *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo n.º 788/1996 (Sala de lo Civil) de 10 de octubre, recurso de casación n.º 3395/1992. RJ 1996/7063. En la misma línea: Sentencia del Tribunal Supremo n.º 215/1997 (Sala de lo Civil), de 19 de marzo, Recurso n.º 548/1993, RJ 1997/1721.) 3) Regímenes híbridos: han existido en Francia, República Checa y Eslovaquia, donde el socio gestor obtiene de forma transparente el porcentaje de renta que pertenece a la entidad, mientras que la parte de los beneficios correspondiente a los socios comanditarios o de responsabilidad limitada se grava en cabeza de la *partnership*. (OECD 1999: p. 90, 92, 82, 83, 114, 115. BARENFIELD 2005: p. 77; LANG & STARINGER 2014: p. 30). En la doctrina española: arts. 86-90 LIRPF; VEGA 2004: p. 5; CRUZ & LÓPEZ 2009: p. 939-951.

21 Sobre la importancia de esa clasificación para los Estados de la fuente, constitución y residencia de los partícipes, *vid.* VAN RAAD 1988a: p. 26 y ss.

22 OECD 1999: párr. 15-22.

23 HELMINEN, p. 71.

el aspecto comparado²⁴. En últimas, ello supone entonces que el problema se traslade a otro tema: los criterios para clasificar a las entidades no residentes. Es así como se han desarrollado los métodos de la clasificación fija de todas las entidades extranjeras como transparentes u opacas, el método de la libre elección (p. ej., *check the box*) y los métodos de comparabilidad con criterios del derecho privado y los del régimen tributario aplicable en el otro Estado²⁵. Aunque este último sería apropiado para determinar con mayor exactitud la existencia de un beneficio gravado en la entidad distribuidora y por esa vía evitar asimetría, no es el mayormente utilizado por los Estados²⁶.

Pero incluso si el concepto de dividendos es la distribución de los beneficios previamente sujetos a imposición en cabeza de la entidad, el problema no es solo la calificación de esta, sino también la atribución que se haga de la renta subyacente. De tal forma, los conflictos de calificación de entidades llevan al final a conflictos de atribución, fenómeno más amplio²⁷ que se plantea cuando la renta derivada de la actividad económica desarrollada por la entidad se atribuye de forma divergente a la propia entidad y a los socios de parte de los Estados con los cuales existe alguna conexión. En efecto, el Informe General del Congreso de IFA de 2007 revela con claridad que los países adoptan diversos criterios para atribuir la renta a un sujeto y que, como consecuencia de ello, se pueden generar situaciones de doble imposición o doble exención. Para efectos de lo que nos interesa, deben señalarse las siguientes causas:

1) Los criterios generales de atribución son divergentes, pues algunos parten de una concepción formal de titularidad de la fuente de la renta o del derecho

24 LANG & STARINGER 2014: p. 28 y 34-39.

25 Vid. VAN RAAD 1988a: p. 29-30, VEGA 2004: p. 11-17; AVERY JONES *et al.* 2002: p. 305 y ss.; LE GALL 1995: p. 702.

26 En defensa de este criterio: VEGA 2004: p. 16-17; BARENFELD lo llama *tax-oriented similarity approach*. En su tesis doctoral, sale al paso de las críticas que se han hecho por ser supuestamente contrario al art. 24 MCOUDE, por no garantizar la neutralidad desde un punto de vista de derecho general o no permitir la debida recaudación del tributo por no apoyarse en los criterios de derecho general sobre la capacidad para ser demandado en juicio. Estas críticas en: AVERY JONES *et al.* 2002: p. 314 y ss. Sugiere BARENFELD que nada de ello obsta para que el método sea incorporado en el derecho interno o en los CDI. BARENFELD 2005: p. 331-376. Recientemente se ha señalado la utilidad de este método, pero el problema de su uso en conjunto con otros factores no tributarios. LANG & STARINGER 2014: p. 38.

27 DANON 2004: p. 210 y ss.; DANON 2004b: p. 259 y ss.; WHEELER 2005: p. 478 y ss.; WHEELER 2007: p. 17 y ss.; WHEELER 2012.

a obtener la renta, mientras que otros atienden a concepciones sustanciales de variado carácter²⁸. En algunos países como Dinamarca, Estados Unidos, Alemania y Austria se ha logrado atribuirles rentas de la entidad a los partícipes, a pesar del reconocimiento de un sujeto independiente²⁹.

2) Existen reglas específicas de atribución como las que deshacen la ficción de la existencia, para efectos fiscales, de una entidad diferenciada de sus socios, tal como ocurre con las normas de transparencia fiscal internacional, que se han extendido en muchas jurisdicciones³⁰, o por medio de otro tipos de normas antiabuso³¹.

28 Se ha indicado que los países acogen criterios de atribución legal y económica, lo cual sorprende puesto que al tratarse de aspectos sometidos a reserva de ley en la mayoría de los Estados, todos deberían ser legales. Aparte de este comentario, es cierto es que existen, por un lado, criterios formales como el de analizar quien: a) tiene derecho a obtener la renta (Canadá); b) tiene el derecho a disponer del activo o de la fuente de la renta (Alemania), c) fácticamente recibe la renta; mientras que de otro, criterios de contenido más sustancial, como a quien: a) cumpla con la capacidad contributiva (Argentina); b) sea el beneficiario real o c) sustancialmente le sea atribuible. WHEELER 2007: p. 20 y 27.

29 WHEELER 2007: p. 20 y 27.

30 WHEELER 2007: p. 29.

31 PEREIRA 1989: p. 95 y ss. Existen normas o doctrinas antiabuso que pueden desconocer la atribución que formalmente le asista a una sociedad vehículo, a una entidad extranjera controlada o a entidades que presten servicios (profesionales, artísticos), sin que importe si dicha entidad extranjera es tratada como opaca por la legislación tributaria del otro Estado. PEREIRA se refiere a figuras desarrolladas por la jurisprudencia o por medio de leyes, como la simulación (*sham transactions*), la nulidad fiscal, la sustancia sobre la forma, las transacciones en fases (*step transactions*), los motivos económicos (*business purpose*), el principio de independencia (*arm's Length*). Sobre el desarrollo del "levantamiento del velo corporativo" y el "no reconocimiento" en el *common law* y su adaptación en *civil law*. Sin embargo, en algunos Estados el entendimiento del principio de legalidad es estricto y no lo permitiría. DAHLBERG & WIMAN 2013: p. 20. El antecedente más famoso al respecto es el caso británico Salomon vs. Salomon & co. Sobre los problemas de aplicar las normas y doctrinas de simulación a la interposición de personas y las diferencias entre la doctrina del levantamiento del velo corporativo y la simulación, *vid.* ZORNOZA 2010: p. 571. Un ejemplo de las incoherencias que pueden aparecer en la aplicación de normas *antielusión* para desconocer entidades se aprecia en la sentencia: Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Parke Davis y Cía. S. A., C. S. J. N.*, 31/7/73. Disponible en http://www.consejo.org.ar/Bib_elect/mayo05_CT/documentos/J999.htm [consultada el 20/02/2014]. Allí se analiza un supuesto de pagos de regalías a la matriz no residente de parte de una entidad argentina con participación del 99,3%. Afirma el juzgador que no hay un contrato de licencia, sino un "acto complejo" en el que "no puede pensarse en la libertad de elección que informa el principio de la autonomía de la voluntad, habida cuenta de la falta de independencia real de las dos empresas vinculadas mediante lo que se ha llamado contrato, pero en realidad traduce aporte de capital". Así, el significado económico, a juicio del juzgador, permite considerar la renta como dividen-

Todo lo dicho en este apartado permite concluir que los conflictos de atribución por cualquiera de las causas mencionadas pueden llegar a suponer que ahí donde un Estado considera que hay dividendos o beneficios retenidos, pues la renta se ha atribuido a la entidad, otro Estado puede considerar que la fuente de la renta es la original —*i. e.*, los beneficios— y que se atribuye directamente a los partícipes. En tales casos se causará un conflicto de calificación de la renta.

Bien, para efectos de los CDI existe una caracterización especial de la entidad distribuidora de dividendos que se aleja del derecho mercantil, no solo porque los términos “distribuciones de beneficios”, entendidos según esa rama del derecho, no cumplen ningún papel relevante³², sino porque los tratados solo califican a quien puede ser pagador (*i. e.*, la sociedad, según el art. 10.1 MCOCDE) y definen dividendos como rendimientos de las acciones, otras participaciones sociales o de otros derechos, que sin ser de crédito, participen en beneficios (art. 10.3 MCOCDE). Dicho esto, ha de recordarse que en los tratados los sujetos son abordados por medio de círculos concéntricos; el más amplio comprende a todas las “personas” y presta interés principalmente para el procedimiento amistoso, la cláusula de agencia y, en lo que aquí interesa, para determinar el ámbito subjetivo del tratado que se explica gráficamente por un segundo círculo restringido a las “personas residentes” de al menos un Estado contratante³³. Luego, en un tercer círculo de menor diámetro aparecen las “sociedades”, término utilizado para delimitar el presupuesto de hecho del art. 10.1 del MCOCDE y que además cobra especial importancia para concretar una cuarta circunferencia que es la entidad distribuidora de dividendos, caracterizada por ser también una sociedad, pero que debe cumplir además con el art. 10.3 del Modelo. En la teoría y en la práctica resulta complejo aislar la definición de entidad distribuidora de dividendos del ámbito subjetivo de aplicación de los CDI, del requisito de bilateralidad y de la definición de sociedad contenida

dos y no como regalías. Este caso no puede resultar convincente respecto de la afirmación de que no hay dos partes y que no existe autonomía privada, pues estos dos requisitos también son necesarios para hacer un aporte de capital. Por ello, las opciones habrían sido la recalificación del contrato en un aporte de capital, sin mencionar el argumento de las dos partes, o bien desconocer a la entidad sosteniendo la identidad de sujeto y consecuentemente atribuir la renta de fuente argentina a la sociedad no residente.

32 De tal forma las entidades sin ánimo de lucro no podrían ser excluidas de nuestro objeto, como inicialmente la lógica sugeriría. De esta forma, podrá haber dividendos pagados por una “sociedad” —en el sentido del MCOCDE— sin ánimo de lucro que deriven de un contrato de participación en beneficios que sea considerado una “participación social”.

33 Arts. 1.º, 3.1 y 4.º MCOCDE.

en el art. 3.1 del MCOCDE, pues todos los anteriores vienen estrechamente relacionados y definidos por términos comunes como “residencia”, “persona”, “persona jurídica” y “sujeto a imposición”, entre otros vocablos que permiten una remisión al derecho interno del Estado de residencia o de constitución de la entidad, sin contar con las remisiones que puede suponer la propia definición del art. 10.3 del MCOCDE.

Aunque pueda pensarse que es irrelevante distinguir cada círculo concéntrico, básicamente porque la definición de dividendos pretende calificar una renta a la que se asigna un régimen fiscal en el tratado y parte de ese régimen depende del cumplimiento de las condiciones subjetivas para aplicar el art. 10 MC³⁴, lo cierto es que puede ser necesario reparar en cada aspecto cuando existen modificaciones en los CDI, pues cada círculo tiene una definición particular y unos efectos diferentes, de manera que ampliar la definición de dividendos sin modificar correlativamente la de “sociedad” y “persona residente” podría ocasionar problemas de interpretación que gráficamente podríamos describir como la pérdida del centro común, de forma que se convertiría en un grupo de círculos policéntricos. Lo mismo ocurriría si se incluyera como “personas residentes” a “agrupaciones de personas” que no son “sociedades” o si la entidad distribuidora fuera simplemente un contrato que permitiera repartir beneficios con una fuente distinta del origen de la actividad económica subyacente, pero sin que en sí misma la entidad o el contrato fueran una “sociedad”.

Dicho esto, ha tenerse en cuenta que la determinación de la entidad distribuidora de dividendos desempeña un papel fundamental en el reparto de la potestad impositiva de los Estados que se realiza en los CDI, puesto que sin su existencia un Estado contratante podría desconocer a una sociedad del otro Estado contratante y entender que la renta ha sido obtenida directamente por los socios manteniendo su fuente, naturaleza y calificación original. Así las cosas, es relevante determinar cuándo se genera la ficción de que la renta que obtiene un socio, accionista o partícipe en una entidad tiene su fuente en la participación social y no mantiene su fuente original, lo cual deriva en problemas más concretos que consisten en determinar cuándo los beneficios se atribuyen a la sociedad y cuándo a los socios y cómo se diferencian los dividendos que obtienen los partícipes y los beneficios de la entidad.

34 El Informe sobre FII sirve de ejemplo para mostrar el tejido que existe entre los temas, al indicar: “17. The Working Party also concluded that the question of the application of tax treaties to REIT income was intertwined with that of the treaty treatment of REIT distributions to foreign investors so that these two questions had to be examined together”. OECD 2007: párr. 17.

Con esos problemas generales, a continuación revisaremos cuáles son los requisitos previstos por el CDI para crear la ficción de que la fuente de los dividendos está en las participaciones sociales. Para ello tendremos que aproximarnos, en primer lugar, a los requisitos de aplicación del tratado y del artículo de dividendos para sentar algunas posiciones sobre la materia, evitando entrar de lleno en las discusiones que ese tema plantea y que ciertamente nos desviarían de nuestro objeto. A tal efecto partiremos del MCOCDE, puesto que la revisión de los CDI muestra que las definiciones de “sociedad”, “persona” y “residencia” son idénticas o sustancialmente similares a las previstas en el MCOCDE en la mayoría de los tratados mundiales³⁵, españoles³⁶ y colombianos³⁷. No obstante, al hilo de la descripción de los problemas se irán mencionando algunos CDI que incorporan soluciones específicas. En definitiva, nos referiremos al primer y al segundo círculo concéntrico que da lugar al ámbito subjetivo de aplicación del tratado, para luego abordar la definición de “sociedad” y su especificación como “entidad distribuidora de dividendos” a partir de la lectura conjunta de los art. 3.1 y 10.3 del Modelo. Una vez sentadas esas bases conceptuales se analizarán los conflictos en la calificación de la entidad que deriven en conflictos en la calificación de las rentas.

B. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DEL CDI

Las entidades distribuidoras de dividendos bajo los CDI que siguen la dicción del MCOCDE tendrán que ser “personas residentes” de un Estado contratante³⁸.

35 PISTONE 2012: p. 8; VOGEL 1997: párr. 32, art. 1.º.

36 España-México 1994, con la particularidad de que habla de “personas morales” en vez de “personas jurídicas”. El CDI España-Canadá de 1981 agrega a la definición de sociedad: “[...] en francés, la expresión ‘société’ incluye igualmente a una ‘corporation’ en el sentido de la ley canadiense”.

37 CUBIDES 2010: p. 28-29.

38 El ámbito subjetivo de aplicación del CDI lo define el art. 1.º: el “[c]onvenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes”. De ahí se derivan entonces las dos primeras condiciones para la aplicación del CDI: 1) ser persona y 2) ser residente. No obstante, debe reconocerse que el art. 24 MCOCDE, relativo a la prohibición de la discriminación, contiene un ámbito de aplicación más amplio y podría hacer que normas del CDI se aplicaran a entidades no residentes de ninguno de los Estados contratantes. Incluso, las libertades fundamentales según un caso aislado en la jurisprudencia de la Unión Europea ha obligado a garantizar los beneficios de un CDI a un EP de un residente en un tercer Estado. TJUE, Caso Saint Gobain, n.º C-307/97, 1999. *Vid.* LANG 2013: n.º 186.

El término “persona” comprende a “las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas (*body of persons*)”³⁹. A diferencia del término “sociedad”, que se define en el mismo artículo 3.1 y cuyo significado se estudiará luego, las expresiones “persona física” y “agrupación de personas” no se delimitan en el CDI, de manera que tendrán que interpretarse de acuerdo con el art. 3.2 MCOCDE y la CVDT. Dejando de lado a las personas físicas, que pueden ser diferenciadas claramente de las sociedades, debemos centrarnos en las agrupaciones de personas, cuya interpretación ha resultado compleja porque se ha entendido que podría definirse de tres formas: por remisión a la legislación interna, como alegó infructuosamente la Administración tributaria inglesa en el caso *Padmore vs. IRC* I⁴⁰; acudiendo a su significado en el derecho anglosajón, donde tendría su origen⁴¹; o que por el contrario tiene un significado autónomo. Aunque resulta innegable su relación con el derecho inglés, los trabajos del WP14 del año 1961 dan cuenta de que la expresión tiene un significado autónomo y amplio y que podría entenderse como:

- a) aquellas no tratadas como unidad impositiva independiente por ninguno de los Estados contratantes;
- b) aquellas tratadas como unidad impositiva independiente y gravadas de la misma forma que las personas jurídicas, o;
- c) aquellas que siendo tratadas como unidades impositivas independientes, lo sean de forma diferente a las personas jurídicas, como cuando el tratamiento fiscal al que se asemeja es el de un individuo, como por ejemplo, pasa a ser

39 *Vid.* art. 3.1.a) MCOCDE.

40 Reino Unido, *Padmore vs. Inland Revenue Commissioners*, 1989, STC 493.

41 Por ejemplo, el International Tax Group argumenta: “La expresión ‘body of persons’ era usada en el derecho general y tributario anglosajón para designar agrupaciones con personalidad jurídica o no”, y que en el caso del Income Tax Law de 1918 en el Reino Unido excluía a las *partnerships*. Al traducirse a los sistemas del *civil law* no se encontró un significado técnico comparable y se tradujo como “groupment de personnes” o “associazione di persone”. AVERY JONES *et al.* 2006: p. 222. También se ha afirmado que el WP14 parece haber tomado estas palabras del CDI entre los Estados Unidos y el Reino Unido de 1945 (DAY 2011: aptdo 2.2.3.2), pero lo cierto es que dicho tratado se refirió a las “United States corporation” como una “corporation, association or other like entity created or organised in or under the laws of United States” y a las United Kingdom corporation” como “any kind of juridical person created under the laws of the United Kingdom”, tal como se evidencia en los literales d) y e) del art. 1.1 CDI Reino Unido-Estados Unidos 1945. *Vid.* KOCH 1947: p. 33.

el caso de ciertas sociedades de persona (*partnerships*) en Austria y Alemania (“Gewerbesteuer”)⁴².

Así, todas las anteriores podrían ser agrupaciones de personas, aunque luego habría que delimitar cuáles serían sociedades, en la medida en que este último término es especial frente al primero. Dicho eso, es evidente que la inclusión de las agrupaciones de personas buscaba hacer amplio el término “persona”⁴³, dada la imposibilidad de enumerar en el Modelo cada una de las entidades a las cuales aplicaría el CDI. En consecuencia, si así lo considerasen conveniente, los Estados en cada negociación podrían enumerar o incluir expresamente las que consideren que pudieran generar dudas⁴⁴. Es así como en los convenios se incluye como “persona” a las “sociedades de personas (*partnerships*)”, las fiducias o fideicomisos (*trust*) y las herencias yacentes⁴⁵. En esa misma línea otros convenios también incluyen en el término a las entidades de derecho público⁴⁶ y las fundaciones⁴⁷, lo cual ahorra discusiones, pero en muchos casos no representa una diferencia trascendental con la interpretación que se podría derivar del MCOCD⁴⁸, tal como se aprecia en el párr. 2 de los Comentarios al art. 3.1⁴⁹. Ese significado amplio del término “persona” se ratifica en el párr.

42 FC/WP14(61)2, párr. 5.

43 El sentido amplio es subrayado por VOGEL 1997: p. 173. El International Tax Group ha justificado en los casos analizados por el WP14 que la definición de persona comprendería las hipótesis b) y c) descritas arriba, y en consecuencia, que para delimitar el ámbito subjetivo del CDI habría que atribuir un significado más restrictivo de persona. Hay que ser cuidadosos en todo caso y señalar que eran los requisitos para ser considerado residente en el aspecto convencional lo que exigía que la persona debiera estar sujeta a imposición y no el concepto mismo de “persona”. Vid. FC/WP14(61)2; FC/WP14(61)4: párr. 5; AVERY JONES *et al.* 2006: p. 222; AVERY JONES *et al.* 2009: p. 11.

44 Ello se aprecia en el tercer informe: FC/WP14(62)1.

45 Estos se incluyen en los CDI España-Estados Unidos 2013 y España-Filipinas 1994. Es el caso del MCEUA, que incluye en el término a los “individuos, los patrimonios (*an estate*), los *trust*, las *partnership*, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas”. BUZANICH 2004: p. 74. Los de España-Canadá 1981, Colombia-Canadá 2012 y España-Reino Unido 2013 solo se refieren a las fiducias o fideicomisos (*trust*). Vid. VOGEL 1997: párr. 33 y 37, art. 1.º.

46 España-Emiratos Árabes Unidos 2007 solo respecto de las entidades públicas.

47 España-Arabia Saudí 2008, Protocolo; España-Francia 1997.

48 Vid. HELMINEN 2010: p. 77 y ss.; BARENFELD 2005: p. 150-151.

49 “Ese mismo comentario permite observar que las *partnerships* son claramente personas, a diferencia del derecho anglosajón, de tal forma no podría derivarse del art. 3.1.f) una contraposición entre ‘personas jurídicas’ y ‘partnerships’, sino un mero reconocimiento de que estas últimas

6.10 de los Comentarios al art. 1.º incorporados en el MCOEDE de 2014, que considera persona a las instituciones de inversión colectiva (IIC) que según el derecho interno no tengan personalidad jurídica y no estén sujetas a imposición como las personas jurídicas⁵⁰.

La entidad distribuidora ha de ser también “residente”, en los términos del art. 4.º del Modelo, que salvo redacciones particulares de los CDI⁵¹, supone una remisión al derecho interno bajo tres requisitos: a) estar sujeto a imposición, b) resultar vinculado por un criterio de sujeción de los que se mencionan⁵² y

en algunos países no tienen personalidad jurídica”. La consideración de las *partnerships* como personas supone la posibilidad de acceder al procedimiento amistoso de forma grupal. párr. 2 y 10.1 del art. 3.º MCOEDE; OECD 1999: párr. 29-32.

50 Tras el trabajo del Informal Consultative Group on Taxation of CIV que comenzó en 2006, la OCDE publicó el Informe *The Granting of Treaty Benefits with respect to Income of Collective Investment Vehicles* (OECD 2010c), cuyas conclusiones fueron incorporadas en los párr. 6.8-6.39 del art. 1.º MCOEDE. Estas instituciones se caracterizan en el párr. 6.8 al art. 1.º. MCOEDE por ser “fondos cuya titularidad es muy amplia que constan de una cartera de valores diversificada y que están sujetos a la normativa para la protección de inversores vigentes en el país en el que se hayan constituido”. Por lo general las IIC tienen personalidad jurídica, caso en el cual serán persona para efectos del CDI. Sin embargo, los Estados a veces permiten que se organicen como *trust*, fiducias, acuerdos contractuales o algún tipo de copropiedad. Desde el punto de vista de la interpretación del CDI, en todos estos casos también es posible considerarlos como persona, pues son agrupaciones de personas, sin que interese si están sujetos a imposición. Resultan por tanto confusos los comentarios que sugieren que cuando los Estados suelen considerar a estas entidades como contribuyentes, por esa vía serán personas, dando a entender que de otra forma no lo serían. En efecto, los comentarios les proponen a los Estados que en caso de querer aclararlo expresamente, podrían indicar que “*en esas circunstancias*, tales IIC son personas a los efectos de sus convenios...” (bastardilla fuera de texto), lo cual no parece tener mucho sentido si, como ya se ha dicho, el término “persona” tiene un significado amplio (párr. 6.10 art. 1.º. MCOEDE).

51 Estos requisitos no se incluye en algunos CDI, como por ejemplo en el de España con Australia de 1992, que prefiere definir como residentes a quienes lo sean según la legislación tributaria australiana y la española sin establecer restricciones convencionales. VANN 2009: p. 248. Este autor expone que la razón de ser de esta política de Australia radica en el hecho de que la primera parte de la definición de residencia en el art. 4.1 MC tiene el riesgo de ser interpretada de forma literal para por ejemplo considerar que un criterio análogo es el del EP, como fue el caso *Crown Forest Industries* (1995, 2 SCR 802). El CDI de España con Bulgaria de 1991, Kuwait de 2008 y con Hong Kong de 2012 indica criterios diferenciados para cada Estado; en algún caso, sin contener mayores limitaciones autónomas convencionales.

52 Fuera de los casos en que los tratados introducen directamente ciertas entidades en el ámbito subjetivo sin exigirles mayores requisitos, lo fundamental es determinar si la persona tiene un “vínculo personal” con el Estado; en otras palabras, si resulta ligada por medio de elementos de conexión subjetivos. El Modelo incluye como tales al “domicilio, residencia, sede de dirección, o cualquier criterio de naturaleza análoga”. Otros tratados reconocen los criterios de nacionalidad

c) no estar sujeto exclusivamente por sus rentas de fuente territorial⁵³. Los Estados y sus subdivisiones políticas o entidades locales están comprendidos sin necesidad de cumplir con esas condiciones⁵⁴. En caso de ser residente en los dos Estados contratantes, la entidad se considerará residente en el Estado “ganador” de acuerdo con las reglas de desempate que según el art. 4.3 del Modelo dan preponderancia a la sede de dirección efectiva. En otras palabras: el concepto de residencia utilizado en el artículo 10 es convencional y deriva, en caso de conflicto, del artículo 4.3 y no del artículo 4.1, tal como se vio en el capítulo I.

La entidad distribuidora debe ser “sujeta a imposición”, requisito incluido en la definición de residencia. La frase ha dado lugar a uno de los debates más amplios en la doctrina y la jurisprudencia⁵⁵, pero que en un sentido laxo puede entenderse como un vínculo personal entre la persona y un Estado que potencialmente permita a este gravarla, aunque en la práctica no lo haga por no incluirla en los sujetos de los impuestos comprendidos por el tratado, concederle una exención subjetiva u objetiva o porque no se dan las condiciones objetivas para gravar (*i. e.*, pérdidas por compensar, exenciones objetivas, etc.)⁵⁶. No obstante, algunos Estados han hecho interpretaciones restrictivas,

y ciudadanía para delimitar el ámbito subjetivo del convenio. Sobre el particular, *vid.*: COUZIN 2002: p. 130 y ss.; PISTONE 2012: p. 9. Estados Unidos, que grava a los nacionales, y Rusia, que en algunos CDI distingue entre ciudadanía y “nacionalidad”, pues esta última palabra significó en el pasado el origen étnico.

53 Este último requisito solo aparece hasta el Modelo de 1977, por lo cual algunos CDI vigentes no lo incorporan. España-Austria 1968; España-Brasil 1975; España-Canadá 1981; España-China 1992; España-Dinamarca 1974 (denunciado); España-Ecuador 1993; España-Finlandia 1968; España-Indonesia 2000; España-Japón 1974; España-Marruecos 1985; España-Países Bajos 1972; España-República Dominicana 2013; España-Singapur 2012.

54 El Modelo de 1995 incorporó expresamente a los Estados y sus subdivisiones políticas o entidades locales, lo cual, según los Comentarios, es una ratificación de lo que ya era entendido por los Estados miembro (párr. 8.4 art. 4.º MCOUDE), que según los MCOUDE 2010 incluiría a los fondos soberanos y en algunos casos a las entidades en las que íntegramente participa el Estado (párr. 8.5 art. 4.º y párr. 6.35-6.39 art. 1.º MCOUDE. Sobre el particular, consúltese: JANSSEN 2011: p. 185 y ss.). No obstante, resulta extraño, pues se trata de entidades que por lo general no pueden ser sujetos pasivos de impuestos a causa del principio de la inmunidad del Estado, como señala COUZIN 2002: p. 112. Un ejemplo de CDI que concretamente incluyen a los fondos soberanos se aprecia en el Protocolo del Convenio entre España y Arabia Saudí de 2008.

55 Las preguntas que genera esta frase son variadas y exceden de nuestro objeto; por ejemplo: ¿sujeta a imposición en cuáles impuestos? ¿Sobre la misma renta? ¿Incluye a los sujetos exentos? Sobre el particular, COUZIN 2002; VANN 2009; WHEELER 2011; GALEA 2012.

56 Históricamente, la frase “sujeta a imposición” fue la forma de remitir a la legislación interna,

que van desde requerir una imposición efectiva (derivada de la sola interpretación del CDI y no de la inclusión de una cláusula concreta)⁵⁷ hasta la exclusión de aquellos vínculos débiles, como el que tiene una jurisdicción con las sociedades instrumentales residentes en su territorio, pero que son de propiedad extranjera y están exentas de impuestos respecto de las rentas del exterior, tal como lo indican los Comentarios⁵⁸. En definitiva, fuera de los casos de entidades expresamente incluidas y sin mayores limitaciones, bajo la interpretación de los Comentarios al MCOUDE, la entidad distribidora podría ser cualquier entidad considerada un contribuyente de los impuestos comprendidos, y ahí la versión francesa es más clara que la inglesa, pues indica “assujettie” en vez de “liable”. Debe admitirse que la doctrina ha justificado con mucho sentido que es residente cualquier entidad que tenga un vínculo personal con un Estado y que no tiene sentido diferenciar el aspecto subjetivo del hecho imponible entre entidades enumeradas y no enumeradas⁵⁹, pues no hay ninguna diferencia entre las que no aparecen ahí y las que aparecen pero son inmediatamente exentas⁶⁰.

La entidad distribidora además tendrá que estar sujeta a imposición de forma independiente de sus miembros, requisito que el Informe de *Partnerships* ha derivado del art. 4.1 del Modelo a pesar de las interpretaciones más amplias⁶¹, pero que aparece de todas formas en la definición de “sociedad”, como veremos. De cualquier modo, resulta complejo determinar cuándo existe

ya no para justificar una sujeción integral plena, como extrañamente se ha mantenido en los comentarios (párr. 3 y 8, art. 4.º MCOUDE). Vid. VANN 2009: p. 231-233; LANG 2010: párr. 194-195.

57 Sobre el particular, JANSSEN 2011: p. 202-203. Según ese ejemplo de los Comentarios, resulta particularmente complejo evaluar los casos de residentes que tienen derecho a la exención por participación sustancial, de las que los comentarios no dicen nada, pero que sería absurdo excluir.

58 Esta exclusión data del MCOUDE de 1992 en los párr. 8.2 y 8.3 de los Comentarios al art. 4.º. VANN 2009: p. 259 afirma que la exclusión de las sociedades instrumentales del ámbito de aplicación se fundamenta en la segunda parte de la definición de residencia y que la historia demuestra que se pretendían atacar solo aquellas entidades completamente exentas de tributación por sus rentas de fuente extranjera, con lo cual aquellas sujetas potencialmente a imposición sobre algunos tipos de renta extranjera quedarían comprendidas en el objeto del CDI. Del mismo modo las entidades sin ánimo de lucro o los regímenes de fondos de pensiones según los Comentarios, si no son sujetos del impuesto de renta, solo pueden incluirse en el ámbito de aplicación del CDI por expresa disposición, pero si gozaran de una exención, la interpretación de la expresión “sujeta a imposición” podría dar cabida a considerarlas residentes. Vid. MCOUDE art. 4.º, párr. 8.5; VANN 2009: p. 254 y ss.

59 VOGEL 1997: art. 4.º, párr. 24 y ss.

60 LANG & STARINGER 2014: p. 43.

61 Como las que señalan LANG & STARINGER 2014: p. 43.

esa independencia, dado el amplio espectro de regímenes de transparencia que existen. Según la OCDE, han de analizarse las características personales que determinan el monto de la renta y el impuesto que se ha de pagar. Así, cuando el impuesto de la *partnership* se determina de acuerdo con las características personales de los socios, la *partnership* debería considerarse transparente y por tanto no sujeta a imposición⁶². El hecho de que la renta se compute al nivel de la sociedad antes de atribuirse a los partícipes y que el impuesto sea técnicamente pagado por la *partnership* no cambia ese resultado⁶³. Por ello, se da un mero “tránsito” de la renta por la *partnership* hacia los socios, lo cual debe dar lugar a entender que la renta se ha pagado a los socios para interpretar los artículos que utilizan la expresión “pagada a un residente del Estado contratante”⁶⁴.

Por consiguiente, la sujeción a imposición según el Informe de 1999 y los MCOCDE debe decidirse de conformidad con la legislación del Estado de residencia, de manera que el Estado de la fuente ha de analizar las normas de designación de los contribuyentes en la primera jurisdicción y verificar si la entidad está incluida, para luego determinar si la renta está sujeta a imposición en cabeza de la sociedad o de los socios. Este último requisito ha sido criticado bajo la redacción del MCOCDE, pues la sujeción a imposición se predica de un sujeto; es decir, que solo con el primer análisis bastaría, y no debería confundirse con que la renta esté sujeta a imposición⁶⁵. Distinto es el caso de los CDI que expresamente lo disponen, como ocurre con el MCEUA⁶⁶ y el CDI entre España y los Estados Unidos⁶⁷.

62 Si los partícipes son gravables o no, cuál otra renta tienen, cuáles son las deducciones personales a que tienen derecho y cuál es el tipo impositivo que les resulta aplicable.

63 OECD 1999: párr. 40.

64 Párr. 6.4 al art. 1.º MCOCDE. La atribución de la renta a la *partnership* o a los socios es también relevante para determinar el CDI aplicable en los casos en que tres Estados están involucrados, aspecto en que no profundizaremos por no ser relevante para nuestros efectos. Al respecto, *vid.* párr. 6.1 y 6.5 del art. 1.º MCOCDE.

65 COUZIN 2002: p. 109; LANG 2000: p. 37: “[...] the Committee is of the opinion... it is not enough to be ‘liable to tax’ as such, the residents also have to be ‘liable to tax on their share of the partnership income’. This approach comes close to a subject-to-tax-clause’ and can be challenged in several ways”.

66 Art. 1.6 MCEUA. “An ítem of income, profit or gain derived through an entity that is fiscally transparent under the laws of either Contracting State shall be considered to be derived by a resident of a State to the extent that the item is treated for purposes of the taxation law of such Contracting State as the income, profit or gain of a resident”. En concordancia con Sec. 894(c) Internal Revenue Code.

67 El CDI de 1990 fue modificado en 2013 y regula expresamente las situaciones en las cuales una

De acuerdo con los CMOCDE, una entidad califica como “residente” para efectos convencionales solo si bajo la legislación del Estado de residencia está “sujeta a imposición” de forma independiente de sus miembros. En consecuencia, la legislación del Estado de la fuente es irrelevante⁶⁸. Esa conclusión ha sido criticada vehementemente, sugiriéndose incluso que la atribución es un tema no tratado por el CDI y que quedaría dentro de ámbito de la legislación interna no limitada por el tratado. Así, ambos Estados podrían atribuir de forma independiente⁶⁹. A nuestro juicio, si bien no es posible coincidir con la OCDE que ello derive del art. 4.1 del Modelo, sí es factible llegar a una conclusión semejante desde la definición de sociedad del art. 3.1 y de dividendos del art. 10. En consecuencia, al menos en lo que respecta a la determinación de la entidad distribuidora de dividendos, existe una norma de atribución implícita en los CDI por la ficción que crea el concepto de dividendos.

En ese sentido, si a una entidad se la considera no residente por incumplir cualquiera de los requisitos del art. 4.1 MC, no procede la ficción de la atribución de los beneficios a dicha entidad y de la calificación como dividendos de los ingresos de los socios, de manera que habrá que determinar si sus miembros son residentes⁷⁰, y en caso de tratarse de una IIC, el MOCDE sugiere que por medio de un acuerdo amistoso se les dote de una “vía administrativa para reclamar los

entidad considerada fiscalmente transparente constituida u organizada en uno de los Estados contratantes o en uno tercero con el cual haya un Convenio con intercambio de información se considerará percibido por un residente de un Estado contratante, siempre que el elemento de renta, beneficio o ganancia se lo atribuya a ese mismo sujeto la legislación de dicho Estado.

68 OECD 1999: párr. 53; MOCDE, párr. 6.3 del art. 1.º: “[...] el Estado de la fuente tiene que tener en cuenta, por ser parte del contexto de los hechos en el que el convenio debe aplicarse, la forma en que un elemento de renta producida en su territorio es tratado en el Estado donde es residente la persona que reclama los beneficios del Convenio por reunir tal condición”.

69 LANG 2000: p. 37-39; AVELLA 2009: p. 297. Es interesante que este último autor señala que el párr. 8 del artículo 17 contradice directamente la conclusión del Informe y de los CMOCDE en lo que hace a las *partnerships*, al señalar que el Estado de la fuente puede atribuir la renta a los artistas y deportistas directamente, y no las entidades interpuestas. Además, este criterio resulta contrario al criterio de calificación de las rentas de conformidad con el Estado de la fuente establecido en el párr. 32.3 del art. 23 MOCDE, lo cual no tendría problemas si fueran asuntos independientes. Sin embargo, hay casos en los que la calificación depende de la atribución.

70 OECD 1999: párr. 47. Como bien se sabe, las *partnerships* suelen ser transparentes para efectos fiscales, en especial en países del *common law*, caso en el cual bajo el MOCDE no pueden acceder a los beneficios del CDI por sí mismas, aunque sus socios sí podrán hacerlo por su parte en la entidad, siempre que tales rentas les resulten atribuidas por su Estado de residencia. En esa línea, la Cour Administrative d’Appel en Francia en el caso Diebold Courtage SA (FR: CE, 13 Oct. 1999, *Ministre de l’Economie, des Finances et de l’Industrie v. Diebold Courtage SA*,

beneficios del convenio para aquellos inversores que tengan derecho a ello”⁷¹. Obviamente, cuando las *partnerships* o las IIC son tratadas de la misma forma que las sociedades, claramente estarían comprendidas en el ámbito subjetivo del CDI y pueden ser entidades distribuidoras de dividendos⁷². No obstante, ciertos tratados expresamente consideran a las sociedades transparentes como residentes⁷³. En efecto, algunos CDI consideran que los *trusts*, los fondos de pensiones, los vehículos de inversión (IIC)⁷⁴ o las entidades sin ánimo de lucro resultan comprendidas en el ámbito subjetivo de aplicación del Convenio⁷⁵, a pesar de que son entidades que en muchos casos no están “sujetas a imposición”.

Cuando las personas comprendidas en el ámbito subjetivo del CDI no son sociedades ni entidades distribuidoras de dividendos y no son “sujetas a imposición” de forma independiente de los socios en el sentido del Informe de *Partnerships*, puede ocurrir que se genere la ficción, para efectos del tratado, de que la renta se atribuye a la agrupación de personas y no a sus miembros, ficción que resulta muy similar a la que se genera con el concepto de dividendo al atribuir los beneficios a la sociedad, pero con la diferencia de que el artículo 10 no resultará aplicable para permitir que el Estado de la residencia de los partícipes pueda gravar, con las limitaciones convencionales, a sus residentes por su cuota, pues no hay una “sociedad” entidad distribuidora de dividendos, sino solo una agrupación de personas. Esto se evidencia en el caso Padmore I⁷⁶, en el que el juzgador interpretó las normas de distribución del CDI de forma

Decision n.º 191191, 8 and 9, RJF 12/99 n.º 1492 (Fr.), Tax Treaty Case Law IBFD), comentada por GALEA 2012: aptdo. 1.2.3.1.

71 Párr. 6.16 del art. 1.º MCOCDE.

72 OECD 1999: n.º 33-35; párr. 6.12 del art. 1.º MCOCDE en lo que hace a las IIC.

73 España-Francia 1997: “3. En relación al [*sic*] apartado 1 del artículo 4.º, se entenderá que la expresión ‘residente de un Estado contratante’ comprende: b) En el caso de Francia, las sociedades de personas y las otras agrupaciones de personas sometidas por la legislación interna francesa a un régimen fiscal análogo al de las sociedades de personas, que tengan su sede en Francia y no estén allí sometidas al impuesto sobre sociedades, y en que cada miembro esté personalmente sometido al impuesto en Francia en la parte de los beneficios que le correspondan en aplicación de la legislación interna francesa”.

74 *Vid.* párr. 6.17 y ss. del art. 1.º MCOCDE.

75 PISTONE 2012: p. 10. Así, por ejemplo, CDI Lichtenstein-Uruguay incorpora a los CIV. Los *trust* son comunes en tratados de Hong Kong y Portugal; los fondos de pensiones están incluidos en el art. 1.º del Modelo belga y se le garantiza la aplicación del art. 10.2.b), que exime los dividendos siempre que sean provenientes de acciones que se tienen con el propósito de asegurar los beneficios de retiro. RICHELLE & TRAVERSA: p. 155.

76 Reino Unido, Caso Padmore vs. Inland Revenue Commissioners, 1989, STC 493.

objetiva al prohibir la imposición en el Reino Unido de los beneficios obtenidos por uno de sus residentes por medio de una *partnership* en Jersey⁷⁷. Se aceptaron así los alegatos del señor Padmore según los cuales, si bien los ingresos le eran atribuibles porque la legislación inglesa consideraba transparente a la entidad, la Orden de 1952 para eliminar la doble imposición entre esas jurisdicciones obligaba a declarar exentos los beneficios de las empresas y personas de Jersey –como de hecho era considerada la *partnership*–, a menos que existiera un EP⁷⁸. Gracias a eso el Reino Unido y otros Estados han excluido del término “persona” aplicado por los CDI a todas las *partnerships* o aquellas que no se consideran una entidad fiscal diferente de sus socios⁷⁹, tratando de unificar el término “agrupación de personas” con los de “sociedad” y “entidad distribuidora de dividendos”. De esa manera un Estado podría gravar a los socios residentes en esa jurisdicción por su participación en una entidad residente del otro Estado contratante sin las limitaciones del art. 7.º del Modelo, aunque ello llevará que deba mantener la calificación de dividendos para efectos del CDI.

Los principios establecidos por el Informe de *Partnerships* de 1999 se pueden aplicar a otros tipos de sujetos como los *trusts*, fiducias y fondos. Sin embargo, existen especialidades respecto de entidades tales como las IIC y los FII⁸⁰ que han supuesto comentarios específicos e incluso sugerencias de modificación del texto de los Convenios, ya que los efectos deseados desde la política fiscal no pueden lograrse en muchos casos bajo el texto del Modelo. En particular, estas entidades buscan ser gravadas neutralmente de forma que exista un solo nivel de imposición, lo que se puede lograr por medio de distintas vías. La primera,

77 WHEELER 2011: p. 328.

78 *Vid.* los comentarios al caso Padmore en HARRIS & OLIVER 2010: p. 56; BAKER 2000: n.º 1B.15 y ss. En criterio de WHEELER 2011 (p. 328), el juzgador del caso Padmore interpreta las normas de distribución del CDI de forma objetiva al prohibir la imposición de los beneficios y no de la persona. En nuestra opinión, el problema se crea por el amplio entendimiento de agrupación de persona y su desencaje con la definición de dividendos.

79 BAKER 2000: n.º 1B.15 y ss.

80 FII (REIT ‘Real Estate Investment Trust’, lo que se ha traducido como fideicomisos de inversiones inmobiliarias (FII). El párr. 67.1 del art. 10 MCOCDE los describe: “Sin demasiada precisión como una sociedad, fideicomiso o acuerdo contractual o fiduciario con pluralidad de propietarios o partícipes, que obtiene sus rentas fundamentalmente de la inversión a largo plazo en bienes inmuebles, de la que distribuye anualmente la mayor parte, y que no paga impuesto sobre la renta por razón de esas rentas así distribuidas relacionadas con los bienes inmuebles. El hecho de que este instrumento FII no pague impuesto alguno sobre esas rentas es el resultado de la normativa tributaria que establece un único nivel de imposición que corresponde al de los inversores en el FII”.

que ya se ha comentado en este trabajo, es la transparencia, y supondrá que la IIC no será residente por sí misma y en su lugar lo serán los inversores, pero de todas formas el otorgamiento de los beneficios del CDI a estos parece extremadamente difícil, dada la gran probabilidad de que la fuente de la renta, la constitución de las IIC y los inversores estén en tres Estados diferentes⁸¹. Ahora bien, en otros Estados las IIC son unidades impositivas independientes, pero que pueden generar algunas dudas en torno a si están sujetas a imposición. El párr. 6.12 de los Comentarios del artículo 1.º del MCOCDE expone los siguientes sistemas que al final tienen el mismo efecto económico que la transparencia:

- a) Se permite la deducción de la totalidad de los pagos de dividendos a sus inversores por lo cual se ven sujetos a una mínima o nula tributación efectiva.
- b) El tipo impositivo es reducido para las IIC.
- c) Se prevé plena imposición en las IIC pero con un sistema de integración que concede una desgravación en cabeza de los socios.

La OCDE observa que no existe un consenso entre sus Estados miembro sobre el contenido del término “sujeto a imposición” y que en consecuencia la respuesta podría variar. Por ello se remite al párr. 8.6 de los Comentarios al art. 4.1 MCOCDE, que, recuérdese, trata el caso de las entidades sin ánimo de lucro, subrayando que en muchos Estados lo importante es que las entidades sean sujetos del impuesto según las leyes tributarias y si bien lo estén en calidad de exentas, deban repartir toda su renta o puedan deducir los dividendos (párr. 8.6 art. 1.º MCOCDE). Si no cumplen dichos requisitos no tendrán derecho al tratado. Ello parece ser lo más razonable desde la hermenéutica del MCOCDE⁸², pues son por lo general entidades opacas, es decir, unidades impositivas, a pesar de que no resultan gravadas efectivamente. Por ello, habría que concluir que se trata de entidades residentes, puesto que si bien no pagan impuestos efectivamente, esto solo se logra cuando se reúnen ciertos requisitos. De tal forma, no están exentas desde su nacimiento⁸³, ni suponen una diferencia radical con el raciocinio aplicado a los casos de entidades sin ánimo de lucro⁸⁴.

81 Párr. 6.11 art. 1.º MCOCDE. Por ello el MCOCDE ofrece varias soluciones en los apartados 6.17 y ss. del art. 1.º. Al respecto es interesante el trabajo de VERMEULEN 2011: p. 84 y ss.

82 Esta misma sugerencia en GALEA 2012: aptdo. 2.1.2.

83 GALEA 2012: Sec. 2.1.2.

84 NOUEL 2008: p. 747.

No obstante, reconoce el párr. 8.7 del art. 4.1 MCOCDE que algunos Estados pueden no admitir como residentes a entidades exentas en virtud de su legislación tributaria nacional, salvo que se incluyan explícitamente en el tratado, pero parece absurdo que se dude de la condición de residentes de quienes se ven sujetos a estos regímenes fiscales, pues se generaría la incertidumbre sobre muchos otros regímenes que utilizan las mismas técnicas desgravatorias, como por ejemplo una típica sociedad en una legislación que tenga el sistema de integración entre el IS y el IRPF. El MC podría pasar a llamarse “de al menos una imposición en renta y patrimonio”, planteando la duda de cuál es el nivel de imposición mínimo para ser considerado residente. Cuestión distinta es que las IIC no sean consideradas el beneficiario efectivo bajo una interpretación económica de esta cláusula, y aunque eso será un problema externo al que nos convoca, los Comentarios sobre IIC ponen de manifiesto cómo ese tema se confunde con la sujeción a imposición.

De forma similar a las IIC, los FII son por lo general entidades opacas, es decir, unidades impositivas, a pesar de que no resultan gravadas efectivamente por el hecho de repartir y deducir toda su utilidad en el año gravable. Por ello, aquellos Estados que interpreten de forma amplia el concepto de “sujeto a imposición” habrán de concluir que se trata de entidades residentes, puesto que si bien no pagan impuestos efectivamente, esto solo se logra cuando se reúnen ciertos requisitos.

De lo dicho se observa que la definición de residencia incluye una remisión al derecho interno y se funda en un confuso criterio de sujeción a imposición que no encuentra un contenido perfectamente claro en los Comentarios, pues parafraseando a Vann, parece estirarse para comprender a sujetos “buenos” como las entidades sin ánimo de lucro, y por qué no decirlo, a quienes “hacen” *lobby* (FII e IIC) y restringirse para los “malos” y “feos” como las sociedades instrumentales⁸⁵. El criterio establecido por el MCOCDE para interpretar “sujeto a imposición” como entidad independiente de sus miembros encuentra soporte histórico⁸⁶ y es un requisito similar al que parece exigir la definición de dividendos al requerir una unidad impositiva independiente, tal como se verá al analizar el término “sociedad”. En todo caso, resulta relevante subra-

85 VANN 2009: p. 256-257.

86 *Vid.* FC/WPI4(61)2 y FC/WPI4(61)4: párr. 5, que entienden el requisito de “residencia” y “sujeto a imposición” como una unidad impositiva independiente, expresión utilizada también para definir “sociedad”.

yar que el informe de *partnerships* ha introducido el requisito de la atribución de la renta por el Estado de residencia de la entidad, que es cuestionable bajo la literalidad del Modelo, como se ha dicho, pero novedoso, pues si la entidad (*partnership*, IIC o FII) no está sujeta a imposición sobre *ese rendimiento*, podrán los socios estarlo. Se consagra así, por vía de interpretación del art. 4.1 MCOCDE, una regla que supondrá la ausencia de dividendos para efectos convencionales al no reunirse los presupuestos de la ficción de que la renta deriva de participaciones sociales en una entidad distribuidora, y por el contrario, se da un mantenimiento de la fuente y la calificación original.

Mientras que esa interpretación parece ajustarse a la política fiscal detrás de las IIC, en las que la neutralidad se da precisamente por medio de la transparencia, de forma destacadamente contradictoria, no parece conveniente para la política fiscal justificada por la OCDE en cuanto a los FII, ya que según estas se requiere que los rendimientos se atribuyan a estas entidades, a pesar de que no estén gravadas por tales beneficios según la legislación interna y que repartan dividendos para efectos de la calificación de los CDI. De no aceptarse eso, y considerando que las rentas de las FII son inmobiliarias principalmente, podría causarse una “disparatada” sujeción ilimitada en el *situs* de acuerdo con el art. 6.º MC, en tanto que bajo un régimen de transparencia el rendimiento lo obtendría un residente del otro Estado contratante manteniendo su calificación. Ello ha supuesto una propuesta de modificación del artículo de dividendos para incluir como tales a las distribuciones de FII que de otra forma serían calificadas de transparentes⁸⁷.

C. DEFINICIÓN DE “SOCIEDAD” DE ACUERDO CON EL ART. 10.3 DEL MODELO

La definición de sociedad es fundamental en la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación del art. 10 MCOCDE, pues sus cinco numerales se refieren a los dividendos *pagados* por una *sociedad* (*company-société-Gesellschafts*)⁸⁸, al igual que lo es para definir el alcance de las limitaciones previstas, en tanto que el inciso 2.º puntualiza que no pueden afectar “la imposición de la *sociedad*

87 OECD 2007: párr. 19. Este disparate se genera porque las rentas de los FII son una inversión semejante en función de inversión a los bonos o acciones, y una tributación conforme al art. 6.º MCOCDE podría ser excesiva. *Vid.* párr. 18–29.

88 AVERY JONES *et al.* 2009: p. 7.

respecto de los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos”⁸⁹. A diferencia del Primer Informe del WP12, hoy el art. 10.3 MCOCDE no se refiere directamente a las entidades que pueden ser distribuidoras de dividendos, aunque perviven algunas menciones en los párrafos 1 y 27 de los Comentarios al mismo art. 10⁹⁰. En efecto, la tercera parte de la definición aparece cuando se eliminan del texto del Modelo los tipos de sociedades que podían pagar dividendos como un presupuesto de hecho amplio que evitara acudir al derecho mercantil mediante una remisión a la legislación fiscal del Estado de la residencia de la entidad. Por la misma época, el WP14 ya había propuesto una definición de sociedad que envuelve igualmente una remisión al derecho interno. Así, bajo la redacción actual del Modelo la entidad distribuidora de dividendos debe ser siempre una “sociedad”, incluso en aquellos convenios que eliminan de la definición la referencia las “participaciones sociales”⁹¹, con lo cual existen dos remisiones a la legislación interna.

El término “sociedad” cuenta con una definición expresa en el literal b) del art. 3.1 del Modelo, que se remonta a los trabajos del WP14 de la OEEC⁹². La

89 (Bastardilla fuera de texto). Además, el mencionado término “sociedad” es relevante para determinar al receptor de los dividendos que puede acceder a la reducción de la imposición en la fuente por participación sustancial contenida en el art. 10.2.a) del MCOCDE, que exige que el beneficiario efectivo sea una “sociedad (excluidas las sociedades de personas –*partnerships*–)”. Todo ello aparece reconocido por los Comentarios al MCOCDE, que explican que el término “sociedad” “se ha redactado teniendo en cuenta particularmente el artículo referente a los dividendos”. Párr. 3, art. 3.º, y párr. 24, art. 10 MCOCDE.

90 El párr. 1 indica: “Generalmente se entiende por dividendos las distribuciones de beneficios hechas a los accionistas o socios por las sociedades anónimas [*companies limited by shares/sociétés anonymes*], comanditarias por acciones [*limited partnerships with share capital/sociétés en commandite par actions*], sociedades de responsabilidad limitada [*limited liability companies/sociétés à responsabilité limitée*] y otras sociedades de capitales [*other joint stock companies/sociétés de capitaux*]”.

91 La definición de “sociedad” es fundamental en el concepto de dividendos, ya que el concepto “participaciones sociales (*corporate rights-parts sociales-Gesellschaftsanteile*)” utilizado en la definición del apartado tercero del artículo envuelve el concepto de sociedad, lo que es más evidente en la versión alemana. VOGEL 1997: párr. 190 art. 10. p. 651. Además, la tercera parte de la definición contiene una remisión al Estado en el cual la “sociedad” es residente. Por esta última mención, a pesar de que ciertos CDI como los que siguen al MCEUA excluyan de la definición las “participaciones sociales”, la entidad distribuidora siempre debe ser una sociedad (HELMINEN 2010: p. 79). Así, la definición de entidad distribuidora de dividendos, para los efectos de los CDI, se construye a partir del término “sociedad”, aunque bien cabe reconocer que el término se usa también para definir el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 10, así como en los artículos 5.7 y 16 MCOCDE, y en los comentarios 13-20 al artículo 1.º, que excluyen de la aplicación del CDI ciertas “sociedades” instrumentales o conductoras de rentas. DAY 2011: aptdo. 2.3.1.

92 OEEC, FC/WP14(59)1. El grupo estaba conformado por delegados de Austria y Suecia y fue en-

versión más reciente del Modelo, seguida muy de cerca por la práctica convencional, indica: “A los efectos del presente Convenio, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente: [...] b) el término sociedad significa cualquier *persona jurídica* [*body corporate / personne morale*] o cualquier entidad que se considere persona jurídica para efectos impositivos”⁹³. De esta forma, el MCOCDE lleva al nivel del tratado todos los problemas que se han mencionado en torno a las diferentes concepciones de la personalidad jurídica y unidades impositivas independientes, de manera que la pregunta que surge es si pueden existir “sociedades” distribuidoras de dividendos en los términos del CDI que sean personas jurídicas bajo el derecho privado y no tratadas como entidades independientes para efectos fiscales.

De la mera lectura del artículo y de los Comentarios⁹⁴ podría inferirse que la primera parte incluye a todas las “personas jurídicas” según el derecho privado sin que importe su tratamiento tributario⁹⁵; es decir, que para la defi-

cargado de la elaboración de una propuesta de artículo que contuviera las definiciones generales. Inicialmente la definición indicaba: “The term ‘company’ means any body corporate and any entity which is treated as a body corporate for tax purposes”; FC/WP14(61)1, y en el párr. 3 explicaba la existencia de dos partes de la definición; FC/WP14(61)2: en este Informe se reemplaza el “means” por “includes”. Los comentarios al recién citado informe son los más completos y resumen las discusiones más importantes en torno a las sociedades incorporadas. Las discusiones al último informe se reflejan en el FC/M(61)5 y destaca que se centran únicamente en el problema de las sociedades de personas (*partnerships*). Vid. AVERY JONES *et al.* 2009: p. 7.

- 93 Algunos CDI no definen expresamente “Sociedad” (España-Bulgaria 1991), lo cual obliga a acudir al art. 3.2 del Modelo. En tales casos, dado que la definición de dividendos prevista en el artículo equivalente al 10.3 MCOCDE opera como contexto y la tercera parte de la definición de dividendos remite a la legislación del Estado de residencia, será entonces este último ordenamiento, con preferencia el tributario, el que permita definir si hay una unidad impositiva independiente, que para efectos del CDI pueda ser una entidad distribuidora de dividendos. De tal forma, en principio no habría diferencias sustanciales en el resultado con respecto a los CDI que sí definen sociedad.
- 94 En el párr. 3 de los Comentarios al artículo 3.º se lee: “El termino sociedad comprende, en primer lugar, *las personas jurídicas*. El término se extiende, además, a cualquier otra unidad imponible así considerada por la legislación tributaria del Estado contratante donde se haya constituido [*organized / constitué*]. La definición se ha redactado teniendo en cuenta particularmente el artículo referente a los dividendos. El término ‘sociedad’ solamente afecta a ese artículo, al apartado 7 del art. 5.º y al artículo 16”.
- 95 Ya se ha dicho que existen personas jurídicas que el ordenamiento fiscal considera transparentes, como por ejemplo, las *S Corporation* en los Estados Unidos o las *Limited Liability Partnerships* en el Reino Unido, que son entidades transparentes, a pesar de ser personas jurídicas (*body corporate*). AVERY JONES *et al.* 2002: p. 315. Un ejemplo en el sistema español se encuentra en el art. 8.3 LIRPF.

nición de dividendos sería irrelevante si la sociedad es transparente u opaca⁹⁶. Sin embargo, tal aseveración resulta errónea por las siguientes razones: en primer lugar, la referencia a las personas jurídicas que hace el Modelo resulta imprecisa en su traducción y en su alcance, lo que da cuenta de que el uso de los términos no era el técnico propio del derecho privado y que, por tanto, no se referían al significado exacto que allí pudieran tener⁹⁷; además, partiendo de que no es posible encontrar una definición universal de persona jurídica⁹⁸, habría que acudir a la legislación interna de alguno de los Estados. En esa línea, el problema sería aún más complejo, pues una vez situados en el ordenamiento civil de un Estado, la determinación de la personalidad jurídica de una entidad extranjera requeriría analizar el derecho internacional privado, que no parece ofrecer una única solución pero que podría remitir a su vez a otros ordenamientos jurídicos⁹⁹, todo lo cual permite concluir que la referencia a la legislación civil o mercantil genera un altísimo grado de inseguridad jurídica. En segundo lugar, la definición de sociedad fue redactada para excluir a las entidades opacas, como se evidencia cuando el WP14 afirma que “[...] las agrupaciones de personas que no sean tratadas como personas jurídicas bajo la legislación fiscal no deberán ser incluidas dentro [*sic*] del término ‘sociedad’”¹⁰⁰ y que este término busca “eliminar las dificultades originadas por las diferencias entre el derecho interno tributario y el derecho interno privado”¹⁰¹. En tercer lugar, el

96 Así lo defiende: AVERY JONES *et al.* 2009: p. 9.

97 Respecto de la primera y la segunda parte de la definición de sociedad en el MCOCDE, en la versión en francés se utiliza la dicción “*personne morale*” y en inglés “*body corporate*”, siendo evidente que esta última resulta más restrictiva. Es más, se pudo haber usado la expresión “*legal person*” o “*legal entity*” para ser más precisos.

98 Así lo afirman con varios ejemplos AVERY JONES *et al.* 2009: p. 9.

99 Como bien se sabe, las legislaciones civiles suelen contener tres criterios para determinar la ley aplicable a una sociedad –*lex societatis*–, a saber: el del Estado de constitución, el de incorporación o sede del domicilio social y el de la sede real. Cada uno de estos criterios puede significar cosas distintas, pues por ejemplo, el de la sede real puede ser el centro principal de actividades o el lugar de administración central. Dado que los Estados adoptan de forma no armonizada estos criterios, lo más posible es que al final cada uno considere que su ley interna es la *lex societatis* de la entidad, dando lugar a un conflicto de leyes que tendría reflejo en materia tributaria. Por ello, dado que la definición de *lex societatis* en materia internacional no es uniforme, la remisión al derecho privado resulta perturbadora para los efectos del CDI. GARCIMARTÍN (s/a).

100 FC/WP14(62)I, párr. 10.

101 Así aparece en el Primer Informe del WP14: “[...] 3. In most Member countries of OEEC, differences exist between the provisions of civil law and those of tax laws as to the treatment of different kinds of entities. Thus, *e. g.*, a partnership is frequently treated for tax purposes as a

art. 3.2 del Modelo da preferencia al significado fiscal sobre el de otras ramas del derecho, por lo cual el concepto de persona jurídica utilizado por la definición de sociedad en el MCOCDE debe interpretarse desde el punto de vista fiscal, de forma que se entienda como un sujeto pasivo tributario o unidad imponible. Esta es la interpretación más adecuada a las reglas hermenéuticas de los CDI, la que más se acompasa con la historia y con las finalidades de estas normas, pues permite evitar asimetrías en la calificación de las entidades, aunque esto pueda hacer redundante la definición de “sociedad”¹⁰². Por último, los párr. 2, 3¹⁰³ y 27¹⁰⁴ de los Comentarios del art. 10 del Modelo dejan perfectamente claro, desde su origen en el WP12, que cuando se pretenda definir sociedad para concretar la existencia de una entidad distribuidora de dividendos, esta debe ser opaca, esto es, que se atribuya la renta producto de la actividad realizada a la entidad y no a los socios, pues de lo contrario no podrá considerarse entidad distribuidora y estos últimos sujetos obtendrían una renta calificada como beneficios empresariales y no como dividendos¹⁰⁵.

De todas formas, eminente doctrina ha llegado a la conclusión opuesta, esto es, que la definición de sociedad incluye a todas las personas jurídicas según el derecho privado, aunque ha de reconocerse que llegan a un resultado similar al aquí propuesto al entender que la definición de residencia limitaría esa amplitud, pues “una persona jurídica que es tratada como transparente para

body corporate whereas this form of business undertaking has no legal personality under civil law. The term ‘company’ has been defined with a view to eliminate difficulties originating from such differences between the national tax laws and the civil law”. WP14(61)1.

102 El argumento de la redundancia es esgrimido por AVERY JONES *et al.* 2009: p. 8. A nuestro juicio, es una argumento de lógica común ajeno a las reglas de interpretación de los CDI.

103 Que ha pervivido desde el Primer Informe del WP12.

104 Este comentario tiene su origen en el Primer Informe del WP12, que indica: “Distributions of profits by partnerships of individuals are not dividends. French law, however, makes an exception to this principle in the case of distributions to the limited (*i. e.*, sleeping) partners by ‘sociétés en commentate simple’ (limited partnerships without share capital)”. [FC/WP12(60)4] p. 16]. Sin embargo, es hasta el Modelo de 1977 cuando adquiere su redacción actual, que por cierto no ha tenido modificación desde entonces. Hubo una reenumeración en 1992, pues en el Modelo de 1977 era el párr. 26.

105 Es curioso que se utilice el término *partnership* en los citados comentarios para hablar de entidades transparentes fiscalmente, cuando el Informe de 1999 indica que las referencias a ellas “[...] comprende a entidades que cualifican como tales bajo el derecho civil o comercial a diferencia del derecho tributario...”. OECD 1999: párr. 2. Es evidente que no hay un uso coherente de la palabra de parte de la OCDE por los momentos históricos en que fueron desarrollados ambos textos y que deberían armonizarse en aras de claridad.

propósitos fiscales en el Estado en el que está organizada o es dirigida, es una sociedad, pero puede no ser residente en ese Estado, como quiera que no está sujeta a imposición y, por tanto, el art. 10 no aplicará para reducir el impuesto de ese Estado”¹⁰⁶. Como se expuso en el apartado anterior, existen interpretaciones bastante más amplias del término “residencia” e incluso tratados que no exigen ser sujeto a imposición, por lo cual no podemos compartir esa posición de los autores y dejar la distinción entre entidades opacas y transparentes en la definición de residencia. De todas formas, parece que todos coincidimos en que es necesario brindar seguridad jurídica eliminando la primera parte de la definición de sociedad¹⁰⁷.

La segunda parte de la definición distingue entre entidades transparentes y opacas, ya que considera “sociedad” a “cualquier entidad que sea tratada como persona jurídica para efectos impositivos”¹⁰⁸. El objetivo de la norma, tal como establece el citado párr. 3 de los Comentarios, es incluir a cualquier “unidad imponible”¹⁰⁹ que sea tratada de forma independiente por la legislación tributaria del Estado contratante donde se haya constituido (*organised*). El WPI4 explicaba que la segunda parte de la definición de “sociedad” buscaba solucionar los casos en los cuales una entidad, en especial las *partnership*, fuera tratada como una persona jurídica para efectos tributarios, a pesar de que bajo el derecho civil no tuviese personalidad jurídica¹¹⁰. De esta forma, la definición de sociedad solo aceptaría el literal b) de los supuestos que podría comprender el término “persona” mencionados anteriormente en este trabajo, esto es, aquellas entidades tratadas como unidad impositiva independiente y en igual

106 AVERY JONES *et al.* 2009: p. 8. En la misma línea: HELMINEN 2010: p. 81.

107 Así AVERY JONES *et al.* 2009: p. 44; HELMINEN 2010: p. 88-89. En realidad, existen tratados que ya incorporan una definición de sociedad que solo incluye la segunda parte del art. 3.1.b) MOCODE. p. ej., CDI Estados Unidos y Suecia de 1994. AVERY JONES *et al.* 2002: p. 316-320. Una crítica puede verse en BARENFELD 2005: pp 358-360.

108 *Vid.* variaciones a la segunda parte de la definición de sociedad en la práctica australiana en AVERY JONES *et al.* 2009: p. 12. Al final esas variaciones llegan al mismo resultado que aquí defendemos.

109 La traducción del IEF utiliza cuatro sinónimos “unidad imponible” (párr. 3, art. 3.º), “sujeto pasivo” (posiciones al art. 3.º, párr. 7), “entidades” (posiciones al art. 3.º, párr. 8), “entidades sujetas a imposición” (párr. 3, art. 1.º) para traducir “taxable unit”. Al parecer, el WPI4 se refiere a lo que la doctrina española y el art. 36 LGT llaman “contribuyente”, esto es, el obligado tributario, más en concreto, el sujeto pasivo a cargo de la obligación tributaria principal porque realiza el hecho imponible. Por todos: MARÍN-BARNUEVO 2010: p. 876-877.

110 OEEC, WPI4(61)1; FC/WPI4(61)2: este informe se discute en el Comité Fiscal FC/M(61)5.

forma que las personas jurídicas¹¹¹. Aunque el WP14 solo mencionó a las *partnerships*, estaría claro que ciertas entidades sin personalidad jurídica como los *trust*, los consorcios, las IIC, los FII o los fondos comunes que reciban el tratamiento fiscal de las sociedades pueden considerarse “sociedades” para aplicar el CDI y, en consecuencia, los rendimientos pagados a sus inversores pueden considerarse dividendos¹¹². Sin embargo, la duda que genera la redacción de la definición de “sociedad” es: ¿a qué se refiere que tenga un tratamiento similar a las personas jurídicas?, duda que surge, pues no se especifica a qué tipo de personas jurídicas se refiere.

Como se ha dicho, los párr. 2, 3 y 27 de los Comentarios al art. 10 permiten concluir que simplemente se exige que la entidad sea opaca y no transparente. El último de estos comentarios indica que la entidad distribuidora debería estar sujeta en el Estado de su sede de dirección efectiva al régimen fiscal de las sociedades anónimas¹¹³, interpretación que excede de la literalidad de las

111 Las otras hipótesis, a) las no tratadas como unidad impositiva independiente por ninguno de los Estados contratantes y c) las tratadas como unidades impositivas independientes, pero de forma diferente de las personas jurídicas, estarían excluidas del ámbito subjetivo del art. 10. FC/WP14(61)2. *Vid.* AVERY JONES *et al.* 2006: p. 222; FC/WP14(61)4. El párr. 5. AVERY JONES *et al.* 2009: p. 11.

112 AVERY JONES *et al.* 2009: p. 7. “The origin of the second part of the definition of company is explained by OEEC Working Party 14 (comprising delegates from Austria and Sweden), available online from <<http://www.taxtreatieshistory.org>>: ‘Thus, *e. g.*, a partnership is frequently treated for tax purposes as a body corporate whereas this form of business undertaking has no legal personality under civil law’. The term ‘company’ has been defined with a view to eliminate difficulties originating from such differences between the national tax laws and the civil law. WP14(61)1. (References herein in similar form are on this website) The reasons for the definition are explained in detail in the Working Party’s Second Report at FC/WP14(61)2. The report was discussed by the Fiscal Committee in FC/M(61)5 but exclusively in relation to partnerships. Examples of entities within the second part are authorized unit trusts in the United Kingdom, which are assimilated to companies for corporation tax purposes and the rights of the unit holders are expressly assimilated to shares (Sec. 468 *Income and Corporation Taxes Act* 1988 (TA 1988)), Italian consortia or trusts or all non-resident entities ‘with or without legal personality’ (art. 73(1) (d) Italian Consolidated Tax Act), and the Dutch *fondsen voor gemene rekening* (literally translated: ‘funds for common (joint) account’), which are unincorporated contractual arrangements used for joint investment, participations in which are evidenced by negotiable certificates of participation. Canada has both mutual fund corporations and mutual fund trusts, the latter not being taxable in the same way as a mutual fund corporation (the rate of tax on its undistributed income is at personal rates, not corporate rates). A borderline case is the Canadian SIFT trust or partnership, the taxation of which reflects but is not identical to the corporate rate of tax; see also note 168 concerning certain trusts in Australia”. Nota al pie 7. TENORE 2010: p. 224.

113 El párrafo sostiene: “Las distribuciones de beneficios realizadas por sociedades de personas

definiciones de “sociedad” y “dividendos” del Modelo, pues aunque la tercera parte del art. 10.3 se refiera al régimen fiscal de las acciones al hacer la remisión al derecho interno, la historia, según lo hemos podido comprobar atrás, buscaba simplemente incluir aquellas entidades consideradas unidades impositivas diferentes de sus socios, para lo cual la referencia a las sociedades anónimas y a las acciones era solo un ejemplo, como además se aprecia de la propia redacción del Comentario que entre paréntesis explica que ese tipo social es un ejemplo en Bélgica, España, Portugal y Francia. De tal forma, como se ha mantenido en este trabajo, la tercera parte de la definición tiene como propósito inicial señalar que las características de la entidad que distribuye los dividendos deben ser definidas de acuerdo con la comparación con el régimen fiscal que soporten las rentas de las participaciones sociales en entidades independientes de sus miembros, como por ejemplo, las sociedades anónimas¹¹⁴.

Ahora bien, la siguiente cuestión es determinar la legislación a la que se remite la definición de sociedad y la de dividendos de los CDI para determinar si la entidad está sujeta a imposición. El texto del art. 10.3 del Modelo se remite claramente al de la residencia de la entidad, pero el citado párr. 27 podría generar alguna duda al referirse al Estado de la sede de dirección efectiva, aunque a nuestro juicio ello no tiene ningún sentido¹¹⁵. La definición

–partnerships– no tienen el carácter de dividendos, tal como se han definido, a menos que las sociedades de personas –partnerships– estén sujetas, en el Estado donde se encuentre su dirección efectiva, a un régimen fiscal análogo, en sustancia, al que se aplica a las sociedades anónimas [companies limited by shares/sociétés anonymes] (como es el caso, por ejemplo, de Bélgica, España, Portugal y también Francia para las distribuciones hechas a los socios comanditarios en las sociedades comanditarias simples). Por otra parte, pueden ser necesarias ciertas precisiones en los convenios bilaterales en el caso de que la legislación tributaria de un Estado contratante otorgue al propietario de participaciones en una sociedad el derecho a optar, bajo [sic] ciertas condiciones, por una imposición análoga a la de un socio de una sociedad de personas –partnership– o, inversamente, conceda al socio de una sociedad de personas –partnership– el derecho a elegir el gravamen como propietario de una participación en una sociedad”.

114 Contrario a esta opinión HELMINEN 2010: p. 31 indica que la remisión del artículo 10 corresponde a la naturaleza de la financiación y no de la entidad, pues este concepto se apoya en el de “sociedad” según el art 3.1 del Modelo.

115 Algunos autores no ven diferencia entre ambos Estados (HELMINEN 2010: p. 83). En principio, ello no parece tener trascendencia, pues la dirección efectiva quedará en el mismo de residencia convencional, ya que el art. 4.º MCOEDE se refiere a la sede de dirección como criterio de conexión subjetiva, y en caso de conflicto de doble residencia, le da prevalencia. Sin embargo, puede ocurrir que la entidad, si bien se encuentre dentro del criterio de conexión, no esté sujeta a imposición o solo lo esté por sus rentas de fuente territorial, con lo cual no será residente. Al no serlo, no podrá ser entidad distribuidora de dividendos, pues la residencia es un prerequisite.

de sociedad, por su parte, no lo expresa claramente, aunque el párr. 3 de los Comentarios al art. 3.º MCOCCDE 2010 entiende que es la legislación tributaria del Estado contratante donde se haya constituido (*organised*)¹¹⁶. Esa misma idea se encuentra en el MCEUA, pero en el propio articulado que indica: “(b) the term ‘company’ means any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes *according to the laws of the state in which it is organized*” (bastardilla nuestra).

La doctrina ha evidenciado la contradicción existente entre los CMOCDE en cuanto a la definición de “sociedad” y la propia definición de “persona” y de “residencia”, puesto que mientras una entidad puede ser residente solo si es una persona, no hay razón del porqué el Modelo no considera como sociedad a una entidad sujeta a impuestos solo porque está constituida bajo la legislación de otro Estado, aun cuando eso podría implicar que no es una persona, pero en todo caso es gravada en el Estado de la residencia¹¹⁷. En realidad, esta contradicción parece ser admitida por la OCDE que en el Modelo de 2014 modificó el Comentario al artículo 3.º para remitir al Estado de la residencia y no al de constitución¹¹⁸. Dado que los Comentarios no tienen valor normativo y viendo

116 AVERY JONES *et al.* 2009: p. 12 entiende que organización (*organized*) y constitución (*incorporated*) en inglés significan lo mismo. Las explicaciones técnicas y el mismo MCEUA contienen la misma palabra “organized” en los Comentarios al art. 3.º, donde se indica: “The term ‘company’ is defined in subparagraph 1(b) as a body corporate or an entity treated as a body corporate for tax purposes in the state where it is organized. The definition refers to the law of the state in which an entity is organized in order to ensure that an entity that is treated as fiscally transparent in its country of residence will not get inappropriate benefits, such as the reduced withholding rate provided by subparagraph 2(b) of Article 10 (Dividends). It also ensures that the Limitation on Benefits provisions of Article 22 will be applied at the appropriate level”. La propuesta del IEF sea adecuada a la versión francesa del Modelo. En la versión inglesa la duda que se presenta es que si se hubiese querido decir “constituida” se habría utilizado la palabra “incorporated”; sin embargo, teniendo en cuenta que está última palabra inglesa tiene connotaciones de creación de “companies” y considerando que puede haber otro tipo de entidades además de las *companies*, es dable concluir que el término “organized” es correcto y su traducción al español ha de ser “constituido” bajo el entendido de las leyes que regulan el contrato “domicilio contractual” o “domicilio social”, según el caso.

117 *Cfr.* AVERY JONES *et al.* 2009: p. 12.

118 “3. The term ‘company’ means in the first place any body corporate. In addition, the term covers any other taxable unit that is treated as a body corporate for the purposes of the tax law of the Contracting State of which it is a resident. The definition is drafted with special regard to the Article on dividends. The term ‘company’ has a bearing only on that Article, paragraph 7 of Article 5, and Article 16”. OECD 2013: párr. 4. Finalmente aprobado en la actualización al Modelo de 15 de julio 2014. Esto ha sido valorado como clarificadorio por quienes han hecho

la incongruencia del párr. 3 de los Comentarios al art. 3.º MCOUDE de 2010, la interpretación más adecuada del Modelo y de los CDI con igual redacción es la de entender que la legislación relevante para determinar si es una unidad imponible tratada como persona jurídica es la del Estado de residencia, como lo aconseja la lógica, la historia¹¹⁹ y la interpretación sistemática con el art. 10, en especial con la tercera parte de la definición de dividendos, que se refieren siempre a la entidad residente. En todo caso, en pro de la seguridad jurídica lo ideal será que los CDI expresamente remitan al Estado de residencia, como lo hacen algunos tratados italianos¹²⁰.

El problema estaría en aquellos convenios que expresamente remiten en el texto al Estado de constitución, pues dicha interpretación no cabría por exceder el sentido de las palabras¹²¹. En cualquier caso, incluso bajo el MCOUDE se han admitido otras interpretaciones¹²² cuya relevancia práctica pasamos a evaluar, pues en últimas supondrían evaluar los siguientes aspectos respecto de dos legislaciones para determinar la existencia de una entidad distribuidora de dividendos:

comentarios públicos. <http://www.oecd.org/ctp/treaties/oecd-publishes-comments-on-technical-changes-proposed-for-inclusion-in-2014-update-to-oecd-model-tax-convention.htm> Esta modificación había sido sugerida por AVERY JONES *et al.* 2009: p. 44.

- 119 El párrafo de los Comentarios que daría importancia al Estado de constitución contradice la historia del artículo 3.º MC, que demuestra que la definición de “sociedad” no pretendía excluir a las entidades no constituidas o formadas en ninguno de los dos Estados contratantes, siempre que fuesen consideradas “persona jurídica a efectos impositivos” o contribuyentes en el derecho interno. Por ello, no tendría sentido indicar que, por ejemplo, una sociedad constituida bajo el derecho panameño pero con su sede de dirección efectiva en Colombia no es una “sociedad” en este último Estado para efectos del CDI con España, a pesar de que es residente. DAY 2011: aptdo. 2.3.4.
- 120 CDI de Italia con Bélgica de 1983 “en el Estado en el cual es residente”; y con India de 1993 y Malasia de 1984 “bajo la legislación tributaria de los respectivos Estados contratantes”. *Vid.* AVERY JONES *et al.* 2009: p. 12.
- 121 No obstante, en aquellos que como el MCEUA el criterio de constitución sea preponderante para solucionar los casos de doble residencia, el Estado de constitución y el de residencia para efectos convencionales serán el mismo, de forma que el problema no se presentará.
- 122 Así los MCOUDE anteriores a 2014. También AVERY JONES *et al.* 2009: p. 11, 12 y 44. Aunque sugiera modificar los comentarios, admite esa interpretación. Igualmente lo hace HELMINEN 2010: p. 80 y ss.

	<i>Estado de residencia (ER)</i>	<i>Estado de constitución (EC)</i>
Sociedad		Es persona jurídica ¹²³ o es una unidad imponible independiente (art. 3.1)
Residencia	La entidad es residente (art. 4.º): Es persona. Existe un criterio de conexión subjetivo. La entidad está sujeta a imposición. La entidad no resulta gravada solo por el criterio de fuente.	
“Otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones”	La entidad resulta gravada de forma similar a las sociedades anónimas ¹²⁴ (art. 10)	

Bajo un análisis de las hipótesis que teóricamente cabrían de estas remisiones, es posible concluir que si la entidad es residente en ambos Estados, será “sociedad” en los dos y el problema que aquí se analiza no se presentará, pues será un caso de doble residencia¹²⁵. Sin embargo, es posible que la entidad se constituya en el EC y no cumpla los requisitos para ser residente en ese Estado. Se ha descrito en el apartado anterior que *según los Comentarios* al MCOCDE, la legislación del EC es relevante para determinar si es una “sociedad” de acuerdo con el art. 3.1. Desde un punto de vista teórico, hay dos respuestas posibles: que sea sociedad o que no lo sea. Lo será si es una unidad imponible independiente de sus socios o partícipes, lo cual debe evaluarse a partir del criterio de que bajo la legislación de ese Estado la atribución de la renta se haga a la entidad propiamente y no a los socios directamente. En ciertos convenios, e incluso bajo la interpretación más literalista del MCOCDE, será sociedad solo por ser persona jurídica o un tipo de entidad expresamente incluido en la definición.

Ahora bien, la legislación del ER permite determinar si se cumple con el art. 4.1 y, en consecuencia, si el CDI es aplicable –ámbito subjetivo–, y las respuestas posibles teóricamente son dos: es residente o no es residente. Ello depende

123 Recuérdese que esta tesis ha defendido que esa referencia se hace a las personas jurídicas para efectos impositivos, es decir, aquellas unidades impositivas independientes de sus miembros.

124 Recuérdese que esta tesis ha defendido que debe entenderse como ser tratado como unidad impositiva independiente de sus socios y estar sujeto a una potencial doble imposición económica.

125 HELMINEN 2010: p. 82.

del criterio de conexión, de que esté sujeta a imposición y si no está sometida exclusivamente por el criterio de fuente territorial. Además, la legislación del ER es relevante para determinar si “las rentas de otras participaciones sociales [están] sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones”. Las dos respuestas posibles son: que sí están sujetas al mismo régimen o que no.

De acuerdo con este análisis, las hipótesis posibles son las siguientes¹²⁶:

1) En principio se deberían descartar los supuestos en que la entidad no es residente en ningún Estado, pues en tal caso no es necesario definir la entidad distribuidora, ya que el CDI no es aplicable.

2) Fuera del caso anterior, solo nos queda la posibilidad de que la entidad sea residente en ER¹²⁷. EC considera que la entidad no es “sociedad” porque es transparente para efectos fiscales y no es persona jurídica, pero el ER considera que esa misma entidad es residente de su jurisdicción y que por tanto es opaca. Existiendo entonces las legislaciones del EC y del ER como relevantes para determinar la calificación de entidad distribuidora de dividendos, podrían presentarse las siguientes subhipótesis:

a) Si el socio es residente en ER, el CDI no restringe al derecho interno de este Estado, pues la renta que se obtenga por medio de la sociedad se califica dentro de los artículos 7.º (beneficios empresariales) o 21 (otras rentas) al no reunirse el requisito de bilateralidad incorporado en el artículo 10 (pagados por un residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante).

b) Si el socio es residente en EC, el CDI es aplicable y las distribuciones de beneficios serán tratadas como dividendos¹²⁸. En este caso, es posible que el EC argumente que al no existir una “sociedad” desde el punto de vista de su legislación, la renta se atribuya a los socios y por tanto se califiquen como beneficios empresariales u otro tipo de renta. De acuerdo con Helminen, este es el único caso en que el tratado contiene la doble remisión, una al Estado de la fuente y otra al de la residencia, y donde se pueden presentar conflictos de calificación¹²⁹.

126 Similares casos son estudiados por HELMINEN 2010: p. 82 y ss. Sin embargo, recuérdese que esta autora entiende que el art. 3.1.b) remite a la legislación del Estado de constitución, lo cual a nuestro juicio es errado por razones expuestas atrás.

127 Esta exclusión la hace también HELMINEN 2010: p. 81.

128 HELMINEN 2010: p. 82.

129 El caso presenta similitudes con el Modelo II de híbridos inversos presentado por RUSSO, que envuelve otros factores que exceden el propósito de este trabajo. RUSSO (ed.) 2007:

La hipótesis estudiada obviamente generaría un conflicto de calificación en la entidad que derivaría en un conflicto de calificación de la renta, y consecuentemente la doble imposición¹³⁰. Por eso consideramos que la interpretación debe darse de acuerdo con el objeto y finalidad de los convenios, que claramente en este caso exigirían aquella solución que no genere doble imposición. De esta forma, debería descartarse esa interpretación sesgada de que el MCOCDE distingue entre EC y ER, pues precisamente lleva a concluir que puede generarse un conflicto de calificación¹³¹. Así, el argumento según el cual el Convenio define “sociedad”, “residente” y sujeta a imposición análoga a las sociedades con una remisión a la legislación del ER descartaría la pertinencia de la legislación del EC. De manera que si este último Estado califica con fundamento en su legislación a la entidad como transparente, estaría aplicando erróneamente el tratado, pues la ficción de la existencia de una entidad distribuidora de dividendos se ha creado a esos efectos¹³².

p. 244 y 255. El modelo planteado en este libro supone que una matriz residente en el Estado A obtiene un préstamo con un banco para adquirir una participación en una entidad híbrida inversa en el Estado B. Es decir, para el Estado A dicha entidad será opaca, mientras que para el Estado B será transparente. Sobre esa base, la entidad híbrida le concede un préstamo a una subsidiaria en el Estado C. Como resultado de la operación, la subsidiaria puede deducir los intereses pagados a la entidad híbrida, que no será sometida a imposición en el Estado B por ser considerada transparente, no tener ni un EP ni una actividad sustancial suficiente para resultar conectada dicha legislación. Para el Estado A la renta será diferida hasta que haya distribución de utilidades. En palabras de los autores citados: “This involves using a hybrid entity as a low-tax finance company, where the country of the hybrid (country B): treats the hybrid as transparent, and it does not tax the members, on the basis either that the member does not have a permanent establishment or that the lending activity is not sufficiently substantial to create a taxable presence therein. This may be the case, for example, in the United Kingdom, if the lending activity is not enough to be regarded as a ‘trade’ or in the United States, if it is not enough to be a ‘trade or business’”. p. 244.

130 HELMINEN 2010: p. 88-89.

131 HELMINEN 2010: p. 84. Es curioso que la autora en la página 87 expone precisamente que a pesar de la clasificación inconsistente que pueda darse cuando el EC ve a la entidad como transparente y el ER como opaca, el primer Estado debe calificar la renta como dividendos y aplicar el régimen tributario acorde porque el ER ha aplicado correctamente el tratado, y de tal forma la calificación resulta vinculante para EC. Cita al respecto a AVERY JONES *et al.* 1996: p. 119 y 127 y 128, y el párr. 68 del art. 23 MCOCDE. Al final este argumento no dista mucho del que se sostiene en esta tesis. Afirma la autora que “la mejor solución sería que el tratamiento en el Estado de residencia de una entidad sea decisivo con respecto a un dividendo”. HELMINEN 2010: p. 88-89.

132 Recuérdese que los conflictos de calificación se resuelven indicando qué legislación resulta aplicable y no diciendo cuál Estado califica la renta de forma vinculante para el otro, pues esto último no se deriva de ningún precepto del CDI. *Vid.* CASTRO 2012.

3) EC considera que la entidad es una “sociedad” porque es persona jurídica, a pesar de ser transparente y no ser residente en su territorio, pero ER considera que la entidad:

a) No es residente en ER: en este supuesto, que equivale al número 1 de esta lista, en principio la entidad no es residente en ningún Estado contratante y no es necesario determinar si hay entidad distribuidora de dividendos, ya que el CDI no es aplicable.

b) Es residente en ER.

a') Si el socio es residente en ER: independientemente de que la definición de persona jurídica deba ser determinada conforme a la legislación de EC, el artículo 10 del CDI no será aplicable, pues se trata de dos residentes en ER, abriendo paso a calificar de conformidad con los artículos 7.º o 21, tal como se expuso en la hipótesis 2 a). De tal forma el problema resulta ser irrelevante.

b') Si el socio es residente en EC: el CDI entre EC y ER es aplicable, la entidad para el ER es considerada una “sociedad” según su legislación y, por tanto, la renta derivada será calificada como dividendo para aplicar la retención en la fuente. Así, el EC puede gravar la renta de los socios residentes, pero debe conceder el método para la eliminación de la doble imposición previsto para los dividendos en el CDI, so pena de aplicar erróneamente el CDI, pues la calificación de los términos “sociedad” y “entidad distribuidora de dividendos” viene definida por la legislación del Estado de residencia, de forma que si EC aplica su legislación interna, estaría aplicando el tratado de forma errónea.

Estas hipótesis permiten concluir que el problema de la doble remisión al EC y ER genera conflictos en la calificación de la entidad distribuidora de dividendos, por lo cual resulta deseable que la remisión se haga únicamente al ER. Como se ha argumentado en este trabajo, cuando existe EC y ER la única legislación relevante para calificar si se trata de una “sociedad” que califica como entidad distribuidora de dividendos es la del ER. Esta es una interpretación coherente con el sentido gramatical del Modelo y el propósito de eliminar la doble imposición en el marco de su texto.

D. CONFLICTOS DE ATRIBUCIÓN Y LA FICCIÓN DE LOS DIVIDENDOS

Los CDI no contienen reglas de atribución, de forma que las normas internas de esa naturaleza no resultan inaplicadas por los tratados, tal como reconoció tempranamente el WP14 en su Tercer Informe¹³³. En efecto, autorizada doctrina contemporánea afirma la misma idea, pues considera que la atribución de la renta es un asunto distinto del de la determinación de los sujetos que tienen derecho a los beneficios del CDI, puesto que el art. 4.º MC parece conformarse con que formalmente la persona tenga derecho a recibir la renta¹³⁴. Además, aquellas frases que denotan una conexión del tipo de renta con la persona como “pagados por” y “pagados a”¹³⁵ no se definen en el tratado y su contexto podría no ser unívoco, de manera que la legislación de los Estados contratantes puede definirlos aplicando el art. 3.2 MCOCDE. De esta forma, los conflictos de atribución pueden surgir a causa de las importantes diferencias en las normas internas, en especial por las que establecen los criterios para clasificar a las entidades, aunque también se demostró que pueden ser causados por otras normas internas que reatribuyan las rentas, desconozcan a las entidades distribuidoras

133 “There could have been inserted some explanatory notes as to that matter within the Commentary. It seems doubtful, however, that such explanatory notes within a mere Commentary could really dispose of a matter of such importance. The decision as to which of the taxation rights would have to be given priority, where one of the Contracting States claims a taxation right, because the income has accrued to a body of persons which is to be considered a ‘company’ resident in its territory, whereas the other Contracting State claims the same taxation rights, because the income is deemed to be accrued to the individual partner, resident in its territory, could only be made by itemising the special forms of partnerships, where under the taxation laws of the Member countries such divergences could arise and by settling each individual case by special rule. In reality no such rule seems to be necessary at all. An individual which decides to participate in a partnership, which is treated as a body corporate in a certain State, did initially not mind the fact that the so-received corporate income will be liable to tax twice, on the one hand as income of the body corporate and, when distributed, as income of the shareholder. It does not seem necessary to avoid such double taxing which is purposely levied by one of the Contracting States by international agreements for the sole reason that other Contracting States *do not take the same view in the treatment of like income*” (bastardilla fuera de texto). FC/WP14(62)I: párr. 11. FC/WP14(62)I: párr. 11. Day 2011: aptdo 2.3.4. Nótese en todo caso que se analizan solo los casos de híbridos en los cuales el conflicto supone doble imposición y con ello donde puede haber un interés de no perder recaudación, pero no estudia los híbridos inversos en los que podría haber doble exención.

134 WHEELER 2007: p. 56-57; DANON 2004: p. 347-351.

135 WHEELER 2011: p. 255-256.

de dividendos¹³⁶, o como lo sostiene Fibbe, que definan de forma diferente el ámbito del objeto imponible comprendido bajo el hecho generador¹³⁷. Dicho esto, ha de tenerse en cuenta que los conflictos de atribución causan muchos problemas que no se estudian en este libro, ya que en este apartado se analiza solo cómo los criterios de atribución pueden causar conflictos de calificación de las rentas recibidas por los partícipes y cuándo pueden resolverse de acuerdo con una interpretación sistemática de las distintas normas que definen las características de la entidad distribuidora de dividendos y la ficción de los dividendos. Como se ha dicho, de la lectura conjunta de los art. 3.1, 4.º y 10 del Modelo es posible establecer una regla de atribución implícita del mismo rango del tratado según la cual un Estado contratante debe respetar la calificación como dividendos para efectos convencionales de los rendimientos que sus residentes obtengan por medio de una entidad considerada una persona, residente, sociedad y entidad distribuidora de dividendos del otro Estado contratante¹³⁸.

I. AUSENCIA DE FICCIÓN DE LOS DIVIDENDOS

Es evidente que el MOCODE carece de una norma de atribución y que las legislaciones internas resultan irrestrictas en ese ámbito, por más que se haya defendido la existencia del principio de buena fe como un límite convencional¹³⁹. Sin embargo, los CMOCODE derivados del Informe de *Partnerships* de

136 Por ejemplo, los Comentarios sostienen que la redefinición del contribuyente hecha por normas internas antiabuso no se afecta por los CDI. Párr. 22.1 del art. 1.º MOCODE.

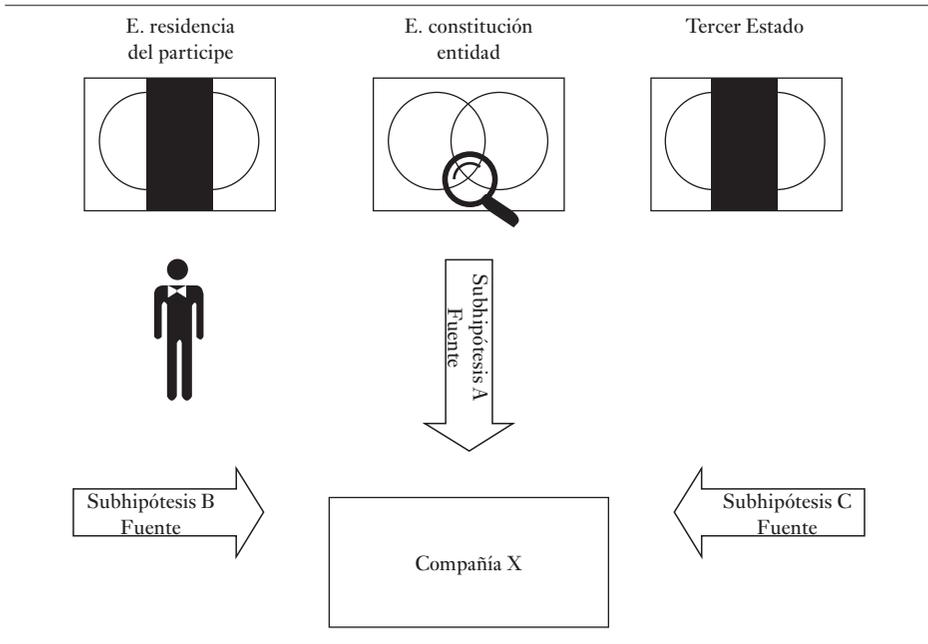
137 Con acierto DANIELS afirma que lo relevante no es la clasificación de la entidad para efectos del CDI, sino la atribución de la renta. DANIELS 1991: p. 153. En la misma línea FIBBE 2009: p. 198.

138 La idea de que el Estado de residencia de los socios debe respetar la calificación como opaca de entidad distribuidora de dividendos dada por el Estado de residencia de la entidad distribuidora fue propuesta por TENORE 2010: p. 224.

139 Comenta FIBBE que en los Países Bajos los tribunales, si bien reconocen que en principio los Estados contratantes son libres de fijar las reglas de atribución de una renta a una persona para efectos del tratado, incluso si eso puede causar un conflicto de atribución entre los Estados, parecen aceptar que el principio de buena fe contenido en la CVDT podría requerirles que se desvíen de la atribución dispuesta por la legislación interna para aplicar el tratado. FIBBE 2009: p. 203-211. El autor cita el siguiente párrafo de la Corte Suprema de Amsterdam: “[...] the national legislator could independently, autonomous from the other Contracting State, determine who should be included under ‘the person that receives’. Contracting States could not have intended with Article 2, paragraph 2 [equivalente al 3.2 MOCODE], of the Convention to respect all domestic fictions. The intention and the wording of Article 4 and 14 of the Convention require differently [...]”.

1999 incorporaron los principios ya mencionados según los cuales el Estado de la fuente debe tener en cuenta, como parte del contexto fáctico dentro del cual el tratado se aplica, la forma en que un elemento de renta producida en su jurisdicción se trata en el Estado donde es residente la persona que reclama los beneficios del convenio por reunir tal condición (párr. 6.3, art. 1.º, CMOCDE). De esto se infiere que: a) si la entidad no es residente en el otro Estado, serán los partícipes quienes puedan pedir la aplicación del tratado en el Estado en que son residentes y b) el Estado de la fuente solo tendrá que limitar su poder de imposición si el elemento de renta se atribuye a la entidad residente en el otro Estado o a sus partícipes residentes en ese otro Estado. Con esos principios, inicialmente pensados para determinar el ámbito de aplicación de los CDI, cabe evaluar la siguiente hipótesis: la renta se atribuye a los socios en el Estado de constitución de la entidad, mientras que el Estado de residencia de los partícipes considera que la renta se le atribuye a la entidad. En este caso, el Estado de constitución considerará que la renta tiene su fuente original y no la ficta en las participaciones sociales. Ello podrá tener tres subhipótesis, a saber: que la renta tenga origen/fuente en: a) el mismo Estado de constitución, b) en el Estado de residencia de los partícipes o c) en un tercer Estado.

FIGURA 1. CONFLICTOS DE CALIFICACIÓN DE ENTIDADES I



Fuente: Elaboración propia. Diagramas semejantes a los utilizados en OECD (1999).

En las subhipótesis b) y c) el Estado de constitución de la entidad no gravaría a la entidad, al tiempo que la renta no se realizaría en el Estado de residencia de los partícipes hasta la distribución. En estos casos, la regla general de los CMOCDE sugiere que el CDI entre el Estado de constitución y el de la fuente no resulta aplicable¹⁴⁰, de forma que no sería necesario calificar la renta para efectos convencionales. Sin embargo, si la entidad fuese residente para efectos de los CDI por su expresa inclusión, o si la interpretación de la OCDE no se aceptase, sería necesario calificar el rendimiento, lo cual llevaría a que en el caso b) el Estado de residencia de los partícipes aplicara la calificación de la renta original, y si esta fuera la de regalías o beneficios empresariales sin EP, tendría que limitar su poder de imposición. Luego podría gravar a los partícipes residentes, pero en principio hasta la distribución. En cuanto al método para eliminar la doble imposición previsto por el Convenio, dicho Estado no tendrá que garantizar el consagrado para los dividendos, puesto que no se ha creado la ficción de la entidad distribuidora.

Ahora bien, en la subhipótesis a), sustancialmente idéntica al ejemplo 6 del Informe de *Partnerships*, el Estado de la fuente/de constitución de la entidad podrá gravar de manera ilimitada o limitada o restringirse de gravar, según la calificación de la renta que derive del CDI. Por su parte, el Estado de residencia de los partícipes considerará la renta diferida en la entidad, de manera que si la fuente la ha gravado, podría argumentarse que el crédito no debe concederse por no haber un ingreso correlativo. Nótese que en este caso el impuesto pagado en la fuente es satisfecho por los partícipes, de manera que, en principio, podría ser aceptado como el crédito fiscal por el Estado de residencia de estos. Sin embargo, el crédito máximo que el Estado de la residencia aplicaría será el admitido para los dividendos (5% o 15% en el MOCDE) en tanto que ve a la entidad como opaca, de manera que si la imposición en la fuente lo superara, habrá doble imposición cuya coherencia con el Modelo no resulta incuestionable,

140 Puesto que la renta no está sujeta a imposición en cabeza de la entidad en el Estado de constitución. Sin embargo, estas situaciones pueden dar lugar a doble imposición no resuelta por el CDI en la medida en que la renta subyacente se gravará en el Estado de la fuente sin limitaciones convencionales y en el Estado de residencia de los partícipes cuando haya distribución, sin que se otorgue a estos últimos el derecho a acreditar el impuesto pagado por la entidad. Esa es la conclusión explícita del ejemplo 7 del Informe de *Partnerships*, aunque ha merecido fundadas críticas de parte de LANG por considerar que el CAF entiende que existe una cláusula de sujeción efectiva en el CDI y se desestima la importancia de las reglas de atribución del Estado de la fuente, las cuales podrían dar a entender que la entidad está “sujeta a imposición” en el Estado de constitución y en consecuencia aplicar el tratado para reducir la imposición en la fuente. LANG 2000: p. 59-63.

pues tendría una naturaleza jurídica y no económica. Si el Estado de la fuente considerara que el CDI limita su poder de imposición sobre la renta al entender que la renta es obtenida por un residente del otro Estado contratante y el tratado excluye su poder de gravar, podrá darse una no imposición temporal, ya que la residencia entendería diferida la renta hasta la distribución.

Los principios generales del Informe de *Partnerships* en torno a las reglas de atribución sugerirían en el anterior supuesto que el Estado de la fuente analizara si la renta está sujeta a imposición en cabeza de un residente del otro Estado contratante. La OCDE ha afirmado que en la medida en que los socios no están sujetos a imposición hasta la distribución, el Estado de constitución de la entidad y fuente de la renta no debería restringir su derecho de imposición a lo dispuesto en el tratado, porque además los partícipes no son beneficiarios efectivos de la renta, pues lo sería la entidad que no es residente en ninguno de los dos Estados, y porque se deben denegar los derechos del tratado por la supuesta mala fe o abuso. Los argumentos de la organización internacional carecen de fundamento, como acertó tempranamente Lang, porque en este caso los partícipes sí están sujetos a imposición, solo que el Estado de la residencia ha decidido ejercer su derecho de imposición solo hasta la distribución¹⁴¹ y porque es cuanto menos discutible que pueda haber abuso o mala fe cuando puede haber casos de doble imposición jurídica. A nuestro juicio, la solución al conflicto parte de la base de entender que no concurren los presupuestos de la ficción de la existencia de una entidad distribuidora de dividendos para efectos del CDI, puesto que si bien la legislación del Estado de la fuente/Estado de constitución permite calificar la renta como un beneficio empresarial con EP o sin él, un interés, una regalía, etc., la legislación del Estado de residencia de los partícipes no podría suponer que la entidad es opaca para efectos *del tratado*, de manera que no procedería aplicar el crédito fiscal a los socios bajo el régimen de los dividendos, sino bajo la calificación realizada de conformidad con el texto internacional por el Estado de la fuente (art. 23 MCOCDE). Sin embargo, diversas interpretaciones admite la doctrina, como la propuesta por Lang y Staringer, según la cual existe una “sociedad” para efectos del CDI, en la medida en que la entidad es considerada unidad impositiva en al menos un Estado y que, por tanto, el método para eliminar la doble imposición que debe conceder el Estado de residencia de los partícipes es el de los dividendos¹⁴².

141 Entre otras razones que no es del caso comentar en este punto: *vid.* LANG 2000: p. 59-61.

142 LANG & STARINGER 2014: p. 49-52. Aunque esa sea la solución que defiendan, el *General Report* menciona otras.

A nuestro juicio esta interpretación es difícil de ajustar en el tenor literal de las definiciones de sociedad y dividendos, puesto que, como se ha dicho, ambas remiten al Estado de la residencia de la entidad, que en este caso no es ninguno de los Estados contratantes.

Con fundamento en lo señalado, cabe analizar el caso del régimen de transparencia francés, que denota nuevas aristas del problema anteriormente descrito. En Francia, las *partnerships* (concepto que puede incluir un amplio grupo de asociaciones como las agrupaciones de interés económico las sociedades civiles inmobiliarias –*sociétés civiles immobilières* ‘SCI’–, por ejemplo) se consideran personas jurídicas para efectos fiscales, de manera que poseen los activos a su nombre, cumplen con obligaciones de información, son residentes para efectos de los CDI, agregan los ingresos, costos y gastos, aunque el resultado (pérdidas o ganancias) se les atribuye a los socios, que son quienes pagan el impuesto sobre la renta. Como se aprecia, son personas jurídicas con un régimen de transparencia que en cierta medida envuelve una paradoja, pues los beneficios se calculan y gravan en cabeza de los accionistas, aunque la entidad en sí misma está “sujeta a imposición” y es residente para aplicar el CDI. Esto ha supuesto que la jurisprudencia no vea el rendimiento como un flujo que corre transparente por la entidad hacia el partícipe no residente, sino que por el contrario, lo considere gravable en Francia sin limitación de los CDI, pues los socios no tienen derecho a los beneficios del tratado, ya que la entidad es una persona jurídica que obtiene la renta¹⁴³. En los términos que hemos usado en este texto, Francia admite la ficción de que los beneficios de la *partnership* no mantienen su misma fuente y naturaleza cuando se atribuyen a los socios.

Ante este régimen de transparencia francés, las autoridades belgas, respaldadas inicialmente por los tribunales, consideraron que tales distribuciones recibidas por socios belgas en SCI francesas son dividendos, y no se aplica restricción alguna derivada del CDI entre Francia y Bélgica, el art. 10 permite al Estado de la residencia gravar los rendimientos de tal naturaleza, según

143 La jurisprudencia del Conseil d’État ha sido clara en afirmar esto en reiterada jurisprudencia. *Vid.* Francia, Conseil d’État, Sentencia del 11 de julio de 2011, caso 317024, *Société Quality Invest vs. Ministre de l’Économie, des Finances et de l’Industries*. En la misma línea, Francia, Conseil d’État, Sentencia del 4 de abril de 1997, caso 29531, *Kingroup vs. Ministre de l’Économie, des Finances et de l’Industries*. Disponibles en: Tax Research Platform, IBFD. Obviamente, hay excepciones como el CDI entre Francia y los Estados Unidos que admite la plena transparencia. *Vid.* COUSTEL & COUDIN 1997: p. 463 y ss.

parece entenderse de los argumentos¹⁴⁴. Esta sentencia se ha criticado porque llevaría a la ilógica conclusión de que la SCI francesa es residente en Bélgica en la medida en que es la entidad la que realiza la distribución y no los socios belgas. Además, en cualquier caso, la SCI no está sujeta a imposición en Francia y, por tanto, no puede ser residente para efectos del tratado y, en esa medida, no realiza una distribución en los términos del art. 10¹⁴⁵.

El supuesto de la SCI se asimila a los híbridos inversos en su resultado, pues la atribución de la renta a los socios viene definida por la legislación francesa, aunque considera como residente a la entidad. Contrario a lo que opinan los comentaristas recién citados, no parece que el juzgador considere que la sociedad es residente en Bélgica, sino que simplemente califican la renta desde el punto de vista del Estado de residencia del partícipe, encontrando que son dividendos que pueden ser gravados en Bélgica sin limitación, sin perjuicio de que se tenga teóricamente un derecho a aplicar el método para eliminar la doble imposición. Es decir, la Corte da un claro ejemplo de que la residencia también califica la renta y la atribuye. Lo que parece ocurrir es que los fundamentos para ese resultado calificadorio son errados y confunden la aplicación del CDI con el ámbito subjetivo del art. 10 y la definición de dividendos. En ese sentido, es de aclarar que si bien la renta es pagada por una sociedad residente en Francia —la SCI, según las normas internas de atribución francesas— incluso suponiéndose que cumple con el art. 4.º MC¹⁴⁶ y, por tanto, con el ámbito subjetivo del CDI y

144 Bélgica, Corte de Apelación de Bruselas, Sentencia del 4 de junio de 1974, JDF, 1975, p. 83; Bélgica, Corte de Apelación de Bruselas, Sentencia del 7 de noviembre de 2002, FJF 2003/128.

145 Una crítica similar en DE BROE & DE LA SERNA 2005: p. 15 *et seq.* Vid. AVERY JONES *et al.* 2009: p. 8. Argumentó la doctrina que esta renta debería calificarse como inmobiliaria según el art. 6.º y por tanto atribuirse a Francia como Estado de la fuente. En consecuencia, al presentarse un conflicto de calificación, debería ser exenta por Bélgica, ya que los párr. 32.1 y ss. del art. 23 del MCOUDE así lo sugerían. Corte Suprema, Sentencia de 2 de diciembre de 2004, FJD, 2005/179. En la misma línea la Corte de Apelaciones de Lieja mediante Sentencia de 17 de febrero de 2010 y la Corte de Primera Instancia de Bruselas de 20 de noviembre de 2009. Vid. BRONSELAER 2012: p. 383-466; AVERY JONES *et al.* 2009: p. 8.

146 Vid. nota 784. La práctica convencional francesa así lo ratifica, como se resume en la reserva al Informe de *Partnerships* de 1999: “Even when the partnership is established in a State which applies a fiscally transparent approach, the fact that the partnership is a legal person precludes the view that income simply ‘flows through’ this entity to the partners. Since a partnership constitutes a separate legal entity, it cannot be ignored for tax purposes”. Ello se puso de presente en el caso Diebold Courtage SA. Conseil d’État, octubre 13 de 1999, n.º 191191, RJF 12/99, n.º 1492. No obstante, desde el 2007 Francia permite cierta transparencia de rentas pasivas obtenidas por partícipes en *partnerships* no residentes tratadas como transparentes. Vid.

del art. 10.1, lo cierto es que no existe una entidad distribuidora de dividendos en los términos de la definición del art. 10.3 MCOEDE.

Varias razones permiten llegar a esa conclusión. Por un lado, el art. 10.3 requiere que la entidad que distribuye los dividendos sea una “sociedad” y pague las rentas por la condición de socio o participe en ella. De esta forma, debe explicarse que no hay un conflicto de calificación de la entidad, pues el juzgador no cuestiona que la entidad sea transparente y residente en Francia. En cualquier caso, el art. 10.3 ha sido redactado consagrando una remisión a la legislación del Estado de la residencia de la entidad que le permite a esta definir cuando la fuente de la renta son las participaciones sociales. Si dicho Estado considera como residente a una entidad que se constituye en su Estado, pero decide no gravar sus beneficios sino mantener la naturaleza que tienen de los elementos de renta cuando son obtenidos e imponer el tributo sobre los socios, los rendimientos no derivan de la participación en una unidad impositiva independiente de los socios, pues no ha habido ficción. De tal forma, no siendo dividendos conforme con el artículo 10 se calificaría de acuerdo con su naturaleza original. En el caso de las SCI francesas el rendimiento se enmarcará seguramente en el art. 6.º porque ese tipo societario tiene como actividad principal los negocios inmobiliarios. A esa misma conclusión, pero por distintas vías argumentales, han llegado los autores y la Corte Suprema belga¹⁴⁷.

Cuando Francia es el Estado de la fuente del rendimiento y de residencia de la entidad transparente la operación será netamente interna y no procederán las limitaciones convencionales. Sin embargo, para el Estado contratante de residencia –los partícipes en entidades transparentes residentes en Francia– habrá rentas que mantienen su calificación y que se atribuyen directamente a tales sujetos, pero habrá que concederles el método de eliminación de la doble imposición que corresponda con la naturaleza del ingreso según lo previsto en los CDI. Obviamente, esto puede dar como resultado que el Estado de residencia de los partícipes no conceda el método por considerar que Francia ha aplicado de forma errónea el CDI y ha superado la imposición limitada prevista para los dividendos. Sin embargo, el país galo no incumpliría sus obligaciones internacionales, puesto que los convenios de forma expresa o tácita aceptan

Bulletin Officiel des Impôts, Direction Générale des Impôts, 4 H-5-07, n.º 47 de 29 de marzo. Comentando este régimen francés, FIBBE 2009: p. 226-229.

147 Bélgica, Cour de Cassation, Hof van Cassatie (Corte Suprema), Case number F030006F, 2 December 2004. IBFD Case Law www.ibfd.org

el sistema francés al permitir que las entidades transparentes sean residentes para efectos convencionales. De todas formas, podría argumentarse también que al admitirse como residentes para efectos de un CDI a las *partnerships* bajo el régimen de transparencia francesa, se exceptúa la exigencia derivada de las definiciones de dividendos y sociedad del MCOE, según la cual no puede haber ficción de dividendos si los beneficios no se le atribuyen a la entidad. Con esta idea el Estado de residencia de los partícipes solo debería garantizar el método previsto para los dividendos cuando pretendiera gravar las distribuciones, caso en el cual se daría una doble imposición jurídica no resuelta. Esta última posibilidad parece tener menos fuerza argumental que la primera. En definitiva, los regímenes híbridos de transparencia existentes en los Estados deben evaluarse con sumo detalle en la negociación de los CDI para aclarar estos supuestos en los que los conflictos en la atribución de una renta pueden causar inconvenientes en la calificación del rendimiento en sede del Estado de residencia de los partícipes.

2. LA FICCIÓN Y LAS EXCEPCIONES DEL INFORME DE *PARTNERSHIP*

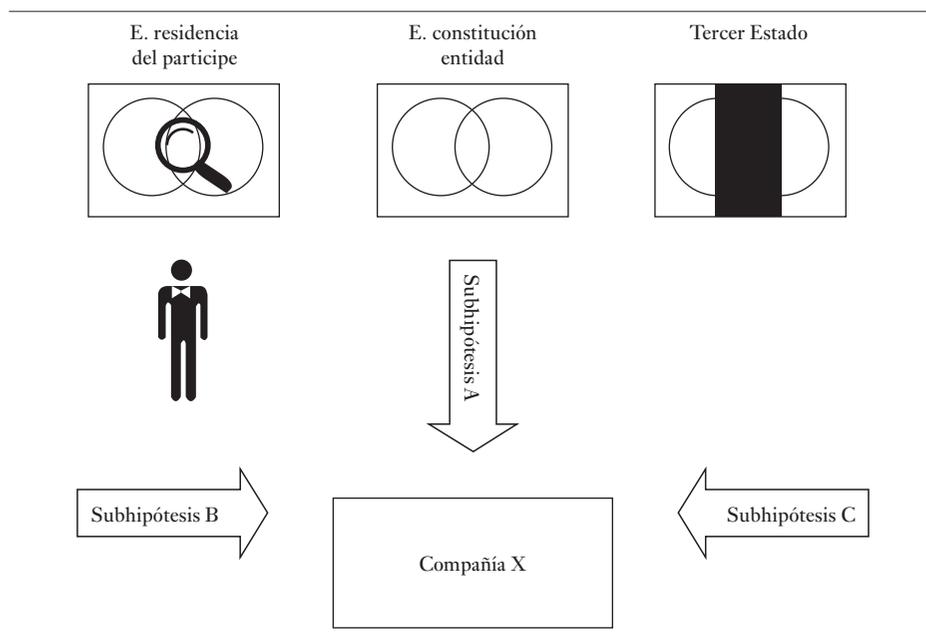
Los MCOE y el Informe de *Partnerships* contienen dos excepciones que demuestran que la regla de seguir la calificación de la entidad que resulte de la legislación del Estado de residencia no lleva a resultados satisfactorios cuando existen al menos dos Estados de residencia: el de la entidad y el de los partícipes. Según la OCDE la regla general solo aplica cuando la entidad es vista como transparente en el Estado de constitución y es considerada sujeta a imposición en otro Estado. Por ello, cuando la entidad es vista como sujeta a imposición en el Estado de constitución y por el contrario, el Estado de residencia de los partícipes la considera transparente, surgen las excepciones y problemas analizados en los ejemplos 16 a 18 del Informe de *Partnerships*¹⁴⁸.

La hipótesis que se expone en este apartado consiste en que el Estado de constitución/residencia de una entidad le atribuye las rentas a dicha entidad, mientras que el Estado de residencia de los partícipes considera que la renta se les atribuye a estos. En consecuencia el primer Estado considera que ha habido lugar a la ficción de que la renta de los socios deriva de las participaciones sociales, mientras que el segundo considera que estos sujetos obtienen direc-

148 *Vid.* OECD 1999: párr. 124-139; FIBBE 2009: p. 212.

tamente los rendimientos subyacentes manteniendo su naturaleza original. Al igual que en el apartado anterior, puede haber tres subhipótesis según la renta tenga origen/fuente en: a) el mismo Estado de constitución/residencia de la entidad, b) en el Estado de residencia de los partícipes o c) en un tercer Estado.

FIGURA 2. CONFLICTOS DE CALIFICACIÓN DE ENTIDADES II



Fuente: elaboración propia. Diagramas semejantes a los utilizados en OECD (1999).

Para efectos prácticos, el Estado de constitución/residencia solo aceptará limitar su derecho al régimen que resulte del art. 10 MC, lo que no comprometerá su derecho a gravar a la entidad residente en su territorio por sus beneficios, de manera que le dará igual dónde tenga la fuente la renta subyacente. Por su parte, el Estado de residencia de los partícipes podría no aplicar el método para eliminar la doble imposición por varias razones, a saber:

- a) si consideraran aplicables los artículos 7.º, 12 o 21 del Modelo, entendería que puede gravarlo de forma exclusiva sin conceder la medida bilateral;
- b) por otra parte, si el CDI adoptara el artículo 23 B MCOUDE, el problema estaría en que podría argumentar que debe haber identidad entre quien paga el impuesto en el Estado de constitución y a quien se concede el crédito fiscal. De tal forma, solo admitiría como crédito los impuestos en la fuente sobre los

dividendos y no los que recayeran sobre los beneficios de la entidad. En el caso de las normas de tributación compartida con límites al Estado de la fuente, la discusión también podría estar en el porcentaje máximo de impuesto que podría aplicarse en la fuente;

c) podría ocurrir un conflicto de temporalidad en cuanto a que el Estado de residencia gravará cuando se distribuyan los beneficios, hecho que ocurrirá al menos un año después de cuando grave el Estado de la fuente de los dividendos. Así, la residencia aplicaría el crédito hasta cuando los dividendos fueran renta imponible, es decir, cuando la doble imposición jurídica se materializara, y a pesar de que desde el primer año existiera doble imposición económica al gravarse los mismos beneficios en cabeza de dos sujetos distintos.

Como resultado de lo anterior, es muy probable que se dé una doble imposición internacional, en parte jurídica y en parte económica, cuya eliminación del CDI no está exenta de dudas. El Informe de *Partnerships* de 1999 pone de presente que en estos casos no se aplican las reglas generales. En el ejemplo 16 se estudia un supuesto en que P es una *partnership* establecida en el Estado P. El partícipe B es un residente del Estado R, mientras que el partícipe A es residente del Estado P. Este trata a la *partnership* como una unidad impositiva, en tanto que el Estado R la trata como una entidad transparente. P obtiene regalías del Estado R que no son atribuibles a un EP en el Estado R. P tiene una oficina en el Estado P y puede, en consecuencia, considerarse que tiene un EP en el Estado P¹⁴⁹.

El párrafo 126 del Informe reconoce que, según algunos delegados, el Estado de residencia del partícipe estaría limitado por el tratado para gravar su

149 OECD 1999: párr. 124. El caso Padmore I ya mencionado es semejante al problema estudiado por el WP14 que se refleja en su tercer informe, y también en el ejemplo 16 del Informe de *Partnerships* del año 1999 que se comenta en el texto principal. En estos dos últimos documentos se reconoce que sería discutible bajo un CDI si el Estado de la fuente pudiera o no gravar las rentas obtenidas por residentes de ese mismo Estado por medio de una *partnership* residente en el otro Estado contratante que es vista como transparente por el primer Estado. En ambos informes se propone incluir una norma que aclare la potestad de gravar la renta del Estado de residencia del socio, pero concediendo un crédito por los impuestos pagados en el Estado de residencia de la *partnership*. Por el contrario, en el caso Padmore I se concluye que el Estado de residencia del partícipe no podría gravarlo, aunque como hemos visto, ello se debe a las especialidades del ámbito subjetivo del CDI, lo que ha causado que en el Reino Unido y en otros Estados se excluya del término “persona” todas las *partnerships* o al menos las que no son consideradas una entidad fiscal diferente de sus socios. FC/WP14(62)1: párr. 6-9; OECD 1999: párr. 124-129; párr. 6.1 de los Comentarios al art. 1.º del MCOCDE; BAKER 2000: n.º 1B.15 y ss.

participación en las regalías, a menos que aplicara normas de transparencia fiscal internacional o que el CDI incluyera una norma que expresamente permitiera gravar a sus residentes. No obstante, para la mayoría de los delegados no puede admitirse que un Estado no pueda gravar una renta de fuente interna obtenida por sus residentes. Sobre esta base, interpretan que el artículo 12 MC no afecta la imposición del Estado de la residencia sino solo la de la fuente (párr. 127). De esta última argumentación se deriva el párr. 6.1 de los Comentarios al art. 1.º MCOCDE. Además, el párr. 129 del Informe indica que el Estado de residencia de B ha de otorgarle a este sujeto los beneficios del art. 23 MC, pues la imposición del Estado de la residencia de la entidad ha estado de acuerdo con el convenio. En ese punto remite a la solución de los conflictos de calificación de rentas.

Cómo se observa, existe un cambio total de criterio y se da prevalencia a la calificación dada por el Estado de la fuente de los dividendos; *i. e.*, el Estado de residencia de la entidad. Después de criticar el cambio de criterio, Lang sugiere una alternativa de interpretación que vendría a significar que el Estado R gravará ilimitadamente a la parte de B y declarará exenta la parte de A¹⁵⁰. No obstante la opinión del citado profesor, debe admitirse que el resultado propuesto por los CMOCDE y el Informe parece razonable, pues en primer lugar protege el poder de imposición del Estado de residencia de la entidad, que se extiende no solo a los dividendos, sino también a los beneficios de esta. En particular, el párr. 69.1 del art. 23 MCOCDE indica:

150 “De acuerdo con el Estado R —el de la fuente de las regalías—, las rentas de las regalías son atribuidas a A y B. Como B es residente del Estado R, B puede pedir los beneficios de los CDI concluidos por el Estado R. No obstante, el artículo 12 del MCOCDE no es aplicable a B, como quiera que las regalías no proceden del otro Estado contratante. En consecuencia, el artículo 7.º MCOCDE parece ser aplicable. Sin embargo, el artículo 10 MCOCDE es aplicable ya que el Estado P la trata como una entidad gravable. Este precepto prevalece sobre el artículo 7.º MCOCDE. De acuerdo con el artículo 10 MCOCDE, el Estado R puede gravar la renta. Como resultado, en cuanto respecta a la parte de B la tributación en la fuente de las regalías está cubierta por el tratado, como lo está toda la renta de la *partnership* incluyendo las regalías que pueden ser gravadas en R. En cuanto a la participación de A, las regalías se atribuyen a A hasta un punto, de acuerdo con la legislación del Estado R. Como A es residente del Estado P, el artículo 12 MCOCDE es aplicable. El artículo 12 MCOCDE prevalece sobre el artículo 7.º MCOCDE. En consecuencia, el artículo 10 MCOCDE no es aplicable tampoco: aunque la *partnership* es residente de un Estado, el Estado P es residente del mismo Estado del cual A es residente. Como la aplicación del artículo 10 MCOCDE requiere que la entidad sea residente del otro Estado, las condiciones para la aplicación del artículo 10 no se cumplen, en cuanto respecta a la parte de A”. LANG 2000: p. 92.

El Estado de la fuente puede, a reserva de las disposiciones aplicables del convenio, gravar la sociedad a reserva de las disposiciones aplicables del convenio, gravar la sociedad de personas *–partnership–* por su renta cuando esta última se genera y, a reserva de los límites previstos en el apartado 2 del artículo 10, gravar también los beneficios distribuidos por la sociedad de personas *–partnership–* a sus socios no residentes. El Estado de residencia solo grava la parte de la renta efectivamente obtenida por la sociedad que le corresponde al socio.

Destaca del Comentario que es el Estado de la fuente de los dividendos y de residencia de la entidad el que impone la ficción de que el ingreso deriva de las participaciones sociales. Tanto la tesis de Lang como la de la OCDE coinciden en que ha de respetarse la atribución de la renta hecha por tal Estado para no limitar su derecho de imposición sobre los beneficios, y de limitar en los términos del artículo 10 su gravamen sobre los dividendos. Contrariar esa idea supondría desgarrar el funcionamiento mismo del CDI, pues si un Estado puede simplemente desdecir la existencia de una unidad impositiva independiente en otro –que es residente para efectos del tratado y distribuidora de dividendos conforme al art. 10–, la regla de beneficios empresariales se iría por la borda y con ella todo el reparto del poder tributario.

En cuanto a la doble imposición, el ejemplo 17 del Informe de *Partnerships* permite ampliar esta parte del problema y aclarar si se trata de la doble imposición de tipo económico no resuelta por el CDI. En este caso P es una *partnership* establecida en el Estado P. A y B son partícipes de P que residen en el Estado R. El Estado P trata a P como entidad gravable, mientras que el Estado R la trata como transparente. P obtiene regalías del Estado P que no son atribuibles un EP en ese Estado. El párrafo 131 del Informe indica que la mayoría de los delegados entienden que se trata de una situación meramente interna en el Estado P y que por tanto el CDI no limitará su poder de imposición sobre las regalías, de forma que será posible una doble imposición no resuelta. Esto supone entonces otra excepción a la regla general del Informe. De acuerdo con una minoría de los delegados, la regla general debe ser la solución, pues el Estado P debería evitar una potencial doble imposición limitando su poder de imposición de acuerdo con el art. 12, esto es, manteniendo la fuente original de la renta. Esta última opción implicaría desgarrar la lógica de los CDI y desconocer que cuando existe una entidad distribuidora de dividendos para efectos del tratado se declara ficta la renta que reciben los propietarios de las participaciones sociales en ella y borrar su calificación original. Por ello, la no aceptación de parte de la OCDE de esa tesis minoritaria da soporte a nuestra hipótesis de que la ficción existe cuando

el Estado de residencia de la entidad la considera opaca. Aunque Lang llegue a resultados similares a los que proponemos en este punto, su argumentación puede generar problemas, pues justifica que la solución estaría en considerar a la *partnership* como un EP para efectos del CDI, cuando ello puede no ocurrir en la práctica y llevar a discusiones sobre si las regalías son o no atribuibles al EP, a pesar de que para efectos internos formen parte de la renta global de la entidad P¹⁵¹. Sin embargo, si coincidimos con el profesor austriaco en que en “esta situación, la doble imposición no puede ser evitada: el Estado P grava la renta de la *partnership* incluyendo las regalías al nivel de la *partnership*. En consecuencia, el Estado R no está obligado a conceder el crédito por el impuesto de P en contra del impuesto personal de los partícipes A y B”¹⁵².

Como se aprecia, el caso implica doble imposición económica, y no la de tipo jurídico que el tratado no tiene como objeto atenuar, salvo contadas excepciones. El Estado R gravará las regalías obtenidas por A y B. El Estado P gravará ilimitadamente las regalías y de forma limitada cuando haya distribución (art. 10 MCOCDE). Sin embargo, en la medida en que el Estado P ha calificado la renta como dividendos utilizando su legislación interna que define las reglas de atribución, el primer Estado tendrá que aceptar la calificación hecha debiendo concederle el crédito fiscal previsto en el CDI, según se deriva del mandato del art. 23 del MCOCDE, pero sobre el gravamen efectuado por el Estado P respecto de los dividendos. Por ello resulta cuestionable desde el punto de vista de la hermenéutica del CDI y de la política fiscal que el párr. 69.2 de los Comentarios al art. 23 MCOCDE¹⁵³ prevea un “crédito indirecto” —como lo llama

151 Otra forma de llegar a un resultado similar es la argumentación de LANG, que de nuevo propone que la solución alternativa al Informe de *Partnerships* respecto del ejemplo 17, partiendo de entender que A y B tienen derecho a la aplicación del tratado, de manera que al calificar la renta se verá que el art. 12 MCOCDE es aplicable, pero según su párrafo 3, se estaría en un caso de regalías vinculadas efectivamente a un EP, si la *partnership* lo constituye. Así el artículo 7.º sería aplicable, aunque considerando que la entidad es tratada como unidad impositiva en el otro Estado, dicho artículo cedería ante el 10 del MCOCDE, de forma que el Estado P podrá gravar los beneficios P, la entidad residente, de forma ilimitada, incluyendo las regalías. A nuestro juicio esta tesis puede presentar problemas cuando las regalías no se consideren atribuibles en el sentido del art. 7.º del MCOCDE al EP que conforma la *partnership*, a pesar de que según el derecho interno sí se le atribuya como renta global percibida por la entidad. A causa de esta dificultad y a la que supondría no considerar la *partnership* como un EP —que puede llegar a ser discutible—, proponemos la solución de la ficción de la entidad distribuidora y los dividendos.

152 LANG 2000: p. 92.

153 Textualmente indica: “La primera cuestión que se plantea en este caso es saber si el Estado de residencia que grava al socio sobre su participación en la renta de la sociedad de personas

Lang¹⁵⁴-, al permitirles a A y B un crédito por los impuestos pagados por la entidad P en el Estado P, aunque no sobre los impuestos sobre los dividendos¹⁵⁵.

La distinción entre los impuestos sobre los dividendos y sobre los beneficios que tratan de hacer los CMOCDE tiene origen en el ejemplo 18 analizado por el Informe de 1999, que reconoce que las *partnerships* pueden dar lugar a conflictos de temporalidad y de atribución de la renta. En este caso una entidad constituida en el Estado P es considerada residente en ese mismo Estado, que además es el Estado de la fuente de las rentas. Los dos socios de la entidad son A y B, residentes en el Estado R, donde se considera a la entidad transparente. En el año 1 se obtienen beneficios empresariales por un millón de unidades. En el año 2 se le distribuyen beneficios a A por valor de 300.000 unidades. Para el Estado P el sujeto pasivo de los beneficios empresariales es la entidad, y de la distribución de beneficios A, lo cual implica aspectos materiales, cuantitativos y temporales distintos. Para los beneficios empresariales, el aspecto temporal se da en el año 1 y se cuantifica por todos los beneficios, mientras que en el segundo caso, el impuesto se causa en el año 2 y se cuantifica con los beneficios distribuidos solo a A. Por el contrario, el Estado R entiende

– *partnership*– está obligado, en virtud del Convenio, a conceder un crédito fiscal en concepto del impuesto pagado en el Estado de la fuente por la sociedad de personas –*partnership*–, considerada por dicho Estado una entidad sometida a imposición separada. La respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa. En la medida [en] que el Estado de residencia atribuya la renta de la sociedad de personas –*partnership*– al socio con el fin de gravar a este último, dicho Estado debe adoptar un enfoque coherente e imputar al socio el impuesto pagado por esta sociedad con el fin de eliminar la doble imposición que se origina con la tributación del socio. En otras palabras, si el estatus de entidad societaria (asociación con personalidad independiente de sus socios) concedido a la sociedad de personas –*partnership*– por el Estado de la fuente es ignorado por el Estado de residencia para efectos de que el socio tribute por su parte de renta, debería así mismo ignorarse a efectos de crédito fiscal por impuestos pagados en el extranjero”.

154 LANG 2000: p. 98.

155 Párr. 69.3 de los Comentarios al art. 23 al MCOCDE. Textualmente: “Una segunda cuestión planteada en este caso es la medida en que el Estado de residencia debe conceder un crédito en concepto de impuesto recaudado en el país de la fuente sobre el beneficio distribuido, no sometido a imposición en el Estado de residencia. La respuesta a esta pregunta se deriva de este último hecho. Como el beneficio distribuido no se grava en el Estado de residencia, simplemente no existe imposición en dicho Estado a la que se pudiera imputar el tributo recaudado por el Estado de la fuente sobre el beneficio distribuido. Se ha de distinguir claramente entre la generación de beneficios y la distribución de estos y no debería esperarse que el Estado de residencia imputara el impuesto establecido por el Estado de la fuente sobre los beneficios distribuidos a su propio impuesto percibido al generarse estos (véase la primera frase del párrafo 64 de los Comentarios al mismo artículo)”.

que la entidad es transparente, por lo cual la renta tributa directamente en los socios; de ahí que el poder de gravar se manifieste sobre todos los beneficios empresariales atribuidos a sus residentes y no sobre la distribución. Así, la renta de A serían 500.000 unidades en el año 1, y la distribución no tendría efectos tributarios.

El primer problema que se observa ocurre con la elección del método, pues recuérdese que el Estado R considera que los beneficios mantienen su naturaleza original (por ejemplo, beneficios empresariales con EP) de forma que gravará la renta en el año 1 y concederá el método aplicable a la naturaleza de la renta original. Por ello, si el CDI prevé la exención puede concederla aplicando el art. 23A MCOCDE. En dicho caso la OCDE entiende que el Estado R deberá garantizar la exención por toda la renta en el año 1 y no le estaría permitido argumentar que los beneficios se pueden gravar cuando son obtenidos, apoyado en que “el art. 10 debería permitirle gravar cuando se distribuyan”¹⁵⁶. Lo mismo ocurriría si el CDI concediera un crédito fiscal, pues debería garantizarse en el año 1 por los impuestos pagados por P¹⁵⁷. En cuanto a la diferencia entre la identidad de quien paga el impuesto en el Estado P y quien solicita el crédito en el Estado R, la mayoría de los representantes del CAF, como ya se expuso, entienden que si el Estado R trata como transparente a la entidad, debe ser coherente y reconocer como crédito fiscal de los socios el impuesto pagado por la entidad. Aunque no se diga expresamente, se podría entender que el crédito se otorgaría hasta el límite que corresponda a la renta calificada por el Estado R. En ambos casos, el crédito fiscal de la distribución de dividendos (art. 23.2 A y 23.1 B MCOCDE) sería teóricamente aplicable¹⁵⁸, aunque considerando que el Estado R solo grava los beneficios y no distribución propiamente, el crédito sobre los dividendos no procedería, pues no hay impuesto contra el cual aplicarlo¹⁵⁹.

Por su parte, Lang sugiere que el art. 10 MCOCDE, al hablar de “rentas de... participaciones sociales”, le permitiría al Estado P calificar todos los beneficios de la *partnership* como dividendos, pues la entidad es considerada opaca en su Estado. A pesar de que también podrían calificarse como beneficios empresariales según el art. 7.º MCOCDE, el artículo 10 de este tiene primacía, de manera que el Estado R tiene el derecho a gravar la renta y es su decisión hacerlo en

156 OECD 1999: párr. 137.

157 OECD 1999: párr. 136.

158 OECD 1999: párr. 135.

159 OECD 1999: párr. 137.

el momento en que se genera o se distribuye¹⁶⁰. Respecto de la distribución de la renta, el Estado P la gravará de forma limitada según el art. 10 MCOCDE, y el Estado de la residencia tendrá que garantizar el crédito fiscal, aunque sea en un periodo posterior al que el Estado R considera causado el ingreso, so pena de incumplir las obligaciones del tratado. En cuanto a al gravamen de los beneficios, Lang critica, como ya se anticipó, que el Informe de *Partnerships* de la OCDE otorgue beneficios que no se prevén para las sociedades de capital, pues permite un crédito indirecto que no existe en el art. 10 MCOCDE, ya que si el Estado R grava los beneficios y el Estado P los beneficios y los dividendos, el primero debería garantizar solo el crédito fiscal por los dividendos. Si ambos Estados reconocen que la entidad es opaca, el crédito indirecto no procedería si no fuera previsto expresamente por el CDI o la legislación interna¹⁶¹.

En nuestra opinión la conclusión de Lang es correcta, puesto que el Estado de la fuente de los dividendos, que en el ejemplo es el Estado P, considera a la entidad como una unidad impositiva independiente, que es residente para efectos del art. 4.º, “sociedad” en cuanto a los artículos 3.1 y 10.1, y entidad distribuidora de dividendos, de acuerdo con el artículo 10.3 MCOCDE. De esta última norma se deriva que el Estado P ha disparado una ficción de que las rentas proceden de “participaciones sociales” y que pierden su naturaleza original para efectos del CDI. En la medida en que el Estado de residencia grava la renta tendrá que calificarla y se encontrará con la citada ficción. No obstante, bajo su calificación de las palabras “rendimientos/rentas” previstas en el artículo 10 MCOCDE, podrá gravarla en el año 1. Sin embargo, solo podrá conceder el régimen de eliminación de la doble imposición previsto para los dividendos. Así, en el MCOCDE otorgará un crédito por el gravamen de los dividendos impuesto por el Estado P. Si bien este se dará en un periodo posterior, las obligaciones convencionales supondrían que R reabriera los periodos de liquidación y aceptara el crédito fiscal en el año 2 o en el que se hiciera la efectiva distribución¹⁶².

En conclusión, aunque haya una ausencia de normas de atribución en los CDI y en consecuencia haga falta la piedra angular de ellos¹⁶³, debe admitirse

160 LANG 2000: p. 97.

161 LANG 2000: p. 98.

162 “State R has to credit the withholding tax levied in State P. It is evident that the timing mismatch could cause practical problems. However, the tax treaty obligations force State R to reopen the assessment and credit State P’s withholding tax”. LANG 2000: p. 97.

163 WHEELER 2011: p. 279-281. Se ha sugerido que los tratados incluyan una disposición que “se concentre en la relación entre la renta y la persona que pide los beneficios [del CDI]”. Esto

que según el MCOEDE hay una regla de atribución implícita en el artículo 10.3 MCOEDE, limitada a solucionar los conflictos de calificación que de ahí derivan, y que implica que cuando un Estado considera como residente a una entidad y esta es una unidad impositiva independiente de sus miembros, la renta que obtienen estos últimos deriva de las participaciones sociales y no de su fuente original. La renta atribuida a una sociedad residente de un Estado contratante no podrá ser atribuida por el otro Estado contratante a sus socios bajo una calificación distinta de la de dividendos. En consecuencia, si bien dicho Estado podrá gravar a sus residentes calificando las palabras “rendimientos/rentas” y “pagados” del artículo 10 MCOEDE, para aplicar el artículo 23, la renta es un dividendo. Lo dicho se predica de situaciones bilaterales, pues el concepto de entidad distribuidora contenido en los tratados tiene esa misma naturaleza.

3. NORMAS DE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Las normas de transparencia fiscal, llamadas de forma más restrictiva en inglés *Controlled Foreign Corporation* ‘CFC’, tienen como efecto atribuir la renta de la entidad no residente a los partícipes, evitando así el diferimiento causante de problemas de neutralidad y arbitraje¹⁶⁴. Lo más común en el derecho com-

“puede resolver otro problema, que el concepto ‘persona’ no es completamente adecuado en los tratados actuales. Los *trustees* son sin duda personas, pero su relación con la renta que reciben en su capacidad como *trustees* es muy diferente de cómo ellos se relacionan con la renta que ellos reciben en su capacidad privada. Una aplicación sensible de los tratados requiere una distinción entre dos capacidades, aunque ningún texto de un tratado actual provea una base para hacerlo. Si, de una parte, los beneficios del tratado dependen de la relación entre la renta y la persona, a diferencia que de la persona, el problema podría ser resuelto”. WHEELER 2007: p. 58. Esa nueva regla ha sido llamada por WHEELER el *new approach* (WHEELER 2011: p. 279-281). Varios tratados incorporan normas que permiten atribuir la renta a un sujeto, tal como se mencionó al comentar el ámbito de aplicación subjetivo del CDI.

164 Un análisis de la historia y el derecho comparado en la doctrina española: ALMUDÍ 2005: p. 29-106. Son una invención estadounidense de los años treinta del siglo pasado y consolidadas en el *subpart F* en 1962, presente en muchas legislaciones actualmente con distintas finalidades. Las finalidades se alinean con el modelo de imposición de renta mundial o de renta territorial, pues mientras que para los Estados Unidos las CFC son una piedra angular de su sistema de imposición de renta global, para Estados como Alemania solo resultan relevantes para garantizar la imposición de las rentas pasivas, ya que las rentas activas de fuente extranjera resultan exentas. Es interesante que el Informe de IFA 2013 reconoce otras finalidades, tales como la protección de la imposición en la fuente, especialmente en las normas de CFC del Reino Unido, y controlar los flujos de capital en Corea del Sur. DAHLBERG & WIMAN 2013: p. 19 y 29; párr. 23 art. 1.º MCOEDE. Sobre el uso de estas normas en lo que hace a regímenes de baja imposición,

parado es que la transparencia se aplique como un régimen excepcional, de carácter antielusivo, para las rentas pasivas –*transactional approach*–, rentas contaminadas (*tainted income*) de entidades controladas (*base companies*¹⁶⁵) –*entity approach*– o rentas de entidades sujetas a regímenes fiscales de nula o baja imposición –*jurisdictional approach*–¹⁶⁶. En ese sentido, tales normativas suponen que se grave a un socio residente en un Estado por las rentas de la sociedad residente en el otro Estado, lo que hace necesario evaluar el alcance de la ficción de los dividendos que se ha defendido en este trabajo, que existe en el artículo 10 del MCOEDE. Para tal efecto, debe reconocerse que el grado de complejidad del problema depende del tipo de transparencia que se aplique, pues cuando se declara como “renta” ficta la distribución de utilidades –*fictive distribution approach*–¹⁶⁷, para los CDI se tratará de rentas de participaciones sociales y se respeta así la independencia fiscal de la entidad; mientras que si se desconoce la personalidad jurídico-tributaria de una entidad no residente y se le atribuyen así las rentas o beneficios de la entidad al socio o accionista, en principio se mantendría su naturaleza original y su fuente –*look-through approach*–. En otras palabras, en este último caso no se atiende a la ficción de que las rentas derivan de participaciones sociales¹⁶⁸.

Entendiendo que, en principio, las normas de transparencia son compatibles con los CDI, pero deben limitarse al reparto de la potestad impositiva previs-

vid. OECD 1987b: párr. 24. Sobre la finalidad de la neutralidad, tan solo legislaciones como la brasileña contienen un ámbito tan amplio que permita acercarse a ese objetivo tan general. GOMES 2013: p. 172 y ss. El Tribunal Supremo Federal del Brasil declaró inexecutable la amplia norma de CFC brasileña, que no podrá aplicarse sobre compañías extranjeras asociadas, situadas en países que no se consideran paraísos fiscales. Existen dos casos posteriores a esta sentencia: Extraordinary Appeal 611,586 lodged by Coamo Agroindustrial Cooperativa: en línea con la sentencia del Supremo considera que las normas de CFC se aplican a una empresa controlada de una entidad residente en Aruba, país que se considera paraíso fiscal. Extraordinary Appeal 541,090 in the case of Embraco (Empresa Brasileira de Compressores): En este caso era una entidad controlada, pero era residente en un país no considerado paraíso fiscal. La corte federal consideró que hay lugar a la aplicación de las normas de CFC. Sin embargo, hubo salvamentos de voto. *Vid.* Tax Research Platform con los comentarios: Brasil, Supremo Tribunal Federal, 10 de abril de 2013. DAU 2,588. Disponible en Tax Research Platform www.ibfd.org

165 OECD 1987b: párr. 13 y ss.

166 AIGNER, SCHEUERLE & STEFANER 2004: p. 13 y ss.; DAHLBERG & WIMAN 2013: p. 29 y ss.

167 Estas aproximaciones se describen en OECD 1987b: párr. 24; AIGNER, SCHEUERLE & STEFANER 2004: p. 13 y ss.; HELMINEN 2010: p. 129; DAHLBERG & WIMAN 2013: p. 29 y ss.

168 Sobre la naturaleza jurídica de los regímenes, *vid.* FALCÓN Y TELLA 1997: p. 256; ALMUDÍ 2005: p. 145-150; FALCÓN Y TELLA 1997: p. 256.

to¹⁶⁹, el verdadero problema al que nos enfrentamos es el de la calificación de las rentas atribuidas a los socios, en especial en los regímenes de *look-through approach*, pues es posible que se califiquen como beneficios empresariales (art. 7.º MCOCDE), dividendos (art. 10 MCOCDE) u otras rentas (art. 21 MCOCDE), y de acuerdo con esas reglas habría que eliminar la doble imposición, en tanto que las normas de transparencia deben equilibrar sus objetivos antielusorios con la seguridad jurídica y la atenuación de la doble imposición pactada en los CDI, como bien reconoce el MCONU¹⁷⁰.

169 Debemos aceptar esta conclusión, para no desviarnos del tema. Sin embargo, es importante mencionar que el MCOCDE nombra a las normas de CFC desde las modificaciones a los Comentarios de 1992, donde fueron incluidos argumentos en favor (párr. 22 art. 1.º MCOCDE 1992) y en contra (párr. 23 art. 1.º MCOCDE) de la compatibilidad. En 2003 se indica en los Comentarios que tales regímenes son compatibles con los CDI, y se reducen las contradicciones. Apoyando la interpretación dinámica: ALMUDÍ 2010: p. 1110. En contra: ZORNOZA & BÁEZ 2013: p. 700. En favor de la inaplicación de los CDI frente a las normas de transparencia: la Corte Suprema Administrativa Sueca en el caso RÅ 2008 ref. 28. Citado por DAHLBERG & WIMAN 2013: p. 43; indica que constituyen un *treaty override* y que la norma de transparencia en todo caso prevalece (Corte Suprema Administrativa Sueca (*Regeringsrätten*) SE: SAC, 5 de abril de 2008, X AB v. Swedish Tax Agency 12 ITLR 311. Disponible en Tax Research Platform IBFD, Case Law. www.ibfd.org Además, la práctica de Canadá y los Estados Unidos señala que los tratados no se aplican a rentas de CFC. DE BROE *et al.* 2011: p. 378-379). Un buen número de CDI españoles aceptan expresamente las normas transparencia fiscal internacional, y sus efectos han de revisarse de conformidad con la redacción específica en cada caso. España-Argentina 2013; España-Alemania 2008; España-Armenia 2012; España-Barbados 2011; España-Bosnia Herzegovina 2010; España-Indonesia 2000; España-Jamaica 2009; España-Luxemburgo 1987; España-Moldavia 2009; España-República Dominicana 2013; España-Serbia 2010; España-Singapur 2012; España-Trinidad y Tobago 2009; Colombia-México 2013. El CDI España-Australia 1992 contiene una regla particular en el art. 10.4 del siguiente tenor: “4. En el caso de España, el apartado 2 de este artículo no será aplicable a las rentas que, con arreglo a las disposiciones de la legislación fiscal española, relativa a las sociedades en régimen de transparencia fiscal, sean imputables a los accionistas de dichas sociedades, se distribuyan o no a los mismos. Dichas rentas pueden someterse a imposición en España con arreglo a su legislación interna en tanto no estén sometidas al impuesto sobre sociedades español”. El de Finlandia aclara que la *participation exemption* no aplicará en ese país en estos casos. En similar sentido el CDI España-Filipinas de 1994 establece que el párrafo 2 del art. 10 no será aplicable, pero agrega que “no se concederá crédito alguno en Filipinas por impuestos pagados sobre tales rentas”. Así mismo los CDI de España con Bulgaria, China de 1992, Filipinas de 1992 e India de 1995 indican que en “el caso de España, el apartado 2 del artículo 10 (equivalente al MCOCDE) no se aplicará a la renta imputable, distribuida o no, a los accionistas de las sociedades y entidades a que se refiere el artículo 12.2 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, y el artículo 19 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, en tanto dicha renta no esté sometida al impuesto sobre sociedades español. Dicha renta puede someterse a imposición en España con arreglo a su legislación interna”.

170 Se podría argumentar que las normas de transparencia fiscal internacional solo caben en el

Existen argumentos que sostienen que las rentas atribuidas a la controlante califican como beneficios empresariales y que, por tanto, el Estado de residencia del socio no podría gravarlos sin vulnerar el art. 7.º del MCOCDE. En ese sentido, en el caso Scheneider, conocido por el Conseil d'État francés en sentencia de 28 de junio de 2002, se señaló que el efecto de las normas de transparencia fiscal internacional bajo el derecho interno francés implicaban que el impuesto se cuantificaba en las manos de un sujeto residente en Francia, pero sobre la base de los beneficios obtenidos por la entidad controlada suiza. Es decir, que los beneficios de una empresa de un Estado contratante –la sociedad suiza– se gravan en el otro Estado contratante –Francia–, sin que haya un EP en este último Estado, vulnerando así el artículo 7.º MCOCDE. Una posición similar se puede extraer de la tesis de Almudí, que entiende que el art. 7.1 MCOCDE es una “complete distributive rule” de carácter objetivo, de forma que los “CDI no disponen de la persona o la entidad sobre la que ha de reposar la tributación, sino que limitan la potestad tributaria de los Estados atendiendo exclusivamente a la naturaleza de las rentas definidas en el propio convenio”¹⁷¹. En la misma línea Wassermeyer entiende que cuando la renta atribuida al socio se calcula al nivel de la CFC, la renta debe entenderse que pertenece a la entidad no residente, de forma que el artículo 7.º resultaría contrario, pues garantiza la tributación exclusiva de la entidad controlada en su Estado de residencia y prohíbe en consecuencia la tributación del accionista¹⁷².

marco del MCOCDE si tienen un carácter antielusivo, como bien lo recuerda el párr. 26 de los Comentarios al art. 1.º MCOCDE. Así mismo el párr. 22.2 al mismo artículo del MCOCDE indica: “Aun cuando estas reglas no son contrarias a los convenios fiscales, se está de acuerdo en que los países miembros *deben cumplir rigurosamente las obligaciones establecidas en los convenios fiscales con la finalidad de eliminar la doble imposición mientras no exista evidencia clara de un uso indebido de los convenios*”. No obstante estos comentarios, no es fácil determinar qué es fraude fiscal internacional. Por ello, parece razonable exigir en el plano convencional la seguridad jurídica y, sobre todo, la eliminación de la doble imposición causada por las normas de transparencia fiscal internacional, en los términos pactados por en cada tratado. En esa línea el MCONU 2011 promueve un equilibrio entre la prevención del abuso fiscal y la seguridad jurídica de los contribuyentes, indicando que “los Estados no podrán escapar de sus obligaciones convencionales simplemente argumentando que operaciones legítimas son abusivas y que el normas internas fiscales que afectan esas transacciones en formas que son contrarias a los preceptos del Convenio constituyen normas antiabuso”. Párr. 24, art. 1.º, MCONU.

171 ALMUDÍ 2010: p. 1109.

172 WASSERMEYER en DEBATIN/WASSERMEYER, Doppelbesteuerungsabkommen, art. 1.º OECD-MC, marg. Note 76 seq.; *idem*, Pref. to art. 6-22 OECD-MC marg. Note 15. Citado por RUST 2004: p. 265.

En nuestra opinión, el artículo 10 crea una ficción para efectos de aplicar las obligaciones convencionales para los dos Estados contratantes consistente en que la renta que perciben los socios de una sociedad controlada no son beneficios empresariales sino dividendos, pues deriva de participaciones sociales en una entidad distribuidora de dividendos. Esta es su única fuente de renta para efectos convencionales, y una interpretación en contrario sería un desconocimiento del artículo 10.3 MCOCDE. De ahí que los sistemas de *look-through approach* resulten claramente limitados en los convenios y que los dividendos ficticios resulten ser más coherentes con la lógica convencional. En esa línea, resulta cuestionable que la sentencia del Conseil d'État francés en el caso Schneider rechazara expresamente los argumentos de Commissaire du Gouvernement en torno a que la norma de transparencia fiscal se apoyaba en una ficción de distribución de dividendos¹⁷³. Como bien señala Lang, el art. 7.1 MCOCDE no implica que para atribuir los beneficios de una sociedad solo sea relevante la que haga un Estado¹⁷⁴. De esta forma:

Los CDI están, por lo tanto, basados en el derecho interno respecto de la decisión de la atribución, y estos prevén las consecuencias legales para los sujetos de la atribución de los Estados contratantes cuando la entidad en cuestión tiene la conexión requerida con uno de los dos Estados contratantes. Si de acuerdo con el derecho interno de los Estados contratantes la renta es atribuida a diferentes entidades, los tratados tributarios no toman una decisión sobre cuál atribución es “correcta” para efectos del tratado, pero aceptan las varias atribuciones decididas en los dos Estados contratantes y se refieren a estas¹⁷⁵.

Así, el CDI “protegerá a las personas a quienes la renta le resulta atribuida en el nivel nacional, incluso si la atribución por sí misma es discutible desde un punto de vista legal o constitucional”¹⁷⁶. De esta forma, las normas de transparencia fiscal internacional son compatibles con los CDI y no afectan a la entidad distribuidora de dividendos, sino al socio o propietario de la participación, tal como lo ha puesto de presente el MCOCDE¹⁷⁷. Según lo afirma Lang, el Conseil

173 Francia, Conseil d'État, sentencia de 28 de junio de 2002 caso Schneider. Un comentario sobre estos argumentos en DE BROE 2011: p. 378.

174 LANG 2003: p. 53-55.

175 LANG 2003: p. 54.

176 LANG 2003: p. 54.

177 El párr. 14 al art. 7.º MCOCDE indica: “El objeto del apartado 1 es limitar el derecho de un Es-

d'État debió pensar que la atribución de la renta es un asunto regido por el tratado o que la atribución hecha por un Estado vincula al otro. Sin embargo, ello no resulta correcto, pues como lo sostiene este autor, las palabras “rendimiento/renta” o el monto de estas vienen definidos por el derecho interno de los Estados contratantes y por tanto no tienen un significado convencional estricto o que restrinja que sea real o que no pueda ser ficticia. Tampoco hay una limitante para el legislador en torno a quién puede ser contribuyente, ya que el CDI se aplica a quienes sean personas residentes de los Estados contratantes, lo cual se determina de acuerdo con el derecho interno.

La OCDE y la jurisprudencia finlandesa¹⁷⁸ han argumentado que las normas de transparencia fiscal internacional “son parte de las disposiciones fundamentales de la legislación nacional que determinan qué hechos dan lugar a una obligación tributaria; dichas reglas no están contempladas en los tratados fiscales y por lo tanto no se ven afectadas por ellos. Así pues, como norma general y habida cuenta del párrafo 9.5, no habrá un conflicto”¹⁷⁹. Esta afirmación resultaría cierta si se entendiera que aplica para calificar el término “renta/rendimientos” utilizado por el artículo 10 MCOCDE y que no es definido por el CDI, de manera que el Estado de residencia al interpretar el art. 10.1 podrá calificarlo de acuerdo con su legislación interna, dentro de la cual estará el presupuesto de hecho complementario de la transparencia fiscal internacional que atribuirá la renta de la entidad controlada al sujeto residente. Sin embargo, no podría inferirse de ella que todo el tratado deje de aplicar, pues después de saber que es un rendimiento, habrá que calificarlo, y en esa línea la atribución a los socios de los beneficios se debe enmarcar como dividendo para efectos

tado contratante a gravar los beneficios empresariales de empresas del otro Estado contratante. El apartado no limita el derecho de un Estado contratante a gravar a sus propios residentes en virtud de su legislación nacional relativa a la transparencia fiscal internacional –CFC–, incluso si el impuesto exigido a sus residentes puede calcularse sobre la parte de los beneficios de una empresa residente del otro Estado contratante, atribuible a la participación de dichos residentes en esa empresa. El impuesto así aplicado por un Estado a sus propios residentes no reduce los beneficios de la empresa del otro Estado y, por lo tanto, no podrá decirse que se ha exigido sobre esos beneficios (véanse también el párrafo 23 de los Comentarios al artículo 1.º y los párrafos 37 a 39 de los Comentarios al artículo 10)”. No comparten esta posición Bélgica, Irlanda, Países Bajos y Suiza, que no están de acuerdo con esto según los párr. 27.4 27.5, 27.7, 27.9 al art. 1.º MCOCDE.

178 Finlandia, Corte Suprema Administrativa (Korkein hallintooikeus), sentencia de 20 de marzo de 2002, caso Oyj Abp 4, ITRL 2002, 1009, disponible en Tax Research Platform www.ibfd.org

179 Párr. 22.1, art. 1.º, MCOCDE.

convencionales, por derivar de participaciones sociales mencionadas en el artículo 10.3 MCOEDE¹⁸⁰. De tal forma, el Estado de la residencia debe aplicar las limitaciones convencionales que proceden del régimen de los dividendos, fundamentalmente, eliminar la doble imposición en la forma prevista en el tratado.

Afirma Lang que los CDI no contienen un mandato genérico de eliminación de la doble imposición y que solo se evitará la que esté dentro del ámbito de aplicación del tratado. Sobre ese postulado, la doble imposición que generan las CFC sería de naturaleza económica y excede del ámbito del tratado¹⁸¹. Esta misma idea fue utilizada por la Corte Suprema japonesa al entender que el artículo 7.º del tratado entre Singapur y Japón busca eliminar la doble imposición jurídica de los beneficios de una sociedad de Singapur en Japón, lo que no impide gravar a los socios residentes japoneses¹⁸². No obstante se pueda estar de acuerdo con la idea general del reconocido profesor austriaco, debe recordarse que el artículo de dividendos fue redactado con objeto de atenuar la doble imposición económica que se da entre matrices y filiales, y prueba de ello se encuentra en la reducción por participación sustancial del apartado segundo.

En esta medida, la doble imposición económica causada por la aplicación de la transparencia fiscal internacional se debe eliminar de la misma forma en que eliminaría la de una *partnership* en los términos estudiados en el apartado anterior, esto es, concediendo un crédito fiscal por los impuestos que recaigan sobre los dividendos, independientemente de que se imputen en un periodo posterior. No procedería bajo el MCOEDE un crédito por los impuestos de la

180 Las rentas atribuidas al propietario de una sociedad controlada no residente en virtud de la norma de transparencia fiscal internacional son dividendos, de acuerdo con el art. 10 MCOEDE, en cuanto que son “rentas de las acciones” en una “sociedad” del otro Estado contratante. El término “sociedad” definido por el art. 3.1.b) supone que el Estado que aplique la norma de transparencia fiscal internacional respete a efectos convencionales la consideración de “sociedad” que resulte de aplicación de la normativa del otro Estado contratante. Así, la renta debe calificarse como dividendos. LANG entiende que las rentas atribuidas al socio en virtud de las normas de transparencia fiscal internacional tienen el “mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución”, pues no ha habido deducibilidad de las distribuciones en cabeza de la entidad distribuidora. Así, bien sea aplicando la primera o la tercera parte de la definición del art. 10.3 MCOEDE, son dividendos las rentas atribuidas al socio de una entidad extranjera controlada en virtud de las normas de transparencia fiscal. LANG 2003: p. 56.

181 LANG 2003: p. 51-58. Ese argumento es expuesto por el Commissaire du Gouvernement en el citado caso.

182 Japón, Corte Suprema, 23 de octubre de 2009, Glaxo Kabushiki Kaisha 12 ITRL 644. Citado por DE BROE 2011: p. 378.

sociedad controlada, a menos que se aceptaran los Comentarios del Informe de *Partnerships*, que en este caso parecen tener más sentido que para los conflictos de calificación de entidades, pues respecto de la normas de transparencia fiscal (CFC) el Estado de residencia no se aprovecharía de gravar situaciones en las cuales no hubiera abuso, pues si hubiera imposición en el otro Estado debería conceder el crédito por los impuestos pagados por la entidad controlada, y solo si no hubiera podría sujetar a imposición sin conceder ningún crédito¹⁸³. En cualquier caso, como se observa, si el abuso que se pretende contrarrestar consiste en el uso de jurisdicciones de baja imposición, parece contradictorio que no se aceptara el crédito fiscal cuando hubiera imposición efectiva en el Estado de residencia de la entidad controlada. Ahora bien, si los CDI prevén un régimen de exención para los dividendos o un crédito subyacente, deberá

183 Sobre esta discusión que argumenta la necesidad de conceder el crédito para eliminar la doble imposición económica, *vid.* AIGNER, SCHEUERLE & STEFANER 2004: p. 37 y ss. RUST argumenta que la razón en el fondo del crédito indirecto es que el Estado de residencia del socio R no deba tomar ventaja sobre el hecho de que el Estado P grava a la *partnership* en vez de gravar a los socios y que por tanto el crédito indirecto del que hablan los comentarios al art. 23 MCOE y el Informe de *Partnerships* se debería otorgar, aunque lo cierto es que el Estado de residencia de la entidad controlada probablemente no grave a la entidad y por tanto no haya un impuesto para acreditar (RUST 2004: p. 270). Sin embargo, parece contrario a lo anterior el párr. 39 de los Comentarios al art. 10: “Cuando la sociedad controlada distribuye efectivamente dividendos, las disposiciones de un convenio tributario relativas a los dividendos han de aplicarse normalmente ya que se trata de rentas que tienen el carácter de dividendos en el sentido del convenio. El país de la sociedad controlada puede, en consecuencia, someter el dividendo a una retención en la fuente. El país de residencia del accionista aplicará los métodos normales para evitar la doble imposición (otorgando un crédito fiscal o una exención). Esto supone que el impuesto retenido en la fuente sobre el dividendo debería imputarse en el país de residencia del accionista aun cuando los beneficios distribuidos (los dividendos) se hayan gravado años atrás en aplicación de la legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC– o de otras reglas con efectos similares. Sin embargo, es dudoso que el convenio obligue, en este supuesto, a otorgar el crédito fiscal. Generalmente, el dividendo como tal está exento de imposición (dado que se habría gravado con anterioridad en aplicación de la legislación o reglas en cuestión), por lo que podría argumentarse que no existe fundamento para el reconocimiento de un crédito fiscal. Por otra parte, sería contrario a los fines del convenio que pudiera evitarse la deducción del impuesto extranjero simplemente anticipando el gravamen del dividendo mediante la adopción de normas que contrarrestan los abusos. El principio general, expuesto anteriormente, sugiere que debe concederse el crédito fiscal (crédito por impuestos pagados), aunque las modalidades puedan variar en función de los aspectos técnicos de este tipo de disposiciones o reglas y de las modalidades de imputación de impuestos extranjeros, así como de las circunstancias de cada caso particular (por ejemplo, el tiempo transcurrido desde el gravamen del ‘dividendo presunto’). En consecuencia, los contribuyentes que recurren a sistemas artificiales corren un riesgo frente al cual las autoridades fiscales no pueden concederles una protección integral”.

garantizarse su aplicación, pues para efectos convencionales los beneficios de una entidad no residente en un Estado atribuidos al socio residente en el otro Estado en virtud de normas de transparencia se califican como dividendos. Esto puede implicar la práctica irrelevancia de las normas de transparencia cuando los tratados prevean una exención para los dividendos¹⁸⁴.

Este problema es reconocido por los párr. 38 y 39 del art. 10 MCOCDE. El primero indica:

Sin embargo, la aplicación de esta clase de legislación o de estas reglas puede dificultar la aplicación del artículo 23. Si las rentas se atribuyeran al contribuyente, cada elemento de renta debería someterse al régimen previsto en las disposiciones correspondientes del Convenio (beneficios empresariales, intereses, regalías). Si este importe se asimila a un dividendo presunto, es evidente que se tratará de rentas que se originan en la sociedad controlada y, por ello, con fuente en el país de dicha sociedad. Aun así, no está nada claro si el citado importe sujeto a gravamen debe considerarse como un dividendo en el sentido del artículo 10 o como “otras rentas” en el sentido del artículo 21. Algunas de estas disposiciones o reglas tratan la suma sujeta a gravamen como un dividendo, con el resultado de que una exención prevista en un convenio tributario, por ejemplo el “privilegio de afiliación”, también le será aplicable (verbigracia, en Alemania). Sin embargo, es dudoso que los convenios así lo exijan. Si el país de residencia considera que no es el caso, posiblemente se enfrentará a la acusación de que está impidiendo la aplicación normal del privilegio de afiliación al gravar el dividendo por anticipado (a título de “dividendo presunto”).

Como se observa, el problema de la transparencia fiscal internacional es que cuando se utiliza el método de atribución económica de la renta o el de *look-through approach*, para los efectos del derecho interno del Estado de residencia del socio, la renta mantiene su naturaleza original, lo que supondría claramente un desconocimiento de las reglas de reparto del CDI si se pretendiera mantener esa calificación al nivel convencional. Rust ha entendido que en los casos en que no se reconoce a la entidad o en que se la reconoce pero se atribuye la renta al socio, se trata de una tributación de primer nivel y, por tanto, el artículo 7.º es

184 GARCÍA PRATS 2001: p. 821, aunque no queda claro si el autor se refiere a la exención prevista para los dividendos derivados de una participación sustancial o de la exención para otros tipos de rentas. RUST 2004: p. 264 y ss.; ALMUDÍ 2005: p. 356-358. Además, puede haber problemas con las cláusulas de *tax sparing*, como sostiene SANDLER 1998: p. 217; ALMUDÍ 2005: p. 359. Y como subraya este último autor, con aquellos CDI que aplican el método de eliminación de la doble imposición económica interna a los residentes del otro Estado contratante, p. 358.

aplicable. Mientras que cuando se reconoce a la entidad y se atribuye la renta a la entidad extranjera y la renta se calcula ese nivel, pero en un segundo nivel se transfiere real o ficticiamente la renta al socio, se trata de un segundo nivel de imposición y por tanto aplica el artículo 10¹⁸⁵.

A nuestro juicio, el primer nivel de imposición, entendido convencionalmente, ocurre siempre en los casos de entidades controladas, pues es precisamente su reconocimiento como unidades impositivas en el exterior lo que genera el diferimiento que se pretende evitar con las normas de transparencia fiscal internacional. Es más, las entidades controladas son usualmente personas, residentes, sociedades y entidades distribuidoras de dividendos según las remisiones que el tratado contiene a la legislación de la residencia. En consecuencia, se dan los presupuestos de la ficción de que la renta deriva de participaciones sociales en una entidad distribuidora de dividendos para efectos convencionales. Por ello, debe insistirse en que el artículo 10.3, en concordancia con el 10.1, el 10.5, 7 y el 3.1.d) del Modelo, tienen un papel fundamental para evitar que las reglas de reparto puedan ser desnaturalizadas por los Estados por medio de regímenes de transparencia, al indicar que la renta deriva de participaciones sociales para efectos convencionales y que no procede analizar la fuente de cada rendimiento que conformó los beneficios de la entidad controlada.

Finalmente, el Comentario indica que es posible que la renta se califique dentro de “otras rentas” en el sentido del artículo 21 MCOEDE, lo cual solo tendría como fundamento el hecho de que se considera que es una renta ficta y no real, pues el Estado de residencia de la entidad distribuidora no la reconoce y considera que no deriva de “participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución”. Debe recordarse que esta es la tercera parte de la definición de dividendos y que contiene una remisión al derecho interno. Sin embargo, como lo señalan Helminen y Rust, bajo el significado autónomo del art. 10.3 las rentas son dividendos de todas formas¹⁸⁶. Pero además, como se ha dicho, las rentas fictas son en cualquier caso “rentas/rendimientos” para efectos del artículo 10.3, y no hay razón alguna para prescindir de la aplicación prevalente que tiene el artículo de dividendos sobre los de beneficios empresariales y de “otras rentas”. Tanto el artículo 10 como el 21 se refieren a “las rentas”, y ningún artículo del Modelo define qué debe entenderse por tales.

185 RUST 2004: p. 267-268.

186 HELMINEN 2010: p. 136-137; RUST 2004: p. 265-267.

Por ello, sería contradictorio argumentar que las rentas fictas no son “renta” efectos del artículo 10, pero sí son “renta” para el artículo 21¹⁸⁷.

El Commissaire du Gouvernement en el caso Scheneider en Francia, como se ha dicho, consideró que la norma de transparencia fiscal se amparaba en una ficción de distribución de dividendos¹⁸⁸, aunque entendió que estos no encuadraban en el artículo 10 MCOCDE, sino que, al no tratarse de una renta real, debían considerarse como “otras rentas”, de acuerdo con el artículo 21 MCOCDE. Esto significa que deban ser gravados de forma exclusiva en la residencia sin conceder la medida para eliminar la doble imposición. Esta posición resulta incorrecta por las razones que ya se han expuesto y porque tendría que resultar inaplicable el art. 10 MCOCDE y las participaciones en la entidad distribidora no formar parte de los bienes afectos a una actividad empresarial, pues calificarían como beneficios empresariales si hubiere dicha afección¹⁸⁹.

En definitiva, la aplicación de las normas de transparencia fiscal internacional no limita la calificación como dividendos, para efectos de los CDI, de las rentas atribuidas al socio controlante. En particular, la eliminación de la doble imposición seguirá siendo una obligación convencional a cargo del Estado de residencia del socio, a menos que una cláusula de salvaguarda expresamente lo excluya. Así, de acuerdo con el MCOCDE, se exige conceder un crédito fiscal por dividendos siempre que los dividendos reales, incluso si los beneficios ficticiamente atribuidos, fueron incorporados en la base imponible del socio en un periodo anterior, mientras que en los CDI con exención por participación sustancial la renta podrá ser considerada por el Estado de residencia para efectos de la progresividad, pero tendrá que ser declara exenta¹⁹⁰. En Alemania, por ejemplo, algunos CDI conceden la exención de dividendos por participación sustancial, por lo cual desde 2003 la legislación indica que los dividendos ficticios no se benefician de los CDI. Obviamente esto refleja el deseo de corregir un problema de diseño de los tratados por medio del derecho interno, que con mucho sentido se ha acusado de *treaty override*¹⁹¹.

187 El término *renta*, al no venir definido por el CDI, se definiría de acuerdo con la *lex fori*. La doctrina ha entendido que se aplicaría el significado dado por legislación del Estado que aplique el CDI, que en el caso de normas de transparencia fiscal internacional sería claramente el de la residencia al aplicar el artículo 10.1 MCOCDE. En esta línea HELMINEN 2010: p. 136-137.

188 Un comentario sobre estos argumentos en DE BROE 2011: p. 378.

189 LANG 2003: p. 56.

190 AIGNER, SCHEUERLE & STEFANER 2004: p. 37-38.

191 RUST 2004: p. 264 y ss.

No obstante debe reconocerse, tal como lo ha hecho Harris, que gracias a las normas de transparencia fiscal internacional los CDI se han convertido en irrelevantes, pues la mayoría de los países del grupo G20+3 que analiza el autor tienen reglas de transparencia fiscal internacional que envuelven inevitablemente el otorgamiento de un crédito indirecto, ya que el Estado de la residencia del socio controlante suele aceptar como método interno un crédito por el impuesto pagado por la entidad controlada. Ello aplica incluso en los Estados que tienen el régimen de exención por participación sustancial. Además, el momento en que la entidad controlada distribuye los dividendos, estos se consideran exentos en manos de los socios para efectos del Estado de residencia, haciendo irrelevante el método convencional de eliminación de la doble imposición¹⁹².

E. SITUACIONES ASIMILABLES A LAS ENTIDADES DISTRIBUIDORAS DE DIVIDENDOS

Algunos CDI incorporan referencias a quién puede ser entidad distribuidora de dividendos dentro de la definición de la norma equivalente al art. 10.3 del Modelo o en otras partes del texto del tratado. Es el caso del de Rumania y España, que añade a la definición de dividendos la siguiente frase: “Este término designa igualmente las rentas distribuidas a sus socios por las sociedades mixtas constituidas conforme a la legislación rumana”. Como esta norma, existen otras que resultan más comunes y se estudian a continuación.

I. CONTRATOS DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Para ilustrar la cuestión que ocupa a este apartado es relevante mencionar el caso de las *tokumei-kumiai* japonesas. Se trata de un tipo de *silent partnership* o contrato de cuentas en participación mediante el cual el socio gestor/propietario del negocio desarrolla la actividad económica con el asocio de uno o varios socios ocultos. El propietario del negocio es gravado por la renta que se obtenga de las actividades y se le permite deducir el pago realizado a los socios ocultos. En el Japón, la Corte Distrital de Tokyo afirmó que la renta obtenida por los socios ocultos debía calificarse como “otras rentas” bajo el tratado de

192 HARRIS 2010: p. 587.

Países Bajos y Japón¹⁹³, como se deriva del hecho de que no existe una entidad distribuidora de dividendos, pues no hay una unidad impositiva independiente de los partícipes. En cualquier caso, estos contratos permiten la conducción de la renta y con esto el *treaty shopping*, lo cual ha sido solucionado en algunos CDI¹⁹⁴.

Con ello, los contratos de cuentas en participación no son en sí mismos una entidad distribuidora de dividendos, ni una “sociedad”, aunque los gestores sí lo sean. Las cuentas en participación no son un instrumento sintético –financiero, como lo llama la Ley del Mercado de Valores (LMV) española–, ni un título que pueda colocarse en el mercado de valores¹⁹⁵, pero son instrumentos que de forma indirecta permiten lograr algunas características de deuda y de capital simultáneamente, pues al final un sujeto puede decidir no obtener un préstamo, ni colocar acciones, pero sí crear un contrato de colaboración empresarial en el cual se disponga de unos recursos a cambio de unos derechos en la gestión y en los frutos de una operación. La lógica mercantil llevaría a pensar que no hay un endeudamiento propiamente, pues no hay remuneración definida, sino una utilidad producto del resultado de la actividad, lo cual envuelve un riesgo semejante al de los fondos propios en las sociedades. En cualquier caso, al no haber sociedad independiente se ha entendido en el ámbito español contable y tributario que son endeudamiento, pues su registro se da en la cuenta “acreedores por operaciones en común” del PGC¹⁹⁶. La remuneración del partícipe

193 Tokyo District Court decision dated 30 September 2005. Comentada por: HONJO 2007: p. 367. Esta sentencia fue ratificada en Japón, Corte Suprema, Caso (Gyou-Hi) 300 de 2007, 5 de junio de 2008. Disponible en www.ibfd.org *case law*.

194 El caso de las *tokumei-kumiai* ha sido solucionado por vía del Protocolo 13 al CDI entre Estados Unidos y Japón, en el sentido de permitirle al primer Estado no considerar como residente al contrato creado por el socio oculto y de “tratar la renta derivada por este sujeto como no obtenida por ningún participante del acuerdo. En ese evento, ni el contrato ni ninguno de los participantes del mismo tendrán derecho a los beneficios del tratado con respecto a la renta obtenida sujeta a tal acuerdo”. Tampoco se evita que Japón grave en la fuente las distribuciones hechas por el gestor a los socios ocultos si son deducibles para el primero. Esta norma incorpora una regla de análisis sustancial, pues se aplica a ese tipo de contratos como a “otros similares”. Protocolo de 2003 al CDI Estados Unidos-Japón.

195 JIMÉNEZ-BLANCO sostiene que para hablar de híbridos debe tratarse de un instrumento sintético, por lo cual no caben en el concepto los contratos o elementos superpuestos que tienen características propias de forma independiente, lo que excluye a ciertas operaciones de derivados y aquellas que involucran vehículos. Parece, sin embargo, al menos curioso que admita como un instrumento financiero híbrido a las cuentas en participación. JIMÉNEZ-BLANCO 2010: p. 1645.

196 CORDÓN & GUTIÉRREZ 2007: p. 999.

se registra como gasto en la cuenta 6510 –beneficio transferido–, con lo cual no es un “gasto financiero”, sino “otros gastos de gestión”, deducibles incluso para efectos fiscales¹⁹⁷.

Esta naturaleza híbrida le ha valido para que en ciertos casos reciba un tratamiento equivalente a los dividendos. Son ilustrativas en este punto las palabras de Schön sobre las cuentas en participación austriacas:

Quien financia puede tener una participación privada en el negocio comercial de una persona incluida la participación en los beneficios y pérdidas, pero no tiene derecho de voto en el manejo de la sociedad del deudor. La participación en beneficios no puede ser eliminada pero es posible modificarse. Así es posible pagar parte de la remuneración por el capital sin consideración a la existencia de verdaderos beneficios. En relación con las pérdidas, en todo caso, la exclusión de cualquier participación es posible. En ese caso la distinción entre un *partnership* no revelado y un crédito participativo puede ser difícil. En el evento de insolvencia, el capital dado es considerado una obligación de terceros. Quien financia tiene derechos de verificación de las cuentas anuales y otra documentación (art. 179-188 UGB). En Austria, el *silent partnership* es considerado deuda para propósitos de derecho de sociedades y de contabilidad. Si las partes pactan la participación en los beneficios, las pérdidas y las ganancias latentes, el *silent partnership* se considera atípico, lo cual dará lugar a derechos políticos en el manejo de la sociedad y la financiación se considerará capital¹⁹⁸.

En atención a la necesidad de tratar de forma neutral este tipo de entidades, algunos CDI, como el luso-español, aclaran la definición de dividendos estableciendo que “incluye los rendimientos de las cuentas o asociaciones en participación”¹⁹⁹. En general, se aprecia que en algunos CDI se regulan cuáles rentas derivadas de los contratos de cuentas en participación por el partícipe oculto u contratos similares donde exista un *sleeping partner* o de certificados fiduciarios de inversión pueden ser dividendos. Menciona Lampert que en el caso alemán existen numerosos CDI que tratan las rentas del *silent partner* como dividendos expresamente, pues de otra forma serían considerados intereses. En

197 CENCERRADO 2010: p. 653.

198 SCHÖN *et al.* 2009: p. 11-12.

199 El Protocolo del CDI entre España y Portugal de 1995. La consulta de la DGT de 19 de febrero de 1992 indicó que en cuanto al Convenio España-Portugal, eran dividendos las retribuciones por las aportaciones hechas a cuentas en participación por un partícipe no residente persona física.

todo caso, solo se refiere a aquellos *silent partners* que no ejercen una influencia en la actividad de negocios. Si el *silent partner* comparte riesgos derivados del negocio e influye en las decisiones, se considera beneficios empresariales, de acuerdo con el art. 7.^o[200]. Respecto a lo anterior, destaca el CDI entre España y Bulgaria de 1991, que contiene una regla muy particular en la que considera como un EP situado en este último país a la participación de un residente de España en una empresa mixta (*joint venture*) constituida con arreglo a la legislación búlgara. Lo particular es que estas entidades tienen personalidad jurídica, de forma que la distribución de sus beneficios daría lugar a dividendos, de no existir esta regla especial que los hace tributar como beneficios empresariales.

En definitiva, la inclusión de los rendimientos obtenidos del contrato de cuentas en participación en la definición de dividendos soluciona problemas interpretativos pero genera uno de especial trascendencia, y es que si el pagador es una persona física, habrá fundadas dudas de si se cumple con el art. 10.1 del Modelo. Además, si los rendimientos pagados son deducibles para el oculto, puede resultar cuestionable desde el punto de vista de la política fiscal conceder a estos rendimientos el tratamiento de los dividendos porque el Estado de la residencia del gestor podría concederle una exención o un crédito indirecto.

2. TRUSTS

En un *trust* existen tres partes: el constituyente, el *trustee* y el beneficiario. Por lo general el constituyente transfiere unos activos al *trustee* para que este desarrolle una finalidad pactada en contrato, que suele consistir en pagos a un beneficiario. Los *trusts* generan diversas preguntas de interés fiscal, sobre todo relacionadas con la siguiente: ¿a quien se atribuye la renta obtenida por el desarrollo de las finalidades de un *trust*? En principio, se trata de una propiedad que ha sido transferida al *trustee* y por tanto será él quien tenga derecho sobre las rentas que deriven. Sin embargo, en la medida en que dichos activos –y por tanto las rentas– están afectos a una finalidad, es posible que se atribuyan al constituyente o al beneficiario. Suele ser común que se le atribuyan al primero cuando hay revocabilidad; fuera de estas situaciones, por lo general se le atribuyen al beneficiario²⁰¹.

200 LAMPERT 2012: p. 485.

201 AVERY JONES *et al.* 2006b: p. 175 y ss.

De esta forma, los sistemas tributarios pueden gravar de forma transparente al beneficiario, caso en el cual, en principio, no habrá lugar a dividendos. No obstante, si el *trust* es considerado una entidad imponible independiente o si el *trustee* es gravado en su nombre, la renta que reciba el beneficiario tendrá una fuente distinta de la actividad económica original²⁰². Ello genera múltiples problemas de carácter internacional²⁰³, pero aquí solo es relevante determinar si la fuente de la renta de los beneficiarios es la participación social en una entidad, problema que concierne tanto al Estado de residencia del beneficiario para determinar que tipo de corrección de la doble imposición aplica, como al de residencia del *trust* o *trustee* para determinar si está limitado por el CDI. Si bien se observa que algunos CDI solucionan el asunto por medio de un supuesto de transparencia convencional consistente en que se atribuye la renta al beneficiario y se presume que el impuesto pagado por el *trust* ha sido pagado por ese mismo beneficiario²⁰⁴, o lo someten a las reglas generales de transparencia, lo cierto es que la mayoría de los CDI no contienen normas al respecto. Cuando no haya lugar a la transparencia del *trust*, porque ni el tratado ni la ley interna del Estado de residencia del *trust* o del *trustee* lo prevean, la fuente de la renta para efectos convencionales no es la actividad económica subyacente.

En el caso de los *accumulation trusts* en los Estados Unidos y el Reino Unido, se les considera unidades impositivas independientes para efectos fiscales, de manera que pueden considerarse “personas” “residentes” para efectos del tratado, lo que en principio podría permitirles ser entidades distribuidoras de dividendos. Sin embargo, será discutible si los derechos de los beneficiarios

202 WHEELER 2007: p. 37 y 38

203 Por ejemplo, para determinar cuál CDI aplica el Estado de la fuente de la actividad económica original, que podría ser el del *trustee* o el del *trust* en sí mismo, o el del beneficiario. Para este será difícil que se le conceda un crédito fiscal por los impuestos pagados por alguno de los primeros sujetos. Además, es posible que el Estado de residencia del *trust* o *trustee* aplique un gravamen sobre la renta pagada a los beneficiarios, y que para efectos del CDI deberá ser calificada.

204 CDI Reino Unido-Noruega 2000. Art. 21 (otras rentas). “(2) The provisions of paragraph (1) of this Article shall not apply to income paid out of trusts or the estates of deceased persons in the course of administration. Where such income is paid to a beneficiary who is a resident of Norway by trustees or personal representatives who are residents of the United Kingdom out of income received by those trustees or personal representatives which would, if those trustees or personal representatives had been residents of Norway, have fallen within other Articles of this Convention, the beneficiary shall be treated as having received an amount of the income received by the trustees or personal representatives corresponding to the income received by him and any tax paid by the trustees or personal representatives on that amount shall be treated as having been paid by the beneficiary”. CDI Reino Unido-Noruega 2000.

son realmente participaciones sociales, puesto que en el caso de los *irrevocable discretionary trusts* tales sujetos solo tienen meras expectativas; de ahí que se haya entendido que lo más correcto sería calificar las rentas como “otras rentas” según el art. 21 MCOCDE²⁰⁵.

3. VEHÍCULOS DE INVERSIÓN (INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA ‘IIC’ Y OTROS FONDOS)

Los vehículos de inversión buscan favorecer el ahorro y por lo general tienen un tratamiento favorable para efectos fiscales con objeto de evitar la múltiple imposición de las rentas. La naturaleza de estos fondos puede variar, en algunos casos teniendo personalidad jurídica, y en otros clasificando como un *trust* o, incluso, al considerarse meras masas patrimoniales que cuentan con reconocimiento legal a ciertos efectos. Los elementos característicos de su definición han sido resumidos por Ed y Bongaarts: a) tienen como propósito recibir las rentas y las ganancias de capital resultantes de la administración de carteras; b) están verdaderamente abiertos a un amplio número de inversores en virtud de la accesibilidad y comerciabilidad de sus intereses y c) están regulados en función de transparencia en sus propósitos y operación e independencia²⁰⁶.

En estas entidades existe un *animus societatis* y se da una “sustitución” de los activos administrados por el fondo por los activos que representan los intereses del inversor en el fondo, de manera que estos últimos sujetos no pueden demandar la posesión del activo subyacente o la renta derivada, sino que por el contrario, tienen derecho a su participación en la globalidad del fondo²⁰⁷. La pregunta que interesa analizar en este trabajo es si los fondos cumplen los requisitos para ser entidades distribuidoras de dividendos, y por tanto, si los intereses de los inversionistas pueden calificarse como participaciones sociales en los términos del art. 10 MCOCDE.

Las formas de favorecer el ahorro por medio de estos vehículos varían entre los Estados. En el contexto internacional puede haber restricciones, pues no existe una tributación del nivel de jerarquía de las IIC, lo que en un CDI dará lugar a preguntarse si estas están comprendidas en el ámbito subjetivo

205 CORASANITI 2003: p. 14.

206 ED & BONGAARTS 1997: p. 36.

207 El concepto de “sustitución” fue desarrollado por el General Report del Informe IFA 1962. *Vid.* ED & BONGAARTS 1997: p. 37.

del Convenio y del art. 10.1 del Modelo, eso es, si es una persona o sociedad, y si es residente en los términos del art. 4.º MCOCDE, para lo cual tendrá que estar sujeta a imposición por el criterio de residencia, nacionalidad, sede de dirección o cualquier criterio análogo por sus rentas de fuente mundial, no bastando estar gravado solo por la fuente. Esto hace que se les aplique la solución que se adopte a la discusión sobre la tributación real o potencial como exigencia del *liable to tax*.

Para los efectos de este trabajo, las IIC pueden dividirse entre las que conforman una entidad distribuidora de dividendos en los términos el artículo 10 MCOCDE y las que no. Dentro de las primeras cabrían aquellos casos en que la entidad encaja como “sociedad” y “residente”, como ocurriría con las entidades consideradas como contribuyentes sin que importe que tengan una exención subjetiva, exenciones objetivas o estén sujetas a tipo cero. Del mismo modo no afectaría esta conclusión si se gravara a la IIC de forma ordinaria, pero se consagre un sistema de integración al nivel del socio o si se permite la deducción, al nivel de la entidad, de los retornos a los inversionistas. Por el contrario, puede haber problemas para considerar que existe una entidad distribuidora de dividendos cuando un Estado aplique regímenes de transparencia, como los que difirieren la imposición hasta que llegue al inversor sin considerar a la entidad como persona o se estipule una transparencia intermedia en la que los activos se atribuyen a los inversores y las rentas a la entidad²⁰⁸.

Helminen ha subrayado el problema de los fondos de inversión en Finlandia, ya que en ese Estado se trata de entidades que pueden considerarse “sociedades” y “residentes”, de manera que en principio cumplirían los requisitos para ser considerados como entidades distribuidoras de dividendos, y además, el régimen previsto por el derecho interno para los pagos a los inversores es idéntico al de los dividendos. En opinión de dicha autora, lo más apropiado sería calificar los pagos hechos a sus inversionistas como dividendos procediendo una retención en la fuente limitada. Sin embargo, los tribunales han entendido que dichos pagos califican como “otras rentas”; además, no pueden someterse a imposición en ese Estado, en la medida en que no cumplen con la tercera parte de la definición de dividendos de los Convenios, pues se ha considerado que el tratamiento fiscal de las acciones difiere del de los fondos de inversión bajo el derecho interno, pues los fondos están exentos y los pagos a los inversionistas

208 ED & BONGAARTS 1997: p. 38.

no dan derecho al método para eliminar la doble imposición económica²⁰⁹. Esta conclusión resulta criticable puesto que el régimen fiscal al que se refiere el art. 10.3 es el de los dividendos como rentas del socio y no de la entidad distribidora. Además, la segunda parte de ese precepto comprende a los “otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en beneficios” donde tal vez puedan subsumirse los derechos de los inversores en el fondo.

Algunos CDI entienden que las IIC no pueden ser residentes de acuerdo con el art. 4.º MCOCDE, a menos que las autoridades competentes establezcan los requisitos para serlo²¹⁰. Otros simplemente excluyen a los “fondos de inversión de capital extranjero” o “cualquier otra legislación sustancialmente similar dictada [...] con posterioridad a la firma del Convenio”²¹¹. De manera análoga, algunos CDI contienen cláusulas de exclusión que comprenden estos tipos de entidades²¹². Por el contrario, algunos CDI especifican la aplicación del art. 10 a ciertos sujetos a IIC. Por ejemplo, el Protocolo del CDI entre España y Corea de 1994 indica textualmente: “Con referencia al artículo 10: [...] No

- 209 HELMINEN 1999: p. 1155 y ss.; HELMINEN 2000: p. 135 y ss.; HELMINEN 2013: p. 211 y ss.; *vid.* Finlandia, Korkein Hallinto-oikeus, sentencia de 14 de junio de 1999, n.º 1600; KHO 1999: p. 34. Disponible en Tax Research Platform, IBFD.
- 210 España-Alemania 2012, Protocolo I; España-Francia 1997 Protocolo 9, admitidas las instituciones francesas de inversión colectiva en valores mobiliarios (OPCVM) francesas por intercambio de cartas de 1.º de marzo y 22 de abril de 2005. BOE de 6 de agosto de 2009.
- 211 España-Chile, Protocolo I, en cuanto a legislaciones dictadas por Chile.
- 212 España-Jamaica 2009: “A. El presente Convenio no será aplicable a las sociedades que puedan acogerse a beneficios fiscales especiales previstos (en Jamaica) en: a) la ley de sociedades financieras internacionales (deducciones en el impuesto sobre la renta) de 1971 [‘International Finance companies (income Tax Relief) Act’]; b) la ley sobre sociedades comerciales extranjeras de 1984 (‘Foreign Sales Corporation Act’), y c) cualquier ley sustancialmente similar promulgada posteriormente por Jamaica. B. Además, en el caso de España, se entenderá que las sociedades mencionadas en el párrafo A están excluidas de los efectos de la aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, con sus correspondientes modificaciones”. CDI de España y Uruguay de 2011, que reza: “1. No se aplicará el convenio a las sociedades o entidades acogidas a alguno de los siguientes regímenes: a) sociedades anónimas financieras de inversión (SAFI), cuando continúen disfrutando del régimen fiscal previsto en la Ley n.º 11.073, de 24 de junio de 1948, o sus modificaciones posteriores; b) instituciones financieras externas (IFE), cuando continúen disfrutando del régimen fiscal previsto en el decreto de 17 de agosto de 1989 o sus modificaciones posteriores; c) zonas francas previstas en la Ley 15.921 o sus modificaciones posteriores, en lo referente a la prestación de servicios financieros. Lo dispuesto en los apartados a) y b) no será de aplicación cuando Uruguay esté en disposición de intercambiar información con respecto a esas entidades en los términos previstos en este Convenio”.

obstante el epígrafe a) del apartado 2 del artículo 10, el epígrafe b) de dicho apartado se aplicará en todos los casos a los dividendos pagados por las instituciones españolas de inversión sometidas a la imposición española con arreglo al artículo 34 o el artículo 35 de la Ley 46, de 26 de diciembre de 1984”. Por su parte, el CDI entre España y Alemania de 2012 comprende en la definición de dividendos “los rendimientos procedentes de las distribuciones por razón de certificados en una *investmentvermögen* alemana”. El Modelo ruso señala que son dividendos las participaciones en los fondos de inversiones (*share investment funds*)²¹³. Nótese que estos tipos de convenios crean una entidad distribuidora de dividendos directamente—evitando incluirlos como “persona”, “sociedad” y “residente”— que reúne las condiciones para ser entidad distribuidora de dividendos. Esto puede presentar problemas al hacer policéntricos los círculos que hemos mencionado.

El CDI entre España y Estados Unidos de 2013 aclara en su Protocolo, en referencia al artículo de dividendos, que en el caso de España la imposición en fuente reducida de 5% no procede si los dividendos son pagados por una SOCIMI o una IIC española. No obstante, sí se aplica la imposición reducida en fuente del 15% cuando el capital que posee “el beneficiario efectivo de los dividendos, directa o indirectamente, no excede del 10 por ciento del capital total de la SOCIMI” y en todo caso, si los dividendos son pagados por una IIC. En cuanto a los Estados Unidos, la imposición reducida en fuente al 5% no aplica para las US RIC ni para las US REIT. No obstante, tienen derecho a la imposición reducida en fuente del 10% y de exención conforme al art. 10.4 del tratado, en todos los casos las RIC (IIC) y los FII (REIT) solo cuando:

a) el beneficiario efectivo sea una persona física o un fondo de personas con participación menor del 10% en el REIT;

b) los dividendos derivan de una clase de acciones que se comercializan en bolsa y el beneficiario efectivo de los dividendos es una persona cuya participación no excede del 5% de ninguna clase de acciones de la REIT;

o c) el beneficiario efectivo de los dividendos es una persona cuya participación en la REIT no excede del 10% y la REIT está diversificada²¹⁴.

213 VARIYCHUK 2012: p. 931.

214 El Protocolo indica: “A los efectos de este apartado, una REIT estará ‘diversificada’ cuando no exista una única participación en bienes inmuebles cuyo valor exceda del 10 por ciento de sus participaciones totales en bienes inmuebles. A los efectos de esta norma, las propiedades en ejecución hipotecaria no se consideran participaciones en bienes inmuebles. Cuando una REIT

4. ENTIDADES O FIDEICOMISOS DE INVERSIÓN INMOBILIARIA (FII)

Como ya hemos anticipado, los FII²¹⁵ son tratados de forma muy diferente de parte de los Estados, dando lugar en algunos casos a que no sean “residentes” o “sociedades” para aplicar los CDI²¹⁶. Ello causaría que las rentas que paguen a sus inversionistas no se beneficien de la aplicación del CDI. Ese resultado puede ser deseable para los grandes inversores pero no para los pequeños, por lo cual se proponen modificaciones al apartado 10.2 MCOCDE que no limiten la imposición en la fuente cuando haya participaciones superiores al 10%, pues se entiende que el FII es un vehículo de un inversor con especial injerencia²¹⁷. En efecto, si el FII es considerado “sociedad” “residente” y la renta se atribuye a la entidad, no habrá mayores problemas para calificar la renta derivada como dividendos. Lo anterior ocurre, por ejemplo, con las SOCIMI españolas, que se organizan como sociedades anónimas, no son un vehículo transparente ni pueden considerarse exentas del IS, en la medida en que están sometidas a un tipo del 0% solo si cumplen ciertos requisitos, pues de lo contrario se sujetarán a un 30%. Además, se prevé un gravamen especial del 19% que recae en la propia entidad y al momento de la distribución a sus socios cuando estos tengan una participación igual o superior al 5% en la SOCIMI y siempre que los dividendos estén exentos o tributen a un tipo de gravamen inferior al 10%. Si el perceptor de los dividendos es una entidad no residente que participa en el capital de otras SOCIMI, cuando tenga una participación igual o superior al 5% y tributen al menos al tipo de gravamen del 10%, no se aplicará el gravamen especial²¹⁸.

posea una participación en una sociedad de personas (*partnership*), se considerará que posee directamente el porcentaje de participación de la sociedad de personas en los bienes inmuebles, correspondiente a su participación en la sociedad de personas”.

215 Los FII tienen origen en los Estados Unidos a finales del siglo XIX, donde inicialmente se gravaban en los beneficiarios, aunque en 1935 la Corte Suprema estadounidense consideró que deberían sujetarse a imposición como las *corporations*. Estados Unidos. Supreme Court. 1935, *Morrissey v. Commissioner*, 296 U.S. 344. En 1960 se crea un régimen que devuelve la neutralidad a los REIT, bajo un sistema que varias legislaciones han incorporado. CONCEIÇÃO 2012: aptdo. 1.1. En España el régimen de las SOCIMI es un ejemplo de FII.

216 Las rentas derivadas de las acciones o participaciones en entidades de inversión inmobiliaria pueden resultar excluidas del art. 10. *Vid.* VOGEL 1997: párr. 203, art. 10. Israel-Alemania.

217 Párr. 64.3 del art. 10 MCOCDE

218 Bajo la Ley 11 de 2009 las SOCIMI españolas generaban varios problemas de doble imposición en cabeza de los socios. *Vid.* VIÑUALES 2010: p. 247 y ss. Bajo la Ley 16 de 2012 estos casos se

No obstante, si los FII no se consideraran “sociedad”, la renta se entendería obtenida por los inversores de forma transparente, lo que podría hacer calificar la renta como inmobiliaria. Además, recuérdese que el art. 10.3 MCOCDE exige que la entidad sea una unidad impositiva de forma semejante a las personas jurídicas. Dado que el régimen de los FII supone una reducción del gravamen, ya que su característica principal es que existe un único nivel de imposición que corresponde al de los inversores en el FII, es posible que no se catalogue como una entidad distribuidora de dividendos bajo una cuestionable pero posible interpretación según la cual no son consideradas “residente” o “sociedad” por no estar sujetas a imposición de forma semejante a las personas jurídicas.

En la medida en que los Estados buscan favorecer la inversión por medio de estos vehículos, pero sin que ni la fuente ni la residencia pierdan su potestad tributaria en casos de doble imposición, los párr. 67.1 y ss. de los Comentarios al art. 10 MCOCDE sugieren la incorporación de ciertas normas que vendrían a permitir la aplicación del CDI a estas entidades y en consecuencia a que la renta derivada por los inversores en una FII se calificara como dividendos para efectos convencionales. Esto último se logra mediante la ficción de la existencia de una entidad diferenciada que implique que la fuente de renta para los inversores sea distinta de la subyacente. Es decir, la fuente no será la propiedad inmobiliaria, sino las participaciones sociales. Para obtener tal efecto, la entidad, que puede ser “sociedad” pero no “residente” debe clasificar como entidad distribuidora de dividendos, por lo cual, el párr. 67.6 propone modificar los apartados 1 y 2 del art. 10 para indicar que los dividendos también pueden ser pagados por un FII y que pueden ser gravados de forma ilimitada en la fuente, entendida como el Estado de constitución. La redacción sugerida es la siguiente:

1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante, o por un FII constituido conforme a su legislación interna, a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.
2. Sin embargo, dichos dividendos pueden someterse también a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos y según la legislación de ese Estado o, en el caso de un FII, según la legislación en virtud de la que se haya constituido; pero, si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado contratante (distinto del beneficiario

restringen solo a los supuestos en que exista una participación mayor que el 5% y la no acreditación de estar gravado a un tipo superior al 10%.

efectivo de los dividendos pagados por una sociedad que constituya un fideicomiso de inversión inmobiliaria [FII] en el que dicha persona posea, directa o indirectamente, una participación en el capital de la sociedad que constituya al menos el 10 por ciento del valor de todo el capital invertido), el impuesto así exigido no podrá exceder del: a) 5 por 100 del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad (excluidas las sociedades personas *–partnerships–*) que posea directamente al menos el 25 por 100 del capital de la sociedad que paga los dividendos (excluidas las sociedades pagadoras constituidas como un FII); b) 15 por 100 del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos.

Por el contrario, cuando el FII se estructura como fideicomiso o acuerdo contractual o fiduciario no considerado como sociedad, como lo indica el párr. 67.7, se puede establecer que las distribuciones tendrán el tratamiento correspondiente a los dividendos, excluyendo así a otras categorías de rentas. Se propone así una disposición adicional del siguiente tenor:

A los efectos del presente convenio, cuando un FII constituido de conformidad con la legislación de un Estado contratante distribuya rentas a un residente del otro Estado contratante y este sea el beneficio efectivo de la distribución, tal distribución de la renta se tratará como un dividendo pagado por una sociedad residente del Estado mencionado en primer lugar.

En ambas soluciones, el FII podría ser un no residente para efectos del tratado por no estar sujeto a imposición, y aun así sus pagos a los inversionistas se verían sujetos a los beneficios convencionales y serían dividendos aunque no hubiera habido sujeción a imposición del nivel de la entidad. Todo lo anterior supone nuevas funciones de la definición de dividendos que históricamente fue diseñada para calificar a las rentas que potencialmente puedan sufrir doble imposición económica, lo cual no ocurre claramente en estos casos.

Para finalizar, la práctica convencional española contiene ejemplos de FII que son considerados entidades distribuidoras de dividendos. El CDI España-Singapur de 2012 permite aplicar la imposición reducida del 5% a quienes ostenten menos del 10% del capital aportado de una “entidad cotizada de inversión inmobiliaria”. En los demás casos la reducción prevista en el CDI no aplica. El objetivo de esta diferenciación es reconocer que en el caso en que se tiene un porcentaje superior al 10% la inversión pasa a tener una mayor conexión con la propiedad inmueble, lo que justifica el mayor gravamen. Se entiende por

tales entidades en Singapur un fideicomiso constituido como instrumento de inversión colectiva, aprobado en virtud del artículo 286 de la Securities and Futures Act (Ley de Valores y Futuros), capítulo 289, que cotiza en el Mercado de Singapur (Singapur Exchange) y que invierte o tiene como objetivo invertir en bienes inmuebles y en activos relacionados con bienes inmuebles; y en España, SOCIMI reguladas mediante Ley 11/2009.

5. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES

Bajo el MCOCDE los EP no entran en el ámbito subjetivo de aplicación de los tratados, ya que son un criterio objetivo de conexión. De esta forma, en principio, un EP no puede ser considerado una entidad distribuidora de dividendos, en la medida en que no es una “sociedad” “residente de un Estado contratante” que paga dividendos a sus socios, en los términos de los art. 1.º, 3.º, 4.º y 10 MCOCDE, pues en realidad lo que hace es remesar los beneficios a su casa central, que entre otras cosas es la misma persona jurídica para efectos impositivos. Además, no existe una participación social en el EP en los términos del art. 10.3 del Modelo, de forma que su calificación, de ordinario, se da dentro del artículo de beneficios empresariales (art. 7.º MCOCDE). Los EP además resultan protegidos por la regla de no discriminación contenida en el art. 24.3 del MCOCDE, la cual le prohíbe al Estado donde se configura el EP someter a una imposición menos favorable que las empresas locales que realicen esas mismas actividades²¹⁹.

Para exponer cómo los EP difícilmente pueden ser una entidad distribuidora de dividendos, vale la pena analizar el caso *Sté Médecine Beauty*, conocido por la Corte Administrativa de Apelaciones de Lyon (Francia)²²⁰, que versó sobre la definición de dividendos del CDI entre Francia y Suiza de 1966. Se trata de una sociedad residente en Suiza que desarrolla actividades en Francia por medio de dos agentes dependientes que constituyen un EP en esta última jurisdicción bajo el art. 5.º del tratado. Las posiciones de las partes del litigio pueden resumirse así:

219 MCOCDE, art. 10, párr. 60. VOGEL 1997: p. 1316.

220 Francia, Cour administrative d'appel de Lyon, sentencia del 22 September 2009, Caso *Sté Médecine Beauty*, n.º 06-1048. Disponible en www.ibfd.org Se ha utilizado como fuente: ERIC ROBERT, “Treaty between France and Switzerland-French Administrative Court of Appeal holds constructive distributions subject to withholding tax”, IBFD TNS Online, 26 February 2010.

– De acuerdo con la Administración francesa, el impuesto sobre la remesa de utilidades del EP podría aplicarse bajo el artículo 11.5 del Convenio (en la versión modificada por el Protocolo de 1997), que contiene la definición de dividendos, ya que según el derecho interno francés (art. 115 Code Général des Impôts) es exigible un *branch tax* sobre la renta resultante después de restar el impuesto de no residentes sobre el EP. Se trata de un tributo que considera como distribuciones ficticias (*revenus réputés distribués*) las rentas de los EP.

– Según el contribuyente, las remesas debían ser clasificadas como “otras rentas” gravadas exclusivamente en el Estado de la residencia en aplicación del art. 23.1 del citado tratado. La posición del contribuyente se apoya en la Decisión la Corte Suprema Administrativa de 31 de enero de 2001 en el caso *Polska Kasa Opieki* (2001), que analiza el CDI entre Francia y Polonia de 1975 y sostiene que el impuesto sobre la remesa de los EP se ve limitado por el artículo de “otras rentas” del CDI, ya que el artículo 10 no es aplicable, y que por tanto, no pueden ser gravados por Francia. Es interesante mencionar que dicho tratado contenía una norma similar al art. 21 del MCONU que otorga el poder de gravar las otras rentas al Estado de la residencia, a menos que desarrolle una actividad mediante un EP en el otro Estado. Como en efecto existía un EP, la Corte indica que esa referencia se hace para aplicar el art. 7.º que se refiere exclusivamente a los beneficios empresariales, pero que no se puede extender al gravamen de las presuntas remesas de utilidades. Por ello, el art. 21 resulta aplicable y ordenaría una tributación exclusiva en la residencia.

La sentencia de la Corte de Apelaciones afirma que el art. 11.5 del CDI—relativo a la definición de dividendos—comprende las distribuciones ficticias y, por tanto, pueden gravarse como dividendos las remesas de utilidades. Esta conclusión se apoya en la redacción del texto del CDI, que contiene una remisión amplísima al Estado de la fuente²²¹. Gracias a esa particularidad de la ley interna francesa,

221 Textualmente se afirmó: “Considérant, en dernier lieu, qu’aux termes de l’article 11 de la convention franco-suisse, dans sa rédaction applicable en l’espèce: ...5. Le terme dividendes employé dans le présent article désigne... les revenus soumis au régime des distributions par la législation fiscale de l’Etat contractant dont la société distributrice est un résident...7. Lorsqu’une société qui est un résident d’un Etat contractant tire des bénéfices ou des revenus de l’autre Etat contractant, cet autre Etat ne peut percevoir aucun impôt sur les dividendes payés par la société, sauf dans la mesure où ces dividendes sont payés à un résident d’un autre Etat ou dans la mesure où la participation génératrice des dividendes se rattache effectivement à un établissement stable ou une base fixe dans cet autre Etat...; que, contrairement à ce que soutient la société requérante, les revenus réputés distribués litigieux constituent des dividendes

los CDI de este país tienden a redactar la tercera parte de la definición de forma extensísima, es decir, indicando que son dividendos “las rentas tratadas como distribuciones por la legislación tributaria del Estado contratante en el cual la sociedad que hace la distribución es un residente”²²².

El caso *Sté Médecine Beauty* es interesante para ver el alcance de la remisión al derecho interno y su relación con los requisitos de existencia de una entidad distribuidora de dividendos. Debe señalarse que el EP no es una “sociedad” residente de un Estado contratante. Sin embargo, es interesante que no existe en este CDI la exigencia de que los dividendos sean pagados por un residente de un Estado contratante del art. 10.1 del MCOCDE y por el contrario, indica: “Los dividendos que se originen en un Estado contratante y pagados a un residente de otro Estado contratante pueden ser gravados en ese otro Estado contratante”²²³. De todas formas, la exigencia de ser residente sí viene implícita en la remisión de la definición de dividendo del art. 11.5 del citado convenio. Es decir, aunque forzosamente pueda sostenerse que es una “sociedad” por ser una entidad que es tratada como persona jurídica para efectos fiscales (3.1.f) por el Estado de establecimiento, no se cumpliría la exigencia de que sea residente para determinar con respecto a cuál entidad habrá que hacerse la comparación. O habría que compararla con el régimen fiscal otorgado por el Estado de residencia de la casa central, lo cual no haría ningún sentido. En definitiva, la intención de los negociadores es evidente, pero el texto del tratado no supera los problemas para calificar esas rentas como dividendos.

De todas formas, desde un punto de vista de política fiscal, la no consideración de los EP como sujetos de los CDI resulta no solo absurda ante situaciones triangulares²²⁴, sino también contradictoria con los últimos movimientos de la OCDE, que tienden a su subjetivización e independencia de su casa central, y con el hecho de que siempre se han considerado un centro de atribución de rentas, concepto muy cercano al de unidad impositiva independiente sobre el

au sens du 5. de l'article 11 précité; qu'ainsi, il résulte des stipulations du 7. dudit article 11 de la convention que l'Etat Français pouvait les soumettre à une retenue à la source dès lors qu'ils se rattachaient effectivement à un établissement stable situé en France”.

222 *Vid.* “France-Permanent Establishments-Topical Analyses-6. Miscellaneous (Last Reviewed: 4 March 2013) Nathalie Cordier Deltour”, en www.ibfd.org

223 “Dividends arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State”. Versión traducida del francés por el IBFD. En www.ibfd.org

224 *Vid.* AVERY JONES & BOBBETT 1999: p. 16-20.

cual se construye el de sociedad y entidad distribuidora de dividendos²²⁵. Lo anterior sin contar con el hecho de que el criterio de atribución incorporado en 2008 al MCOCDE supone una sujeción comprehensiva a imposición. Pero además, respecto a lo que interesa a este libro, no considerar al EP como una entidad distribuidora y no tratar como dividendos a las remesas de beneficios a la casa central genera no pocas faltas de coherencia y neutralidad. Por ello, pese a que las modificaciones realizadas en el 2008 al MCOCDE²²⁶ lograron acercar el gravamen de la casa central de un EP con el de la matriz de una filial, no tuvieron en cuenta que respecto de esta existe un segundo nivel de imposición, que es el gravamen sobre los dividendos. En efecto, mientras que el segundo nivel de gravamen en un EP, aplicado en la fuente, puede estar restringido por los artículos 10.5 y 24 MCOCDE, el art. 10 permite perfectamente un gravamen limitado en la fuente que se reduce al 15% o al 5% cuando existe participación sustancial. Así, mientras el gravamen de la casa central se da de forma ilimitada en la fuente y se permite en la residencia un crédito fiscal por el impuesto o una exención por la renta del EP, la imposición de la matriz supone un gravamen limitado de los dividendos en la fuente y un crédito fiscal por ellos. En este último caso, la subsidiaria tributará en el Estado de su residencia y la matriz será gravada en la fuente y en su residencia por los dividendos, a menos que el CDI o el derecho interno del Estado de residencia de la matriz permita atenuar la doble imposición económica mediante un crédito indirecto o exención.

El ET permite exponer algunos de los problemas que podría derivarse del régimen asimétrico de tributación de los beneficios de un EP y los dividendos repartidos por una filial, y de los problemas que se causan al tratar de calificar dentro del art. 10.3 del MCOCDE las remesas de los EP a su casa central. Según las normas internas del país suramericano, las sociedades y entidades residentes en Colombia tributan por su renta de fuente mundial, y las rentas que obtengan no se atribuyen a los socios. Los dividendos que repartan dichas sociedades no son ingresos constitutivos de renta, ni de ganancia ocasional si los beneficios con que se distribuyen han tributado en cabeza de la sociedad. De esta forma, se ven sujetos a gravamen aquellos dividendos que correspondan a utilidades no gravadas en la sociedad como, por ejemplo, las derivadas de rentas exentas

225 En realidad, gracias a ello la propuesta de WHEELER para incluir reglas de atribución en los CDI considera al EP como una entidad con derecho a obtener los beneficios del CDI. WHEELER 2011: p. 285-287.

226 Consolidados en: OECD 2010d; antecedentes en: BENNETT & RUSSO 2007: p. 279 y ss.

cuyo beneficio fiscal no es trasladable a los socios. Este sistema de eliminación de la doble imposición sociedad-socio ha planteado problemas en su interacción con los CDI firmados por Colombia, puesto que en sus protocolos se ha tratado, en algunos casos sin éxito, de proteger el derecho de imposición de Colombia sobre esas rentas no gravadas en cabeza de la entidad distribuidora, pero sí en el nivel de los socios, por medio de la inaplicación de los límites que prevé el art. 10.2 MCOCDE²²⁷.

Por su parte, los EP tributan por sus rentas atribuibles de fuente nacional, pero bajo un régimen igual al que aplica a las personas naturales o jurídicas con residencia en Colombia. Pues bien, por medio de la Ley 1607 de 2012, el legislador colombiano ha incorporado en la definición de dividendos interna “la transferencia de utilidades que corresponden a rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional obtenidas por medio de los establecimientos permanentes o sucursales en Colombia de personas naturales no residentes o sociedades y entidades extranjeras, a favor de empresas vinculadas en el exterior”. Esta medida busca acercar el tratamiento tributario de las filiales y los EP, pero mientras en el primer caso hay dos contribuyentes (la matriz y la filial), en el segundo hay solo uno (el no residente). Este detalle tiene efectos en el nivel del tratado, pues como se ha dicho, la definición de dividendos del art. 10.3 MCOCDE parte de la base de que hay una entidad distribuidora de dividendos, una participación social y que el beneficiario de ellos recibe la renta por esa participación.

De tal forma, a afectos convencionales la tributación seguirá siendo asimétrica, ya que la transferencia de utilidades del EP gravadas como dividendos (por no haber tributado como beneficios del EP) para efectos internos no se calificarían como dividendos para efectos convencionales, de manera que no aplicarían los límites del art. 10.2, ni las excepciones a estos últimos contenidas en los protocolos²²⁸, sino que se entenderá que son beneficios empresariales

227 Sobre el particular: CASTRO 2011: p. 537 y ss.

228 Nos referimos en general a aquellos protocolos que permiten una tributación ilimitada en Colombia cuando los beneficios no han tributado en cabeza de la entidad distribuidora. Resulta discutible el mandato contenido en el protocolo del convenio entre Colombia y Chile, que “entiende que una remesa efectuada por un establecimiento permanente en Colombia tiene un tratamiento tributario equivalente al que el párrafo 2, letra a) del artículo 10 contempla para los dividendos, respecto del impuesto complementario de remesas”. La asimilación de la transferencia de utilidades del EP a la casa central con los dividendos se hace a efectos del impuesto básico de renta y parece ser un supuesto distinto del que pretende cobijar el Protocolo, que se refiere al impuesto complementario de remesas, de forma que es difícil que pueda interpretarse una autorización para aplicar el art. 10.2 MCOCDE a los “dividendos” repartidos por un EP

de acuerdo con el art. 7.º MCOCDE. Así, aunque en principio Colombia pueda gravar tales remesas porque existe un EP constituido en su territorio, podrá darse una vulneración de la regla de no discriminación contenida en los art. 24.1 y 24.3 MCOCDE, en la medida en que el gravamen recae sobre el mismo sujeto pasivo –que es el no residente que opera mediante un EP– y que se ve sometido a una imposición menos favorable que las sociedades “nacionales” colombianas. Nótese que no son estas últimas las que soportan la imposición sobre los dividendos (de sociedades, si se quiere), sino los socios. Por ello, la comparación debe hacerse entre los impuestos que recaen sobre el EP y los que se aplican a las entidades nacionales, análisis que arroja una discriminación patente²²⁹.

La revisión de las soluciones que el derecho comparado prevé para este problema permite observar que los CDI deben ser adecuados expresamente para lograr el tratamiento simétrico entre dividendos y las remesas de beneficios de los EP, no por medio de la calificarlas como dividendos, sino de asimilar su régimen fiscal previsto en el CDI. Por ejemplo, en el caso chileno operan dos niveles de impuestos, el impuesto de primera categoría que recae sobre los residentes y los EP, y el de segunda categoría, que recae sobre los no residentes cuando la renta se pone a su disposición. La práctica convencional de ese país muestra modificaciones al art. 10 del MCOCDE, en el sentido de aclarar que los porcentajes previstos en el art. 10.2 “no limitarán la aplicación del impuesto adicional a pagar en Chile en la medida [en] que el impuesto de primera categoría sea deducible contra el impuesto adicional”. En cuanto a lo que nos interesa, respecto de la imposición de los EP, el art. 10.6 del CDI entre España y Chile indica que las normas del tratado “no afectarán a la imposición en Chile de un residente en España en relación con los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente situado en Chile, tanto respecto al impuesto de

según la legislación nacional. De forma contraria al CDI colombo-chileno, el CDI entre España y Colombia en el Protocolo IV indica que no “se gravarán con remesas las rentas y ganancias ocasionales de un residente de España, que realice su actividad en Colombia por medio de un establecimiento permanente situado en Colombia”. La recién citada norma no parece tampoco tener ningún efecto sobre el problema descrito por las mismas razones descritas.

229 Dentro del proyecto BEPS se está planteando reducir el alcance de la norma de no discriminación prevista en los CDI para que no sea aplicable a la llamada discriminación indirecta. Es decir, se busca que los comentarios expresen que la norma no pretende proveer a los no residentes, no nacionales, empresas del otro Estado contratante o empresas controladas por residentes, un tratamiento fiscal mejor que el que se aplica para nacionales o empresas de un Estado contratante. OECD 2014: p. 25.

primera categoría como respecto al impuesto adicional, siempre que el impuesto de primera categoría sea deducible contra el impuesto adicional”²³⁰. Ello demuestra, por un lado, la posibilidad interpretativa de que los art. 10.5 y 24.3 MCOCD E se entiendan contrarios al impuesto adicional chileno, pero por otro, expone cómo se puede lograr un simétrico régimen entre el segundo nivel de imposición de un EP y los dividendos de una filial²³¹. Esta regla se explica por el sistema de integración chileno consistente en que:

la primera categoría del impuesto será pagada por la compañía cuando se obtengan los beneficios y el impuesto adicional será retenido de los dividendos pagados a los no residentes receptores de tales dividendos [...]. Luego ambos impuestos son parte del sistema de integración, en la medida en que el impuesto de primera categoría previamente pagado por la compañía es acreditable en su totalidad al calcular el monto del impuesto adicional a ser pagado por el receptor de los dividendos quien es residente del otro Estado contratante²³².

Pues bien, en este esquema, el límite del numeral 2 del art. 10 es aplicable sobre el impuesto adicional y no sobre el de primera categoría²³³.

230 De forma similar Colombia-Chile 2012.

231 La Circular 32 del 2001 de la Autoridad Fiscal chilena indicó: “Sin embargo, estos límites [los del art. 10.2] no se aplican respecto del Impuesto Adicional que en conformidad a lo establecido en el n.º 2 del artículo 58 de la Ley de la Renta, contenida en el artículo 1º del Decreto Ley n.º 824, de 1974, grava a los dividendos distribuidos por una sociedad chilena, anónima o en comandita por acciones, respecto de sus accionistas residentes en Canadá. Ello se desprende del segundo subpárrafo del párrafo 2 al señalar que el término ‘imposición de la sociedad’, en el caso de Chile, comprende tanto al Impuesto de Primera Categoría como al Impuesto Adicional y que ninguno de ellos se verá afectado por estos límites en tanto el Impuesto de Primera Categoría sea deducible contra el Impuesto Adicional”. Parece impreciso indicar que la imposición adicional chilena es a su vez “imposición de la sociedad” y que al tiempo recaiga sobre los socios. El Oficio 1.221, del SII, del 22.07.2010, sostiene: “Se incluye una cláusula que con diferentes redacciones se encuentra en todos los convenios suscritos por Chile y que establece, en el caso de nuestro país, que dentro de la tributación que afecta a los beneficios con cargo a los que se pagan los dividendos, esto es, la renta de la sociedad, se encuentra el impuesto adicional, con lo cual este gravamen que afecta al accionista residente en el Reino Unido no queda sujeto a las limitaciones previstas en el inciso primero del número 2 del artículo 10 del Convenio”. Si la imposición de la sociedad de que trata el art. 10.2 MCOCD E salvase al impuesto adicional chileno, no sería necesaria la aclaración expresa que hacen los CDI de ese país.

232 MANDARIAGA & YÁNEZ 2012: p. 245-246.

233 Se relaciona con la reserva que contiene en el párr. 74 del art. 10 del MCOCD E hecha por Chile.

Otro ejemplo lo presenta el caso estadounidense, pues como se aprecia en el CDI entre España y los Estados Unidos se permite un segundo nivel de imposición conforme a las “restantes disposiciones del Convenio” en todos aquellos casos en que sea aplicable un impuesto adicional sobre rentas de un EP, inmobiliarias gravadas en base neta (art. 6.º) o en aplicación del art. 13.1. Dicho impuesto no podrá exceder del 5% y, en cualquier caso, no será aplicable cuando se trate de una sociedad que satisfaga algunos requisitos del art. 17 sobre limitación de beneficios. Este convenio sigue de cerca el MCEUA de 2006 al hacer patente que el art. 10 debe ser algo más que una norma sobre los dividendos pagados por una sociedad y debe convertirse en un precepto que permita considerar un segundo nivel de imposición sobre ciertos tipos de rentas, que en el caso estadounidense son las remesas de los EP y las rentas o ganancias inmobiliarias. Se busca con esta política mayor neutralidad entre la decisión de invertir por medio de estos vehículos y de filiales, pues el *branch tax* se calcula sobre el “monto equivalente a los dividendos” (*dividend equivalent amount*) que se describe por las *Technical Explanations*²³⁴ como el valor aproximado “de dividendos que una sucursal estadounidense habría pagado durante el año si la sucursal hubiera sido operada como una sociedad subsidiaria separada”²³⁵.

En definitiva, varios CDI permiten expresamente la imposición de las remesas de beneficios del EP a su casa central, también llamada imposición complementaria en España, y de forma genérica en la literatura anglosajona como *branch tax*. Canadá es un país con una larga tradición en ese sentido, pues en 2012 setenta y cinco de sus CDI tenían cláusulas de esa naturaleza, que por lo general crean un tipo limitado específico para esa exacción y que mantiene el mismo porcentaje previsto para los dividendos²³⁶. Con lo dicho, parece eviden-

234 Las *Technical Explanations* son explicaciones, de carácter unilateral, hechas por los Estados Unidos a su Modelo de Convenio.

235 MCEUA, *Technical Explanations*, art. 10, paragraph 8, p. 38, con fundamento en el Internal Revenue Code § 884(a).

236 BROWN & O'BRIEN 2012: p. 217. El convenio entre Canadá y España de 1981 indica que pese: “a las demás disposiciones del presente convenio: a) Una sociedad residente de España que disponga de un establecimiento permanente en el Canadá seguirá sujeta, de acuerdo con las disposiciones de la legislación canadiense, al impuesto suplementario sobre sociedades distintas de las canadienses, pero este gravamen no excederá del 15 por 100. b) Una sociedad con residencia en el Canadá que tenga un establecimiento permanente en España seguirá sujeta a la retención en la fuente de acuerdo con las disposiciones de la legislación española, pero este gravamen no excederá del 15 por 100”. Hay una regla similar en el CDI entre Colombia y Canadá de 2012. De forma muy parecida al anterior, el CDI entre España y Panamá regula una tarifa del 0% con

te que la práctica convencional de algunos países, por razones de neutralidad, ha asignado el gravamen previsto en el art. 10, en especial su apartado 2, a las rentas que no encuadran en la definición de dividendos prevista en el numeral 3²³⁷. Al tiempo, la separación de los EP de su casa central perseguida durante toda la historia del artículo de beneficios empresariales, y recientemente profundizada por el MCOEDE 2010, ha quedado incompleta respecto del segundo nivel de imposición, como se ha demostrado. Por ello, si lo que se pretende es tratar de forma idéntica a las filiales y a los EP, se requeriría dar un paso más, y pasar a considerar dentro del art. 10 a un posible segundo nivel de imposición de los EP. Ello daría lugar a modificar la definición de dividendos prevista en el art. 10.3, que como hemos visto requeriría modificar además la de “sociedad”

el cumplimiento de ciertos requisitos y del 5% en el resto de los casos. España y Arabia Saudí de 2008.

- 237 La admisión de que el segundo nivel de imposición califica como beneficios empresariales se aprecia claramente en el convenio entre España y Turquía 2004: “[...] 4. Los beneficios de una sociedad de un Estado contratante que realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en el mismo podrán, tras haber sido sometidos a imposición en virtud del artículo 7.º, someterse a imposición sobre el importe restante en el Estado contratante en el que esté situado el establecimiento permanente y de conformidad con la legislación de ese Estado, pero en tal caso este impuesto no podrá exceder: a) en el caso de Turquía: i) Del 5 por ciento del importe restante cuando los beneficios de una sociedad estén gravados tal como se especifica en el apartado 5; y ii) del 15 por ciento sobre el importe restante en todos los demás casos; b) en el caso de España, el 5 por ciento sobre el importe restante. 5. A los efectos de los apartados 2 y 4, se considera que los beneficios han estado gravados en Turquía, cuando no hayan resultado exentos y estén sujetos al tipo general del impuesto sobre sociedades (*Kurumlar Vergisi*)”. Por ejemplo, el CDI entre España y Tailandia de 1997, siguiendo la redacción del art. 10.5 del MCOEDE de 1977, agrega que “*Este párrafo no impedirá a un Estado contratante, cuando así lo prevea su legislación, someter a imposición los beneficios del establecimiento permanente situado en ese Estado que sean transferidos, si bien, dicho impuesto no podrá exceder del porcentaje previsto en el párrafo 2 de este artículo*”. En un sentido similar, España y Túnez. Esta norma no resuelve el tema de la discriminación, pero podría decirse que tácitamente admite el tratamiento diferenciado y además aplica a la imposición complementaria el mismo tratamiento de los dividendos pero sin necesidad de modificar la definición de estos. La admisión del tratamiento diferenciado queda mucho más clara en el CDI entre España e Indonesia de 2000, que en el art. 10.6 indica: “*No obstante las restantes disposiciones de este convenio, cuando una sociedad residente de un Estado contratante tenga un establecimiento permanente en el otro Estado contratante, los beneficios del establecimiento permanente pueden someterse a un impuesto adicional en ese otro Estado con arreglo a su legislación, pero dicho impuesto adicional no podrá exceder del 10 por 100 de los beneficios una vez deducidos de los mismos el impuesto sobre la renta, así como otros impuestos sobre la renta que graven los mismos en ese otro Estado*”. De forma similar España-Kazajstán 2011; España y Trinidad y Tobago 2009.

o, como lo hacen algunos de los CDI comentados, a incorporar un apartado especial que aplique lo dispuesto en el art. 10.2 MCOCDI a la imposición que resulte de la transferencia de los beneficios del EP. En este último caso, habría que analizar igualmente el grado de asimetría que se causara en residencia por cuenta de las obligaciones convencionales.

F. DIFERENCIA ENTRE LOS BENEFICIOS DE LA ENTIDAD DISTRIBUIDORA Y LOS DIVIDENDOS PROPIAMENTE

Una vez creada la ficción de la sociedad y de que la renta que obtiene el socio deriva de las participaciones sociales y no de su fuente original, se requiere diferenciar entre los beneficios de la entidad y los dividendos propiamente. Esto ha generado dificultades que se han reflejado en la práctica convencional y en la jurisprudencia. La diferenciación se requiere en el numeral dos del art. 10, que en el párrafo final indica: “Este apartado no afecta la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los cuales se reparten los dividendos”. Este precepto busca aclarar que los límites a la imposición en el Estado de la fuente solo aplican para las rentas consideradas dividendos, pero no aquellos tributos cuyo sujeto sea la sociedad y que graven sus beneficios, pues en últimas no se puede impedir que un Estado grave a su entidad residente. De esa forma, es fácil afirmar que cuando la sociedad se encuentra sujeta como responsable, sucesora u obligada a realizar pagos a cuenta²³⁸ de un tributo cuyo contribuyente es el socio, los límites convencionales son aplicables. Más difícil podrían ser los casos de sustitución o, siguiendo los conceptos utilizados por Harris, aquellos en los que la imposición de las rentas de la sociedad se da al distribuir los beneficios a los socios como un tributo en cabeza de la entidad distribuidora. Ello ocurre en sistemas como el mexicano²³⁹, el argentino²⁴⁰, el indio²⁴¹ y el surafricano²⁴², aunque en estos últimos dos países el gravamen se aplica de forma general con independencia de que los beneficios no hayan sido gravados²⁴³.

238 Sobre estos conceptos, *vid.* art. 35 y ss. LGT española.

239 Art. 11 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de México.

240 Art. 69 de la Ley de Impuesto a las Ganancias de Argentina.

241 S. 115O Income Tax Act, 1961 de India.

242 S. 64B Income Tax Act, 1962 de Suráfrica.

243 HARRIS 2013: p. 233-234.

En Colombia el problema ha sido también complejo, pues el sistema de eliminación de la doble imposición supone que las rentas que no han pagado el impuesto sobre la renta en cabeza de la sociedad tributarán en cabeza de los socios, salvo que el beneficio tributario expresamente se extienda a estos. Ello ha llevado a que en casi todos los CDI se trate de aclarar, con mayor o menor éxito, los límites que impone el apartado 2 del art. 10 a esas rentas atribuidas al receptor de los dividendos, pero que no han sido sometidas al gravamen subyacente en la sociedad. Así, los convenios de Colombia con España y Chile consagran en los respectivos Protocolos, una regla inadecuada y carente de claridad que puede llevar a que los dividendos que provengan de distribuciones que no han tributado en cabeza de la sociedad y que se reinviertan en la misma actividad productora de renta en un término no inferior a tres años reciban la reducción de retención en la fuente prevista en los convenios. Esto genera cuestionamientos de discriminación (en términos constitucionales, del CDI y del GATT) y del principio de nación más favorecida, si se compara con la situación de los residentes en Colombia y otros países²⁴⁴.

El Convenio entre Colombia y Canadá, que contiene una redacción similar al de Colombia y Corea, es mucho más claro, al indicar:

[...] cuando una sociedad residente en Colombia no haya pagado el impuesto sobre la renta las utilidades que se repartan a los socios o accionistas por tener una exención o por exceder el límite máximo no gravado [...], el dividendo que se reparta podrá someterse en Colombia a la tarifa del 15 por ciento, si el beneficiario efectivo del dividendo es un socio o accionista residente en Canadá²⁴⁵.

Por su parte, el convenio de Colombia con Suiza no contiene una regulación similar a las adiciones recién analizadas, lo que ha supuesto un debate sobre si la retención de las utilidades no gravadas en cabeza de la sociedad, pero que resultan sujetas en cabeza del socio, deben retenerse a la tarifa general prevista en el derecho interno (del 25%) o la tarifa limitada (del 15 o 0%) prevista en el CDI²⁴⁶. La cuestión, si bien tiene como base la norma interna, en el aspecto convencional supondría la discusión de si el inciso final del art. 10.2 del CDI impediría limitar el poder de Colombia para gravar los beneficios de la sociedad. En otras palabras: se debe discernir si el gravamen recae sobre los dividendos

244 CUBIDES 2010: p. 81; CASTRO 2011: p. 537 y ss.

245 De forma muy similar el convenio entre Colombia y Corea.

246 CUBIDES 2010: p. 81; CASTRO 2011: p. 537 y ss.

propriadamente o sobre los beneficios que le dan origen²⁴⁷. Una aproximación literal a la norma permitiría concluir que el citado art. 10.2 “no afecta la imposición de la sociedad”, de manera que si el gravamen que se analiza recae sobre los socios por sus dividendos, y no sobre la entidad distribuidora, se aplicarían los límites convencionales a la retención en la fuente.

Una aproximación literal se encuentra en la jurisprudencia británica. La *Advance Corporate Tax Act* vigente hasta 1999 en Irlanda y el Reino Unido, era un tipo de impuesto compensatorio que permitía atenuar la doble imposición económica y facilitaba el cobro del impuesto sobre los dividendos, pero generaba problemas al distinguir entre el impuesto sobre los beneficios de la sociedad y el de los dividendos de los socios. En efecto, la jurisprudencia australiana entendió que la *Act* no era un impuesto sobre los dividendos²⁴⁸. La *Act* recaía en la entidad distribuidora cuando había un reparto de beneficios y se calculaba como una fracción de estos. La regulación permitía que dicha entidad lo compensara o acreditara contra el impuesto de sociedades (*mainstream corporation tax bill*), ya que se consideraba como un pago a cuenta. Además, como se trataba de un sistema de integración, los accionistas quedaban facultados para acreditar, usualmente, el mismo monto de la *Act* en la cuota tributaria del impuesto sobre la renta²⁴⁹.

En el caso *Woodend (K. V. Ceylon) Rubber and Tea Co. Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue*, de 29 de abril de 1970, se analizó el alcance del artículo de dividendos contenido en el CDI entre Sri Lanka y el Reino Unido de 1950^[250] respecto de un impuesto que recaía sobre la sociedad pero que se

247 CUBIDES 2010: p. 83 y 84.

248 Case L23 (1979) 79 A.T.C. 110 (Board of Review), citado por: BAKER 2000: n.º 10B-07.

249 Sobre el funcionamiento del sistema, *vid.*: HARRIS 1996: p. 769-789; BAKER 2000: n.º 10B-07.

250 “Article VI: Where a company which is a resident of one of the territories derives profits or income from sources within the other territory, there shall not be imposed in that other territory any form of taxation on dividends paid by the company to persons not resident in that other territory, or any form of taxation chargeable in connection with or in lieu of the taxation of dividends, or any tax in the nature of an undistributed profits tax on undistributed profits of the company, whether or not those dividends or undistributed profits represent, in whole or in part, profits or income so derived. // [...] Article XVIII: (1) The resident of one of the territories shall not be subjected in the other territory to any taxation or any requirement connected therewith which is other, higher or more burdensome than the taxation and connected requirements to which the residents of the latter territory are or may be subjected. (2) The enterprises of one of the territories shall not be subjected in the other territory, in respect of profits attributable to their permanent establishments in that other territory, to any taxation which is other, higher or more burdensome than the taxation to which the enterprises of that other territory, and in the case of

generaba por el pago de dividendos, equivalente al 33,3% de los beneficios de la empresa y que se sobreponía al 45% del impuesto general sobre las sociedades. De esta forma, el impuesto no estaba construido como un tributo a los dividendos, sino a la distribución de utilidades, por lo cual quedaba por fuera de la exención prevista por el tratado para los socios, a pesar de que el efecto económico fuera el mismo. El juzgador le da entonces prevalencia a una interpretación literal del CDI²⁵¹. El tratado en que se fundamentó la decisión no contenía los caracteres de los CDI contemporáneos, y si los hubiera tenido, la cuestión quizá versaría más en si el artículo 24 MCOCDE pudiera limitar o no el alcance del impuesto sobre la distribución, ya que solo aplicaba cuando se distribuía a no residentes. En conclusión, dado que el contribuyente del impuesto era la entidad distribuidora y no el receptor de los dividendos, existe un obstáculo para aplicar el art. 10.2 MCOCDE.

Sin embargo, la cuestión debe analizarse al detalle, puesto que si la entidad distribuidora no es el contribuyente, pero sí un obligado tributario que satisface el tributo cuyo hecho imponible realiza el socio o partícipe, deben aplicarse los límites al gravamen en el Estado de la fuente. Un problema de este tipo se ha presentado en la India, donde el sistema de imposición supone que las distribuciones de beneficios generan un tributo que, por el sistema de recaudación, satisface la sociedad, pero cuyo sujeto pasivo son los beneficiarios efectivos de los dividendos. Por eso, a pesar de ser un impuesto pagado por la entidad distribuidora de dividendos, se aplican los límites previstos en el artículo equivalente al 10.2 del MCOCDE en los CDI suscritos por ese Estado²⁵².

companies, to which enterprises of that other country incorporated in that other territory, are or may be subjected in respect of the like profits. (3) In this article the term 'taxation' means taxes of every kind and description levied on behalf of any authority whatsoever".

251 "The extra tax of 33 per cent is a tax to which the company is made liable when dividends have been distributed and is, as a matter of construction, a further tax on its profits additional to the 45 per cent. The dividend, in a sentence, is not the subject matter of the extra tax; but the condition of its being levied; and this is so despite the provisions for recoupment by the company of the tax, and the set-off by the taxpayer. True it is, that the financial effect of the whole operation is the same as it would have been if the charge to tax had been directly upon the dividend, and the section had made this tax collectible by the company. But the financial effect of an operation is not necessarily its legal effect. In their Lordships' view the legal effect is as above expounded; and leads to the conclusion that the extra tax paid by a non-resident company in Ceylon where it has made remittances abroad cannot be said to be taxation chargeable in connection with or in lieu of the taxation of dividends". IBFD, Tax Research Platform.

252 Ello ha sido la causa de que en los nuevos CDI no se haga la distinción entre dividendos de inversión directa e indirecta. SENGUPTA 2012: p. 581-582.

Finalmente, debe mencionarse el caso Volkswagen²⁵³, conocido por la High Court en Suráfrica, en el que se analiza un impuesto secundario del 12,5% que recaía sobre las entidades distribuidoras de dividendos (*secondary tax on companies*). El tributo fue incorporado en 1993, y desde 1995 hasta el 2009 reemplazó económicamente a una antigua retención en la fuente sobre los dividendos (por sus siglas en inglés, NRST), cuyos sujetos pasivos eran los receptores de las distribuciones. Pues bien, dadas esas características del tributo, la compañía de vehículos entendió que el impuesto secundario era de naturaleza idéntica o análoga a la derogada retención, de manera que en virtud del artículo equivalente al 2.º del MCOUDE, el convenio se aplicaría para restringir la imposición al monto máximo estipulado por el CDI para los dividendos, que equivaldría al 7,5% cuando hay participación sustancial. El contribuyente afirmó que el impuesto se causaba con la declaración de dividendos, siendo esta la esencia del hecho imponible. Al tiempo, dado que la obligación tributaria reduce el monto máximo de renta distribuable disponible para el pago al accionista, debe entenderse que es sustancialmente similar al tipo clásico de retención en la fuente.

La Administración y la High Court entendieron que el impuesto secundario recaía sobre la entidad distribuidora, pues se calcula sobre los dividendos reales pero se cuantifica sobre un monto neto global de las distribuciones y no sobre los dividendos de cada receptor, como ocurre con la retención clásica. Según el juzgador, el impuesto secundario se aplica sobre todos los contribuyentes, y no implica que en la declaración se haga una reducción del neto de los dividendos pagados a cada receptor, pues simplemente afecta a las utilidades distribuibles. En definitiva, la sentencia subraya que el impuesto sobre los dividendos recae sobre los receptores, mientras que el de los beneficios empresariales, sobre la entidad distribuidora de dividendos, de manera que el artículo 10.2 MCOUDE favorece solo a aquellos²⁵⁴.

II. PARTICIPACIONES SOCIALES

La definición de dividendos prevista en los convenios que siguen al MCOUDE requiere delimitar el activo fuente de la renta. La doctrina lo llama genéricamente “participaciones sociales”, aunque lo cierto es que los CDI se refieren a

253 Suráfrica, High Court Volkswagen of South Africa (Pty) Ltd v. The Commissioner for the South African Revenue Service, 70 SATC 195, 21 April 2008. Un análisis de la sentencia en HATTINGH 2009b: p. 442 y ss.

254 HATTINGH 2009b: p. 442 y ss.

“las acciones”, “las acciones o bonos de disfrute”, “las partes de minas”, “las partes de fundador”, los “otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en beneficios” y las “otras participaciones sociales”. Pues bien, quienes denominan con una misma categoría a todos los activos enumerados emplean criterios generales e intrínsecos para toda la definición de dividendos convencional, que suelen fundamentarse en características similares a las usadas para diferenciar entre endeudamiento y fondos propios en el derecho privado y el tributario internos de los Estados.

Dando por cierto que existe una *summa divisio* de los instrumentos financieros, el problema que se plantea en este apartado consiste en determinar si los CDI se refieren a la fuente de los dividendos según el significado preciso de los activos caracterizados en las tres partes de la definición del art. 10.3 y según el derecho mercantil interno, o si, por el contrario, se trata de un listado del que se pueden inferir unas características esenciales que permitan deslindar a las participaciones sociales de los derechos de crédito, categoría de activo que se utiliza para definir intereses en el art. 11 del Modelo. El problema así planteado es importante por la ausencia de neutralidad en los regímenes fiscales asociados a los intereses y a los dividendos, tal como se comprobó en el capítulo²⁵⁵, y ante los híbridos financieros cuya ordenación mezcla las características propias de las obligaciones con las del capital y produce una incoherencia total o parcial entre las propiedades económicas del instrumento y la clasificación que suscita su forma jurídica²⁵⁶.

A. LAS RELACIONES ENTRE LAS TRES PARTES DE LA DEFINICIÓN

I. LAS DIFICULTADES DE ENCONTRAR UN SIGNIFICADO ÚNICO

Gracias a la gran difusión de la obra de Vogel, la doctrina en general entiende que la definición de dividendos gira alrededor del concepto de “participaciones sociales”, en lo que se ha llamado la teoría de la proyección (*projection theory*)²⁵⁷,

255 Que subraya la contundencia de la diversidad de tratamiento fiscal de los intereses y los dividendos. *Vid.* BROWN 2012: p. 28.

256 *Vid.* DUNCAN 2000: p. 21-34.

257 VOGEL 1997: art. 10, párr. 185, 188 189; adoptada con matices por: GIULIANI 2002: p. 11 y 14; EBERHARTINGER & SIX 2009: p. 9; SIX 2009: p. 23; HELMINEN 2010: p. 175; GALLO 2012: p. 475; y BÄRSCH 2014: p. 435.

que consiste en que la primera parte del art. 10.3 del Modelo contiene solo un listado ejemplificativo de estas, y las partes segunda y tercera hacen referencia a “*otros* derechos” y “*otras* participaciones sociales”, lo cual expresaría que todas son de naturaleza similar. Esa misma conclusión se podría extraer de los CMOCDE (párr. 1 a 3, 23, 24, 26 y 27 al art. 10). En definitiva, el término “participaciones sociales” proyectado sobre la primera y la segunda parte de la definición tendría un sentido amplio, de acuerdo con su función, que es distinguir entre los derechos que dan lugar a dividendos y los derechos de crédito que producen intereses. En ese sentido, se debería analizar el riesgo asumido por el inversor, los derechos económicos otorgados a él y la posibilidad de deducir los pagos de la base imponible de la entidad financiada²⁵⁸.

Sin perjuicio de que en este libro se acepte que de algún modo todos los derechos previstos en el artículo son “participaciones sociales”, no parece razonable que se restrinja a la primera y segunda partes, pues cada una de ellas es gramaticalmente independiente de las otras. Además, no deja de ser cuestionable que al interpretar los CDI se asigne a la expresión referida características que no provienen de un lenguaje fiscal internacional y que, más bien, como lo ha señalado la doctrina, parecen ser una proyección de los criterios distintivos entre deuda y capital en la legislación alemana²⁵⁹.

Por ello, la explicación descrita por Vogel contradice su propia afirmación de que existen tres partes de la definición. Como se pretende demostrar en este trabajo, en efecto existen tres partes con alcances diferentes. Sería válido preguntar: ¿para qué afirmar que la definición contiene tres partes y luego decir que existe un solo factor definitorio (*i. e.*, las participaciones sociales entendidas como derecho a participar en el remanente de la liquidación)? Además, la posición planteada no se adecua a los criterios de interpretación gramatical y sistemática de los CDI estudiados en el capítulo II. Por un lado, gramaticalmente podría argumentarse en contra de Vogel y de quienes se apoyan en él²⁶⁰

258 VOGEL 1997: art. 10, párr. 185, 188 y 189. VOGEL indica que el receptor de dividendos debe aceptar un riesgo empresarial que corresponda al de un accionista ordinario. El riesgo sobre el crédito del retorno no es determinante, pues los préstamos participativos lo asumen y no por eso son dividendos. De acuerdo con el autor alemán, el riesgo empresarial que asume el socio es la posibilidad de pérdida de la inversión que se compensa con la participación en las ganancias de la liquidación. Afirma además que el criterio de la deducibilidad debe utilizarse solo como un elemento más y no ser determinante para todos los casos, pues existen Estados que permiten deducir las distribuciones de beneficios.

259 PIJL 2011: p. 492; BÄRSCH 2012: p. 101-102.

260 GIULIANI 2002: p. 68; EBERHARTINGER & SIX 2009: p. 9; SIX 2009: p. 23; HELMINEN 2010: p. 46; GALLO 2012: p. 475; BÄRSCH 2014: p. 435.

que el segundo elemento se refiere a “...*otros* derechos...” que no deben estar condicionados por las características generales de los activos incluidos en la parte primera ni por el término “participaciones sociales”, mencionado en la tercera. La palabra “otro/a” según la primera definición del Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) significa: ‘Dicho de una persona o de una cosa: Distinta de aquella de que se habla’. Por ello, la razón gramatical expuesta por Vogel no es concluyente respecto del segundo elemento, pues como lo indica con acierto Pijl, la palabra “otro” (*other*) es lingüísticamente ambigua²⁶¹.

Ahora bien, al tiempo que existen Comentarios al Modelo en la misma línea de Vogel, es igual de cierto que el segundo elemento se incorporó por el WP12 para comprender otros derechos que no encajan con precisión en los referidos en la primera parte de la definición, y cuya única caracterización confirmada por la historia sería que se trataran de “títulos valores” o “valores negociables”, redacción que fue cambiada a ser “derechos” que dan lugar a participar en beneficios, pero que no son de crédito. Además, Vogel da un papel de contexto, en alguna medida valor normativo, a los CMOCDE, lo cual, como se sabe, no es de plena aceptación por la doctrina, más aún cuando tales Comentarios no son coherentes ni se acompañan con una interpretación gramatical del texto que pretenden aclarar, como ocurre con lo aquí estudiado.

En efecto, a pesar de que el párr. 24 del art. 10 MCOCDE entiende que la primera parte de la definición del art. 10.3 “asimila a las acciones los títulos emitidos por las sociedades que den derecho a una participación en los beneficios de la sociedad sin ser créditos: es el caso, por ejemplo, de las ‘acciones o bonos de disfrute’, partes de fundador y otros derechos con participación en los beneficios...”, lo cierto es que de la redacción del artículo no se desprende que la exclusión de los derechos de crédito se extienda a la primera parte. Una interpretación histórica demuestra que la segunda parte de la definición fue desligada de la primera para incorporar un criterio abierto de fuentes de los dividendos. De esta forma, el párr. 24 del art. 10 sería entonces válido para entender cómo redactar la definición de dividendos en un CDI (*lege ferenda*), pero no para interpretar el concepto de dividendo en un tratado que ha seguido estrechamente la redacción del Modelo (*lege lata*)²⁶².

261 Pijl 2011: p. 490.

262 Este problema es muy común con los CMOCDE, pues es difícil saber si el comentario está dirigido a los negociadores o los intérpretes. En este caso es evidente que los derechos enumerados en la primera parte solo deberían ser incluidos en la definición si son derechos de crédito, pero la

Por su parte, el párr. 23 de los Comentarios del artículo 10 revela algo contrario al párr. 24 recién citado, al indicar:

Dada la diversidad de legislaciones de los países miembros de la OCDE, no es posible ofrecer una definición completa y exhaustiva del concepto de dividendo. Por ello, la definición del artículo se limita a mencionar los ejemplos que figuran en la mayor parte [*sic*] de estas legislaciones y que, en todo caso, no son tratados en ellas de manera diferente. *La enumeración se completa con una fórmula general.* Con ocasión de la revisión del Proyecto de Convenio de 1963 se emprendió un estudio completo con el fin de encontrar una solución en la que no se hiciera referencia a la legislación interna. En los términos de este estudio no pareció posible, dadas las divergencias que subsisten entre los países miembros en materia de legislación sobre sociedades y de legislación tributaria, ofrecer una definición de dividendos independiente de la legislación interna. Mediante las negociaciones bilaterales los Estados contratantes pueden tener en cuenta las particularidades de sus legislaciones y convenir la ampliación de la definición de “dividendos” a otros pagos hechos por las sociedades a las cuales se aplica el artículo. [Bastardilla nuestra].

Como se aprecia, el Comentario reconoce las tres partes de la definición. Inicialmente menciona ejemplos de varias legislaciones tratadas igual que las acciones. No se duda acerca de qué pasa cuando esos “ejemplos” no tienen el mismo tratamiento fiscal, y parece entonces que se ratificara la idea de que se debe analizar en las negociaciones si es así. Luego añade que la enumeración se “completa [o, con más precisión en la traducción, ‘...continúa...’] con una fórmula general”²⁶³, dando a entender que es un criterio amplio en la definición, que añade nuevos derechos, y no que supone una restricción a los anteriores. Ello se evidencia en la construcción gramatical del Comentario, pues utiliza la frase en bastardilla entre dos puntos seguidos, lo cual significa que es un elemento distinto tanto de lo enunciado antes como de la remisión que se refiere después. La historia también prueba esta posición, pues como se expuso, los redactores del WP12 tenían claro que debían comprender en la definición otros intereses en compañías, partiendo de la base de que los enunciados en la primera parte cumplían con esa fórmula general. Por ello, es fundamental la idea del párr. 24 según la cual la enumeración puede ser adaptada a las situa-

incorporación no corresponde al intérprete, que está sometido al criterio gramatical, sino al negociador de cada CDI.

263 En inglés se lee “followed up by a general formula”.

ciones de los Estados contratantes y ello será necesario respecto a las rentas de las acciones de disfrute y las partes de fundador. Se concluye entonces que la primera parte puede interpretarse sin atender a esa fórmula general, que sería la segunda parte de la definición.

Es más, el primer elemento, al referirse a las acciones, acciones o bonos de disfrute, las participaciones mineras y las partes de fundador, podría no estar haciendo un listado positivo o ejemplificativo. Es posible que asuma una perspectiva jurídico-mercantil formal para repartir la potestad tributaria sobre los términos más comunes encontrados en los ordenamientos internos. Los vocablos utilizados no tienen un significado definido por el propio CDI: siguiendo las reglas de interpretación contenidas en el art. 3.2 MCOCDE, lo propio será analizar el contexto de los términos y, subsidiariamente, la legislación interna dando preferencia a las normas tributarias sobre las demás. Lo más usual es que estos términos no contengan una definición tributaria y que, en consecuencia, deba acudirse al significado mercantil del Estado de la fuente. Dada la literalidad del precepto, es perfectamente posible argumentar, de acuerdo con las reglas de interpretación de los CDI, que se trata de una aproximación meramente formal y que la norma describe una serie de conceptos que encontrarán un significado en la legislación mercantil del Estado de residencia de la entidad. Por ello, la tesis de Vogel puede no ser seguida en la práctica administrativa y jurisprudencial, pues como lo ha reconocido Harris, se trata de una perspectiva extrema²⁶⁴.

La aproximación formalista a las participaciones sociales de la primera parte de la definición puede parecer inadecuada desde la perspectiva de la técnica legislativa, pero recuérdese que el MCOCDE específicamente acentúa la importancia de que los negociadores de los CDI verifiquen si dichos derechos existen en las legislaciones internas y si tienen el régimen fiscal de las acciones²⁶⁵. Si no se tiene esa precaución, pueden surgir conflictos interpretativos, pues como

264 HARRIS 2014: aptdo. 5.1.2.4.1. y nota 352. Aunque el autor no afirme tajantemente que acepte una perspectiva formalista, en el sentido de entender que cualquier acción bajo el derecho mercantil interno del Estado de la fuente sea generadora de dividendos, parece que no está muy de acuerdo con el requisito de la participación en beneficios o en el remanente de la liquidación.

265 “Having regard to these differences, it should be within the purview of bilateral agreements to determine whether income from ‘jouissance’ shares and founders’ shares should be regarded as dividends within the meaning of the Model Convention”. OECD, CFA/WP1(73)2. Australia e India plasmaron su posición en el MCOCDE como Estados no miembros, según la cual modificarán la definición para excluir derechos enumerados en la definición que no son conocidos por la legislación interna.

se ha descrito, habrá quienes defiendan la idea de un concepto intrínseco en la definición y quienes aboguen por una interpretación literal según el significado dado por la legislación interna. Sentarse en la posición de un negociador para pensar en alternativas para el reparto de la potestad tributaria podría servir para entender que, en muchos casos, importa otorgar un tratamiento tributario diferente de aquellas rentas que suponen una inversión en la entidad que otorgue el carácter de propietario y no de mero acreedor. En la medida en que los conceptos más depurados para definir esa condición de propietario suelen ser los mercantiles, el uso de estos en los CDI podría estar justificado por esa finalidad. En cualquier caso, la referencia a los documentos de las negociaciones podría servir para justificar esta aproximación. En definitiva, es evidente que las relaciones entre las tres partes de la definición de dividendo en el MCOCDE están lejos de ser claras y que resulta difícil construir un significado intrínseco de ella, al menos desde una perspectiva internacional abstracta, desligada del caso concreto y de las legislaciones internas.

En efecto, no existe en el ámbito de las legislaciones internas ni en el internacional uniformidad en la distinción de las “participaciones sociales”, pues si bien se puede admitir la existencia de la *summa divisio* entre endeudamiento (obligaciones) y el capital social (formado por acciones o participaciones), las líneas divisorias son diferentes respecto de cada precepto que requiera diferenciar las categorías. Los términos que acabamos de utilizar para referirnos a cada categoría tienen origen en el derecho privado, en especial el derecho mercantil, que asigna tratamiento diferenciado en los derechos que emanan de cada una de estas categorías²⁶⁶. Sin embargo, con la intención de proteger los intereses de los acreedores y los socios, varían las denominaciones y criterios distintivos. Es así como por medio de los libros de comercio –la contabilidad– se busca reconocer la prevalencia de la sustancia sobre la forma, lo cual lleva a integrar en el concepto de patrimonio neto, además del capital social, a algunos derivados

266 Sobre las características típicas de los instrumentos de capital y de deuda, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO 1992: p. 11 y ss.; DUNCAN 2000: p. 27-29; PAZ-ARES 2006: p. 647; HELMINEN 2010: p. 166-167; BÄRSCH 2012: p. 2010; BROWN 2012: p. 32; ZABURAITÉ 2012: p. 13 y ss. Mientras en las obligaciones la autonomía privada es amplia, respecto de las participaciones en el capital suele estar restringida a un catálogo legal. Las restricciones son mayores en los países con tradición del *civil law* que en los del *common law*. *Vid.* PEÑAS MOYANO 2008: p. 123-162; SCHÖN 2009: p. 89; VILLACORTA HERNÁNDEZ 2011: p. 59. Sobre la tendencia a flexibilizar el derecho societario: REYES VILLAMIZAR 2009: p. 10-38. El autor describe las experiencias en Francia (adoptado en 1994), Brasil (2001), Chile (2007) y Colombia (2008).

financieros²⁶⁷ y a excluir las participaciones con características de pasivo financiero, esto es, las que establezcan una obligación contractual para el emisor de entregar efectivo u otro activo financiero, o de intercambiar activos financieros en condiciones que le sean potencialmente desfavorables²⁶⁸. El legislador mercantil español ha sido consciente de que las calificaciones contable y mercantil de un instrumento no siempre deben coincidir, por lo cual ha especificado el concepto de patrimonio neto para decretar dividendos, reducir el capital y las causales de disolución y liquidación²⁶⁹. Igualmente, para efectos del derecho de insolvencia, los criterios de subordinación²⁷⁰ o del derecho financiero y bancario²⁷¹, el reconocimiento de varios tipos de recursos clasificados según su

- 267 Norma 9ª PGC: “3. Las opciones y certificados de opciones para suscribir títulos (*warrants*) de patrimonio de una entidad harían parte del patrimonio siempre que su liquidación obligatoriamente deba hacerse en un número fijo de instrumentos de capital”. Norma de reconocimiento: NIC 39.2.d.; norma de presentación: NIC 32.16b. Ejemplos en NIC 32: Apéndice GA26. Reconocimiento y valoración de instrumentos compuestos: CUNNINGHAM 2005: p. 341.
- 268 Norma 9ª PGC: 3.; norma de reconocimiento: NIC 39 GA31; norma de presentación: NIC 32.18.b. *Vid.* Comité de Interpretaciones de Información Financiera del IASB n.º 2.6-8. KPMG 2006: p. 761.
- 269 El Marco Conceptual de las NIIF define al patrimonio neto como la participación residual en los activos netos de una entidad [.49(c)]. Esta definición coincide con la del art. 36 del Código de Comercio español, pero que para proteger el requisito de la integridad del patrimonio se aclara que en la aplicación del art. 273 LSC sobre la distribución de beneficios, el 327 LSC sobre reducción obligatoria de capital social y el 363 LSC sobre la disolución obligatoria por pérdidas, la cuantificación del patrimonio deberá atender a: “...los criterios para confeccionar las cuentas anuales, incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del *capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo*. También, a los citados efectos, los ajustes por cambios de valor originados en operaciones de cobertura de flujos de efectivo pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias no se considerarán patrimonio neto”.
- 270 En el derecho de insolvencia se utilizan términos similares a este para proteger a los acreedores sin vinculación con los socios o administradores. Por ejemplo, la Ley Concursal española (Ley 22/2003), art. 92.5 y 93. *Vid.* WEINER & FERRÉ 2009: p. 223-244. Muchos de los préstamos incluidos son los que corresponden a una infracapitalización nominal. Sobre este concepto, PAZ-ARES 2004: p. 253-269.
- 271 La regulación financiera tiene la categoría de recursos propios y los clasifica en razón a su calidad, en: *core capital* (*Tier 1*), *debt/equity capital instrument* (*Upper Tier 2*) y *subordinated term debt* (*lower tier debt*). En general nos referimos a la regulación prudencial de Basilea. En el ámbito europeo y el español los recursos propios son el capital social y otros rubros que tienen como característica servir plenamente para absorber pérdidas en situaciones normales y de concurso. Como se puede observar, la regulación prudencial es una matización del paradigma del binomio capital y endeudamiento, que reconoce que existen distintas categorías de fondos propios, es decir, de instrumentos con distintos niveles de garantía a los acreedores. En España, *vid.* el RD

potencialidad de absorber pérdidas, dan cuenta de que no existe una sola línea divisoria entre las categorías de las fuentes de financiación²⁷².

En general, las líneas divisorias utilizadas por las distintas normas y por las diferentes jurisdicciones que conectan un instrumento pueden adoptar criterios formales o sustanciales para analizar los instrumentos, que usualmente no coinciden en su resultado²⁷³. En materia tributaria, por ejemplo, es común que los criterios diferenciadores contables y los mercantiles internos de carácter formal sean relevantes en la calificación fiscal, bien sea como punto de partida²⁷⁴ o como criterio determinante²⁷⁵. Algunos Estados utilizan análisis sustanciales que se fundan en los derechos políticos²⁷⁶ o en los econó-

216 de 2008, Modificado por RD 771/2011, de 3 de junio. En Europa esto se ha reflejado en la clasificación de la nueva regulación europea: Directiva 2013/36/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de estas y de las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE; Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012.

272 Sobre la crisis del concepto clásico de capital social y la necesidad de crear otra categoría que comprenda los recursos que financian los activos fijos, sirven de fondo de explotación y garantizar a los acreedores, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO 1992: p. 9-55.

273 Los criterios formales le dan prevalencia al hecho de que el instrumento se haya creado o no conforme al derecho de sociedades, mientras que los criterios sustanciales verifican que las características económicas de los derechos se asemejen más o menos a los elementos de la forma más pura de endeudamiento o de capital. *Vid.* SCHÖN 2009: p. 87-91. Se observa que en aquellos países con mayor libertad en la creación de instrumentos de capital el análisis tiende a ser más sustancial, mientras que los que siguen un sistema cerrado (clásico continental) le dan más prevalencia a la forma, lo que resulta obvio, teniendo en cuenta que las características económicas de este vendrán dadas por la ley. BROWN 2012: p. 32.

274 Ello se concluye en un importante análisis de los sistemas de Australia, Alemania, Italia y Países Bajos (BÄRSCH 2012: p. 322). Por otro lado, un estudio del Instituto Max Planck liderado por SCHÖN analizó los sistemas tributarios internos de Austria, Alemania, Francia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos y concluyó que las calificaciones mercantil de capital social o del *ranking* del instrumento en los procedimientos de insolvencia no deberían ser relevantes a efectos tributarios desde un punto de vista teórico, pero en realidad lo son en los países estudiados. SCHÖN *et al.* 2009: p. 95-99. Por su parte, las NIC o las regulaciones financieras o bancarias desempeñan menor papel.

275 Por ejemplo, en Alemania, cualquier acción según el derecho privado califica como generadora de dividendos. SCHÖN *et al.* 2009: p. 90-91; BÄRSCH 2012: p. 322.

276 SCHÖN 2009: p. 87 y ss. Señala este autor que aunque resulten extrañas las razones que obligan a clasificar entre las fuentes de financiación en materia fiscal, algunos países lo hacen. En su

micos²⁷⁷, bien sea como un “criterio único” o como análisis multifactoriales que involucran una serie de criterios²⁷⁸. De todas formas, la aplicación de la mera calificación contable o mercantil, con matices al área fiscal o sin ellos, es una aproximación estrechamente ligada a la respuesta que cada jurisdicción le dé al problema del uso de los conceptos jurídico-privados en el campo tributario. En resumen, los países utilizan los siguientes criterios para determinar las consecuencias en materia fiscal²⁷⁹:

– *Criterio de la remuneración*: mientras que el capital otorga el derecho a recibir una participación en los beneficios, los cuales dependen del resultado económico de la sociedad, el endeudamiento otorga un derecho a una remuneración fijada con antelación que no depende de los beneficios²⁸⁰. Es discutible

criterio, a efectos impositivos, se deben analizar con todo detalle las características del instrumento, teniendo como guía la *ratio* de las normas tributarias que son los derechos económicos.

277 HELMINEN 2010: p. 168; BÄRSCH 2012: p. 322.

278 Por ejemplo, en los Estados Unidos el análisis multifactorial tiene sustento legal en el Internal Revenue Code, Sec. 385(b). “(1) whether there is a written unconditional promise to pay on demand or on a specified date a sum certain in money in return for an adequate consideration in money or money’s worth, and to pay a fixed rate of interest, (2) whether there is subordination to or preference over any indebtedness of the corporation, (3) the ratio of debt to equity of the corporation, (4) whether there is convertibility into the stock of the corporation, and (5) the relationship between holdings of stock in the corporation and holdings of the interest in question”. Existe una amplia jurisprudencia que ha incluido otros factores. Un resumen de la historia de estos factores y la reciente tendencia a considerar un único factor en GREENAWAY & MARION: p. 73-112. Estos autores consideran que la pregunta que realmente debe hacerse para delimitar los instrumentos de deuda de los de patrimonio es: “¿Las partes razonablemente esperan que los fondos sean devueltos en su totalidad? Todos los factores importantes que el análisis multifactorial trata abarcar –intención, solvencia (capacidad de endeudamiento), y riesgo– son capturados en una simple pregunta”. El Informe General de IFA del año 2012 concluye que los análisis multifactoriales generan inseguridad jurídica. *Vid.* BROWN 2012: p. 34-35.

279 SCHÖN *et al.* 2009: p. 95-99; observan estos autores que el orden en que se han enlistado en el texto principal los criterios representa los grados de prioridad de carácter comparado. En la misma línea HELMINEN 2010: p. 169-170. BÄRSCH concluye en su trabajo prácticamente lo mismo que los anteriores autores, puesto que mientras que Italia da prevalencia al criterio de la remuneración, Australia al de la devolución del principal, mientras que Alemania y Países Bajos les dan igual importancia a ambos, salvo cuando se refieren a la retención, en la que la remuneración toma más peso. BÄRSCH 2012: p. 322; BROWN 2012: p. 32 y ss. Señala la variedad de criterios de calificación DUNCAN 2000: p. 24-27.

280 HELMINEN 2010: p. 169-170.

si el criterio de la remuneración se refiere a la contingencia sobre el derecho a recibir el pago o al *alea* sobre su monto²⁸¹.

– *Criterio de la devolución del principal*: los acreedores externos tienen prioridad para reclamar su crédito en caso de insolvencia, mientras que los accionistas y partícipes tienen un derecho al remanente una vez satisfecho el endeudamiento. Además, los primeros tienen derecho a recibir el pago del principal al momento del requerimiento o del vencimiento de un plazo o condición. Se ha discutido si lo importante es la predeterminación del tiempo de maduración o que el monto de la devolución se encuentre fijado, pero la subordinación de un crédito o los plazos extensos solo en unos pocos Estados pueden ser suficientes para clasificar un instrumento como generador de dividendos²⁸². Muchos países que adoptan el “criterio único” aceptan la devolución del principal como factor determinante en la distinción²⁸³.

– *Criterio de los derechos políticos*: los socios o accionistas tienen derechos políticos en la sociedad, tales como derechos de voto o de participación en la administración, mientras que los acreedores externos no los tienen²⁸⁴.

281 BROWN 2012: p. 34.

282 BROWN 2012: p. 34.

283 El Informe General de IFA del año 2012 concluye que se logra un mejor grado de certeza con la adopción del método del “único elemento”, que si bien permite, como el multifactorial, alejarse de la clasificación que tiene el instrumento en el derecho privado, busca su esencia en una sola característica definitoria. Así, resulta más fácil definir deuda que fondos propios centrando el análisis en el derecho privado, pues aquella será la que le da derecho al inversor a la devolución del principal, el cual permanece incluso en las deudas sin plazo, pues está generalizada la idea de la imposibilidad de obligarse *ad eternum*. BROWN 2012: p. 33-34. El informe general subraya el reporte de Bélgica, en el cual se llega a esa conclusión a partir de un análisis del derecho privado. *Ver* VANOPPEN 2012: p. 122-129. SCHÖN *et al.* 2009: p. 95-99. Para el trabajo liderado por SCHÖN, el criterio de devolución del principal es criticable y parece que defenderían el criterio del establecimiento de un pago fijo para considerar una renta como intereses. Aunque esa idea se expone dentro del contexto normativo del Reino Unido, donde las cláusulas de participación en beneficios son para impedir la deducibilidad de los intereses, lo cierto es que en países como Austria, Alemania y Suiza la mera participación en utilidades no da lugar a la prohibición de deducibilidad o a la recalificación del instrumento en capital. El trabajo entonces critica los criterios diferenciadores utilizados por las legislaciones internas, pero no ofrece una respuesta definitiva acerca de cuál debería ser ese criterio fiscal distintivo. Ya el Informe del año 2000 había señalado cómo algunos países adoptan el sistema de la única característica o único criterio. DUNCAN 2000: p. 30.

284 HELMINEN 2010: p. 169-170. Incluso por fuera de la definición del MCOCDE, la jurisprudencia alemana ha sostenido que no existe una *silent partnership* (supuesto de fuente de los dividendos expresamente prevista en la definición) si no hay derechos de control pactados en el contrato.

– *Criterio de la clasificación formal*: atiende a la clasificación formal que las partes le hayan asignado al instrumento, como por ejemplo en el *nomen iuris* o el hecho de que se rija por las normas sobre el capital social del derecho de sociedades.

Más allá de que el criterio de la remuneración sea quizá el que mejor se adapte al principio de capacidad contributiva²⁸⁵ y que el de la devolución del principal tenga las fronteras mejor delimitadas en el derecho privado e incluso en la contabilidad²⁸⁶, es evidente que cada uno de los enunciados puede llevar a respuestas distintas respecto de un instrumento híbrido. Además, debe tenerse en cuenta que la clasificación de los activos emitidos bajo la legislación extranjera puede resultar apoyada en criterios netamente mercantiles formales o sustanciales, o tributarios²⁸⁷. Todo lo dicho permite concluir que no existe armonización internacional –y ni siquiera de carácter interno– respecto de los conceptos de participaciones sociales o los instrumentos de patrimonio.

2. LA SEGUNDA PARTE DE LA DEFINICIÓN NO CONDICIONA A LA PRIMERA

Pijl sostiene que la segunda parte de la definición no existe²⁸⁸. En su opinión, la mención a “u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en beneficios” se enmarca en una estructura lingüística según la cual la condición de participar en beneficios afectaría todos los elementos contenidos en la primera parte de la definición, esto es, las acciones, acciones o bonos de disfrute, las participaciones mineras y las partes de interés. Ello sería así puesto que la con-

Alemania, *Finanzgericht Nordrhein-Westfalen* (Köln), sentencia del 29 de abril de 1999, caso 2 K 3998/95. Disponible en Tax Research Platform, IBFD.

285 SCHÖN 2012: p. 496-500.

286 VANOPPEN 2012: p. 122-129; BROWN 2012: p. 33-34. En cuanto a la contabilidad los textos ya analizados de la NIC 39, la Norma 9ª del PGC, y CUNNINGHAM 2005: p. 341.

287 DUNCAN 2000: p. 33 y ss.; HELMINEN 2010: p. 169-170; BÄRSCH 2012: p. 323; BROWN 2012: p. 34-35.

288 PIJL 2010: p. 493 y ss. En igual sentido al autor neerlandés BÄRSCH 2014: p. 434-435. Por su parte, LUCAS DURÁN: 2010: p. 615 afirma que “[...] no podrán considerarse dentro del concepto de dividendos los rendimientos de derechos de crédito [...]”, dando a entender que la “delimitación negativa” se predica de toda la definición “a no ser que el propio CDI determine su inclusión”. A nuestro juicio, la posición del autor español iría más allá de lo planteado por los otros dos autores citados y desconcería que la remisión de la tercera parte puede incluir derechos de crédito.

junción “o” conecta los derechos que pertenecen al primer grupo. Además, en defensa de su tesis trae el citado párr. 24, varias veces comentado en este trabajo.

En consecuencia, concluye que las rentas de las acciones preferenciales que no den derecho a participar en beneficios no deben considerarse dividendos; lo cual, en otros términos, significa que el “mero carácter formal de un instrumento [...] no clasifica automáticamente a un instrumento dentro del artículo 10”. Ante tal resultado, el autor aclara que “si la acción no puede entrar dentro [*sic*] del primer grupo del artículo, sí podría caer dentro [*sic*] del segundo grupo, *i. e.*, ‘otras participaciones sociales’, sujetas por la legislación interna al tratamiento de la renta [de las acciones]”. En caso de que el derecho interno no lo hiciera, las rentas de las acciones que no participan en beneficios no podrían calificar como “intereses” según el artículo 11, pues el instrumento no es un “derecho de crédito”. En definitiva, la citada renta no sería ni “dividendos” ni “intereses” de acuerdo con el MCOCDE.

A nuestro juicio, la posición de Pijl podría ser criticada por las siguientes razones:

– En primer lugar, porque desconocería la redacción de la versión francesa del Modelo, que permite entender que solo los “otros derechos” requieren participar en beneficios, pues se utilizan los vocablos “parts bénéficiaires”. En español, francés e inglés, la redacción da a entender que las condiciones de participar en beneficios y no ser derechos de crédito se refieren solo a los “otros derechos”. Así, incluso admitiendo que la lectura hecha por Pijl es válida, lo propio, como veremos a continuación, sería acudir a la historia del instituto jurídico estudiado para ver cuál de las lecturas tiene más sentido.

– Es evidente que la introducción de la frase de la segunda parte de la definición de dividendos por el WP12 pretendió agregar otros derechos y no restringir los enumerados en la primera parte. De tal forma, la interpretación de Pijl se muestra contraria a la historia, pues tal como lo sustenta el capítulo II, con la redacción se buscó incorporar una regla sustancial a partir de las características de participación en beneficios y no ser un derecho de crédito. No se quiso condicionar a los derechos enumerados atrás, pues la idea era agregar otros derechos. Además, hay autores que sostienen que la aclaración de no ser derechos de crédito se hizo para restringir la amplitud de la versión en inglés, que indica “otros derechos”²⁸⁹.

289 AVERY JONES *et al.* 2009: Nota al pie 68. Indican estos autores que esto se hace para corregir la diferencia de traducción del inglés al francés, ya que no significan lo mismo la palabra fran-

– En tercer lugar, el argumento del autor es inconsistente, puesto que admite, por un lado, que la renta se calificaría como dividendo si encajara en lo que en esta tesis se llama *la tercera parte de la definición*; y, por otro lado, que al ser amplio el concepto de participaciones, comprendería las acciones preferenciales de su ejemplo. Con este fundamento, solo se justificaría que las rentas calificaran como dividendos si estuvieran “sujetas por la legislación interna al tratamiento de la renta”. Cabría entonces preguntarse ¿de cuál renta?, y la respuesta sería, como lo dice el modelo, “la de las acciones”. Acudiendo al aforismo latino *ubi lex no distinguet debetur*, el tratamiento de la renta de las acciones será tanto el de las acciones ordinarias como el de las acciones preferenciales que tanto preocupan al autor. En definitiva, las rentas de las acciones ordinarias, aunque no participen en beneficios, siempre estarán sujetas como las rentas de las acciones (porque son acciones) y por tanto serán consideradas dividendos.

– En cuarto y último lugar, tal como lo reconoce la doctrina²⁹⁰, en la práctica es irrelevante el problema planteado por Pijl porque todos los derechos enumerados en la primera parte pueden participar en beneficios. Si se considera el caso hipotético planteado por Pijl, se desprendería de su argumentación que las rentas de una acción preferencial que no participa en beneficios y no es considerada un derecho de crédito ni es tratada como interés por la legislación del Estado de la fuente en los CDI que contengan la remisión del art. 11 MCOCDE de 1963, ni como dividendos según el art. 10 MCOCDE, terminarían calificándose como beneficios empresariales u otras rentas. A nuestro juicio, esta conclusión resultaría contraria a la intención de las partes al distribuir la potestad tributaria, en la medida en que, habiendo configurado dos reglas para abarcar las rentas pasivas de la financiación de empresas con un poder limitado en la fuente, que operasen como excepción a la tributación en la residencia de los beneficios empresariales, se verían obligadas a renunciar a su poder de im-

cesa “part” y la inglesa “rights”, en tanto que esta comprende los derechos de crédito. “The exclusion for debt-claims is first found in a version of 23 May 1961 (FC (61)Iann) without any explanation for the change, but it is assumed that the drafting group made it because the general words ‘other rights participating in profits’ were more general in English than parts in French and could have included creditor rights, which were not intended to be included on the change from the inappropriate reference to shares to other rights. In the same report, the definition of interest included ‘income from... bonds or debentures... whether or not participating in profits’”.

290 AVERY JONES *et al.* 2009: p. 6.

posición por el mero hecho de no gravar el rendimiento como los dividendos de acciones ordinarias.

B. PRIMERA PARTE: LA DIFICULTAD DE DOTAR DE CONTENIDO TRIBUTARIO Y CONVENCIONAL A LOS DERECHOS ENUMERADOS EN EL ARTÍCULO 10 MCOCDE

La primera parte de la definición de dividendos utiliza términos propios de la legislación mercantil para definir el reparto de la potestad tributaria. Esto remite al clásico problema de los conceptos jurídico-privados en el presupuesto de hecho previsto por las normas tributarias²⁹¹, pero que se ve potenciado por el hecho de que estas tienen también la naturaleza de tratados internacionales que deben interpretarse según la CVDT y el artículo equivalente al 3.2 del MCOCDE. De acuerdo con las reglas de solución de conflictos de calificación, las definiciones del Estado de la residencia se deben descartar, por las razones también mencionadas entonces, pero además porque las definiciones de “sociedad” y “dividendos” contienen sendas remisiones a la legislación del Estado de residencia de la entidad distribuidora²⁹². Considerando que sería difícil probar la existencia de un contexto que determinara el significado autónomo convencional (pues como se ha mencionado las líneas divisorias varían entre legislaciones) y que no hay un derecho internacional de sociedades que defina estos conceptos, emergen las siguientes posibilidades interpretativas:

1) Prevalencia del significado mercantil, bajo dos supuestos:

a) que la referencia a cualquiera de las participaciones mercantiles enunciadas en el artículo 10.3 MCOCDE se hizo para incluir las que cumplan con el significado preciso previsto en la legislación interna del Estado de residencia de la entidad distribuidora o

b) que la remisión normativa dinámica a la legislación mercantil interna del Estado de la residencia de la entidad distribuidora se creó para designar las participaciones en el capital de sociedades, lo cual admite cierta flexibilidad para comprender los derechos con características similares a los enumerados, incorporados en leyes posteriores.

291 BÁEZ MORENO 2009: p. 117 y ss.

292 HATTINGH 2009: p. 518. Este autor sugiere esta interpretación, pero reconoce que está lejos de ser un asunto claro.

2) Prevalencia del significado tributario: *i. e.*, que se construyó una definición tributaria interna que comprendiera aquellas “participaciones” que generan rendimientos sujetos a un régimen fiscal especial en el Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos. Sobre esa base podría ser metodológicamente acertado verificar el tratamiento tributario de todos los derechos enumerados, para así construir una categoría con las características comunes a todos.

En nuestro criterio, la interpretación descrita en el literal b) tiene mayor fundamento en la autonomía del derecho tributario, pero lo cierto es que resulta extremadamente difícil extraer las características generales del tratamiento fiscal de aquellos derechos que aparecen en la primera parte e inferir sus características mercantiles, según se demostrará a continuación.

I. ACCIONES

En el derecho mercantil español y el de gran parte de la tradición jurídica del *civil law*, las “acciones” constituyen la participación en el capital social de una sociedad por acciones (sociedad anónima o sociedad en comandita por acciones). Por lo general, son títulos valores o valores mobiliarios que pueden circular con facilidad y tienen un valor nominal asignado correspondiente a su aportación que expresa el porcentaje de participación. Se distinguen de las “participaciones sociales” (en España) o “cuotas sociales” (en Colombia) en que son también partes del capital social, pero del de las sociedades limitadas o en comandita simple. A diferencia de las acciones, estas tienen una circulación más restringida y no suelen considerarse valores mobiliarios²⁹³. En cualquier caso, tanto las acciones como las participaciones sociales son “partes alícuotas, indivisibles y acumulables del capital social”, tal como recuerda el art. 90 de la LSC en España. En otras legislaciones, como la colombiana, existen también las “partes de interés”, que son el capital de las sociedades colectivas y el fondo que se forma en las sociedades de hecho. En las sociedades comanditarias los socios gestores solo tienen un interés en la sociedad, pero no tienen, por esa mera condición, una participación en el capital.

En inglés el art. 10 MCOCDE utiliza la palabra “shares”, que según el *Black’s Law Dictionary* significa en su sentido más amplio ‘la parte correspondiente de

293 *Vid.* art. 90 y 91 LSC España.

la que se es propietario, se contribuye o se debe'. En un sentido más estricto, 'es una de un número definido de partes iguales en las cuales se divide el capital social de una sociedad del tipo *corporation* o del tipo *joint-stock company*²⁹⁴ [...]. Una acción representa el capital o el interés como propietario en una sociedad del tipo *corporation* o *joint-stock company*²⁹⁵.

En la versión en español el párr. 24 del art. 10 señala que las acciones son aquellas “participaciones en una sociedad cuya responsabilidad está limitada a sus acciones (sociedades de capital)”. En inglés se indica “[...] in a company limited by shares (joint stock company)” y en francés “à una société anonyme (société de capitaux)”. Extrañamente la traducción del IEF no sigue en este caso la versión francesa y se arriesga a traducir literalmente del inglés, seguramente porque existe una contradicción en la versión francesa que se refiere a la sociedad anónima y la explica entre paréntesis como sociedad de capital. En cualquier caso, la traducción del IEF tampoco logra su cometido, pues al utilizar la palabra “acciones” se limita, al menos de acuerdo con las legislaciones española y colombiana, solo a las sociedades anónimas y en comandita por acciones. La confusión que genera el contraste entre las versiones española y francesa se hace más evidente al leer la LSC en España, la cual considera sociedades de capital a la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones, pero distingue, en el mismo artículo, entre acciones y participaciones.

Originariamente en el *common law* las *joint-stock companies* se consideraban entidades no constituidas (*incorporated*), esto es, no plenamente diferenciadas de sus socios²⁹⁶. Sin embargo, un entendimiento contemporáneo y finalista del

294 “1. An allotted portion owned by, contributed by, or due to someone ‘each partner’s share of the profits’. 2. One of the definite number of equal parts into which the capital stock of a corporation or joint-stock company is divided ‘the broker advised his customer to sell the stock shares when the price reaches \$20’. A share represents an equity or ownership interest in the corporation or joint-stock company” *Black’s Law Dictionary*, 9th ed., 2009, accedido por medio de Westlaw International (24 de mayo de 2013).

295 VOGEL 1997: p. 652, parr. 192. Es posible que las acciones no tengan valor nominal y solo representen un porcentaje de la participación en el capital (*quotenaktie*).

296 “*joint-stock company*. (18c) 1. An unincorporated association of individuals possessing common capital, the capital being contributed by the members and divided into shares, of which each member possesses a number of shares proportionate to the member’s investment. 2. A partnership in which the capital is divided into shares that are transferable without the express consent of the partners. Also termed *joint-stock association*; *stock association*. The joint stock association or company developed early in English company law, the term being used to distinguish companies which operated on a joint account and with a ‘joint stock’ (in trade) of

párr. 24 de los Comentarios al art. 10 debería llevar a entender las sociedades de capital como entidades plenamente diferenciadas de sus socios, esto es, completamente constituidas o, lo que es lo mismo, con personalidad jurídica independiente y con un capital social común, a pesar de que en algunas legislaciones se acepte que pueda existir responsabilidad ilimitada de los socios²⁹⁷. En efecto, la ausencia de responsabilidad limitada no implica que no exista una entidad diferenciada de sus socios, ni puede ser un criterio para definir cuándo hay o no dividendos en un CDI. Así pues, en el Reino Unido las *joint-stock companies* son todas las sociedades registradas (*registered companies*), esto es, aquellas del tipo *unlimited company*, *company limited by shares*, *company limited by guarantee*, cuya característica principal es la de tener personalidad jurídica, en virtud de estar constituidas (*incorporated*)²⁹⁸.

El rasgo fundamental de las “shares” es el mismo de las “acciones” en el derecho español, *i. e.*, la representación de la participación en el capital de una sociedad independiente de sus socios. Sin embargo, la palabra española “acciones” y la francesa “actions”²⁹⁹, al exigir que dicha representación esté en un

their members from companies (now obsolete) each member of whom traded on one's separate account with one's own stock in trade.... In American jurisdictions, the joint stock association is generally an unincorporated business enterprise with ownership interests represented by shares of stock”. HENRY G. HENN & JOHN R. ALEXANDER, *Laws of Corporations* § 50, at 109 (3d ed. 1983) citados por *Black's Law Dictionary*, 9th ed., 2009, accedido por medio de Westlaw International (24 de mayo de 2013).

297 Es el caso de las *unlimited companies* en el Reino Unido.

298 MAYSON, FRENCH & RYAN 2007: p. 3.

299 “En droit des sociétés, l' 'action' est le nom que l'on donne à l'unité fractionnaire du capital des sociétés commerciales de capitaux, telles que les sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiées ou les sociétés en commandite par actions. Sauf les cas particuliers prévus par la loi (actions attribuées aux salariés, actions décréées inaliénables statutaires ou conventionnelles, inaliénabilité des actions des sociétés en redressement judiciaire, sociétés d'exercice libéral de forme anonyme, sociétés de commissaires aux comptes), l'action est un titre négociable. Cette négociabilité peut cependant être subordonnées à un contrôle interne introduite par une clause d'agrément dans les statuts. Mais la validité d'une cession d'actions est subordonnée à l'existence même de la société dont les titres sont cédés. Est nulle pour défaut d'objet toute cession de parts, d'actions, ou de droits conférés par ces titres, d'une société ayant disparu par l'effet d'une opération de fusion par absorption (Chambre commerciale, 26 mai 2009, pourvoi: 08-12691, Legifrance-Le rapport de M. Salomon, conseiller rapporteur, est paru dans la *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, n.º 8-9/09, août-septembre 2009, Etudes et doctrine, p. 648 à 650)”. En <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/action-droit-des-societes.php> (consultada el 24 de mayo de 2013). Aunque pueda entenderse de la versión inglesa una acepción amplia de “shares”, la versión francesa parece apostar por el significado estricto. VOGEL,

título negociable, tienden a ser más restrictivas que la correspondiente palabra inglesa. Esta condición deja por fuera las participaciones o cuotas sociales y las partes de interés, a pesar de que (al menos las primeras) son también la cuota de capital en otras sociedades, a saber, las sociedades de responsabilidad limitada. En definitiva, aunque el citado párr. 24 de los Comentarios abogue por un entendimiento amplio, la literalidad del precepto, al menos en español, parece ser muy clara en excluir las participaciones y cuotas sociales en sociedades diferentes de las que son por acciones, sin perjuicio de que encuadren en el otro elemento de la definición del art. 10.3 del Modelo. Por tanto, se concluye que las palabras “acciones”, “shares” y “actions” utilizadas por los CDI, en sus respectivos idiomas, pueden no significar lo mismo, y por consiguiente son ambiguas respecto de la determinación de la entidad distribidora.

Ahora bien, existen en el derecho comparado diversos tipos de acciones que constituyen verdaderos híbridos financieros. Por ejemplo, en España las acciones rescatables, las acciones con derecho a un dividendo preferente y las acciones sin voto³⁰⁰ pueden recibir calificaciones distintas para efectos mercantiles, contables y tributarios³⁰¹. En la medida en que el art. 10 MCOCDE utiliza

art. 10 párr. 192. Teniendo en cuenta esto y que el MCOCDE fue redactado originariamente en francés, el significado estricto de “share” debe prevalecer.

300 Por lo general, una acción otorga derechos políticos y económicos equivalentes a la participación que corresponda con su valor nominal o con la cuota prevista, según el caso. Se suelen aceptar distintas clases de acciones que permiten distinguir los derechos que otorga una clase respecto de los que corresponden a otra, exceptuando así el principio de paridad. *Vid.* art. 28 LSC. Dentro de una clase es posible que se emitan series de acciones que contengan los mismos derechos pero que correspondan a un valor nominal diferente. Así, las clases de acciones suelen utilizarse para crear acciones no ordinarias, esto es, las que tienen disparidades en los derechos políticos y económicos. En este punto es relevante mencionar las acciones sin derecho a voto (art. 101 LSC) y las acciones privilegiadas o preferentes (art. 498, 499 LSC). *Vid.* GARCÍA MANDALONIZ 2003: p. 320-321. Los privilegios pueden ser de diversos tipos, aunque las legislaciones regulan el alcance que pueden tener estos (*vid.* art. 96.1 LSC). Los más comunes son: el cobro preferente (acciones preferentes), que permite cobrar el dividendo o la cuota de liquidación primero que los demás accionistas; dividendo fijo (acciones con dividendo fijo), que da lugar a una remuneración determinada independiente de los resultados de la sociedad; o el de obtener dividendos privilegiados, es decir, mayores derechos económicos que los que le correspondería a la acción en atención a la proporcionalidad del aporte. Una descripción de las razones financieras de las acciones preferentes y su tratamiento tributario en Estados Unidos, Alemania y Dinamarca en BUNDGAARD 2014: p. 416 y ss.

301 Como se mencionó atrás, el PGC español considera que cuando el derecho a recibir dividendos supone la acumulación en los periodos en que no haya utilidades y se prevea una amortización obligatoria del instrumento, la acción será un pasivo financiero. *Cf.* VILLACORTA HERNÁNDEZ

el término *acciones* para describir uno de sus derechos económicos, aun cuando una acción carezca de derechos políticos no deja de ser acción para efectos convencionales³⁰². Sin embargo, puesto que los derechos económicos pueden variar, podría presentarse el problema de que su calificación a ciertos efectos sea de endeudamiento, generando la pregunta de si debería aplicarse el art. 10 o el art. 11 del Modelo. En opinión de Vogel, la variación de los derechos económicos de las acciones debe ser irrelevante a estos efectos, a menos que haya una pérdida de uno de los elementos esenciales del término *acción* en el Modelo, cual sería la participación en el riesgo empresarial, materializado en la posibilidad de demandar su cuota en los beneficios de la sociedad o su cuota en la liquidación. En ese sentido, si se pacta que la cuota de liquidación que corresponde a una acción no puede ser mayor que un determinado porcentaje de su valor nominal, por mucho que la acción se parezca a un bono de deuda, sus rendimientos serían considerados dividendos. Sin embargo, dicha calificación no procederá si al accionista se le restringe por completo del derecho a participar en la cuota de liquidación³⁰³.

Nótese que el autor alemán primero señala la participación en beneficios y luego la participación en la cuota de liquidación, que son dos criterios que pueden implicar resultados distintos, aunque parece inclinarse por el segundo. Siendo así, la siguiente pregunta concierne al alcance de esta última participación, ya que la cuota de liquidación de una acción ordinaria puede ser inferior, igual o superior al valor nominal de capital invertido. En acciones privilegiadas puede haber limitaciones máximas o mínimas, o ambas, en los derechos sobre tales cuotas. Pues bien, según Vogel, deben considerarse las dos caras de la

2010: p. 40-42. Fiscalmente, el 14.1 TRLIS en concordancia con el art. 25 de LIRPF indican que no son deducibles las participaciones en fondos propios de la entidad. Aunque alguna parte de la doctrina entienda que aquí no hay dudas y que en todo caso las acciones con dividendo fijo se entenderán como retribución de fondos propios a efectos fiscales (JIMÉNEZ-BLANCO 2010: p. 1655), es muy válido preguntarse qué debe entenderse por fondos propios. Es decir, si habrá que considerarse la calificación mercantil del patrimonio a efectos de los libros de comercio (*i. e.*, contabilidad) o del cálculo para la distribución de beneficios, reducción de capital, etc. Sin duda, ello podría llevar a dos resultados diferentes. El Proyecto de LIS en el art. 15.a) indica que las referencias a los fondos propios hechas por esa Ley ha de dar preferencia al significado societario que al contable.

302 VOGEL 1997: art. 10, párr. 192, p. 653: "Among the various rights conveyed by a 'share', the only ones of relevance in connection with art. 10 MC are the proprietary rights. Restrictions of the control rights, as in the case of *non-voting preference shares*, therefore, do not result in disqualification for the purposes of art. 10 (3) MC".

303 VOGEL 1997: art. 10, párr. 192, p. 653.

moneda, esto es, la posibilidad de perder la totalidad del capital invertido y la de beneficiarse de las utilidades acumuladas y de las reservas ocultas (plusvalías latentes). En ese sentido, Helminen interpreta que solo cuando una acción es amortizable en un periodo corto y se estipule la preferencia en el cobro del capital en el evento de liquidación, podría no ser considerada como “participaciones sociales” que dan lugar a dividendos según los CDI³⁰⁴.

Como se aprecia, la idea de Vogel y Helminen lleva a excluir de la definición de la palabra “acciones”, usada en el art. 10.3, a todas aquellas que no cumplan con el significado intrínseco del art. 10.3 MCOCDE. Con ese entendido, la misma exclusión aplicaría para la expresión “participaciones sociales” usada en la tercera parte de la definición, de manera que habría rendimientos de híbridos financieros que no calificarían como dividendos a pesar de estar sujetos al mismo régimen fiscal que las acciones ordinarias. Además, si se acepta que el art. 11 MCOCDE adopta una definición formal de “derechos de crédito”, habrá híbridos financieros que no califiquen ni como intereses ni como dividendos, razón por la que podrían encajar en los artículos 7 o 21 del CDI, según sea el caso. De todas formas, este resultado puede parecer extraño para el Estado de la fuente, que podría justificar interpretaciones más amplias de los términos mencionados, extendiendo el alcance de las definiciones de dividendos o intereses y logrando, de este modo, garantizar una tributación de la renta en su territorio, aunque de forma limitada. En todo caso, se ha reconocido que en la práctica estos conflictos no son comunes, puesto que pocos países clasifican los rendimientos de las acciones preferenciales como un tipo de renta distinta de los dividendos³⁰⁵, pero no dejan de ser posibles mientras se mantenga la ambigüedad en el artículo³⁰⁶.

Ahora bien, la tesis de Pijil ya mencionada³⁰⁷, según la cual las acciones privilegiadas que no participan en beneficios no generan dividendos según el art. 10 del Modelo, deriva de la segunda parte de la definición de dividendos más que de la primera, pues esta es independiente y parece comprender todas las acciones sin que importen los derechos que otorguen. Pero además, la interpretación de Pijil acoge el criterio de la participación en beneficios como fundamental al calificar dividendos conforme a la parte autónoma de la defini-

304 HELMINEN 2010: p. 204.

305 BUNDGAARD 2014: p. 426.

306 HELMINEN 2010: p. 204-205.

307 PIJL 2010: p. 493 y ss.

ción. No obstante, el autor no expresa con claridad qué entiende por beneficios, pues bien podría argumentarse que los beneficios pueden ser los del periodo o los acumulados de vigencias anteriores. Pero esa falta de precisión entraña mayores problemas para determinar qué ocurre con instrumentos que dan lugar a dividendos fijos. Participar en beneficios podría significar, desde un primer punto de vista, una contingencia sobre el derecho a recibir el pago o, desde un segundo, una contingencia sobre su monto³⁰⁸. Si se acoge el primero, los dividendos fijos no acumulables serían dividendos para efectos convencionales, lo cual no es necesariamente el caso de los acumulables, ya que tarde o temprano se pagarán. Las normas contables sugerirían evaluar la posibilidad futura de pagarlo, pero no está nada claro que deba entenderse así el criterio de Pijil. Ahora bien, bajo la segunda perspectiva, los dividendos fijos, en cuanto que no hay riesgo sobre el monto, no suponen una participación en beneficios.

Empero, las acciones preferentes y rescatables son claramente “acciones” y “participaciones o cuotas sociales” desde un punto de vista mercantil, de manera que sus rendimientos generalmente son dividendos en función de la parte autónoma de la definición convencional³⁰⁹. Obviamente no puede pasarse por alto que las acciones rescatables permiten ser amortizadas en un plazo determinado, de forma que por lo general no participan de la cuota de liquidación en la práctica, ni comparten el riesgo de pérdida del principal de forma semejante a los accionistas, pues el plazo o la condición para su redención puede hacer que económicamente exista una prelación sobre los acreedores de los pasivos a largo plazo. De todas formas, las acciones rescatables comparten el riesgo y participan en beneficios hasta el momento previo a la amortización, e incluso, el cálculo del principal a ser devuelto puede incorporar como base las variaciones en el patrimonio neto, es decir, dando participación en los beneficios acumulados.

Así, es razonable concluir que si se toma una aproximación sustancial intrínseca y única de toda la definición de dividendos, la incertidumbre aumenta. Por el contrario, con una interpretación formal habría que sostener que los dividendos se califican según el derecho interno del Estado de residencia de la entidad distribuidora. En esa línea, podría usarse como sustento el párr. 15

308 BROWN 2012: p. 34; BÄRSCH 2014: p. 433 y ss.

309 HELMINEN 2010: p. 202-204. Debe tenerse en cuenta que la amortización de las participaciones ordinarias no es tampoco una novedad, porque es posible realizarla, mediante el cumplimiento de las normas mercantiles sobre reducción del capital, durante la vida de la sociedad, aunque existen restricciones cuantitativas y procedimentales para su procedencia.

de los Comentarios del art. 10 MCOCDE, que indica que el “capital” al que se refiere el art. 10.2 MCOCDE “debe entenderse tal como se hace en el derecho de sociedades” (del Estado de residencia de la entidad distribuidora), descontando las reservas e incluyendo, entre otras, a las “acciones preferentes, acciones con voto plural, acciones sin derecho a voto, acciones al portador, acciones nominativas...”, rescatables, etc.³¹⁰.

Antes de cerrar este apartado debe indicarse que, por lo general, la referencia a “las acciones” aparece en todos las definiciones de dividendos en los CDI y, en realidad, se mantienen cuando se eliminan los demás tipos de derechos que enuncia el Modelo en la primera parte de la definición. Sin embargo, quizá por error en la redacción, otros convenios se refieren solamente a los “rendimientos de las acciones, o bonos de disfrute...” como el de España con la República Checa (Checoslovaquia) de 1981, generando con la coma una confusión acerca de si el epíteto “de disfrute” caracteriza al sustantivo “acciones”. En efecto, no son pocos los convenios españoles que se refieren a “los rendimientos de las acciones o bonos de disfrute”³¹¹, obviando mencionar de forma independiente a las acciones que no son de disfrute. En estos casos, el segundo o tercer elemento de la definición permitiría incorporar las rentas de las acciones, aunque ciertamente resulte extraño, ya que los dividendos provienen, por antonomasia, de las acciones.

2. ACCIONES Y BONOS DE DISFRUTE

Otro de los tipos de participaciones contenidos en el art. 10 del MCOCDE, que cuenta con un grado de ambigüedad mucho mayor, es el de las “acciones y bonos de disfrute”, que la versión francesa llama “actions ou bons de jouissance” y que la inglesa opta por traducir parcialmente como “*jouissance shares or jouissance rights*”. En español se sigue de cerca la versión francesa. De haberse ajustado a la versión inglesa, que no refiere solo a títulos valores, la traducción española sería “derechos de disfrute”. La expresión adoptada, “bonos de disfrute”,

310 El Comentario no incluye expresamente a las acciones rescatables, pero termina con un “etc.”, a lo cual se agrega: “Estas diferencias se refieren más a la naturaleza de los derechos de que dispone el accionista que a la importancia de la participación”. Este comentario da lugar a pensar que el concepto de capital, para efectos de la participación, no es relevante para definir “participaciones sociales” en el art. 10.3 del Modelo.

311 P. ej., España-Corea 1994, España-Cuba 2001, España-Irlanda 1994 y España-Luxemburgo 2007.

por su parte, tiene un significado más restringido, ya que suele aludir, como sucede en el francés, solo a los títulos valores. Como resultado de estos matices semánticos, cuando los CDI están redactados tanto en inglés como en español surge un problema de interpretación que se habría solucionado fácilmente si se hubiese pactado la prevalencia de un idioma. Pero si no hubo un pacto tal, el argumento histórico de que el Modelo fue inicialmente redactado en francés toma fuerza para justificar la preferencia por las redacciones española y francesa.

Nótese que en todos los idiomas se aclara que tanto las “acciones” –que son un tipo de participación en el capital– como los meros “bonos” o “derechos” de cualquier tipo, incluso los de crédito, son generadores de dividendos. Esta propiedad compartida ha suscitado discusiones acerca de si aquellas y estos tienen, como activos, una misma naturaleza, o si, por el contrario, corresponden a dos tipos de activos con características diferentes³¹². Puede argumentarse que se trata de “una misma realidad que se denomina indistintamente “acciones de disfrute” o “bonos de disfrute”, pero indicando con ello un mismo hecho”³¹³. Los conceptos “acción”, “bono” y “derecho”, no obstante, no son intercambiables; el primero, especialmente, denota una representación en el capital social, mientras que con el segundo y el tercero no necesariamente sucede lo mismo. Por ello, por más que se quiera identificar un mismo hecho, las tres palabras hacen referencia a tres distintos supuestos. En este sentido, podría suponerse que el Modelo se refiere a un tipo de derechos que, aunque en muchos países sean calificados como una acción, en otros no se consideran como una participación en el capital.

Sobre las “*acciones de disfrute*”, lo primero que hay que decir es que el derecho mercantil no conoce con ese nombre ningún tipo de acciones. En efecto, en España la LSC habla de los “*bonos de disfrute*”. En sistemas del *civil law*, y en menor medida también en el *common law*, la creación de tipos de participaciones en el capital está limitada al catálogo legal, por lo cual, cuando el tipo no esté regulado en la ley mercantil de alguno de los Estados contratantes, poca utilidad tiene enunciarlos en los CDI. Además, resulta extraño que se haya considerado necesario incluirlos, cuando bien podrían entrar en la categoría general de “acciones”. La única explicación lógica es que los redactores pensaban que un tipo de participaciones podría presentar dudas en su calificación, y en esa

312 LUCAS 2000: p. 216.

313 *Id.*

medida se le llamaba indistintamente “acciones” o “bonos”. Esta explicación justificaría la idea de que el modelo se refiere a un mismo tipo de instrumentos.

Vogel entiende que las acciones o bonos de disfrute:

[...] son otorgados por compañías y pueden suponer todos aquellos derechos de propiedad que le correspondería a un accionista, pero sin otorgar derechos de voto o de control. Adicionalmente, el significado del término tiene un muy amplio ámbito, empezando desde los derechos de propiedad de un accionista en relación con su participación en los beneficios netos y en el resultado de la liquidación, pasando por los meros derechos de crédito sobre el uso de ciertos servicios (producción u otros) de la sociedad³¹⁴.

Vogel afirma, con fundamento en lo anterior, que existen argumentos más convincentes para sostener que el modelo acoge una acepción restringida de los bonos o acciones de disfrute, en el sentido de que deben ser “participaciones sociales” que permiten participar en los beneficios derivados de la liquidación de la sociedad (característica intrínseca)³¹⁵. La visión de Vogel coincide prácticamente con la interpretación que otorga el derecho alemán de los *Genussscheine*³¹⁶, cuya aplicación, *mutatis mutandi* a los CDI, no está exenta de críticas; de ahí que su posición haya encontrado importantes cuestionamientos. Se ha argüido que la posición de Vogel atenta contra una interpretación gramatical del Convenio, en la medida de que nada en la definición de dividendos del MCOUDE exige que los derechos en una entidad contengan la participación en la liquidación social. Además, tal entendimiento vaciaría de significado el concepto de “bonos de disfrute”³¹⁷.

En Alemania el criterio esgrimido por Vogel no es admitido de manera unánime respecto de los CDI. La Corte Fiscal de Colonia (Finanzgericht Köln) se enfrentó al problema de clasificar las rentas de un *Genussscheine* en las categorías de rentas del tratado entre Alemania y el Reino Unido de 1964. La Corte entendió que el contexto de las definiciones de dividendos e intereses implicaba que la primera no debía ser un mero derecho de crédito sino representar un vínculo más estrecho (*Vermurzelung*) con el Estado de la fuente, tal como existe

314 VOGEL 1997: art. 10. párr. 193, p. 652.

315 En la misma línea de VOGEL, HELMINEN 2010: p. 187-190.

316 VOGEL 1997: párr. 204 y 205, art. 10. Sobre evolución del término en la práctica mercantil y su reconocimiento posterior por el derecho alemán mercantil y tributario.

317 LUCAS 2000: p. 217.

con las acciones. En coherencia, no se amparó la existencia de un derecho a los beneficios de la liquidación de la sociedad sino que, por el contrario, prevaleció la idea de propender a una relación más íntima con el país³¹⁸. Sin embargo, en un caso posterior analizado por Corte Federal Alemana (*Bundesfinanzhof*), esta utilizó, entre otros, el criterio distintivo descrito por Vogel³¹⁹, aunque el problema se planteaba de acuerdo con una definición muy distinta de la del MCOCDE. En este último caso se analizó la calificación bajo el CDI entre Austria y Alemania de 2000 de unos *Genussscheine* con plazo de amortización, emitidos por un banco alemán, y poseídos por un banco austriaco. El instrumento otorgaba derecho a una remuneración fija calculada sobre su valor nominal, pagadero siempre que no supusiera pérdidas para el banco germano. Los títulos no daban derechos políticos (información o voto) ni permitían participar del remanente de la liquidación. Además, la devolución del capital estaba subordinada a los demás acreedores.

Debe subrayarse que el tratado austro-alemán no tiene las mismas definiciones que el MCOCDE, aunque copia la primera parte de la definición de dividendos para incluir expresamente las acciones y los bonos de disfrute. El CDI no tiene la segunda parte del art. 10.3 del Modelo y la tercera es una remisión al derecho interno sin la limitación de que sean rentas de participaciones sociales³²⁰. Además, agrega varias líneas a la definición que indican que el término “dividendos” comprende también la renta obtenida por medio de una *silent*

318 Alemania, FG KÖLN. Finance Court Cologne (Finanzgericht Köln), 11 de diciembre de 2003, 2 K 7201/00, EFG 2005, p. 541. Así en AVERY JONES *et al.* 2009: nota al pie 86, p. 17.

319 Alemania, Corte Federal Fiscal (*Bundesfinanzhof*), Case I R 53/09, 26 August 2010. Disponible en Tax Research Platform, IBFD. En la misma línea, pero agregando el argumento de la conexión estrecha con la jurisdicción medida en esta oportunidad con el criterio del repago del principal: Alemania, *Finanzgericht Nordrhein-Westfalen* (Köln), sentencia del 29 de abril de 1999, caso 2 K 3998/95. Disponible en Tax Research Platform, IBFD.

320 “[...] 3. The term ‘dividends’ as used in this Article means income from shares, ‘jouissance’ shares or ‘jouissance’ rights, mining shares, founders’ shares or other income which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident. The term ‘dividends’ includes *also* income derived by a silent partner (‘stiller Gesellschafter’) from the partner’s participation as such, income from participating profit sharing loans (‘partiarisches Darlehen’) or profit sharing bonds (‘Gewinnobligationen’) and similar remuneration provided it is not deductible in determining the taxable income of the borrower under the laws of the Contracting State in which it arises, as well as distributions on share certificates in an investment trust” (bastardilla nuestra). Trad. IBFD. Alemania, Corte Federal Fiscal (*Bundesfinanzhof*), Case I R 53/09, 26 August 2010 IBFD Tax Research Platform.

partnership por el partícipe, la renta de préstamos o bonos que participen en beneficios y remuneraciones similares, siempre que no sean deducibles de la base imponible del prestatario bajo el derecho del Estado contratante en el cual surjan, y las distribuciones en certificados de participación en un fideicomiso (*trust*) de inversión. Por su parte, el artículo 11.2, aunque sigue de cerca al 11.2 MCOCDE, indica que las rentas de la participación en una *silent partnership*, o de los bonos créditos que participen en beneficios (*partiarisches Darlehen*), pueden ser gravados en el Estado en que surgen. La definición sigue de cerca al MCOCDE y agrega que el término *intereses* no incluye los ítems de renta tratados en el artículo 10³²¹.

El problema jurídico del caso estaba precisamente en determinar la calificación convencional de las remuneraciones de esos *Genussscheine*. La Corte Tributaria Federal concluyó que eran intereses, puesto que eran créditos que participaban en beneficios (*partiarisches Darlehen*) de acuerdo con la redacción del apartado 2 del artículo 11. Además, ese artículo incluía un concepto amplio de derechos de crédito de todo tipo, en el cual cabían los *jouissance shares*. El juzgador indagó sobre la exclusión que hace la definición de dividendos de los ítems enumerados en el artículo 10.3 y consideró que operaba siempre que fueran tratados como dividendos por la legislación interna del Estado de residencia de la entidad distribuidora, lo cual no ocurre en el caso de la normativa alemana. Además, indicó que la definición de dividendos solo aplicaba a rentas de créditos cuando no fueran deducibles en la entidad distribuidora. La Corte también analizó el significado del término *participación* en beneficios utilizado en el artículo de dividendos, y concluyó que casi siempre se refería a derechos que dependían directa o indirectamente del monto de los beneficios, o que par-

321 “1. Interest arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State if the recipient is the beneficial owner thereof. // 2. However, income derived by a silent partner (‘stiller Gesellschafter’) from the partner’s participation as such, income from participating profit sharing loans (‘partiarisches Darlehen’) or profit sharing bonds (‘Gewinnobligationen’) may also be taxed in the Contracting State in which they arise and according to the laws of that State. // 3. The term ‘interest’ as used in this Article means income from debt-claims of every kind, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to participate in the debtor’s profits, and in particular, income from government securities and income from bonds or debentures, including premiums and prizes attaching to such securities, bonds or debentures. Penalty charges for late payment shall not be regarded as interest for the purpose of this Article. The term ‘interest’ does not include items of income dealt with in Article 10”. Trad. IBFD. Alemania, Corte Federal Fiscal (Bundesfinanzhof), Case I R 53/09, 26 August 2010 IBFD Tax Research Platform.

ticipaban de forma limitada en ellos por medio de un porcentaje. El término excluiría, según la Corte, aquellos derechos que, si bien no se pagaran cuando hubiera pérdidas, permitieran recuperar lo no pagado en periodos posteriores³²².

Se aprecia entonces la utilización de una variedad de criterios sustanciales para distinguir los instrumentos generadores de intereses de los de dividendos. A pesar de que el CDI expresamente se refiera a las acciones y bonos de disfrute en la primera parte de la definición de dividendos y de que ese sea precisamente el título con el cual se creó el instrumento, el *Bundesfinanzhof* decide calificar la renta como generadora de intereses, desconociendo que el condicionamiento previsto por la definición de dividendos, a saber, que los pagos no son deducibles, se refiere a los créditos participativos y no a los elementos enunciados en la primera parte de la definición. Del mismo modo, el *Bundesfinanzhof* exige que la cláusula de desempate prevista en el artículo 11 del CDI—que le da preferencia al artículo 10—aplique solo cuando los rendimientos son tratados como dividendos por el derecho interno, lo que no se deriva de una interpretación gramatical del texto del CDI. A pesar de que la conclusión mantiene una lógica acorde con la política fiscal, no parece del todo claro que el texto del tratado lo permita.

Pero entonces ¿cuáles son las características que permiten distinguir los bonos o acciones de disfrute? El International Tax Group revisó varios ordenamientos, encontró que estos tipos de bonos y acciones existían en Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Suiza y Países Bajos, y concluyó que su característica general era el otorgamiento de derechos sobre la renta pero no derechos de voto o sobre el capital principal, salvo en el caso de Alemania según el entendimiento de Vogel previamente analizado. Además, los mismos autores afirman que no existen acciones de goce por su nombre en los países del *common law*, ni en Suecia, aunque se pueden crear acciones con derechos similares a los descritos³²³. El citado trabajo fue realizado por dieciséis autores que reflejan las legislaciones internas de doce Estados (Reino Unido, Bélgica, Países Bajos, Francia, Estados Unidos, Alemania, Italia, Japón, Suiza, Australia, Canadá y Suecia), dando lugar a diferentes ideas o concepciones de los vocablos *acción* o *bono de disfrute*³²⁴. Es así como sale a flote una variedad bastante amplia de

322 *Vid.* resumen y traducción: IBFD. Alemania, Corte Federal Fiscal (Bundesfinanzhof), Case I R 53/09, 26 August 2010 IBFD Tax Research Platform.

323 AVERY JONES *et al.* 2009: p. 17.

324 Aunque es una obra mancomunada, podríamos suponer que las referencias a cada país han sido hechas o por lo menos avaladas por los autores oriundos de tal país.

instrumentos comprendidos que demuestran que no hay un significado común e internacional de ellos. En resumen, se ha interpretado que son:

a) un derecho de disfrute en el sentido civilista de recibir los frutos naturales o civiles de una cosa, que incluso comprendería a los derechos que otorga un usufructo de acciones³²⁵;

b) una acción o bono de disfrute como un activo que da derechos a participar en los beneficios, pero que en algunos casos tienen una participación política restringida³²⁶;

c) un título que surge cuando se presenta una amortización o reducción del capital. En este sentido, se trata de derechos que encajarían en ese segundo significado, aunque mucho más restringido, pues se trata de acciones que en un proceso de reducción resultan siendo redimidas por “acciones de disfrute” o “bonos de disfrute”, según la denominación acogida³²⁷. El objetivo de estos derechos es garantizarle al accionista una participación en las reservas, ya que se entiende que no se produce una amortización voluntaria. Los bonos de disfrute incorporan los derechos que se otorgan a los titulares de las acciones

325 El International Tax Group admite que en Francia existen derechos de disfrute, aunque no las acciones de disfrute. Es curioso que al explicar los tipos de derechos de disfrute en ese país, se entienda que pueden ser “derechos reales sobre las acciones, como en el caso del usufructo, o derechos contractuales. El propietario del usufructo tiene por lo general derechos de voto”. AVERY JONES *et al.* 2009: nota al pie 82, p. 17. Se refiere al art. L 225-110 Code de Commerce.

326 El referido trabajo afirma que en Bélgica existen los denominados “Winstbewijzen” o “parts bénéficiaires” y se cita sin mucha explicación el art. 483 del Código de Sociedades (Code des Sociétés). Esta norma se refiere a unos valores que no representan el capital pero que pueden ser emitidos por las sociedades anónimas (art. 460). Bélgica, art. 483 Code des Sociétés. Respecto de Italia, se cita el artículo 2351 del Codice Civile, que se refiere al derecho de voto de las acciones, según el cual los titulares de las acciones privilegiadas pueden votar si así lo prevén los estatutos. Esa misma norma señala que los titulares de las acciones con limitaciones de voto no deben exceder de la mitad del capital social. Según se infiere, los autores entienden en este punto que los bonos o acciones de disfrute son participaciones sociales sin derecho a voto. En Suiza se supone que los *jouissance rights o shares* son los mismos *bons de jouissance / Genussscheinen*, mientras que Holanda se da por cierto que son comparables con los *winstbewijzen*, que son certificados de participación en beneficios.

327 En esa línea, el Código de Sociedades belga (art. 615) y el Código de Comercio francés (art. 1225-198), al usar “actions de jouissance”, que se asemeja al de “bonos de disfrute” usado por la LSC (art. 260 y 341) española, antiguamente regulados en el art. 48.3 LSA. El TEAC, en resolución del 11 de junio de 2004 (n.º 00/4008/2001), determinó que los rendimientos de los bonos de disfrute eran considerados participaciones en fondos propios de entidades y debían diferenciarse de la entrega del bono, que podría estar gravada como ganancias de capital.

amortizadas en el acuerdo de reducción, pero casi siempre se prohíbe atribuirles el derecho de voto³²⁸. Este mismo significado es al que parece referirse en realidad el Modelo, según se infiere del Informe del año 1973³²⁹;

d) finalmente, otro significado que se le ha atribuido consiste en que es cualquier derecho a participar en los beneficios o de disfrute de las ganancias sociales que no puedan ser calificados como otra renta del CDI (intereses, rentas de servicios personales dependientes o de consejeros y directores, básicamente), que deben considerarse dividendos. De esta forma, no se acudiría al art. 21 del Modelo por ser este de *ultima ratio*³³⁰. Si bien se puede admitir que gramaticalmente se trata de una expresión amplia y que de acuerdo con el artículo 3.2 de los CDI puede adquirir el significado que le atribuya el derecho interno del Estado de residencia de la entidad distribidora, fuera de esos supuestos, ni la historia ni el contexto permitirían defender que el art. 10 se trate de una regla de cierre tan amplia. En cualquier caso, esto sirve para alertar que en la negociación de un CDI deben evaluarse los posibles significados que pueden adquirir estas palabras en cada legislación.

En definitiva, es interesante señalar que en Alemania los *Genussscheine* son admitidos por el derecho civil y se caracterizan por tener todos los derechos de propiedad de un accionista, pero no derechos de voto u otros tipos de derechos de control³³¹. Respecto del derecho tributario interno “(y en consecuencia para

328 ROGERS-GLABUSH & IBFD 2009: p. 255. Ese mismo significado aparece en el diccionario del IBFD, que sostiene que las “acciones de disfrute pueden emitirse cuando una compañía se reorganiza amortizando parte del capital y los derechos de los accionistas actuales son reducidos. En tal caso, hasta un grado, estas representan una compensación por la pérdida sufrida por el accionista”. Este diccionario, quizás marcado por el prejuicio de VOGEL, describe las acciones de disfrute como “Títulos valores emitidos por sociedades en algunos países que otorgan el derecho al exceso del capital (si fuere el caso) en la liquidación de una sociedad y puede también dar derecho a sus tenedores a un porcentaje sobre los beneficios anuales”.

329 “[...] a) Acciones de disfrute: como ciertos Estados los conciben, las acciones de disfrute, o las acciones reembolsadas, son títulos emitidos en lugar de una acción suscrita y pagada de acuerdo con los estatutos sociales, cuando el capital es reembolsado anticipadamente por una liquidación. Estas evidencian que el accionista preserva todos sus derechos, excepto que no podrá exigir la división de los activos hasta que todo el capital social ‘ordinario’ haya sido reembolsado. Algunos Estados consideran a las acciones de disfrute como derechos de crédito la renta de la cual puede sin embargo, ser parecida a la de un verdadero accionista”. OECD, CFA/WPI(73)2.

330 LUCAS 2000: p. 218.

331 Una explicación completa en SCHÖN, que comenta que los *jouissance rights* son instrumentos

los convenios) los rendimientos de tales acciones o derechos son tratados como dividendos solo si el tenedor participa en los resultados de la liquidación, de lo contrario se consideran rendimientos de un derecho de crédito”³³². Con ese entendido, se supone la posición defendida por Vogel, descrita arriba, pero se aprecia que su fundamento es la ley alemana y no la interpretación autónoma del tratado³³³. Cabe concluir entonces que el significado de acciones y bonos de disfrute es polisémico y puede convertirse en una puerta giratoria en la pretendida muralla delimitadora entre dividendos e intereses.

3. PARTICIPACIONES MINERAS

Aparecen en el MCOCDE y el MCONU como activos cuyos rendimientos generan dividendos. El MCEUA y algunos CDI en la práctica convencional española³³⁴

muy populares y que si bien son mencionados en distintas normas, no tienen una definición legal. El autor describe las características mercantiles de la siguiente forma: “La ley de sociedades por acciones [sec. 221 (4) AKTG] los define como obligaciones que dan al inversor al menos un derecho pecuniario comparable con los derechos pecuniarios de un accionista o, alternativamente, un derecho de los derechos de los accionistas restringido de cualquier forma. No dan derechos sobre el capital, pues son un derecho contractual. Se distingue de las *silent partnerships* porque las partes no están vinculadas por un propósito común, y de los créditos participativos porque puede envolver una participación participación en pérdidas y ganancias latentes” (2009: p. 35). En una línea similar, AVERY JONES *et al.* 2009: nota al pie 86, p. 17.

332 SCHÖN *et al.* 2009: p. 39. Este autor además expone la misma posición descrita por VOGEL y AVERY JONES que deriva de las normas [sec. 8 (3) KStG y sec. 20 (1) no 1 EStG] y agrega que se ha presentado la discusión acerca de los derechos sobre los activos remanentes de la liquidación que deben otorgar los *jouissance rights* para ser considerados como acciones a efectos fiscales. La liquidación (*liquidationserlös*) puede entenderse desde un punto de vista mercantil como la terminación de la sociedad, aunque también podría entenderse como la terminación del *jouissance right*. Desde un punto de vista fiscal, esta última interpretación parece la más adecuada, según afirma SCHÖN. Por otra parte, los tribunales alemanes han entendido que el derecho sobre la liquidación no debe entenderse como una participación proporcional en las ganancias latentes.

333 En Austria se tiene una posición muy similar a la alemana, de forma que los *jouissance rights* son instrumentos atípicos (aunque la ley los menciona bajo el nombre de *Genussrechten* Sec. 174, n.º 3 y 4 AKTG) que le dan derecho al acreedor a participar en los beneficios de la sociedad, pero por lo general no dan los mismos derechos que tendría un accionista o socio. Usualmente son instrumentos que asumen la participación en las pérdidas y que contienen restricciones para la terminación; de ahí que se los considere fondos propios. Cuando se pacta la exclusión de tal participación, son considerados endeudamiento. SCHÖN *et al.* 2009: p. 12-13.

334 España-Argentina 2013, España-El Salvador 2009, España-Islandia 2002 y España-Georgia 2011.

no se refieren expresamente a estas participaciones. En todo caso, se ha entendido que se trata de los derechos en el capital social de un tipo societario especial, cuyo objeto es la explotación de minas. La referencia a este tipo de participaciones no pasa por alto el hecho de que la entidad en que se participa debe reunir los requisitos para ser una entidad distribuidora de dividendos, de manera que las participaciones en asociaciones mineras consideradas transparentes no producen dividendos³³⁵.

En inglés las participaciones mineras son llamadas “mining shares”, mientras que en francés se denominan “parts de mine”; luego es elocuente que existe una interesante diferencia en la traducción: en inglés se entiende por “shares” algo más que las “actions”. Ya se ha mencionado que las acciones (*shares/actions*) son el primer activo al que se refiere la definición, entendidas como aquellos títulos valores de participación en el capital de sociedades por acciones. Con que es razonable inquirir si la traducción adecuada del primer activo mencionado por el artículo 10.3 debería ser “participaciones [en el capital]” en lugar de “acciones”, aunque ninguno de los convenios analizados lo haga así.

4. PARTES DE FUNDADOR

Las partes de fundador (*founders' shares/parts de fondateur*) no se mencionan expresamente en algunos convenios³³⁶, lo cual adquiere sentido una vez entendidas como una participación en el capital, ya que en este caso se las considerará “acción” o “participación social”. Pero su exclusión parece relevante incluso cuando sus rendimientos no son gravados como las rentas de las acciones, en las que el tratamiento fiscal del CDI podría producir asimetrías e incoherencias³³⁷. Partiendo del mismo postulado que hemos comentado y criticado arriba, Vogel interpreta que estas partes serán generadoras de dividendos solo si se adecuan al concepto intrínseco de participaciones sociales. Las partes de fundador serían, así pues, una mera ejemplificación. Sin embargo, considerando las críticas que hemos mencionado y el elemento histórico que examinaremos a continuación, esta conclusión resulta inaceptable.

335 En una línea similar, VOGEL 1997: p. 654, párr. 196.

336 Por ejemplo: MCEUA.

337 Destaca, por ejemplo, el caso de Italia, que grava las rentas de las partes de fundador como rentas del trabajo autónomo o por cuenta propia según el art. 53 del *Testo Unico delle imposte sui redditi*. HARRIS 2014: aptdo. 5.1.2.4.1.

En la revisión hecha al art. 10 del MCOCDE de 1963 por el WPI en 1973, se indicó:

Partes de fundador: por estas se entiende, en ciertos Estados, intereses que dan derecho a participar en beneficios asignados a personas que han prestado servicios en relación con la promoción de la sociedad; como los intereses que dan derecho a un dividendo (que no es necesariamente el mismo que para las “acciones ordinarias”), pero ningún derecho sobre los activos de la sociedad (excepto, en algunos casos, sobre el excedente de la liquidación después de que las acciones “ordinarias” han sido reembolsadas)³³⁸.

Evidentemente el propósito de la definición es incluir ciertos derechos derivados del contrato de sociedad que no se reflejan en el capital social de la compañía; lo cual ocurre, por ejemplo, con los socios gestores en las sociedades en comandita cuyo “interés” en la compañía, en algunas jurisdicciones, no es propiamente una participación en el capital. Lo mismo ocurre con los socios industriales, esto es, los aportantes de prestaciones físicas e intelectuales, pues cuando su contribución no se estima o valora, no se les asignan acciones o participaciones en el capital. De esta forma, lo que recibe el socio industrial es un derecho a participar en las utilidades de acuerdo con lo pactado en los estatutos sociales, e incluso, aunque no suceda indefectiblemente, podrá participar de las utilidades, reservas y valorizaciones patrimoniales producidas durante el tiempo en que estuvo asociado, tal como lo subraya el Informe de 1973. Los derechos políticos de los fundadores suelen restringirse a tener voz, pero no voto, en las reuniones del máximo órgano de la sociedad³³⁹. Por último, los fundadores o promotores³⁴⁰ de sociedades anónimas en la mayoría de las legislaciones pueden obtener derechos de fundador que pueden utilizarse en “bonos de fundador”, que son instrumentos negociables que incorporan un derecho sobre los beneficios anuales de la sociedad y que se diferencian de las acciones propiamente³⁴¹.

338 OECD, CFA/WPI(73)2.

339 En Colombia, art. 137 del Código de Comercio.

340 Así llamados en Colombia. En España se regulan de forma análoga los fundadores y los promotores (art. 27 LSC), siendo aquellos los que promueven una fundación simultánea, mientras que estos serán los que promueven la fundación sucesiva por suscripción pública.

341 En España la LSC art. 27.2 permite que la remuneración de las gestiones, estudios, trabajos y otras prestaciones similares desarrolladas por los fundadores o promotores sea remunerada con un máximo del 10% de los beneficios netos obtenidos, una vez deducida la cuota destinada a la reserva legal y por un periodo máximo de diez años. Además: “Estos derechos podrán incorpo-

Así pues, se trata de derechos en los que el criterio de la participación en el remanente de la liquidación, que es característica intrínseca del concepto de “participaciones sociales”, no encuentra asidero en la historia³⁴².

La palabra “partes” (*shares/parts*) curiosamente no ha sido traducida como “participaciones”, salvo en algunos convenios. En inglés la palabra “share” también tiene una acepción amplia, de acuerdo con la cual puede entenderse como un “interés” económico en algo. Así, una “parte de fundador” sería eso que recibe un fundador por ejercer su propia condición. En la medida en que fundar implica crear una nueva sociedad³⁴³, las rentas derivadas de los derechos o bonos de fundadores y promotores de sociedades anónimas serían dividendos. En el caso de las remuneraciones de los derechos de los socios industriales o socios gestores en la sociedad, solo se considerarán rentas de “partes de fundador” si concurre en tales socios la condición de fundador de la sociedad. Por supuesto, es preciso que el derecho del cual derivan las rentas sea creado como una parte de fundador, sin que importe que quien tenga el derecho sea un sujeto distinto del primer titular.

Debe tenerse en cuenta que los aportes industriales, los derechos de los fundadores y promotores y los intereses de los gestores, caracterizados por no reflejar una participación en el capital, podrían generar rendimientos calificados dentro de otras categorías de los CDI, como las del trabajo dependiente o independiente (art. 7.º y 15 MCOCDE y 14 y 15 MCONU), o incluso remuneraciones en calidad de consejero (art. 16 MCOCDE). En todos los casos habría que distinguir dos objetos imposables distintos: por un lado, el acto de entrega de las partes de fundador, que seguramente será calificado como rendimientos del trabajo; y por otro, los rendimientos de tales partes³⁴⁴. El art. 10 se aplica a estos últimos. Deben notarse que las partes de fundador y los derechos de los socios industriales surgen del contrato de sociedad y, si bien no reflejan el derecho a

rarse a títulos nominativos distintos de las acciones, cuya transmisibilidad podrá restringirse en los estatutos sociales”.

342 VOGEL 1997: art. 10 párr. 194; le hace esta misma crítica al autor alemán PIJL 2011: p. 492.

343 De los distintos significados que el Diccionario de la RAE da a la palabra “fundar” destacan: ‘3. tr. Erigir, instituir un mayorazgo, una universidad o una obra pía, dándoles rentas y estatutos para que subsistan y se conserven. 4. tr. Establecer, crear. Fundar un imperio, una asociación’.

344 Obviamente aquí el problema que se presenta es la valoración de las partes de fundador, pues podría ser minusvalorada como rendimientos del trabajo y luego dar mayores derechos a los beneficios. Así se obtiene un régimen tributario probablemente más favorable. En España, el art. 47 del LIRPF valora la entrega de las partes de fundador en un 35% del valor equivalente de capital social que permita la misma participación en beneficios.

participar en el capital, sí suponen otros derechos, distintos de los de crédito, que participan en beneficios. Por ello, los rendimientos de esos “intereses”, sean o no partes de fundador, sí pueden considerarse dividendos por medio de la segunda parte de la definición de dividendos. De todos modos, el tratamiento fiscal como dividendos para efectos de los CDI puede no acompañarse con el régimen fiscal que soportan dichos rendimientos, pues por ejemplo en España el art. 16.2 lit. g) de la LIRPF considera que los “derechos especiales de contenido económico que se reserven los fundadores o promotores de una sociedad como remuneración de servicios personales” son rendimientos del trabajo para efectos internos, al menos hasta cuando no se hayan incorporado en títulos valores y se hayan transferido a terceros³⁴⁵.

C. SEGUNDA PARTE: “OTROS DERECHOS, EXCEPTO LOS DE CRÉDITO, QUE PERMITAN PARTICIPAR EN LOS BENEFICIOS”

A estas alturas es evidente que la primera parte de la definición resulta particularmente ambigua y que, a pesar de que se haya dicho que es autónoma, existe una gran posibilidad de que sea dotada de un contenido jurídico-privado interno. A continuación se analizará la segunda parte, cuya redacción permite una interpretación menos restringida al preciso significado mercantil, razón por la cual puede dotarse con mayor facilidad de un significado autónomo. En efecto, la creación de la segunda parte de la definición de dividendos se explica en función de la necesidad de asimilar a esta categoría los rendimientos de ciertos títulos valores, que sin ser derechos de crédito, confieren el derecho a participar en beneficios y son emitidos por sociedades anónimas (*companies limited by shares/sociétés anonymes*)³⁴⁶. Debe tenerse en cuenta que la segunda parte de la definición ya no se refiere a los títulos valores y que las razones que justificaron su redacción no son coherentes. A partir de las discusiones del WP12, se aprecia que mientras algunos representantes buscaban que unos tipos de

345 LUCAS DURÁN 2010: p. 610-611.

346 Así se refleja en el párr. 24 del art. 10 MCOCDE, que señala: “[...] La definición asimila a las acciones los títulos emitidos por las sociedades que den derecho a una participación en los beneficios de la sociedad sin ser créditos [...]”. VOGEL explica que esta idea tiene su origen en que varios convenios del periodo de entreguerras entendían que el tratamiento de rentas del capital estaba restringido a los títulos valores, mientras que las demás formas de participación en empresas organizadas como sociedades se regían por las normas de tributación de las empresas. VOGEL 1997: p. 655, párr. 198.

derechos, puntualmente los derivados de un contrato de asociación, aseguran la participación en beneficios, tal como sucede en el derecho belga con las “parts bénéficiers”³⁴⁷, otros querían dejar clara la diferencia entre dividendos e intereses. Hoy la segunda parte indica que los “derechos” mencionados dan derecho a participar en los beneficios y no pueden ser un derecho de crédito. Sin embargo, la limitante de no ser derechos de crédito no se predica de toda la definición de dividendos.

El texto más reciente permite una lectura más o menos amplia, dependiendo del idioma. Aquello de lo cual deriva la renta no se encuentra definido de forma unívoca en los idiomas oficiales. Las versiones inglesa y española coinciden en que debe ser un “derecho”, mientras que la versión francesa estipula que debe ser una “parte” o unas “participaciones”. Podría pensarse que esta, al referirse a “participaciones” (*parts*) y no a “derechos” (*obligations/droits*), excluye los derechos de crédito, lo cual en realidad no agrega gran cosa, ya que en cualquier caso la exigencia de no ser derechos de crédito es expresa. Lo cierto es que se trata de tipos de derechos distintos de los que se mencionaban en el listado de la primera parte, que constituían un género tan amplio que podría confundirse con los derechos que producen intereses. De ahí que fuese necesario aclarar los límites tanto en la versión inglesa como en la francesa.

El origen histórico del segundo elemento permite entender que la verdadera razón de su existencia es adicionar dentro de la parte autónoma de la definición algunos derechos con contenido similar a las participaciones enunciadas en la primera parte, pero que no encajan en su estricto significado mercantil; lo cual se aprecia fácilmente en que el tenor literal (al menos de la versión inglesa y la española) contiene y explica un elemento distinto de los ya mencionados en la primera y la tercera parte. Debe reconocerse que los derechos a participar en beneficios también están incluidos en el artículo 11.3 MCOCDE, el cual comprende como intereses a “las rentas de créditos, con y sin [...] cláusula de participación

347 El derecho privado belga actual (Code de Sociétés) se refiere a las partes beneficiarias (*parts bénéficiaries*) como esos títulos que no representan el capital de una sociedad anónimas y son emitidos en contrapartida de los aportes de industria o de otras contribuciones que no son susceptibles de ser valoradas o que se entregan a los fundadores de la sociedad en ciertos casos. Esto recuerda varios elementos que están enumerados en la primera parte de la definición: partes de fundador, acciones y bonos de disfrute. Sin embargo, si el Modelo se refiriera a lo mismo que se entiende en el derecho belga, cabría preguntarse cuál es la necesidad de repetir varias veces lo mismo. En todo caso, el derecho belga sirve para ejemplificar cómo para algunos Estados la segunda parte pretendía incluir algunos derechos derivados del contrato social, pero que no eran participaciones en el capital social.

en los beneficios del deudor”. En este sentido, si bien las palabras incluidas en la definición de dividendos “otros derechos... que permitan participar en los beneficios” no permiten distinguir entre intereses y dividendos, lo cierto es que el factor decisivo está en la expresión “derechos de crédito”, que se utiliza como criterio definitorio esencial respecto de los “intereses” en el art. 11 de los CDI. De ahí que los meros derechos de participación en beneficios otorgados a acreedores, como ocurre con los préstamos y deudas participativas, no se puedan calificar como dividendos mediante la segunda parte de la definición del art. 10.3 del Modelo³⁴⁸.

Esto se explica en que, como afirma Pijil, la CVDT exige darle a la expresión “derecho de crédito” un significado legal formal, según el cual debe ser un instrumento que bajo el derecho contractual obligue a un deudor frente al acreedor al pago del principal³⁴⁹. Así, los derechos enumerados en el artículo 11.3 MCOCDE vienen a ser una lista ejemplificativa de los derechos de crédito. De acuerdo con esta idea, se rechaza la posibilidad de que el criterio del riesgo se aplique para ampliar el contenido de la expresión “derechos de crédito” más allá de su significado jurídico-privado³⁵⁰, e incluso contable³⁵¹, y para abarcar, de esa forma, las participaciones sociales que no asuman el riesgo propio de un accionista. En consecuencia, no podrían generar rentas que se calificaran como intereses para efectos del CDI. Por ello, aunque se haya interpretado que aquellos activos que dan derecho a remuneraciones que no dependen del resultado económico de la entidad ni conceden una participación en las reservas ocultas de ella son intereses³⁵², lo cierto es que estos factores no son relevantes para determinar si es o no un derecho de crédito.

En otras palabras: la definición de intereses, al igual que la de dividendos, ha sido construida como una renta que deriva del capital mobiliario, en este caso, del entregado al deudor bajo la obligación contractual de devolver el principal o el valor nominal. Aquellos derechos que no ofrecen certeza contractual sobre

348 *Vid.* párr. 18 y 19, art. 11 CMOCDE.

349 PIJL 2011: p. 494. En igual sentido: BUNDGAARD 2014: p. 425.

350 Dan prevalencia al significado jurídico-privado de derechos de crédito: España, Tribunal Supremo-Sala de lo Contencioso, sentencia de 18 de abril de 2013, n.º de recurso 180/2010; BROWN 2012: p. 33-34; VANOPPEN 2012: p. 122-129.

351 *Vid.* la Norma 9ª del PGC; NIC 39; GA31; Comité de Interpretaciones de Información Financiera del IASB n.º 2.6-8; KPMG 2006: p. 761; NIC 32.

352 LANG, M. (1991) *Hybride Finanzierungen im Internationalen Steuerrecht*. Viena: Linde, p. 138. Citado por BUNDGAARD 2014: p. 425.

el pago del principal o del valor nominal no son “derechos de crédito”³⁵³. En opinión de Bärtsch³⁵⁴ y Rotondaro³⁵⁵, la existencia de un derecho de crédito depende de que contractualmente no haya contingencias acerca del derecho a la devolución, ni sobre el monto del principal o el valor nominal, según sea el caso. Por ende, el riesgo de pérdida de capital por la insolvencia del deudor no es un criterio distintivo, ya que ese riesgo es prácticamente el mismo para la financiación interna y la externa.

Con esa lógica, las remuneraciones de los contratos de cuentas en participación podrían excluirse de la definición de intereses en los CDI cuando el riesgo asumido por el cuentapartícipe oculto se extendiera también a la participación en pérdidas. Debe recordarse que en ciertos contratos el oculto tiene derecho a participar de los beneficios –pero no de las reservas o del *good will*– y no asume las pérdidas. Sin embargo, en otros negocios se puede asumir negativa y positivamente el riesgo de la operación, configurándose un derecho que no es de crédito, por lo que se ha discutido en Alemania si calificaría dentro del artículo 7.º o dentro del 10 del MCOUDE³⁵⁶. En tanto que existe una participación en beneficios y es un derecho distinto de los de crédito, los rendimientos obtenidos por el oculto en los contratos de cuentas en participación podrían considerarse dividendos, siempre que fueran pagados por una “sociedad”. Incluso, eventualmente en los casos en los que sean un derecho de crédito pero se asuma el riesgo empresarial, las rentas podrán considerarse dividendos para efectos convencionales si resultan sujetas al mismo régimen fiscal de las acciones, de acuerdo con la tercera parte de la definición. Por estas dificultades, los rendimientos de tales contratos suelen aparecer regulados expresamente como dividendos para efectos de los CDI, en la práctica convencional.

Así mismo, los préstamos perpetuos o con amortización a largo plazo (*super-maturity debt*) comparten el riesgo empresarial de manera semejante a un accionista, desde un punto de vista económico, pero siempre que se pueda

353 VOGEL 1997: n.º 56, art. 11.

354 BÄRSCH 2014: p. 437.

355 ROTONDARO 2000: p. 263-268.

356 VOGEL 1997: n.º 229, art. 10 y n.º 61, art. 11. Así, los contratos que acepten los resultados adversos no pueden calificar como “derechos de crédito” generadores de intereses según los CDI. En España, el Código de Comercio, artículo 239, señala que podrán “los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen”.

configurar jurídicamente una obligación absoluta e incondicional de devolución del capital, se tratará de un derecho de crédito. En este punto, entonces, hay autores y ordenamientos jurídicos que dan una interpretación económica del riesgo de tal obligación, y en consecuencia excluyen los rendimientos de ellos de la calificación de intereses, mientras que otros dan preferencia al análisis meramente jurídico de la existencia de tal obligación y en tal sentido califican sus rendimientos como intereses³⁵⁷. Sin embargo, como hemos dicho, la interpretación de los “derechos de crédito” ha de ser netamente legal, y los análisis económicos no parecen encuadrar perfectamente en la de definición del Modelo³⁵⁸. Uno de los argumentos en esa línea, que se nos antoja asaz convincente, es el hecho de que la Directiva de Intereses y Cánones, que como bien se sabe se funda en la definición del art. 11 del MCOCDE, haya especificado que las deudas perpetuas y a largo plazo no entran en la definición de intereses, con lo cual, *a contrario sensu*, sin una regla específica tales préstamos serían derechos de crédito³⁵⁹.

Ahora bien, en criterio de Pijil, los términos “otros derechos” y “otras participaciones sociales” usados en el art. 10.3 MCOCDE deben entenderse de forma que puedan aceptar instrumentos que formalmente sean “derechos de

357 *Vid.* BUNDGAARD, 2008: p. 141-142. Resulta ilustrativa su conclusión al respecto: “In line with the analysis above regarding Danish law (see 3.4.), it can be argued that a perpetual instrument does in fact represent a right to redemption for the holder, even though the actual redemption may never take place. This argument is supported by the position of Vogel, who states that the term ‘debt claims’ should be understood in its broadest sense. Moreover, the argument is supported by the German opinion regarding perpetuals (*Ewige Anleihen*) which regards these as debt claims under Art. 11 of the OECD Model. Seemingly, the basis for this conclusion is still an existing –albeit postponed– obligation of repayment of the loan. However, it is reported that the dividend provision in some German treaties would apply in cases where the instrument also includes a profit participation. Support is also found in a 1992 UK decision of the Special Commissioners which held that a payment of interest under perpetual debt (also known in the United Kingdom as ‘equity notes’) was interest rather than dividends under the applicable treaty, and also that it was not a distribution under the prevailing UK definition. This led to tax arbitrage, which in turn led to the introduction of specific legislation that reclassified yield on equity notes to distributions”. La misma conclusión respecto de los créditos participativos: BUNDGAARD & DYPPEL 2010: p. 662.

358 BROWN 2012: p. 34; VANOPPEN 2012: p. 122-129.

359 La Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembro: “Artículo 4.1. d) los pagos procedentes de créditos que no contengan disposiciones sobre la devolución del principal o cuya devolución sea devengable más de 50 años después de la fecha de emisión”. BUNDGAARD, 2008: p. 142.

crédito”, pero que según el criterio de riesgo contenido en el párr. 25 de los Comentarios al artículo 10 sean instrumentos generadores de dividendos³⁶⁰. Sin embargo, no puede concluirse que aquellas deudas que soportan el riesgo empresarial por ser operaciones de subcapitalización puedan calificar dentro de la segunda parte de la definición de dividendos, en la medida en que formalmente son un derecho de crédito. Es decir, el criterio de riesgo, al ir más allá del significado jurídico-privado de “derechos de crédito”, solo tiene cabida en la tercera parte de la definición de dividendos, aunque como veremos, eso no ha estado claro en la doctrina.

Recapitulando, es razonable afirmar que la segunda parte de la definición de dividendos da como resultado una norma más amplia que la primera parte y, por tanto, más adecuada para ser contenida en un Modelo de Convenio. De igual manera, de acuerdo con la misma definición, es posible entender como dividendos aquellas rentas de capitales calificadas como instrumentos de patrimonio y los derechos a participar en beneficios de la entidad que no supongan para el emisor la obligación contractual de devolver el principal. Para terminar, debe señalarse que algunos CDI, apoyados en el Modelo de Países Bajos, definen dividendo agregando entre la segunda y la tercera parte del art. 10.3 MCOCDE la frase “[...] así como las rentas de derechos de crédito que permitan participar en beneficios [...]”³⁶¹. Como explica Pijil, esta política de Países Bajos se explica en que tradicionalmente en ese país las rentas de los derechos de crédito que participan en beneficios son tratadas como dividendos. Sin embargo, en España no ocurre lo mismo, de manera que la regla genera claros espacios para la planificación fiscal, pues se trata de una parte autónoma de la definición³⁶².

D. TERCERA PARTE: LA REMISIÓN A LA LEGISLACIÓN INTERNA

La tercera parte de la definición de dividendos incorpora una acepción del concepto construido a partir del tratamiento tributario de las rentas según el derecho interno del Estado de la fuente. Se trata de una referencia a la legislación

360 Pijl 2011: p. 496.

361 Esa misma idea se plasma en el Protocolo VIII del CDI España-Países Bajos de 1971, que indica: “Las disposiciones del artículo 10 también se aplicarán a la renta de los abonos u obligaciones con derecho a participar en los beneficios”.

362 Pijl 2011: p. 411.

local añadida en una norma de calificación³⁶³ que se ha visto como un defecto del Modelo, puesto que no logra hacer una distribución equitativa de la potestad tributaria entre los Estados, sino que, por el contrario, favorece a los que tienen definiciones más amplias en sus legislaciones³⁶⁴. Además, la remisión no resuelve los problemas de interpretación, pues tan solo los remite a otro nivel, con el agravante de que para interpretar las normas remitidas deben aplicarse las normas de interpretación previstas por el derecho interno. Igualmente, la remisión crea problemas para determinar la norma calificadora aplicable, que bien puede ser la vigente al momento de la firma (interpretación estática), o al momento de la aplicación (interpretación dinámica) o al de la aplicación que se enmarque en la intención original de las partes (interpretación evolutiva)³⁶⁵.

La solución propuesta por el art. 10.3 MCOCDE no es, evidentemente, perfecta. Tal como se expuso al revisar la historia y como lo revela el párr. 23 de los Comentarios al mismo artículo del Modelo, la remisión es producto de la imposibilidad de ofrecer una definición autónoma, urdida como consecuencia de las “divergencias que subsisten entre los Estados miembros en materia de legislación sobre sociedades y de legislación tributaria”. De esta manera, las críticas mencionadas en el párrafo anterior son válidas pero deben matizarse, ya que el concepto de dividendo funge como un tipo residual creado para proteger el poder tributario del Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos. Con esa finalidad en mente, deben aclararse los siguientes aspectos:

– La remisión al derecho interno prevista en la tercera parte de la definición de dividendos comprende la legislación vigente en el momento en que se perfecciona el hecho imponible, pues de otra forma llevaría a resultados absurdos³⁶⁶. En otras palabras, una interpretación evolutiva parece apropiada para entender la tercera parte del artículo 10.3 MCOCDE.

– La remisión presupone la aceptación en el tratado de los principios generales con fundamento en los cuales se gravan los dividendos, de suerte que si los Estados con definiciones menos amplias de dividendos consideran que el reparto sería injusto, pueden modificar el alcance de la remisión. Si no lo

363 HARUN 2008: p. 267-286, p. 271; REIMER 1999: p. 472.

364 HELMINEN 2010: p. 45; VOGEL 1997: p. 57; AVERY JONES 1986: p. 79.

365 Sobre este punto, la literatura es abundante. Con las referencias ahí citadas: EDWARDES-KER 1994: capítulos 8 y 9; VOGEL 1997: párr. 174a y ss.; HARUN OGUTU 2008: p. 271 y ss.

366 VOGEL 1997: art. 10, párr. 199, p. 656; SIX 2009: p. 23.

hacen en el momento de la negociación, se presume su aceptación, conque el intérprete judicial difícilmente puede evaluar la reciprocidad o justicia del CDI sin desconocer su texto.

– Ante los cambios legislativos que impliquen la ampliación de la definición de dividendos convencional, la cuestión radica en determinar si dicha actuación vulnera el principio de la buena fe previsto en el art. 31 de la CVDT, que exige que las modificaciones al derecho interno se den dentro del ámbito de lo que haya sido previsto por los negociadores.

Dejando de lado la discusión sobre la idoneidad de la remisión, parece más relevante centrarse en determinar su alcance. La primera característica que salta a la vista es la forma indirecta en que se remite a las definiciones internas, ya que esto se hace a partir de una comparación entre el régimen fiscal que el Estado de la sociedad prevé para la renta de “otras participaciones sociales”³⁶⁷ y el aplicable a las acciones. De esta forma, si el Estado de residencia considera que para fines internos los rendimientos distintos de las distribuciones formales de utilidades deben gravarse como dividendos de las acciones, para efectos del CDI se entenderán también como dividendos.

Por supuesto, esta remisión resulta bastante amplia y puede dar lugar a conflictos de calificación, en especial cuando el Estado de la fuente de los dividendos grave rentas que ordinariamente no se consideran dividendos en otros Estados. Por ejemplo, en algunas legislaciones la amortización de las acciones, los rendimientos de derivados cuyo subyacente sean acciones y las acciones gratuitas, entre otros tipos de pagos, se gravan de la misma forma que dividendos, de manera que una lectura apresurada del art. 10 MCOCDE permitiría considerarlos dividendos sujetos a una tributación limitada en la fuente. Esos mismos supuestos pueden ser calificados por el otro Estado contratante como ganancias de capital para efectos del artículo 13.5 MCOCDE y, por tanto, sujetas de forma exclusiva en la residencia³⁶⁸. Sin perjuicio de que nos refiramos luego a este asunto de forma más profunda, puede afirmarse que en términos generales tales conflictos de calificación se resuelven dándole prevalencia al artículo de dividendos, pues este remite al derecho interno del Estado de la fuente, siempre y cuando se cumpla con los dos requisitos de la remisión: a)

367 Según el MCOCDE. Recuértese que en la práctica convencional pueden aparecer “otros derechos” o directamente, “otros rendimientos”. *Vid.* capítulo 1 aptdo.

368 HARUN OGUTU 2008: p. 278 y ss.

ser una renta de “participaciones sociales” y b) estar sujeta al mismo régimen tributario que las acciones. Dicho esto, en lo que sigue se analizará cada requisito de forma separada.

I. LA EXPRESIÓN “PARTICIPACIONES SOCIALES”

La expresión “participaciones sociales” que aparece en el MCOCDE, el MCONU y en muchos CDI españoles y colombianos se utiliza para delimitar el tipo de rentas incluidas por la remisión. Como se expuso, en algunos CDI se reemplaza la expresión “participaciones sociales” por “otros derechos” u “otras participaciones”, lo que hace más amplia la remisión, o simplemente se deja de indicar el activo del cual derivan y se remite de forma amplísima a todas las “rentas”³⁶⁹ que estén sujetas al mismo tratamiento tributario que los rendimientos de las acciones. Esas variaciones son un reconocimiento a la ambigüedad del art. 10 del Modelo. Pues bien, ante la ausencia de la expresión “participaciones sociales” en los CDI, lo dicho en este apartado no resulta relevante, mientras que el requisito de comparabilidad que se estudia más adelante será decisivo³⁷⁰.

En coherencia con una interpretación estricta, las “participaciones sociales” comprenderían aquellos derechos que ordinariamente tienen los socios en una entidad³⁷¹. Sin embargo, una visión amplia supondría que las participaciones sociales serían las derivadas de una relación financiera tratada como tal en el derecho interno³⁷². En esa línea, el informe de subcapitalización de 1987 indicó que si la tercera parte de la definición se interpretara estrictamente, no debía agregarse nada a las primeras dos, con lo cual debería entenderse de forma amplia. Además, no podría constituirse en un obstáculo para frustrar

369 Incluso algunas remisiones evitan utilizar la palabra *renta* para comprender cualquier ingreso o recibo.

370 Aunque el MCEUA no contenga expresamente esa frase en la redacción de la definición de dividendos, las *Technical Explanations* sí la incluyen. Sin embargo, se ha interpretado que la misma mención se refiere solo a la primera y la segunda parte de la definición. Así lo entiende HELMINEN 2010: p. 96.

371 Tal como lo indica el párr. 28 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE, que señala que el término “derechos de los socios”, que en inglés se redacta como “membership rights” permite diferenciar los derechos “en” una entidad, de aquellos “en contra” de ella. *Cfr.* AVERY JONES *et al.* 2009: p. 24-25.

372 *Cfr.* AVERY JONES *et al.* 2009: p. 24-25; CALDERÓN 2012b: aptdo. 4.

las normas internas que atacan las transacciones abusivas, como la regulación de la subcapitalización³⁷³.

De este modo, mientras que la visión estricta mantendría la idea de un significado intrínseco y autónomo justificado por la necesidad de no hacer superflua su inclusión en la definición³⁷⁴, la amplia partiría de entender que las participaciones sociales son un concepto no definido en el CDI que debe interpretarse de conformidad con el artículo 3.2 MCOCDE, lo que haría necesario discutir cuál calificación debiera prevalecer cuando un instrumento financiero fuera calificado como deuda para efectos jurídico-privados, y cuál cuando se le calificara como fondos propios para efectos tributarios. Según el International Tax Group, dicho problema no se presentaría acogiendo la interpretación restringida, puesto que la parte autónoma descartaría la consideración del instrumento como “participación social” por el mero hecho de ser un derecho de crédito y, por tanto, su rendimiento no sería un dividendo para fines convencionales³⁷⁵. En realidad, el art. 3.2 del Modelo soluciona ese problema al darle preferencia a la legislación tributaria sobre la mercantil.

Hans Pijil, que analiza la definición de dividendos prevista en los CDI para distinguirla de los intereses en el caso de endeudamientos híbridos, plantea un significado de “participaciones sociales” mucho más amplio que el descrito. En su concepto, la expresión designa instrumentos en los cuales una sociedad es la “contraparte”, pretendiendo así excluir con el término “sociales” los derechos en negocios de individuos y en *partnerships*. El fundamento de dicha argumentación se encontraría en la historia que, como se ha dicho en este trabajo, explica que la tercera parte de la definición tenía por objeto determinar cuál podía ser la entidad distribidora de dividendos. Así, la definición de dividendos, de acuerdo con Pijil, sería:

abierta por su carácter de categoría residual, a la luz de la imposibilidad de incluir exhaustivamente todos los casos sin referirse al derecho interno. Limitaciones adicionales no pueden ser derivadas del artículo y este deja el ámbito de categoría final más abierto. Probablemente, lo que el derecho interno trate como dividendos en adición a las tradicionales acciones, etc., era aceptable en 1963 por los Estados

373 OECD 1987a: párr. 56.

374 VOGEL 1997: párr. 188, art. 10.

375 *Cfr.* AVERY JONES *et al.* 2009: p. 24-25.

miembros, y el tratamiento por el derecho interno era aceptado con respeto, de forma que mayores especificaciones no fueron deseadas³⁷⁶.

Con ello, la afirmación de Pijil prácticamente inutiliza los términos “participaciones sociales” como requisito previo de la remisión³⁷⁷. El problema es que los CDI buscan con esta frase indicar que la renta procede de un derecho que entraña la participación en la entidad distribuidora, pero no que la pagadora deba ser siempre una sociedad³⁷⁸. Es posible llegar a un resultado similar al de Pijil, indicando que la expresión “participaciones sociales” debe calificarse conforme a la legislación del Estado de la fuente, no solo como una relación financiera de cualquier tipo, como en la visión amplia, sino también como una relación de asociación en términos amplios, lo cual es procedente siempre que dicha jurisdicción respete la exigencia de buena fe.

En definitiva, se aprecian tres interpretaciones de la expresión. La primera se funda en la idea del concepto único supuestamente presente en el artículo 10 MCOCDE y la comprensión ordinaria de la relación de propietario de la sociedad; la segunda, que remite al derecho interno pero que puede traer a colación todas las definiciones previstas por las legislaciones tributarias y no tributarias del Estado de la fuente; y finalmente, la tercera, que interpreta que pueden ser derechos de cualquier tipo, incluso los pactados con empleados y proveedores, sin que sean necesariamente comparables con los derechos de las acciones³⁷⁹. Lo dicho señala que la ambigüedad de la definición también se predica de la tercera parte. Sin embargo, de *lege lata* consideramos que la interpretación de la expresión “participación social” como una relación asociativa de cualquier tipo considerada por la legislación del Estado de la residencia de la entidad distribuidora de dividendos como similar a una acción puede solucionar muchos conflictos y ofrecer una interpretación y aplicación más coherente.

376 Pijl 2011: p. 484.

377 Pijl 2011: p. 484.

378 Es decir, la remisión no pretende comprender todos los pagos hechos por las sociedades. El párr. 23 del art. 10 MCOCDE explica que mediante “las negociaciones bilaterales los Estados contratantes pueden tener en cuenta las particularidades de sus legislaciones y convenir la ampliación de la definición de “dividendos” a otros pagos *hechos por las sociedades* a las cuales se aplica el artículo” (bastardilla fuera de texto). *A contrario sensu*, el Modelo descarta la idea de que todos los pagos hechos por una sociedad que pueden ser considerados dividendos por la legislación interna pueden ser dividendos a efectos convencionales.

379 Pijl 2011: p. 502.

2. COMPARABILIDAD: EL SIGNIFICANTE NO COINCIDE CON EL SIGNIFICADO

Una de las conclusiones más interesantes del Congreso de la IFA de 2012 sobre el *debt-equity conundrum* es el reconocimiento de dos grandes problemas fiscales en torno a las fuentes de financiación: por un lado, las diferentes perspectivas respecto a la línea divisoria entre el endeudamiento y el capital y, en segundo lugar, los variados tratamientos tributarios que reciben las dos categorías. Esta idea parece haber sido la misma que tuvieron en cuenta la OEEC y la OCDE en la evolución histórica de la definición de dividendos, pues es preciso recordar que el WPI2 en 1960 y el WPI en 1973 reconocieron tempranamente la imposibilidad de dar un concepto uniforme para todos los Estados. En efecto, por esa misma razón se decidió hacer una remisión al derecho interno que comprendiera como dividendos aquellas rentas que tuvieran el mismo tratamiento fiscal en el Estado de residencia de la sociedad que los distribuyera, y una advertencia a los Estados sobre la importancia de negociar la definición considerando sus sistemas tributarios internos. Sin embargo, ni la remisión condicionada al concepto autónomo de “participaciones sociales” parece ser adecuada para garantizar un marco que permita evitar fenómenos de doble imposición o la doble no imposición, ni la advertencia parece haber sido escuchada³⁸⁰.

Con lo dicho podría pensarse que la definición de dividendos prevista en el MCOCDE englobara dos elementos de calificación de la renta que de por sí son incompatibles: el primero que atiende a la naturaleza de la renta, esa línea divisoria vaga y oscura construida a partir del activo del cual derivan, en particular, las participaciones en una entidad distribuidora de dividendos –*significante*–; y el segundo, que atiende al tratamiento tributario de la renta, según el cual serían dividendos las rentas sujetas al mismo régimen fiscal de las acciones y que potencialmente soportan un impuesto subyacente –*significado*–. En la medida en que se siga la recomendación de negociar una definición adecuada a las legislaciones internas de los Estados contratantes, *significante* y *significado* tendrían que coincidir³⁸¹. Sin embargo, si ello no fuere así, podrían darse dos escenarios problemáticos:

380 Esto se prueba con la revisión de los CDI españoles, que como hemos visto copian la definición del Modelo con pocas modificaciones.

381 Pasquale d’Aroma, Presidente del Comité de Expertos de la Sociedad de las Naciones, ya anticipaba que la responsabilidad del diseño del tratado no podría recaer en los redactores del Modelo, pues cada convenio debía amoldar los principios de la guía en las particularidades de

a) un rendimiento que según su naturaleza sea un dividendo por derivar de una participación social, pero que no tenga el tratamiento tributario de dividendo y

b) un rendimiento que, al no derivar de una participación social, no sea un dividendo, pero que reciba el tratamiento tributario previsto para esa clase de renta.

La preferencia de la calificación por la naturaleza jurídica del activo que genera la renta o por el tratamiento tributario que reciba puede encontrarse en la discusión en torno a la parte autónoma y residual del art. 10.3 MCOCDE, sobre la cual se suele decir que la primera prevalece sobre la segunda. De esta manera, en el caso a), la renta será considerada dividendo si la naturaleza, formal o sustancial, del activo que la genera es la de una participación social, a pesar de no ser gravada como tal³⁸². En el caso b), según el MCOCDE, la renta no podrá considerarse dividendo para efectos convencionales al no proceder de una “participación social”. De esta forma, la calificación por la naturaleza prevalece y el objetivo de eliminar la doble imposición o la no imposición puede no cumplirse de la forma como inicialmente habrían querido los negociadores³⁸³. No obstante, la estructura gramatical de la definición no permitiría en el caso

los sistemas tributarios. Textualmente: “Having regard to the diversity of the legislative system represented in the Committee, and the necessity for finding formulae capable of acceptance by everyone, it will be recognised that the experts were bound to confine themselves to indicating general rules, leaving particular points of difficulty to be dealt with—in the spirit of the accepted general principles—by those on whom the task of negotiating the bilateral conventions will ultimately fall”. LEAGUE OF NATIONS 1927: carta de presentación. Como se observa, si el espíritu del art. 10 del MCOCDE y los principios aceptados en su diseño era regular la distribución de una renta que potencialmente tenía la doble imposición económica sociedad-socio (significado), es labor de los negociadores hacer que en cada CDI se concrete una regla que cubra todos los supuestos en que ello puede ocurrir.

382 VOGEL 1997: párr. 189 art. 10; SIX 2009: p. 23.

383 Asunto harto difícil de probar a causa de la costumbre de muchos Estados de hacer confidenciales los documentos de las negociaciones. Bien podría pensarse que los negociadores se enfrentaron al problema de definir dividendos y, al incorporar un significado autónomo fundado en la naturaleza de la renta, seguramente asumieron una posición conservadora para no ceder un amplio poder de imposición al Estado de la fuente, que podría considerar como dividendos todas las rentas gravadas como las rentas de las acciones, conque la expresión “participaciones sociales”, entendida desde un punto de vista ordinario, era la mejor solución. En este caso, *significante* y *significado* son idénticos. Sin embargo, estos tomarán vías distintas cuando dicha intención no se encuentre probada y, por el contrario, se evidencie que los negociadores nunca pretendieron abarcar rentas que no estuvieran sujetas al régimen fiscal de los rendimientos

b) calificar la renta como dividendos, ni en el caso a) escapar de la definición de dividendos.

La diferencia entre *significante* y *significado*, y la ambigüedad expuesta en el anterior apartado, se ilustra perfectamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema checa, que ante un CDI que no incluía en la redacción de la definición de dividendo la expresión “participaciones sociales”, interpretó que un interés recalificado como dividendo en virtud de una norma de subcapitalización no era tal, puesto que provenía de derechos que no daban una participación en la sociedad. Textualmente indicó la Corte que no era posible sostener que “la participación en una empresa pueda ser entendida en el derecho tributario de forma más amplia que para el derecho privado; esto habría tenido que ser establecido por la legislación fiscal [...] ni en relación con las normas contenidas en el Código de Comercio, ni en términos generales, surgió alguna participación social para los acreedores”³⁸⁴.

Además, cuando la tercera parte es tan amplia como para incluir los “otros derechos” o las “otras rentas”, o simplemente cuando se interprete de forma laxa la expresión “participaciones sociales”, es posible que se mantenga la mención de que están “sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace *la distribución*” (bastardilla nuestra). Esta mención puede justificar argumentos que excluyan aquellos pagos que no dan derechos a “distribuciones”, entendidas desde un punto de vista jurídico-mercantil, como sería el caso de las cuotas de la liquidación o la reducción de capital con devolución de aportaciones³⁸⁵. En este caso, *significante* y *significado* también tomarán vías distintas si la renta tratada fiscalmente como dividendo no fuera mercantilmente una distribución.

En definitiva, la existencia de una parte autónoma y una remisión al derecho interno del Estado de la fuente en una misma definición puede dar lugar a conflictos de calificación. Si se tiene en cuenta que el significado intrínseco de la definición sería autónomo y sobre él hay varias interpretaciones y perspecti-

de las acciones. Para efectos de este trabajo y para demostrar el punto, tendremos que hacer una suposición de que *significante* y *significado* son distintos desde este punto de vista.

384 República Checa, sentencia de la Corte Suprema Administrativa, 10 de febrero de 2005, caso: AAA v. Financial Directorate, 8 ITLR, 178 *et seq.*, que critica la decisión por no tener en cuenta la literalidad del CDI. DE BROE 2008: nota al pie 678. Por otra parte, señalan la posibilidad de utilizar el derecho privado para definir participaciones sociales: AVERY JONES *et al.* 2009: p. 25.

385 Subraya cómo la mención o la “distribución” en la tercera parte puede interpretarse para excluir reducciones del socio en una sociedad, AVERY JONES *et al.* 2009: p. 27.

vas, es evidente que dichas asimetrías en la aplicación pueden ser comunes. Por ello, Six afirma que la referencia al derecho interno debería comprender toda la definición de dividendos para evitar los conflictos de calificación, en la medida en que la distinción con los intereses dependería simplemente de la calificación en el Estado de la fuente³⁸⁶. Esta alternativa es interesante, pero presentaría problemas para determinar aquellos casos en que el Estado de la residencia grava los beneficios no distribuidos por la entidad en virtud de regímenes de transparencia. Tal como se señaló al hablar de la entidad distribuidora, la parte autónoma de la definición permite que el CDI garantice el reparto del poder tributario, exigiendo que se elimine la doble imposición según los métodos convencionales. Lo mismo puede decirse de aquellas rentas consideradas dividendos implícitos por el Estado de la residencia. En todo caso, un resultado similar al propuesto por Six se logra con la interpretación que hemos sostenido, según la cual los derechos de crédito solo se comprenden en la tercera parte de la definición de dividendos y al defender que los conflictos de calificación se resuelven impidiendo que el Estado de la residencia alegue su legislación interna. De forma que mientras no haya conflictos de calificación, la aplicación del Estado de la residencia será válida.

Ahora bien, la remisión contenida en el art. 10.3 MCOCDE se construye a partir de un análisis comparativo entre el tratamiento fiscal de las rentas de las acciones y el de la renta en cuestión. Este se requiere por medio de dos fórmulas gramaticales que inicialmente no parecen suponer grandes diferencias: la primera usa la redacción “[...] sujetos al mismo régimen fiscal de [...]” y la segunda “[...] asimiladas a [...]” los rendimientos de las acciones. La comparación no siempre tiene un resultado completamente claro por los diferentes elementos que deben considerarse, sobre todo en el caso de analizar el régimen fiscal, pues la asimilación se hace casi directamente a las normas definitorias y presupuestos de hecho sustitutivos, mientras que la evaluación del régimen fiscal es bastante más compleja, ya que este varía según quien sea su receptor e incluye todos los elementos y aspectos del hecho imponible.

En primer lugar, lo más lógico será determinar el tratamiento fiscal de acuerdo con el aspecto cuantitativo del hecho imponible de ambas rentas, analizando, por ejemplo, el tipo impositivo aplicado a las acciones según el régimen de impuesto de renta de no residentes frente al régimen que se le aplica al otro ingreso. En España este análisis no sería de utilidad para distinguir los dividendos de los intereses y las ganancias de capital para efectos convencionales,

386 SIX 2009: p. 23 y ss.

pues desde que se incorporó el régimen de rentas del ahorro en 2007, salvo algunas excepciones, todos estos elementos de renta están sometidos al mismo tipo impositivo para la base del ahorro o están exentos [art. 25.1.f y 14.1 lits. c) y h) TRLIRNR]³⁸⁷. Si es cierto que los dividendos y distribuciones de beneficios tienen unas exenciones especiales [art. 14.1 lits. j), k) y l) TRLIRNR] y que en general por las menciones que el TRLIRNR hace a los tipos de rendimientos, podría interpretarse que hay una remisión a las normas definitorias de la LIRPF³⁸⁸. No obstante, la mera revisión del tipo impositivo no permite en muchos casos distinguir los dividendos de los demás rendimientos del capital mobiliario.

En segundo lugar, pueden analizarse las normas que determinan los tipos de rentas a efecto de IRPF para ver si suponen un tratamiento fiscal especial para los dividendos frente a las otras rentas, lo cual, en el caso de España, tampoco parece dar una respuesta que permita distinguir el régimen de los intereses del de los dividendos, pues si bien la LIRPF habla de los rendimientos *obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad*, la finalidad de su utilización no es otra que determinar las rentas del capital y, dentro de estas, las del ahorro. Esta última categoría solo permite distinguir el tratamiento tributario de los dividendos y de “la renta general”, pero no de los intereses ni de algunas ganancias de capital, pues todos estos ingresos forman parte de las rentas de ahorro y, en ese sentido, tienen normas cuantificadoras idénticas (art. 25 y 46 LIRPF). Sin embargo, la exención de los primeros 1.500 euros prevista para los rendimientos por la participación en los fondos propios de entidades es un aspecto distintivo que cobra importancia, pero que desaparecería a partir del 1º de enero de 2015 dejando irresuelta la distinción en el tratamiento tributario³⁸⁹.

En tercer lugar, se puede indagar si existen métodos para eliminar la doble imposición económica sociedad-socio previstos en el derecho interno, para de ahí buscar qué rentas son las que tienen derecho a ese régimen fiscal³⁹⁰. Así, se podría llegar a una definición de dividendos interna. Ello ocurre, por ejemplo, en Colombia, donde para poder evitar la doble imposición económica se requiere determinar qué ingresos son dividendos (art. 20 ET), y así, qué parte de ellos

387 El tipo es del 19%, pero temporalmente la retención es del 21%. Esta alícuota se iguala al tipo de la base del ahorro hasta 6.000 euros. Sin embargo, para residente el tipo aumenta al 26% (de 6.001 a 24.000 euros) y 27% (24.001 en adelante).

388 Incluso por esa vía, el literal h) del art. 14.1 del TRLIRNR remite a su vez a la Directiva Matriz-Filial.

389 Esta exención desaparece en el Proyecto de Ley de IRPF.

390 Así lo hace VOGEL 1997: art. 10, párr. 206.

no son constitutivos de renta y ganancia ocasional (art. 48 y 49 ET). En el caso del país suramericano, esta regla aplica con independencia del receptor de los dividendos, pero si, como ocurre en muchos países, tales medidas se limitan a los residentes, habrá un régimen fiscal de las acciones poseídas por los que tengan esa condición y otro para los que no, suscitando la cuestión de a cuál régimen se refiere la remisión del art. 10.3 del Modelo. En España, por ejemplo, la LIRPF no contiene una regla para evitar la doble imposición económica, mientras que las normas del impuesto de sociedades permiten eliminar la doble imposición económica de los “dividendos y participaciones en beneficios de otras entidades residentes en España”, por medio de una deducción en la cuota (art. 30 TRLIS o 31 LIS 2014) o de una exención (art. 21 TRLIS o 21 LIS 2014) restringida a los residentes y EP constituidos en España.

En cuarto lugar, se puede explorar si los pagos son o no deducibles en cabeza de la entidad distribidora. Este criterio, que podría encontrar justificación en la historia, pues la potencial doble imposición económica que pueden sufrir los dividendos a diferencia de los intereses, puede chocar con una interpretación estricta de la redacción de la remisión, que exige analizar el régimen fiscal de las rentas de las acciones, no de los beneficios de la sociedad que son distribuidos. Económicamente podría entenderse que los dividendos son los mismos beneficios distribuidos, pero jurídicamente no lo son. De manera que la deducibilidad como criterio distintivo resulta cuando menos discutible.

Así y todo, hay que aceptar que la remisión al derecho interno puede no cumplir cabalmente su finalidad, en especial porque está limitada a la expresión “participaciones sociales”, que como gran parte de la doctrina ha entendido, tiene un significado autónomo. Además, la ausencia de una regla de prioridad expresa entre sus tres partes puede causar conflictos de calificación. Finalmente, la referencia al régimen fiscal de las acciones no está libre de dudas, en tanto que este estará conformado por el concurso de un gran número de factores, por lo que alguien podría pensar que lo importante es la cuantificación, esto es, el tipo impositivo o la existencia de medidas para atenuar la doble imposición sociedad-socio, aunque otros podrían señalar que los demás aspectos del hecho imponible, como la temporalidad, el aspecto espacial, etc., son los determinantes.

E. RELACIONES ENTRE LOS ARTÍCULOS DE DIVIDENDOS E INTERESES

La relación entre el artículo 10 y el 11 del MCOCDE no se soluciona en los primeros trabajos del WP11 y WP12. En efecto, la superposición fue evidente en

la primera definición de intereses en los trabajos de la OEEC, que, por un lado, contenía la renta de “[...] otros activos de capital que puedan ser asimilados a los derechos de crédito o los préstamos”³⁹¹, al tiempo que el primer concepto de dividendo pretendía comprender las obligaciones o bonos que participaran en beneficios³⁹². A pesar de que en la segunda definición de dividendos³⁹³ e intereses³⁹⁴ estas frases desaparecen, en ese mismo momento surgen nuevas causas de superposición entre las categorías de rentas, por las remisiones al derecho interno. En la primera definición la remisión permanece hasta hoy en el Modelo, y en la segunda se eliminó en 1977, pero se mantiene en muchos CDI vigentes en el mundo.

Las relaciones entre los art. 10 y 11 del Modelo se han resumido en el criterio de riesgo contenido en los CMOCDE que se analiza a continuación. Al final de este apartado se expondrá cómo las remisiones en el artículo de intereses pueden generar conflictos de calificación actualmente.

I. UNA RELECTURA DE LOS CMOCDE

Teniendo en cuenta que la segunda parte del art. 10.3 MCOCDE, como ya se expuso, no tiene como objeto incluir aquellos derechos de crédito que sustancialmente se parecen a las participaciones sociales, es importante revisar los Comentarios al Modelo para rastrear cómo se han descrito las diferencias entre el art. 10 y el 11 y para determinar dentro de cuál parte de la definición de dividendos podrían encajar los derechos de crédito. Pues bien, los esfuerzos por diferenciar entre dividendos e intereses empiezan con el Cuarto Informe sobre la tributación de los intereses de 1961³⁹⁵, que es el antecedente del párr. 18 de los Comentarios al art. 11 MCOCDE. Este último indica que “los créditos y, particularmente los bonos y las obligaciones, que otorgan un derecho de participación en los beneficios del deudor, no dejan de ser considerados como préstamo si el contrato reviste en su conjunto el carácter de un préstamo con intereses”. En 1977 el citado párrafo indicaba, además de lo dicho, que “si la participación en beneficios depende de una provisión de fondos que está sujeta

391 FC/WP11(59)1.

392 FC/WP12(58)1, Part II.

393 FC/WP12(60)3.

394 FC/WP11(60).

395 FC/WP11(61)1.

a los riesgos del negocio de la empresa, la operación no tiene la naturaleza de un crédito y el artículo 11 no aplica”³⁹⁶. Esa primera referencia al criterio del riesgo se desarrolla más en los CMOCDE de 1992, que al resumir las conclusiones del Informe de Subcapitalización, indica en el párr. 19 al art. 11:

Normalmente, los intereses procedentes de obligaciones con derecho a participar en los beneficios no deberían considerarse como dividendos, ni tampoco deberían considerarse como tales los intereses procedentes de obligaciones convertibles hasta que las obligaciones no se hayan convertido efectivamente en acciones³⁹⁷. Sin embargo, los intereses de tales obligaciones deben considerarse como dividendos si los fondos prestados *comparten efectivamente los riesgos* incurridos por la sociedad prestataria. En situaciones de presunta subcapitalización, en determinadas ocasiones resulta difícil distinguir entre los dividendos y los intereses, y con el fin de evitar cualquier posibilidad de solapamiento entre las categorías de rentas comprendidas, respectivamente, en el artículo 10 y en el artículo 11, debe entenderse que el término “interés” empleado en el artículo 11 no incluye elementos de renta que caen bajo la aplicación del artículo 10. [Bastardilla nuestra].

Mediante referencia expresa, el citado párrafo se complementa con el número 25 de los Comentarios al artículo 10, que indica textualmente:

El artículo 10 contempla no solamente los dividendos en sentido estricto, sino también los intereses de préstamos en la medida en que el prestamista comparta efectivamente los riesgos incurridos por la sociedad; es decir, *cuando el reembolso depende en una gran medida del éxito de la empresa*. Los artículos 10 y 11 no impiden, en consecuencia, el tratamiento de este tipo de intereses como dividendos, en aplicación de la normativa interna del país del prestatario relativa a la subcapitalización. La cuestión de precisar cuándo el prestamista comparte los riesgos de la empresa debe apreciarse en cada caso particular a la luz del conjunto de circunstancias, como, por ejemplo, las siguientes:

396 MOCDE 1977.

397 Esta misma idea se repite en el párr. 24 de los Comentarios al art. 10 MOCDE: “los intereses de obligaciones convertibles tampoco se consideran dividendos”; “los créditos que dan derecho a participar en los beneficios no entran en esta categoría (véase el párrafo 19 de los Comentarios al artículo 11)”. Según VOGEL 1997: art. 10 párr. 192, los bonos no califican como acciones, incluso si tienen el derecho a participar en beneficios o a exigir el cambio o la compra de acciones (bonos convertibles), puesto que no asumen el riesgo empresarial definido por este autor como el criterio de participación en el remanente de la liquidación.

[a]–El préstamo supera, en gran medida, las restantes aportaciones al capital de la empresa (o ha sido concertado para reemplazar una parte importante del capital que se ha perdido) y su cuantía no guarda una proporción razonable con los activos amortizables;

[b]–El acreedor participa en los beneficios de la sociedad;

[c]–El reembolso del préstamo está subordinado al reembolso de las deudas correspondientes a otros acreedores o al pago de dividendos;

[d]–La cuantía o el pago de los intereses depende de los beneficios de la sociedad;

[e]–El contrato de préstamo no contiene ninguna cláusula que prevea el reembolso en un plazo determinado. [Bastardilla nuestra].

Como se puede ver, estos comentarios buscan solucionar los conflictos de calificación en una sola vía, cual es la de las clasificaciones y reclasificaciones de “derechos de crédito” en “participaciones sociales”, pero no al contrario. Como se expuso, esa solución unidireccional permite que los conflictos de calificación de las remuneraciones de las acciones o participaciones con privilegios que económicamente tengan características de endeudamiento generen algunas dudas³⁹⁸. Dejando de lado esos casos, que ya se han estudiado, puede afirmarse que la definición de “derechos de crédito” en los CMOEDE se funda en un único criterio, a saber, la certeza de la obligación jurídica de devolución de un monto determinado de capital, como se vio en el apartado anterior. En consecuencia, los rendimientos de estos se califican como intereses y no pueden considerarse dividendos en virtud de la segunda parte de la definición. No obstante, por nuestra parte, interpretamos de los Comentarios que solo puede ignorarse su mandato calificadorio cuando se trata de un préstamo en el que el prestamista comparte “efectivamente los riesgos incurridos por la sociedad” –por tanto tiene una “participación social”– y se encuentra gravado como los rendimientos de las acciones. Es decir, solo cabría en virtud de la tercera parte de la definición del art. 10.3 del Modelo. En esa línea, la cuestión relevante es determinar si tiene las características del riesgo que normalmente supone in-

398 En general refiriéndose a este problema y justificando el significado formal de “derechos de crédito”: PIJL 2011: p. 502; BUNDGAARD 2014: p. 425.

vertir en el capital. Pero ¿qué entienden los CMOCDE acerca de cómo compartir los riesgos del éxito de la empresa?

El citado párr. 35 de los CMOCDE del art. 10 señala que el principal factor para definir los instrumentos que generan dividendos es el derecho al reembolso del capital invertido, es decir, cuando tal reembolso depende de la buena ventura del negocio desde una perspectiva económica³⁹⁹. Aunque puede pensarse que el Modelo asume un criterio único, lo que habría sido ideal para la seguridad jurídica, indica también que habrá que analizar caso por caso con fundamento en el conjunto de circunstancias. Tres de ellas mantienen que el criterio definitorio es la devolución del capital, pero no entendido desde el punto de vista del derecho privado, sino desde una perspectiva netamente económica. En primer lugar, las condiciones [c] y [e] proponen un análisis de las operaciones o instrumentos en concreto, de modo que la existencia de subordinación (*i. e.*, deudas o préstamos subordinados) o ausencia de plazo para la devolución (*i. e.*, deudas perpetuas), permiten calificar la financiación como participaciones generadoras de dividendos, en tanto que su posición frente a la entidad es, dadas las condiciones para la devolución del capital, muy cercana a la de un socio o accionista ordinario. En segundo lugar, en las circunstancias descritas en el literal [a] se incluye un análisis económico en torno a la posible situación de subcapitalización de la entidad, esto es, cuando los instrumentos de deuda son concedidos y desde un punto de vista económico asumen el riesgo propio de un socio o accionista por no existir activos suficientes para devolver una parte razonable del capital en caso de insolvencia.

Más aún, dos de los factores anotados contienen el criterio de la remuneración. En efecto, los literales [b] y [d] indican que la participación del acreedor en los beneficios en la entidad y el hecho de que la cuantía o el pago de los intereses dependa de ellos permite considerar el instrumento como participaciones generadoras de dividendos. En la misma línea del Comentario, parte de la doctrina ha indicado que los instrumentos deben participar en los beneficios anuales⁴⁰⁰. La importancia de tal criterio, sin embargo, es aminorada por otros

399 Eso podría inferirse de que se diga que el “artículo 10 contempla no solamente los dividendos en sentido estricto, sino también los intereses de préstamos en la medida en que el prestamista comparta efectivamente los riesgos incurridos por la sociedad; es decir, cuando el reembolso depende en una gran medida del éxito de la empresa”.

400 HELMINEN y SIX agregan que además debe participar en los beneficios anuales. HELMINEN 2010: p. 176; SIX 2009: p. 23. Este último autor indica que deben evaluarse en cada caso y de forma conjunta tanto los derechos sobre los beneficios como los riesgos asumidos sobre el

autores, que lo consideran complementario, con que si el riesgo se limita a la remuneración del instrumento y no versa sobre el capital invertido, se tratará como un interés para efectos del CDI⁴⁰¹, ya que el instrumento no deja de ser un derecho de crédito.

En cualquier caso, los Comentarios no señalan un criterio único de definición, algo que la doctrina ha querido justificar argumentando que bien podría desempeñarse como tal, ora el incremento posible del valor de los activos de la sociedad como remuneración por el riesgo empresarial⁴⁰², ora el derecho a participar de cuota de liquidación de la entidad, entendido como el primero (la participación en las reservas ocultas de la sociedad) más la subordinación frente a otros acreedores externos⁴⁰³. Además, los Comentarios tampoco adoptan claramente regla alguna de prevalencia entre los criterios enunciados en el párr. 25 en el caso de que cada criterio conduzca a resultados distintos, lo cual es no solo posible sino muy probable cuando se trata de híbridos. En efecto, los préstamos participativos, a largo plazo o perpetuos, las obligaciones convertibles⁴⁰⁴ y las deudas subordinadas tienen características expresamente enunciadas en el párr. 25 de los Comentarios; pero no pueden ser calificados dentro

remante de la liquidación, para determinar si se “imparte una suficiente participación en el riesgo”, aunque la mera participación en los beneficios no es suficiente. SIX 2009: p. 23 y 24. Sin embargo, como se ha dicho, los Comentarios se refieren como criterio principal al riesgo de la devolución del capital y a la participación en los beneficios actuales o acumulados, y de las valorizaciones del patrimonio, por lo cual, lo dicho por SIX y HELMINEN no parece ser un criterio distintivo esencial.

401 EBERHARTINGER & SIX 2009: p. 9; CALDERÓN 2012b: aptdo. 4.

402 Criterio distintivo de las participaciones sociales según GIULIANI 2002: p. 110; LANG 1991: p. 125 (citado por BUNDGAARD & DYPPEL 2010: p. 658); y SIX 2009: p. 23.

403 LANG 1991: p. 124 y ss. Citado por BÄRSCH 2014: p. 436; ROTONDARO 2000: p. 265; GALLO 2012: p. 476-477. Este autor afirma que el criterio más importante es el participar en las reservas ocultas, pero luego señala que también es necesario participar en las pérdidas; SIX 2009: p. 24; EBERHARTINGER & SIX 2009: p. 9; HELMINEN 2010: p. 183-184; 197-198; 193-195; BUNDGAARD 2008: p. 140.

404 En la India la Authority for Advance Rulings (AAR) analizó si la renta pagada por una sociedad india por unos bonos convertibles hasta antes de su conversión en acciones eran intereses o dividendos según el CDI entre la India y los Estados Unidos de 1989. La conclusión a la que llegó la autoridad era que la renta se calificaba como intereses hasta antes de su conversión. Los argumentos que utilizó son los siguientes: a) no hay una participación social hasta la conversión; b) el acuerdo de suscripción no prevé el otorgamiento de ningún derecho como accionista antes de la conversión; c) las rentas se pagan hayan o no utilidades, de manera que no puede haber dividendos pues no depende de la existencia de utilidades. India, LMN India Ltd., 10 October 2008 (Summary) 175 Taxman 139 (AAR). Disponible en www.ibfd.org

de la segunda parte de la definición de dividendos, ya que, todos son derechos de crédito para efectos del art. 11 del Modelo, pues contienen la obligación de entregar un activo de forma desfavorable, desde una perspectiva jurídico-privada (y posiblemente de acuerdo con las NIC), para la entidad financiada⁴⁰⁵. Aunque sí podrían calificarse como “participaciones sociales” de acuerdo con la tercera parte de la definición.

Debe notarse en este punto que la existencia de una regla sustancial y de otra formal dentro de las definiciones de los artículos 10 y 11 del MCOUDE supondría, respectivamente, que la renta calificaría simultáneamente como dividendos e intereses, pues a pesar de que un instrumento de deuda sea, al asumir el riesgo de la empresa de forma similar a un accionista ordinario, sustancialmente una “participación” generadora de dividendos, no por ello deja de ser formalmente un derecho de crédito. No se debe soslayar que cualquier instrumento que implique una obligación de pago del principal con vencimiento es un derecho de crédito, incluidos los préstamos o deudas perpetuas, que puedan ser requeridos por el deudor en cualquier momento, ya que muchas legislaciones internas prohíben contraer obligaciones *ad eternum*⁴⁰⁶.

Considerando lo anterior, es evidente que la calificación simultánea en las dos categorías de rentas es posible. Los Comentarios justifican la existencia de una regla de desempate, la misma que ha sostenido alguna parte de la doctrina⁴⁰⁷, e incluso se ha afirmado que las definiciones de “derechos de crédito” y “participaciones sociales” son mutuamente excluyentes⁴⁰⁸. Sin embargo, no queda completamente claro a partir del texto de las definiciones, ni de las reglas de interpretación de los tratados que buscan dar prevalencia a la interpretación autónoma, razón alguna por la cual el artículo 11 deba ceder ante el 10. Menos claridad aún hay sobre si esa prevalencia ha de darse cuando el Estado de la fuente califique la renta como dividendos, o incluso cuando el Estado de la residencia haga una interpretación autónoma de las definiciones y considere que la renta es un dividendo. A nuestro juicio, se puede concluir de lo argumentado que instrumentos calificados como derechos de crédito solo pueden ajustarse a la categoría convencional de dividendos cuando encajen en la tercera

405 Sobre las distintas posiciones de la doctrina respecto de estos instrumentos: BUNDGAARD 2008: p. 123 y ss.; BUNDGAARD & DYPPEL 2010: p. 463 y ss.

406 BROWN 2012: p. 33-34; VANOPPEN 2012: p. 122 y ss.

407 HELMINEN 2010: p. 175.

408 BUNDGAARD 2008: p. 140; SIX 2009: p. 24; HELMINEN 2010: p. 271.

parte de la definición, para lo cual el Estado de la fuente tendría que gravar sus rendimientos como los de las acciones. Dado que la expresión “participaciones sociales” puede entenderse bien de forma muy amplia, o bien en coherencia con la legislación del Estado de la residencia de la entidad distribuidora, no hay límites convencionales para que los híbridos de deuda, sujetos al mismo régimen fiscal que las acciones, sean calificados como generadores de dividendos según el art. 10.3 del Modelo. Es decir, las expresiones “participaciones sociales” y “derechos de crédito” no son excluyentes, ya que la primera tiene un significado amplio que acepta, si se quiere, las aproximaciones sustanciales o económicas, mientras que la segunda tiene un significado formal, arraigado en el derecho privado.

Tal como señala Bärsch, al analizar la definición del Modelo alemán de 2013 (que traemos en este punto para exponer la dificultad en la calificación de instrumentos híbridos), es posible que un instrumento no sea calificado ni en la categoría de dividendos ni en la de intereses en los CDI. El caso propuesto es el de una deuda que confiere derecho a participar en los beneficios de un deudor alemán, pactándose que la devolución del capital invertido será incierta en el derecho, pues debe absorber las posibles pérdidas, pero cierto en el monto, en la medida en que el valor exacto de lo invertido será devuelto si hay beneficios en el futuro⁴⁰⁹. Este caso no puede incluirse en los activos de la definición de intereses, pues la devolución del capital, al estar condicionada por varias *aleas* propias de los partícipes en el capital, no es un derecho seguro. Sin embargo, tampoco es considerado un derecho generador de dividendos para quienes defienden que se requiere participar en las ganancias de la liquidación o en las reservas ocultas, puesto que a lo sumo se devolverá un monto predeterminado.

Formalmente, el instrumento no se ajusta a la primera parte de la definición de dividendos, a menos que se acepte un sentido lato de acciones o bonos de disfrute, lo cual sería rechazado tanto por los partidarios del significado único de las tres partes de la definición como por quienes consideran que la segunda parte aclara la primera. Bärsch supone que el instrumento podría calificarse con la segunda parte de la definición del MCOUDE –que no se incluye en el Modelo alemán–, pero, de nuevo, de acuerdo con quienes suscriben la tesis del significado único de los activos referidos en las tres partes del art 10.3 del Modelo,

409 Otros ejemplos como los *reverse convertible bonds*, *bull & bear bonds* o los *credit linked notes* son dados por ROTONDARO 2000: p. 267. En todos estos casos el monto del capital que se ha de devolver depende de la variación de un subyacente.

a menos que haya participación en las reservas ocultas, esa calificación sería inaceptable. El instrumento, además, tampoco concuerda con la tercera parte de la definición de dividendos, puesto que según el derecho alemán interno, la renta se califica como un interés⁴¹⁰. En definitiva, el caso planteado por el autor alemán señala cómo los criterios delimitadores entre las normas de distribución de dividendos e intereses en los CDI son de muy variado carácter en la doctrina y causan un alto grado de inseguridad jurídica.

Así las cosas, es evidente que la doctrina adopta varios criterios para definir la línea divisoria entre una participación social y los derechos de crédito en los CDI, que se fundamentan en las características de los atributos de los instrumentos más puros de deuda y de capital, pero que al final terminan siendo contradictorios e irrelevantes para la finalidad de eliminar la doble imposición y de no generar dobles exenciones. En este sentido, podría pensarse que el criterio diferenciador en materia fiscal debería ser una característica esencial de cada renta en su régimen tributario. En efecto, se ha planteado que los dividendos e intereses pueden diferenciarse mediante el criterio de deducibilidad de su pago en la entidad que la satisface, en concordancia con lo indicado en el párr. 1 del art. 10 MCOODE:

En su acepción general, el término “intereses” designa las rentas de las cantidades prestadas que deben incluirse en la categoría de “rentas de los capitales mobiliarios”. A diferencia de lo que sucede en materia de dividendos, los intereses no soportan la doble imposición económica; es decir, no tributan al mismo tiempo en manos del deudor y del acreedor.

Aunque este criterio resultaría perfectamente útil para distinguir entre ambas categorías del tratado, no lo sería en el derecho interno, caso en el que la definición se haría circular. En los términos del artículo 10 se ha considerado que solo puede ser aceptable como un factor más para el análisis del instrumento, pues hay rendimientos de participaciones sociales que los países autónomamente consideran deducibles⁴¹¹. En todo caso, el fundamento normativo para dicha afirmación es cuestionable, en la medida en que la deducibilidad es un asunto relativo a la imposición de la sociedad pagadora, mientras que el artículo 10 trata de la imposición del socio. Además, como se verá más adelante, la

410 BÄRSCH 2014: p. 444.

411 VOGEL 1997: art. 10 párr. 189; CALDERÓN 2012b: aptdo. 4.

remisión al derecho interno requiere una comparación con el mismo régimen fiscal que soportan las acciones, lo cual en principio se extiende al régimen del beneficiario efectivo de los dividendos y no de la entidad distribuidora.

En definitiva, la línea divisoria entre los intereses y dividendos no es clara en el MCOEDE. Los conflictos de calificación pueden surgir con extrema facilidad⁴¹², e incluso en el Modelo alemán que incorpora sugerentes cambios que permiten eliminar un buen número de problemas, no todas las disputas se solucionan. Ahora bien, si hubiese que buscar las causas, sin duda la primera sería la propia definición de dividendos que incorpora tres reglas perfectamente incompatibles para describir dividendos. O se adopta un criterio formal como el de la primera parte, o uno abierto como el de la segunda, o se ata la calificación al tratamiento tributario del Estado de la fuente como en la tercera. Si se opta por adoptar todas las anteriores, deben aclararse los niveles de prioridad, asunto que ni el texto ni los Comentarios del Modelo definen. La segunda causa sería el criterio de asunción de riesgo empresarial introducido en los Comentarios al MCOEDE en 1992, que recoge una serie de factores que son difíciles de determinar en la práctica⁴¹³ y que no dejan claro si se refieren a la calificación de instrumentos dentro de la parte autónoma del concepto –por demás también aplicable por el Estado de la residencia– o a la (re)calificación de ellos de parte del Estado de la fuente, según la remisión. Por último, otra causa de ese estado de cosas sería, según los comentaristas que han trasladado los criterios de distinción del derecho alemán (que sin duda tienen fundamento en ese sistema), la interpretación generalizada de los CDI, sin considerar que las reglas de interpretación sugieren buscar el significado autónomo en cada tratado y respecto los ordenamientos jurídicos vinculados al caso concreto.

Dicho esto, es posible concluir que si se acepta la definición de derecho de crédito según el derecho privado, solo la tercera parte de la definición del art. 10.3 MCOEDE permite calificar como dividendo a un derecho de crédito que económicamente comparte los riesgos propios de un accionista ordinario.

412 A pesar de los esfuerzos de los autores por encontrar una lógica dentro del caos de la definición, muchos coinciden con la idea de que la definición del MCOEDE puede generar conflictos de calificación. EBERHARTINGER & SIX 2009: p. 10; HELMINEN 2010: p. 183-184; 197-198; 193-195; BÄRSCH 2014: p. 444.

413 EBERHARTINGER & SIX 2009: p. 10. Al análisis multifactorial propuesto por los MCOEDE cabría hacerle las mismas críticas que le han hecho al sistema estadounidense GREENAWAY & MARION 2012: p. 52 y ss.; y, BROWN 2012: p. 33.

2. CONVENIOS CON REMISIONES AL DERECHO INTERNO EN LA DEFINICIÓN DE INTERESES

España y muchos países que tienen una larga trayectoria en la celebración de CDI han realizado remisiones a la legislación interna del Estado de origen para definir intereses. Tales remisiones tienen redacciones similares a la siguiente: “[...] así como cualesquiera otras rentas que se sometan al mismo régimen que los rendimientos de los capitales prestados por la legislación fiscal del Estado del que procedan las rentas”⁴¹⁴. Esta regla fue eliminada del MCOEDE en 1977, puesto que bajo su redacción, al tratar de distinguir intereses y dividendos puede causar conflictos de calificación, en la medida en que se consideran dos remisiones a los ordenamientos internos. Estos serán distintos cuando la fuente de los dividendos esté en un Estado diferente del de origen de los intereses. El problema se agrava en los CDI, que establecen una tributación exclusiva de los intereses en la residencia del perceptor, mientras que los dividendos mantienen la tributación limitada en fuente.

Aunque los CDI más recientes no suelen incorporar la remisión en el art. 11, en España tratados tan cercanos en el tiempo como los celebrados con Argentina y Chipre en 2013 o con Albania y Costa Rica en 2011 lo han hecho, a pesar de que así se pueden causar serios conflictos de calificación, como demostraremos en este apartado⁴¹⁵ de acuerdo con la Sentencia de la Audiencia Nacional española⁴¹⁶ que evaluó la calificación de los JSCP bajo el CDI con Brasil que, podemos anticipar, contiene una remisión al derecho interno en la definición de intereses. El Tribunal español indicó en esa sentencia que la característica principal de los dividendos “es permitir ‘participar de los beneficios’ de una sociedad, excluyendo de este concepto, expresamente, los rendimientos derivado de los ‘créditos’”. En este sentido, destaca que en el artículo de intereses también:

414 Respecto de España, *vid.*, p. ej.: España-Albania 2011; España-Argelia 2005; España-Argentina 1994 y 2013; España-Chipre 2013; España-Colombia 2008; España-Costa Rica 2011; España-Croacia 2006; España-Cuba 2001; España-Egipto 2006; España-El Salvador 2009; España-Emiratos Árabes Unidos 2007; España-Arabia Saudí 2008, con la particularidad de que la renta se llama “rendimientos de créditos”. España-Australia 1992; España-Austria 1995; España-Bolivia 1998; España-Irán 2006; España-Brasil 1975, con la variación de redacción “así como cualquier otra renta que la legislación fiscal del Estado de donde procedan los intereses asimile a los rendimientos de las cantidades dadas a préstamo”. De forma parecida al anterior CDI, el de España-Canadá de 1981.

415 En cuanto al problema en Alemania: BÄRSCH 2014: p. 438.

416 SAN 712/2014, de 27 de febrero, Recurso 232/2011.

se pone de manifiesto el *título obligacional* por el que se satisfacen los “intereses”, que es el derivado de una operación de “financiación”, de “préstamo”, sin que se ponga como condición para su satisfacción la existencia o no de “beneficios”, pues *el pago de “dividendos” es “opcional”* por parte de la sociedad, mientras que el pago de los “intereses” responde a una “obligación” contraída por la sociedad como consecuencia de operaciones de financiación.

En este contexto jurídico, desde la perspectiva del Convenio para evitar la doble imposición, los JSCP no pueden incardinarse en el concepto que la norma da de los “intereses”, sino que el más apropiado es en el de “dividendos”, pues a la mecánica que responden los “juros” brasileños (sic). [Bastardilla nuestra].

Resulta interesante destacar en este punto la utilización, por parte de la Audiencia Nacional, del *criterio de la remuneración* para definir “participaciones sociales” y calificar como dividendos una renta en el marco de un CDI. Así, la característica principal de los dividendos para el juzgador español es la existencia de una remuneración que dependa de los beneficios y que no sea exigible a la sociedad hasta que esta decida la distribución. Alguna parte de la doctrina brasileña, de forma genérica y sin mencionar expresamente el convenio de Brasil y España, ha sostenido que los JSCP son dividendos para efectos de los CDI, ya que la distribución de los juros se condiciona a la existencia de beneficios y se pueden computar con el dividendo obligatorio⁴¹⁷, dando así prevalencia a una aplicación directa del derecho privado.

Aunque otros autores brasileños no se hayan referido a la calificación para efectos de los CDI, sí han suscrito la idea de que la deducibilidad no desnaturaliza dichos pagos a todos los efectos jurídicos. Por ejemplo, Schoueri defiende la necesidad de reconocer que los JSCP son un concepto jurídico-tributario independiente del mercantil. De esta forma, la autonomía del derecho tributario haría que la remuneración y, en particular, los JSCP tuvieran particularidades para fines fiscales específicamente determinados en la ley⁴¹⁸. En una línea si-

417 En ese sentido, critica la utilización de la palabra *juros* (intereses) en la denominación: XAVIER 1997: p. 7.

418 SCHOUERI 2012: p. 182-193. “Conclusão: Embora a discussão sobre a natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio marque-se pela insistência na classificação do instituto a partir de categorias de Direito Privado, não se extrai qualquer mandamento do Código Tributário Nacional que importe a vinculação do legislador tributário às noções de Direito Civil Muito pelo contrário, há que se reconhecer, a partir da autonomia do Direito Tributário que o legislador pode utilizar-se de conceitos próprios, sem qualquer correspondência com noções privadas, para disciplinar a

milar, Ayres sostiene que los JSCP tienen naturaleza de dividendos, pero con un efecto fiscal propio y determinado, que es justamente la deducción con miras a determinar el lucro real⁴¹⁹. De este modo, es posible concluir que la existencia de deducibilidad de las remuneraciones del capital no hace perder la naturaleza de dividendos para efectos de todas las normas mercantiles, contables y fiscales no exceptuadas expresamente por el régimen de los JSCP.

Es elocuente, entonces, que el juzgador español adoptó una interpretación autónoma de los conceptos de intereses y dividendos del CDI y que la hizo prevalecer sobre la remisión al Estado de la fuente contenida en la definición de intereses. En esa misma línea, Calderón había argumentado que la Resolución del TEAC objeto de impugnación ante la Audiencia Nacional desconocía que los JSCP, “de acuerdo con su naturaleza jurídica, constituyen auténticas ‘distribuciones de beneficios’ a los accionistas de una entidad” y que, al realizar una cesión de soberanía inaceptable que desconoce el “minisistema fiscal” establecido por el convenio, vulneraba los artículos 10 y 23 del convenio hispano-brasileño⁴²⁰. El autor supone que existe un contexto o un significado

tributação. Tal é o caso dos juros sobre o capital próprio que inseridos no ordenamento pátrio pela Lei n.º 9.249/1995 correspondem a *legítimo conceito de Direito Tributário*. Inapropriado assim, discutir-se a sua compatibilidade com as figuras dos juros ou dividendos, conforme estas se encontram definidas e qualificadas pelo Direito Privado”. P. 192.

419 AYRES 2008: p. 139.

420 Textualmente afirmó: “La interpretación del término ‘dividendos’ a la luz de la normativa fiscal brasileña, a nuestro juicio, comprende los JSC en la medida en que, de acuerdo con su naturaleza jurídica, constituyen auténticas ‘distribuciones de beneficios’ a los accionistas de una entidad. De esta forma, no resulta aceptable una calificación como la establecida por la Inspección de los Tributos y el TEAC que prescinde de la correcta aplicación de las definiciones convencionales de ‘dividendos’ e ‘intereses’, y de la propia naturaleza jurídica de los JSC, fundamentando su calificación como ‘intereses’ en el dato relativo a su deducibilidad fiscal de la base imponible de la entidad filial pagadora. Por todo ello, consideramos que la calificación de los JSC como ‘intereses’ realizada por la Administración tributaria y confirmada por el TEAC podría constituir un supuesto de vulneración del art. 10 y 23.3 del CDI hispano-brasileño, esto es, un caso de ‘treaty overriding’ que resulta contrario a los art. 96 CE (RCL 1978, 2836) y 3 TRLIS (RCL 2004, 640, 801). Nótese además que el razonamiento y afirmación del TEAC en el sentido de que la calificación de los JSC a la luz de la legislación fiscal del Estado de la fuente (Brasil) es la que debe prevalecer (al margen del CDI y de la naturaleza jurídica de la renta y la transacción y negocio en el que se genera) y vincula a España en todo caso conduce al absurdo e implicaría por un lado, que respecto de cada renta a la que fuera aplicable un CDI las autoridades españolas tuvieran que aplicar la legislación fiscal del Estado de la fuente. Ello además de resultar prácticamente imposible en muchos casos, supondría una cesión de soberanía fiscal inaceptable para España (y para todos los Estados que concluyeran CDI) e implicaría que todas las definiciones terminológicas que recogen los CDI (lenguaje fiscal internacional) y el minisistema fiscal que se

fiscal internacional para delimitar las categorías de rentas e intereses en los CDI. Sin embargo, ese lenguaje fiscal internacional o el minisistema fiscal no trazan las diferencias entre ambos artículos a partir del concepto de “distribución de beneficios”, sino que, como se ha visto, lo hacen a partir de otros criterios que permiten calificar al activo y seguidamente a la renta. No al revés. En cualquier caso, en lo que sí tiene razón el autor es que con el art. 10.3 del MCOCDE y su equivalente en el CDI objeto del análisis, los JSCP podrían calificar como dividendos con su significado autónomo, aunque la razón sea que son rentas que derivan de acciones o demás participaciones contenidas en la primera parte de la definición, entendidas desde un punto de vista mercantil. Además, los titulares de los instrumentos asumen el riesgo empresarial, es decir, no tienen un derecho a la devolución del principal, y la mera deducibilidad no puede descartar su calificación.

Sin embargo, el verdadero problema es que los JSCP califican también como intereses, pues el art. 11.5 del CDI España-Brasil no sigue al MCOCDE más reciente en cuanto a la definición de intereses y, por tanto, hace muy relativos los comentarios al Modelo y los argumentos de la doctrina⁴²¹. El tratado considera como intereses los “[...] créditos de cualquier clase, *así como cualquier otra renta que la legislación fiscal del Estado de donde procedan los intereses asimile a los rendimientos de las cantidades dadas a préstamo*”. Teniendo en cuenta, en primer lugar, que la remisión no se restringe a que se trate de “derechos de crédito” y que no existe ninguna regla de prevalencia entre los art. 10 y 11 del tratado⁴²²,

establece por medio de los mismos perdiera todo el sentido. Es decir, la posición del TEAC y de la Inspección de Tributos da al traste con todo el sistema de distribución del poder tributario y de eliminación de la doble imposición articulado por medio de los CDI”. CALDERÓN 2012b: aptdo. 4.

421 Para dilucidar el problema cabe recordar que en los CMOCDE existe una prevalencia del artículo de dividendos sobre el de los intereses, al indicar en el párr. 19 del art. 11 que “el término ‘interés’ empleado en el artículo 11 no incluye elementos de renta que caen bajo la aplicación del artículo 10”, pero ello parece solo operar cuando el rendimiento califica en la tercera parte de la definición de dividendos. Es más, solo se predicaría de aquellos CDI que siguen las definiciones de intereses y dividendos del MCOCDE de 1977, de forma que cuando el artículo de intereses contenga una remisión, como en el borrador de Modelo de 1963, el alcance de los Comentarios estaría limitado.

422 Ha de reconocerse que la práctica convencional suele incorporar en el propio texto de los tratados una regla de prevalencia del art. 10 sobre el 11 que no se limita a los casos de subcapitalización, y que se incorpora para evitar conflictos de calificación, tal como se ha expresado anteriormente. AVERY JONES *et al.* 2009: p. 41-44; BÄRSCH 2014: p. 440 y 444.

es primordial señalar que Brasil calificó la renta como intereses para efectos de la aplicación del CDI.

En consecuencia, la posición de Calderón, refrendada por la Audiencia Nacional, estaría desconociendo la remisión a la legislación del Estado de la fuente prevista en el precitado artículo 11. Al tiempo, descartaría el Informe de *Partnerships* de 1999, que como se ha dicho, concluye que el Estado de la residencia ha de seguir la calificación que derive de la legislación del Estado de la fuente, a menos que de su contexto se infiera algo diferente. Si el lenguaje fiscal internacional común y el minisistema fiscal tuvieran una redacción de la definición de intereses completamente autónoma, tal como el MCOCDE más reciente, la afirmación del autor y del tribunal españoles sería válida, pero evidentemente existe la intención de remitir a la legislación del otro Estado contratante, de forma que la cesión de soberanía ha sido consentida de forma recíproca por el propio tratado. Además, se extraña en el trabajo del autor español una explicación del porqué acepta que la remisión del artículo 10 MCO-CDE exija una calificación simétrica, desconociendo que la remisión del art. 11 supondría exactamente lo mismo, más aún cuando la finalidad de ambas era eliminar los conflictos de calificación⁴²³. Por ello, habría que admitir que la calificación de los JSCP para efectos del CDI es la de intereses y, por tanto, la exención, como método convencional previsto en el art 23 del Convenio para los dividendos, no aplicaría.

Para terminar con los comentarios a la Sentencia de la Audiencia Nacional, es importante subrayar que los límites entre los dividendos e intereses, como categorías de renta en los CDI, no son una ciencia exacta ni existen criterios abstractos y aplicables a todos los CDI vigentes. Como se ha podido comprobar, la remisión al derecho interno prevista en la definición de intereses hace compleja la distinción entre las categorías de renta: son las legislaciones de los Estados contratantes junto con los hechos concretos los que permiten determinar la

423 Ello se aprecia el siguiente párrafo: “Por tanto, allí donde el CDI permita al Estado de la fuente gravar una renta que encaja en el concepto convencional autónomo de dividendo del art. 10 del CDI, el Estado de la residencia debe aplicar el método para eliminar la doble imposición que el CDI establezca para tal renta (de acuerdo con tal calificación convencional), incluso cuando la aplicación de la legislación interna del Estado de la residencia condujera a otra calificación de la renta [cita a HELMINEN 2010: p. 49-51; RUIZ GARCÍA 2004: p. 597]. Así, en nuestro caso, en la medida en que los JSC caen en el concepto convencional autónomo del art. 10.4 del CDI hispano-brasileño, España debe aplicar el método de exención del art. 23.3 del referido convenio que se ha establecido para eliminar la doble imposición sobre los ‘dividendos’ (calificados según el art. 10.4 del CDI)”.

calificación correcta. En efecto, por las dificultades interpretativas que puede causar la remisión, esta fue eliminada en 1977 del Modelo⁴²⁴, e incluso en los CDI que la incorporaron se crearon reglas de desempate que dan prevalencia a la norma de dividendos, reconociendo así la alta probabilidad de conflictos⁴²⁵. En la práctica convencional se obtiene mayor seguridad jurídica en la calificación de los instrumentos financieros cuando se borra la remisión al derecho interno contenida en la definición de intereses y se amplía la prevista en el artículo de dividendos, por medio de la eliminación del requisito de provenir de “participaciones sociales”⁴²⁶, claridad que se consolida al incorporar normas de desempate que expresamente den prioridad al artículo de dividendos sobre el de intereses, tal como lo hacen los modelos belga y alemán⁴²⁷.

-
- 424 Las razones expuestas para la eliminación fueron las siguientes: a) la definición comprende prácticamente todos los conceptos que pueden considerarse intereses; b) la seguridad jurídica se garantiza con una definición autónoma como quiera que los cambios al derecho interno no afectan la definición; c) se evita en lo posible la remisión al derecho interno, de forma que si un Estado considera como dividendos algo no comprendido, puede simplemente adicionarlo en la definición. *Vid.* párr. 21, art. 10 CMOCDE.
- 425 El CDI entre España y Bélgica de 2003, a pesar de la remisión, aclara que sin “embargo, el término no comprende, en el sentido del presente artículo, ni los intereses considerados como dividendos, en virtud del párrafo 3 del artículo 10”. Esa práctica es reconocida por el Modelo de CDI belga. *Vid.* RICHELLE & TRAVERSA 2012: p. 155. En España con esa misma regla de prevalencia los CDI de España-Canadá 1981; España-Chile 2004; España-Estados Unidos 2013; España-Estonia 2005; España-Irlanda 1994; España-Lituania 2004; España-Nueva Zelanda 2006; España-Reino Unido 2013; España-Uruguay 2011; Colombia-México 2013; Colombia-Canadá 2012; Colombia-Chile 2010; España-Francia 1997: “El término ‘intereses’ no comprende la parte del rendimiento considerada como dividendo en aplicación de las disposiciones del artículo 10”.
- 426 En el párr. 81 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE, Alemania y Canadá se reservan el derecho a expandir la definición de dividendos a los intereses tratados como distribuciones bajo el derecho interno.
- 427 Coincidimos en estas afirmaciones con: AVERY JONES *et al.* 2009: p. 44 y 45, y BÄRSCH 2014: p. 440 y 444. Cuando dicha regla no aparece expresamente, las potenciales diferencias en la calificación se aumentan y, con ello, la inseguridad jurídica. Analizando la mejora en la seguridad jurídica que supondría la adopción de la redacción de la definición de intereses en el Modelo alemán: BÄRSCH 2014: p. 440 y 444. Bajo el citado modelo se crea una regla de desempate (*tie break rule*) que en la parte final de la definición de intereses indica que “no incluye la renta tratada en el artículo 10 del Modelo alemán”. El Modelo belga no contiene una remisión en el artículo 11, pero al igual que el alemán, aclara que no comprende las rentas descritas en el art. 10.3. y además, en este último precepto indica que los intereses tratados como dividendos mantienen esta última calificación en el entorno convencional. RICHELLE & TRAVERSA 2012: p. 155.

F. LA LUCHA CONTRA LA SUBCAPITALIZACIÓN Y LA RACIONALIDAD DE LA DEFINICIÓN

El problema de la subcapitalización puede enfrentarse por medio de enfoques objetivos y subjetivos de normas antiabuso, pero también mediante reformas que logren un mayor grado de neutralidad entre las fuentes de financiación, a las que se hará mención más adelante. En ambos casos, la racionalidad de la definición de dividendos prevista en los CDI resulta cuestionada tanto desde su interpretación como desde su diseño normativo, pues habrá intereses que gracias a la denegación de la deducibilidad soporten doble imposición económica de forma semejante a los dividendos. Lo mismo ocurre cuando se permite la deducibilidad de las distribuciones de beneficios, ya que para efectos del Estado de la fuente se reducirá la imposición y en la residencia podría desgravarse. ¿Cuál es y cuál debería ser el papel de la definición de dividendos en los CDI bajo estas normativas? Estas son las preguntas que se pretenden responder en los siguientes apartados.

I. NORMAS QUE ALTERAN LA CALIFICACIÓN DEL INSTRUMENTO O DE LA RENTA O DE AMBOS

La OCDE en 1987 reconoció que las normas de subcapitalización se relacionaban especialmente con los art. 9.º –sobre empresas asociadas–, 10 –de dividendos–, 11 –de intereses–, 24 –sobre la no discriminación– y 25 –de procedimiento amistoso⁴²⁸–. Dejando de lado los artículos 24 y 25 del Modelo, que exceden las pretensiones y el objeto de este trabajo, en las siguientes líneas analizaremos los problemas que se generan respecto de los artículos 9.º, 10 y 11 de los CDI. Como se sabe, según el efecto que suponen, deben distinguirse tres tipos de normas que atacan este tipo de fraude, a saber: las que a) ajustan la naturaleza del instrumento, convirtiendo el endeudamiento en patrimonio, aquellas que b) ajustan solamente la remuneración, calificando los intereses en dividendos, y las que c) solo deniegan la deducibilidad. Para los dos primeros tipos, lo propio sería que se ajustaran los beneficios de la entidad financiada por medio del no reconocimiento de la deducción y, consecuentemente, se recalificara la renta como dividendos para el inversor. En tales casos, la cuestión estaría en determinar si las rentas derivan de “participaciones sociales”, ya que evidentemente

428 Informe OCDE 1987 sobre subcapitalización, sec. III.

estarían sujetas al régimen impositivo de las acciones en los términos del art. 10 del MCOCDE, y si ello implicaría desconocer que la fuente del rendimiento fuera también la de un “derecho de crédito”, calificando, por tanto, como generador de intereses según el art. 11 del mismo articulado. Así las cosas, es posible que el Estado de la residencia del prestamista entienda que las rentas pasivas son intereses, a pesar de que el otro Estado interprete que son dividendos por aplicación de su norma interna de subcapitalización. Esto generaría un conflicto de calificación agravado por el hecho de que no está claro si la clasificación hecha por un Estado en virtud de una norma de subcapitalización vincula al otro Estado⁴²⁹. Por el contrario, si el efecto es la mera denegación de la deducibilidad, solo se ajustaría la imposición de la entidad financiada, mientras que la renta del inversor en principio no sería sometida a imposición como las rentas de las acciones, aunque soportara doble imposición económica y los art. 9.º y 24 del MCOCDE pudieran establecer límites.

Como se observó, la expresión “participaciones sociales” se ha interpretado de varias formas. Las rentas no derivan, *stricto sensu*, de participaciones sociales, ya que desde una perspectiva jurídico-privada existe un derecho de crédito y no una participación en los fondos propios de la sociedad, por lo cual la recalificación para efectos fiscales no puede invalidar el CDI. En esa línea, en la República Checa los tribunales han afirmado que los CDI deben interpretarse de manera autónoma, conque el exceso de interés que se recalifique de acuerdo con la norma de subcapitalización interna ha de ser tratado como un interés bajo el CDI aplicable, dando así preferencia al significado mercantil⁴³⁰. Por el

429 PLITZ 1996: p. 252. p. 262 y ss., indica: “Parece ser que ningún país se siente vinculado por la conversión de intereses por un Estado extranjero al aplicar su derecho fiscal nacional. Los Estados de residencia de los accionistas aplican impuestos a los intereses percibidos por el accionista basándose exclusivamente en las reglas de su propio derecho fiscal”. HELMINEN 2010: p. 209. *Vid.* con la bibliografía ahí citada: CASTRO 2014: p. 120-122.

430 En la República Checa la Sentencia del caso n.º 2 Afs 42/2008-62, entre Lacrum Velke Mezirici s. r. o. vs. Finančni reditelství v Bme de la Suprema Corte Administrativa. En esta sentencia se analiza el CDI entre dicho Estado y Alemania de 1980 y se concluye que “los intereses reclasificados como dividendos bajo el derecho interno no entran dentro [*sic*] del ámbito del artículo 10 del tratado y de la definición del término ‘dividendos’ incluida en el tratado”. Disponible en [www.ibfd.org Tax Research Platform](http://www.ibfd.org/TaxResearchPlatform). En la misma línea el caso Czech Republic-Case 2Afs 108/2004-106, 10 February 2005. Disponible en [www.ibfd.org Tax Research Platform](http://www.ibfd.org/TaxResearchPlatform). En esta oportunidad la Corte Suprema Administrativa entiende que el exceso de intereses recalificados como dividendos por la ley interna sobre subcapitalización no son dividendos a efectos del CDI, por mucho que los comentarios al MCOCDE así lo digan, pues estos no son contexto, ni la Administración probó que fueran un acuerdo o práctica posterior en los términos de la CVDT

contrario, *lato sensu*, las participaciones sociales constituirían una relación financiera o asociativa de cualquier tipo que el Estado de la fuente considere como generadora de dividendos⁴³¹.

El problema pudo haberse solucionado en el Informe de 1987 indicando simplemente que en aplicación del artículo 3.2 del Modelo y ante la ausencia de definición de participaciones sociales en el CDI la calificación ha de considerar la legislación del Estado de la fuente, como en efecto se sugiere en el párr. 56 del mismo documento, y en ese sentido afirmar que la expresión se refiere a una relación asociativa o financiera de cualquier tipo. Sin embargo, la OCDE decidió establecer el criterio del riesgo para delimitar entre los art. 10 y 11 y, por tanto, entre los conceptos opuestos “participaciones sociales” y “derechos de crédito” en los párr. 57 y 58. Según este argumento, los CDI no impiden las recalificaciones por la norma de subcapitalización interna ni por otras normas que ataquen la capitalización encubierta en sentido amplio⁴³², ya que pueden reputarse de dividendos aquellos intereses derivados de créditos en los que el prestamista comparte los riesgos empresariales. En tales circunstancias, económicamente se trataría de participaciones sociales. Así, el asunto tiene una aparente ambigüedad en el Informe, puesto que si el significado amplio de la expresión “participaciones sociales” se acepta, el problema estaría solucionado por no existir un significado autónomo de esta, que sería entonces cualquier relación asociativa o financiera que tiene el tratamiento tributario de las rentas de las acciones. Por el contrario, si se indica que el criterio del riesgo permite las recalificaciones de intereses en dividendos, se supone que en el tratado hay un significado autónomo de tal frase.

31.3. La argumentación dota de significado autónomo a la expresión *participaciones sociales*. Sentencia en: IBFD, Tax Research Platform. En Rusia el caso Swedwood-Tiknvin y Ferrotek entendió que las reclasificaciones de intereses en dividendos generadas por las normas internas (*constructive dividends*), no afectaban a las definiciones dadas en el tratado, puesto que no estaban comprendidas expresamente en el concepto de dividendos del art. 10. *Vid.* VAN WEEGHELE 2010: p. 33. Sin embargo, en una reciente sentencia rusa se analiza el CDI con los Estados Unidos y se concluye que las recharacterizaciones en virtud de las normas de subcapitalización no se ven afectadas por ese tratado puesto que los artículos 10 y 11 remiten al derecho interno del Estado en que tiene origen la renta. Rusia, Cassation Court of Arbitration of Moscow Region N A40-1164/11-99-7, 28 February 2012. Disponible en www.ibfd.org/TaxResearchPlatform. El Modelo de Convenio 2010 de Rusia expresamente contiene una referencia a las recalificaciones en dividendos de los excesos de intereses según las normas de subcapitalización en la definición convencional de dividendos.

431 OECD 1987a: párr. 56; CALDERÓN 2012b: aptdo. 4.

432 OECD 1987a: párr. 57; párr. 25 del art. 10 del MCOCDE 2010.

En ese sentido, si bien el criterio del riesgo soluciona un buen número de casos, habrá otros en los cuales, sin compartir la buena ventura del negocio, se realice una recalificación de acuerdo con la norma de subcapitalización interna. Con acierto De Broe afirma que para la OCDE no es aceptable que los intereses sean tratados como dividendos por fuera del criterio de la asunción de riesgos, de forma que si, por ejemplo, la norma de subcapitalización aplica *ratios* fijas por fuera del principio de independencia, los intereses reclasificados en dividendos para efectos de la aplicación de la norma de subcapitalización seguirán siendo intereses respecto al CDI, pues no se podría entender que derivan de “otras participaciones sociales”⁴³³. Pero incluso los enfoques subjetivos para enfrentar las situaciones de subcapitalización bajo el *arm's length* son variados, ya que la OCDE reconoce que debe emitir futuros trabajos para aclarar el tema, de modo que es perfectamente posible que el significado de la asunción del riesgo empresarial no concuerde con lo que exigiría el principio de independencia según el art. 9.º MCOCDE⁴³⁴.

Además de las dificultades recién mencionadas, el criterio de asunción de riesgos no tiene una base jurídica clara y se muestra contrario a la razón histórica para la existencia de un artículo específico que norme los dividendos en los CDI, cual es regular de forma independiente aquellas situaciones en que existe un doble gravamen, inicialmente en la entidad por los beneficios o utilidades y luego un gravamen a los socios al repartir los beneficios⁴³⁵. Precisamente por la imposibilidad de hacer una definición general de dividendos que comprenda todos esos casos existe una remisión al derecho interno. La consecuencia de este razonamiento es la existencia de una definición abierta a la legislación del

433 Esta interpretación encuentra sustento en el comentario 67 de los art. 23A y 23B del MCOCDE. DE BROE 2008: p. 482-486 y 526. En un sentido similar, HELMINEN 2010: p. 220-221.

434 En esa línea, DE BROE 2008: p. 482-486 y 526; HELMINEN 2010: p. 220-221; CASTRO 2014: p. 123. *Vid.* párr. 25, art. 10 CMOCDE. OCDE 1987a: párr. 48 y 49. En igual sentido el comentario 3 del art. 9.º del MCOCDE. MAKHMUDOVA 2007, p. 258. El art. 9.1 del MCOCDE autoriza a los Estados a corregir la base imponible para ajustar las operaciones vinculadas, siempre que se hagan de acuerdo con el principio de independencia. OCDE 1987a: párr. 48 y 49. En igual sentido el comentario 3 al art. 9.º del MCOCDE. *Vid.* MAKHMUDOVA 2007: p. 258.

435 Los estudios históricos se centran en decir que la intención del *Working Party* 12 de la OEEC era referirse a la participación como miembro o parte de una compañía, lo cual excluía otros tipos de relaciones como las de deudor-acreedor. Estos argumentos tienen poco alcance y utilidad al analizar el problema de las recalificaciones, pues era un problema que no estaba en mente de los redactores y que una interpretación evolucionista requeriría descartar. *Vid.* MAY 2011: p. 411 y ss.

Estado de la fuente de los dividendos, porque como señala el párr. 23 del art. 10 MCOCDE, a causa de las diferencias entre las legislaciones, no ha sido posible una definición completa y exhaustiva⁴³⁶.

Es evidente que las diferencias a que se refieren los Comentarios tienen que ver con la existencia de una doble imposición económica sociedad-socio. De tal forma, la característica que se ha perdido a lo largo de la historia de los artículos 10 y 3.1 MCOCDE, y que debería retomarse en futuros trabajos, es la existencia de unos beneficios (gravados o no) atribuidos a una entidad, que al ser distribuidos a los partícipes se atribuyen a estos (siendo gravados o no). Por ello, debe admitirse una interpretación amplia de la frase “participaciones sociales”; la práctica y las observaciones de varios países al MCOCDE lo han hecho⁴³⁷.

Ahora bien, en los casos en que la recalificación se hace solo respecto a la remuneración, los problemas que se presentan para encuadrarla en la definición de dividendos son mucho mayores, pues el instrumento será considerado para efectos jurídico-privados como un endeudamiento e incluso, para efectos fiscales, como derechos de crédito o, por el derecho interno, como pasivo financiero, de suerte que en principio no estarían sometidos al régimen fiscal de las acciones⁴³⁸. A nuestro entender, las recalificaciones de intereses en dividendos hechas en virtud de normas de subcapitalización deben interpretarse como un tipo de distribución de utilidades, aunque no se haya recalificado el endeudamiento en fondos propios, siempre que sea acorde con el art. 9.º MCOCDE.

436 Una apuesta en este sentido se aprecia en AVERY JONES *et al.* 2009: p. 44-45. Sin embargo, los anteriores autores se concentran en sugerir modificaciones al MCOCDE y sus comentarios. Nuestra apuesta consiste en reinterpretar el art. 10 y 3.1 sobre criterios finalistas e históricos, como el enunciado, y marcar sobre estos criterios una línea con los intereses, los cuales parecen mucho más alineados con la literalidad del MC, que el de la asunción del riesgo empresarial.

437 Si nos detenemos en las “reservas” contenidas en los párr. 78-81.2 del art. 10 de los MCOCDE y en las posiciones de los países no miembros en los párr. 8, 10 y 10.2 del art. 10 del MC hechas por Bélgica, Dinamarca, Francia, México, Canadá, Alemania, Portugal, Chile, Luxemburgo, Argentina, Rusia, Túnez, Bulgaria, Estonia, Letonia y Lituania, es posible ver cómo los Estados tienen en mente que ciertas rentas consideradas como distribuciones por la legislación interna deben calificarse como dividendos a efectos de los CDI. En efecto, subraya PLITZ cómo la mayoría de los países a la fecha del informe (1996) deniegan la importancia del concepto autónomo de participaciones sociales y se concentran solo en que los CDI indican, palabras más, palabras menos, que es dividendo a efectos convencionales lo que lo sea a efectos del derecho interno del Estado de residencia de la entidad distribuidora. PLITZ 1996: p. 262.

438 Obviamente, no ha de olvidarse que las normas de subcapitalización, cuando entren en el ámbito del artículo 9.º MCOCDE, deben respetar el *arm's length* convencional.

Ello no quiere decir que toda recalificación de otras rentas en dividendos en el ámbito interno quedará automáticamente comprendida en el art. 10 del CDI. Es necesario, por tanto, hacer una calificación convencional de la renta, lo que supone analizar varios aspectos en conjunto. Si se aceptan los Comentarios al MCOE, solo tendrán efectos las recalificaciones cuando los instrumentos de deuda que dan lugar a la subcapitalización entrañen una asunción de riesgos empresariales⁴³⁹. Por el contrario, si se entiende que el término “participaciones sociales” hace referencia a una relación asociativa de buena fe, constitutiva de rendimientos sujetos al régimen fiscal de las acciones, resulta evidente que el artículo 10 MCOE es aplicable, más allá de como sea calificada esa relación por la legislación del Estado de la fuente. Por consiguiente, a pesar de que el prestamista no tenga ninguna participación en el capital –en sentido mercantil o tributario interno– de la entidad subcapitalizada, los rendimientos podrán calificar como dividendo para efectos del tratado.

La consecuencia de calificar como dividendos para efectos convencionales los rendimientos de los préstamos considerados subcapitalización es la aplicación de la tasa prevista en el art. 10.2 y las desgravaciones por medio del método contenido en los art. 23A o 23B del MCOE. Así, la calificación del Estado de la fuente vincula al Estado de la residencia para aplicar el CDI, ya que resulta obligatorio según se deriva “de los términos mismos del art. 23 del Convenio, cuando prevé la concesión de una desgravación de los elementos de renta contemplados en el art. 10”⁴⁴⁰. Incluso si el art. 23 del CDI no incluyera una referencia al artículo señalado, o no se previera una definición de dividendos convencional, el art. 3.2 MCOE permitiría al Estado de la fuente calificar conforme a su legislación mientras que el Estado de la residencia debería conceder el crédito fiscal, por tratarse de una imposición conforme al Convenio, cuando se cumplan los siguientes requisitos⁴⁴¹:

b) del contexto del Convenio; es decir, de la combinación de los artículos 9.º, 10, 11 y 23 y, si fuera necesario, recurriendo al procedimiento amistoso:

–cuando los intereses han sido considerados en el Estado de residencia de la sociedad prestataria como dividendos, en aplicación de reglas que están en conformidad

439 Párr. 67, art. 23A y 23B del MCOE.

440 Párr. 68 de los art. 23A y 23B del MCOE; OECD 1987a: párr. 64.

441 *Vid.* OECD 1987a: párr. 65.

con el apartado 1 del art. 9.º o con el apartado 6 del art. 11 y cuando el Estado de residencia del prestamista está de acuerdo en que el tratamiento es adecuado estando, en consecuencia, este último, dispuesto a efectuar un ajuste correlativo;

—cuando el Estado de residencia del prestamista aplica reglas similares de subcapitalización, tratando el pago como un dividendo en la situación inversa; es decir, en el caso de un pago hecho por una sociedad establecida en su territorio a un residente del otro Estado contratante;

—en los demás casos en que el Estado de residencia del prestamista reconoce como adecuada la asimilación de los intereses a dividendos practicada por el Estado de residencia del prestatario⁴⁴².

Aunque estos requisitos fueran escritos en el Informe de 1987 para los casos en que el CDI no preveía una definición de dividendos o una referencia al art. 10 en la norma de eliminación de la doble imposición, pasaron al Modelo de una forma extraña, pues no se sabe si aplican para el CDI y solo en esas condiciones o también para “cualquier desgravación adicional que resulte el régimen de sociedades matrices-filiales” (como podría ser el régimen de exención por participación sustancial interno), o si en general se consideró que era un requisito de reciprocidad efectiva para todos los casos de recalificación por subcapitalización. En efecto, estos condicionantes son, en opinión del profesor Palao Taboada, un requerimiento del principio de buena fe en la aplicación de los CDI⁴⁴³. De tal forma, la reclasificación de los intereses en dividendos practicada por el Estado de la fuente resulta obligatoria para el Estado de la residencia solo si se cumplen los mismos requisitos.

En la misma línea del profesor Palao, debe admitirse que los Comentarios de la OCDE en ese sentido encuentran un respaldo importante en el principio de buena fe. Es evidente que las citadas exigencias suponen problemas porque derivan de los Comentarios al MCOCDE, cuya validez en el sistema normativo es nula, y que, para efectos interpretativos, si bien resultan fundamentales, no son el único criterio que se ha de considerar. Más allá de esta realidad, debe reconocerse que interpretar como aplicables los requisitos del párr. 68 de los Comentarios a los art. 23A y 23B del MCOCDE permitiría un adecuado balance entre la eliminación de la doble imposición y el respeto al principio *pacta sunt*

442 Párr. 68 del art. 23 MCOCDE.

443 PALAO 1994: p. 51.

servanda, que exige interpretar y aplicar los CDI de buena fe y no oponer el derecho interno para incumplir obligaciones internacionales.

Sin embargo, tales requisitos no deben operar en todos los casos, sino solo cuando sea cuestionable la buena fe, lo cual no se dará si se ha pactado una definición de dividendos con remisión a la legislación interna como la del MCOE y la legislación de uno de los Estados ya comprendía normas de subcapitalización que recalifican intereses en dividendos. Una aproximación abierta a la obligación de eliminación de la doble imposición prevista en el artículo 23 MCOE dejaría como único perjudicado al contribuyente, pues se establecen requisitos para conceder el método que están por fuera del texto del tratado, bajo unos Comentarios que, como se ha dicho, no se sabe muy bien para qué se incluyeron, y que dejan a la buena voluntad de la Administración la concesión de una desgravación que es un derecho del contribuyente y no una mera liberalidad, más aún si se plasma en un tratado debidamente ratificado.

En definitiva, para los MCOE es posible que surjan conflictos de clasificación cuando los intereses reclasificados como dividendos por una norma de subcapitalización procedan de un instrumento que no contiene las características jurídico-privadas de las participaciones sociales. Esta recharacterización es válida de acuerdo con los MCOE solo si se evidencia que la operación respeta el principio de independencia y el criterio de compartir los riesgos y los requisitos de buena fe descritos atrás. La obligación de desgravación en el Estado de la residencia sería la prevista para los dividendos, definidos conforme al art. 10.3 del Modelo y su remisión al Estado de la fuente. Claro está, nada obsta para que por cuenta de una diferencia interpretativa de la frase “participaciones sociales” según el principio de independencia, el criterio del riesgo o una visión formalista jurídico-privada, el Estado de la fuente considere la renta como un dividendo y el de la residencia un interés, dando paso a los mecanismos de resolución de controversias previstos por el CDI⁴⁴⁴. En cuanto a la eliminación de la doble imposición según el derecho interno, debe admitirse que depende de la “voluntad” del Estado de la residencia.

A causa de los problemas que se han descrito en este apartado muchos CDI eliminan la frase “participaciones sociales”, y la reemplazan por “otros derechos” u “otras rentas”, lo cual hace que las discusiones en este punto pierdan relevancia y se obtenga, por tanto, un mayor nivel de seguridad jurídica en la aplicación del tratado. En tales convenios, la eliminación de la doble imposi-

444 *Vid.* HELMINEN 2010: p. 220-221.

ción será exigible en el Estado de la residencia de acuerdo con la calificación que el Estado de la fuente otorgue a la renta cuando la imposición se ha hecho conforme al CDI. Por si quedaran dudas, algunos CDI como los de España con Francia e Irlanda⁴⁴⁵ permiten calificar como dividendos aquellas rentas que la legislación interna asimile a dividendos, sin mayores límites⁴⁴⁶. Así las cosas, la clasificación de la renta de parte del Estado de la fuente en virtud de una norma de subcapitalización será acorde al CDI en los casos en que exista una redacción amplia de la definición convencional de dividendos que, por ejemplo, excluya el concepto autónomo de “participaciones sociales” de la remisión al concepto interno.

Por el contrario, otros CDI prohíben de plano la conversión de intereses en dividendos en virtud de las reglas de subcapitalización, tanto para efectos de la entidad financiada como de la entidad que recibe las rentas⁴⁴⁷. A juicio de Plitz, para la fecha del informe, esta posición cada vez obtenía mayor acogida de parte de los Estados⁴⁴⁸, pero esta tendencia parece haber cambiado con miras a admitir, mediante cláusulas de salvaguarda, las normas de subcapitalización.

Aunque el CDI de España con el Reino Unido de 1977⁴⁴⁹ contiene una redacción amplia que permite recalificar como dividendo “cualquier otro concepto”, aun cuando se sostuviese que esta norma salva las recalificaciones hechas en virtud del derogado art. 20 del TRLIS sobre subcapitalización⁴⁵⁰, lo cierto es el propio apartado 4 del art. 10 del CDI excluye las recalificaciones en intereses según las reglas del art. 11 de dicho convenio⁴⁵¹. En efecto, el apartado 4 del

445 El apartado 6 del artículo 10 indica: “El término ‘dividendos’ empleado en el presente artículo significa los rendimientos de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las partes de fundador y otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas o distribuciones asimiladas a los rendimientos de las acciones por la legislación fiscal del Estado del que sea residente la sociedad que las distribuye”.

446 El Modelo ruso expresamente considera como dividendos los intereses que sean considerados excesivos de acuerdo con la norma de subcapitalización interna. VARIYCHUK 2012: p. 931.

447 *Vid.* PLITZ 1996: p. 263. P. ej., CDI entre España y Croacia de 2006.

448 PLITZ 1996: p. 263.

449 Renegociado en el 2014

450 FALCÓN Y TELLA & PULIDO GUERRA 2010: p. 242, en referencia a la norma de subcapitalización derogada por el RD 12/2012.

451 El apartado 4 del art. 10 indica: “El término ‘dividendos’ empleado en este artículo comprende los rendimientos de las acciones u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar de los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales asimiladas a los rendimientos de las acciones por la legislación fiscal del Estado en que reside la sociedad que las distribuya, e incluye también cualquier otro concepto (distinto de los intereses cuyo impuesto

art. 10 del CDI indica que es dividendo “cualquier otro concepto (distinto de los intereses cuyo impuesto se reduzca de acuerdo con lo establecido en el art. 11 del presente Convenio) que, según la ley del Estado contratante en que resida la sociedad que paga el dividendo, sea considerado como dividendo o distribución de beneficios de una sociedad”. Esto se complementa con el apartado 6 del art. 11 del mismo CDI, que indica:

Cualquier disposición legal de uno de los Estados contratantes en virtud de la cual los intereses pagados por una sociedad a otra se consideren como un dividendo o distribución, que no es deducible como gasto al calcular los beneficios sometidos a imposición de la sociedad pagadora, no se aplicará cuando los intereses se paguen a una sociedad residente del otro Estado contratante que sea su beneficiaria efectiva. Esta norma no será aplicable cuando más del 50 por 100 del derecho al voto de la sociedad últimamente mencionada sea poseído, directa o indirectamente, por residentes del Estado mencionado en primer lugar.

Así las cosas, se deriva de estos preceptos que las normas de subcapitalización internas no son aplicables en situaciones cubiertas por el CDI en mención, ya que son contrarias a la definición de intereses prevista en su art. 10. Esto supone una excepción a la idea de que los CDI no afectan la determinación de la base de la sociedad prestamista, pues es evidente que este convenio va más allá de la regla general al excluir de la aplicación cualquier norma que niegue la deducibilidad de los intereses por cuenta de una reclasificación de los intereses en dividendos. Pero además, en los casos en que sí aplique la norma interna de subcapitalización, por la posesión de más del 50% de los derechos de voto de la sociedad prestamista, la reclasificación de los intereses en dividendos solo afectará la deducibilidad del gasto en la prestamista, sin que por esa sola circunstancia se deba considerar dividendos para efectos de la retención en la fuente que se realiza al prestamista en los términos de los art. 10 y 11 del CDI. Así pues, estas normas cierran la discusión distinguiendo entre la calificación de las rentas para efectos de la deducibilidad y la calificación para efectos de la retención en la fuente.

se reduzca de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 del presente convenio) que, según la ley del Estado contratante en que resida la sociedad que paga el dividendo, sea considerado como dividendo o distribución de beneficios de una sociedad”.

2. NORMAS QUE BUSCAN HACER NEUTRAL LA FINANCIACIÓN CON DEUDA Y CAPITAL SIN ALTERAR LA CALIFICACIÓN

A pesar de los intentos de lograr neutralidad en el inversor, lo cierto es que en la práctica de la totalidad de ordenamientos jurídicos el emisor de los instrumentos no puede deducir los dividendos, a diferencia de los intereses⁴⁵². De ahí que se hayan ideado sistemas que logran un efecto económico similar, como por ejemplo, los que acercan el tratamiento tributario para la entidad distribuidora/prestatario, eliminando las diferencias fiscales. Esto se logra, fundamentalmente, negando la deducibilidad de los intereses o aceptando la deducibilidad de los dividendos. Estas estrategias rompen con las características clásicas relevantes para efectos fiscales de cada una de las remuneraciones de las fuentes de financiación y generan preguntas al interactuar con las normas de los CDI que siguen al MCOUDE. Por ello, tales sistemas se describen y analizan a continuación de acuerdo con la distinción entre dividendos e intereses en los tratados.

a. REFORZAMIENTO DEL GRAVAMEN EN EL ESTADO DE LA FUENTE

El gravamen en el Estado de la fuente/origen puede reforzarse por medio de dos formas, según a quien afecte. En primer lugar, aumentando la imposición de la entidad financiada, por lo general adoptando una prohibición para deducir intereses. Y, en segundo lugar, afectando la fiscalidad del inversor, como cuando se eleva la retención en la fuente para intereses. En ambos casos, como se observa, la calificación del instrumento financiero y de su remuneración no varía, pero el tratamiento tributario sí.

En cuanto a la primera forma, debe reconocerse que la solución más lógica a las diferencias entre las fuentes de financiación sería eliminar la deducibilidad de los gastos financieros y darles así un tratamiento equivalente al conferido a los dividendos. En la práctica, algunos países han restringido la deducibilidad de ciertos gastos financieros, en especial en donde puede haber subcapitalización⁴⁵³, y no en todos, como se ha planteado en la propuesta Comprehensive

452 KNOLLER 2011: p. 336; BROWN 2012: p. 15 y ss.

453 Es así como en Colombia, el derogado art. 287 ET no permitía a los EP, filiales o compañías “que funcionen en el país” deducir los préstamos con sus vinculados económicos o partes

Business Income Tax (CBIT)⁴⁵⁴. En España el RD 12/2012 incorporó el literal h) al art. 14.1 del TRLIS (hoy en el art. 15.1 LIS 2014), el cual busca denegar la deducibilidad de gastos financieros derivados de deudas con entidades del grupo que estén destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios, salvo que el sujeto pasivo demuestre que existen motivos económicos válidos. En muchos Estados, como Alemania e Italia, algunos impuestos directos regionales o municipales no permiten la deducibilidad de los intereses y son impuestos comprendidos por los CDI⁴⁵⁵. Por último, debe reconocerse que los Estados europeos, siguiendo en parte el modelo estadounidense, han venido adoptando de forma reciente normas de limitación a la deducibilidad de intereses apoyadas en *ratios* de ingresos sobre gastos financieros (*earnings stripping rules*), como por ejemplo lo ha hecho España en el artículo 16 de la LIS de 2014 (art. 20 TRLIS)⁴⁵⁶. Este tipo de normas suponen que los intereses que superen el porcentaje establecido de los ingresos, flujos de caja o beneficios operativos no son deducibles, aunque no hay una recalificación de los intereses en dividendos, ni del endeudamiento en fondos propios.

relacionadas del exterior, pues consideraba dichos préstamos como patrimonio propio. *Vid.* DIAN, Concepto 38998, de 30 de mayo de 2011.

454 La propuesta supone una ampliación de la base imponible del impuesto de sociedades. El Departamento de Tesoro de los Estados Unidos la sugirió en 1992 porque lograría un buen grado de neutralidad, pero fue descartada su aplicación de forma general, pues causaría nuevas distorsiones y tendría muchos obstáculos para ser implementada, a pesar de haber estado en la agenda de varias iniciativas. Por ejemplo, habría un desestímulo a las inversiones internacionales, se distorsionaría la banca internacional y sin una coordinación con otros Estados, puede generar doble imposición. DE MOOIJ 2011: p. 3, 14-16. En los Estados Unidos se ha afirmado: “Additional steps like reducing the deductibility of interest for corporations should be considered as part of a reform plan. This is because a tax system that is more neutral towards debt and equity will reduce incentives to over leverage and produce more stable business finances, especially in times of economic stress. In addition, reducing the deductibility of interest for corporations could finance lower tax rates and do more to encourage investment in the United States than keeping rates higher or paying for the rate reductions in other ways”. *The President’s Framework For Business Tax Reform*. A Joint Report by The White House and the Department of the Treasury. February 2012. Disponible en <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/The-Presidents-Framework-for-Business-Tax-Reform-02-22-2012.pdf> p. 10; UNITED STATES. CONGRESS. JOINT COMMITTEE ON TAXATION 2011; SCHÖN 2012: p. 490.

455 BROWN 2012: p. 28.

456 Sobre el particular: HINNY 2008: p. 21, 37-40; PALOMBO 2008: p. 318-320; KNOLLER 2011: p. 317 y ss.; SANZ GADEA 2012; CASTRO 2012c: p. 18 y ss.; LUCHENA MOZO 2012.

La denegación de la deducibilidad puede crear una doble imposición económica no deseada por los negociadores del CDI⁴⁵⁷ de naturaleza similar a la de sociedad-socio, lo que lleva a plantearse, desde un punto de vista de *lege ferenda*, si la calificación como intereses de esos rendimientos no deducibles debería ser la de dividendos. De *lege lata* el Estado de la fuente los considerará como intereses, pues según el derecho privado son un derecho de crédito, y seguramente limitará su imposición de conformidad con el art. 11 MCOEDE. Habría que detallar el régimen fiscal, pero seguramente no será, a pesar de la no deducibilidad, el mismo que el de los intereses, de manera que no podría entrar en la tercera parte de la definición de dividendos. Además, difícilmente podría ser una “participación social”, según los CMOCDE, a menos que se entienda que un crédito asume el riesgo empresarial cuando se concede a pesar de que su remuneración va a superar la *ratio* de gastos financieros sobre los ingresos operacionales⁴⁵⁸.

Dejando de lado las limitaciones a la deducibilidad, la otra solución a la falta de neutralidad entre endeudamiento y capital es el aumento de los tipos de retención de los intereses. En esa línea, Wolfgang Schön propone que, ante la competencia fiscal internacional y la necesidad de mantener la distinción entre endeudamiento y capital en la fiscalidad internacional, se aclaren los límites entre el Estado de la fuente y el de la residencia, de modo que en el primero se graven sustancialmente los siguientes intereses:

- (1) los pagos realizados a un acreedor contractual que dependen de los beneficios (esto ocurre actualmente en ciertos países como Alemania –*silent partnerships*– y préstamos participativos) y en los Estados Unidos deudas contingentes, etc.
- (2) los pagos de intereses que no reflejen la tasa de mercado pero soporten el riesgo de insolvencia u otros riesgos del negocio (*high yield junk bonds*);
- (3) intereses sobre créditos perpetuos; y

457 *Vid.* con las referencias ahí citadas: CASTRO 2014: p. 114-119.

458 El criterio del riesgo empresarial, tal como aparece en el párr. 25 de los Comentarios al art. 10 del MCOEDE, es suficientemente amplio. El problema sería identificar los créditos concretos que asumen el riesgo empresarial, puesto que mientras el art. 10 podría comprender esos préstamos que comparten los riesgos empresariales, el art. 20 TRLIS (en la nueva LIS al art. 16.I.) afecta globalmente a todos los gastos financieros de la entidad sin detallar cuáles préstamos en concreto generan gastos no deducibles.

(4) intereses sobre préstamos de accionistas [...] ⁴⁵⁹.

En tales casos, la diferencia entre endeudamiento y capital es ínfima e irrelevante para efectos internacionales, por lo cual el mantenimiento de regímenes fiscales diferentes solo permite el arbitraje. La solución propuesta parece razonable, pues logra un efecto económico muy similar al de denegar la deducibilidad de los intereses en la entidad; sin embargo, presenta el inconveniente de que se ve sometida a los límites que se establecen en los CDI para la retención en origen/fuente ⁴⁶⁰. Además, ha de tenerse en cuenta que para efectos del Estado de la residencia del inversor podría haber diferencias relevantes, como las que derivaren de la concesión de un crédito indirecto o exención para los dividendos, frente a un crédito directo para los intereses.

En cualquier caso, el reforzamiento del gravamen en la fuente por medio del aumento del tipo impositivo para los intereses obtenidos por no residentes requiere replantear los artículos 10 y 11 del MCOCDE. En primer lugar, se requiere evitar los conflictos de calificación respecto de los tipos de rendimientos que enlista Schön, pues como se observó arriba, esos instrumentos son precisamente los que generan más dificultades de encuadramiento en las definiciones, asunto que seguirá siendo relevante para determinar el régimen tributario de los dividendos en el Estado de la residencia e incluso para distinguirlos de los intereses ordinarios ⁴⁶¹. Puede lograrse evitarlos por medio de la inclusión es-

459 SCHÖN 2012: p. 501.

460 Lo subraya: SCHÖN 2012: p. 499 y ss.

461 En efecto, en Australia se ha discutido el CDI con los Estados Unidos, que contiene una regla en el art. 11.9 específica para las remuneraciones determinadas con referencia a los beneficios del emisor o de una de sus empresas asociadas según el artículo 9.º. Se discutió si frente a unos *redeemable limited partner contribution* de un residente en los Estados Unidos en una entidad (*limited partnership* 'LP') en Australia, que genera unos rendimientos referenciados a la renta neta ajustada (*adjusted net income*). El derecho australiano considera que el activo es un "interés de endeudamiento" que produce intereses. Se planteó la discusión de si esos rendimientos calificaban dentro del artículo de dividendos o dentro del de intereses en el CDI. Se concluyó que el precepto del tratado buscaba evitar dividendos disfrazados y se fundaba en las definiciones del derecho interno de dividendos e intereses a las cuales las definiciones convencionales remitian. Por tanto, los límites entre ambas categorías de rentas no estarían diferenciadas de forma autónoma convencional. Textualmente se indicó: "That boundary neither contemplates nor accommodates a distinction between interest in form only and interest in substance (but not in form); the only relevant criterion for the application of Art 11 including Art 11(9), rather than Art 10, is whether the income is subjected to the same taxation treatment as income from money lent by the law of Australia. It is common ground that the income in the present case is

pecífica en las definiciones del artículo 10 u 11, según convenga, o creando un tipo de renta especial⁴⁶². En segundo lugar, habría que renegociar los CDI de conformidad con lo anterior, para permitir el gravamen en la fuente/origen equivalente económicamente al tipo efectivo del impuesto de sociedades subyacente. El Protocolo V del CDI entre España y Alemania de 2008 es un buen ejemplo de la puesta en práctica de esta solución, pues crea una norma especial para los híbridos del siguiente tenor:

No obstante lo dispuesto en los artículos 10 y 11 del presente convenio, los dividendos e intereses pueden someterse a imposición en el Estado contratante del que proceden, y de acuerdo con la legislación de ese Estado, a) cuando se deriven de derechos, comprendidos los de crédito, que permitan participar en los beneficios, incluida la renta procedente de las acciones o bonos de disfrute, la renta que obtenga un socio comanditario (en el caso de Alemania ‘stillter Gesellschafter’) de su participación como tal, o de un préstamo cuyo tipo de interés esté vinculado al beneficio del prestatario (en el caso de Alemania ‘partiarisches Darlehen’) o de bonos de participación en beneficios (en el caso de Alemania ‘Gewinnobligationen’), y b) con la condición de que sean deducibles en la determinación de los beneficios de deudor de tal renta, pero si el beneficiario efectivo es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no excederá del 15 por ciento del importe bruto de dichos dividendos e intereses⁴⁶³.

so treated”. Australia, Federal Court of Australia, *Deutsche Asia Pacific Finance Inc v Commissioner of Taxation* (n.º 2), sentencia de 22 de octubre de 2008. Disponible en www.ibfd.org

462 El MCEUA 2006 contiene precisamente en el artículo 11.2, lit. a), una regla que indica que cuando los intereses se determinan por referencia a los ingresos, ventas, rentas, beneficios, flujos de caja del deudor o de una parte relacionada, o a los cambios de valor de una propiedad de esos mismos, o se trata de pagos similares por el deudor a una parte relacionada, el Estado de la fuente puede gravar de acuerdo con el derecho del Estado de fuente al tipo máximo del 15%, que es equivalente al límite general para los dividendos. En este caso se mantienen las definiciones y se alcanza un mayor grado de neutralidad entre préstamos participativos y los dividendos. El MCEUA 1996 contenía una remisión al tipo máximo permitido para los dividendos del siguiente tenor: “[...] interest paid by a resident of a Contracting State and that is determined with reference to receipts, sales, income, profits or other cash flow of the debtor or a related person, to any change in the value of any property of the debtor or a related person or to any dividend, partnership distribution or similar payment made by the debtor to a related person, and paid to a resident of the other State also may be taxed in the Contracting State in which it arises, and according to the laws of that State, but if the beneficial owner is a resident of the other Contracting State, the gross amount of the interest may be taxed at a rate not exceeding the rate prescribed in subparagraph (b) of paragraph 2 of Article 10 (Dividends)”.

463 De forma similar el protocolo n.º 1 del Modelo alemán de 2013. BÄRSCH 2014: p. 441.

De esta forma, el CDI hispano-alemán crea una nueva categoría de renta a la cual le asigna el poder limitado de gravar al Estado de la fuente, que se define en atención a que el origen de la renta es un derecho a participar en beneficios y a que su pago resulte deducible en la base imponible de la entidad pagadora.

b. REFORZAMIENTO DEL GRAVAMEN EN EL ESTADO DE LA RESIDENCIA

Otra solución a la ausencia de neutralidad entre el endeudamiento y el capital consiste en permitir a las entidades distribuidoras de dividendos la deducibilidad de las remuneraciones de los instrumentos de patrimonio. Al hacerlo, el Estado de la fuente pierde la potestad impositiva sobre parte de los beneficios de la entidad distribuidora residente, que se desplazan a la jurisdicción de la residencia del inversor por medio de un incremento en su potencial base imponible. Ello hará que sean deducibles los instrumentos que contable y mercantilmente sean patrimonio, de tal manera que si se acepta que las tres partes del art. 10.3 tienen conceptos que deben dotarse del significado mercantil del Estado de la residencia de la entidad, habría que concluir que son dividendos. De igual forma, si el criterio es compartir los riesgos de la empresa como lo indican los CMOCDE o a participar del remanente de la liquidación según Vogel, estos instrumentos calificarían como fuente de dividendos para los efectos del CDI. Como ejemplo puede citarse el sistema conocido en inglés como Allowance for Corporate Equity (ACE)⁴⁶⁴. Se trata de una idea similar al sistema de deduc-

464 Dentro de los sistemas de ACE destaca el interés ficticio (*notional interest*), que permite la deducibilidad de los dividendos pagados a los accionistas o socios hasta un monto máximo ficticio o estimado de la base imponible de la sociedad distribuidora. Por ejemplo, se permite una deducción igual a la tasa de interés de un bono de deuda sin riesgo. DE MOOIJ 2011: p. 3. Esta estrategia resulta interesante para cortar el problema desde sus orígenes y así brindar neutralidad, pero se enfrenta a la dificultad de que pueda envolver un alto costo por la pérdida de recaudación de los Estados. En cualquier caso, tal reducción puede ser paliada en el corto plazo por medio de su diseño y puede compensarse con sus beneficios en el largo plazo. Un costo estimado en el 0,5% del producto interno bruto (PIB) o del 15% de la recaudación en el impuesto sobre sociedades, en promedio para un Estado desarrollado. DE MOOIJ 2011: p. 3. Sin embargo, autores de la talla de SCHÖN consideran insensato sugerir la introducción de estos sistemas, dadas las dudas que el sistema belga ha generado sobre su adecuación al derecho de la Unión Europea y sin una reforma profunda de los impuestos sobre la renta. SCHÖN 2012: p. 501-502. La literatura sobre esta propuesta se fundamenta en ideas similares desarrolladas en los años ochenta por WENGER en 1983 y BOADWAY & NEIL. *Vid.* con la bibliografía ahí citada, KLEMM 2006. En Europa se ha visto como un instrumento para facilitar la armonización

ción de dividendos para evitar la doble imposición económica entre la entidad distribidora y el partícipe⁴⁶⁵. Además, es posible ver cómo la deducción de dividendos es un ajuste que se permite en algunas legislaciones a ciertos tipos de sociedades o entidades dedicadas a realizar inversiones en valores o inmuebles como las IIC y los REIT, o a ciertos tipos de instrumentos como los *juros sobre o capital propio* en el Brasil o las *non-equity shares* en Australia⁴⁶⁶.

La implementación de la deducción de las remuneraciones del capital de la entidad distribidora puede afectar el papel de la definición de dividendos, puesto que los métodos para eliminar la doble imposición económica responden a un concepto de dividendo ligado a la idea de que estas rentas se ven sometidas a un doble gravamen. En efecto, el Informe Mirrlees en el Reino Unido señala que un posible problema de la adopción de sistemas ACE es si los dividendos pagados por una subsidiaria británica a una firma extranjera continuarían siendo aceptados como crédito fiscal del impuesto de renta de no residentes en países que usan el sistema de imputación (*tax credit*). La magnitud de la cuestión es

fiscal desde que el Institute for Fiscal Studies Capital Taxes Group propuso una deducción que se otorgaría a las sociedades calculada sobre las participaciones en el capital y una tasa de interés de referencia, la cual permitiría la armonización del impuesto de sociedades en la Unión Europea. INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES 1991: párr. 24; GAMMIE 1991: p. 238-242. Recientemente se ha propuesto en: MIRRLEES, STUART & INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES 2011: p. 427-428, 446-450 y 492 y NETHERLANDS 2010. En cuanto a las propuestas en los Estados Unidos, *vid.* BLESSING 2012: p. 108-212. Países como Austria (2000-2004), Brasil (1996), Croacia (1994-2000) e Italia (1997-2003) hicieron los primeros ensayos del modelo teórico, aunque con sustanciales modificaciones. Algunos de estos sistemas, como el austriaco y el italiano, eran bonificaciones no ligadas a la deducibilidad, sino que se materializaban por medio de un tipo impositivo inferior para las rentas del capital. Estas últimas se determinaban por medio de un retorno ficticio del capital calculado tomando en cuenta el valor en libros de este y una tasa de referencia. Salvo en el Brasil, los demás fueron desmantelados, básicamente porque suponía incrementar los tipos sobre la renta normal para soportar la pérdida de recaudación, lo cual hacía que esas jurisdicciones fueran menos competitivas. Sin embargo, en marzo de 2012 Italia lo reintrodujo. *Vid.* SANZ GADEA 2012: p. 88-89. Actualmente países como Bélgica (desde 2008), Letonia (2010) y Brasil (1996) ofrecen ejemplos de sistemas ACE, pero solo en el primer caso se trata de un sistema completo, pues el segundo es aplicable solo sobre ganancias retenidas y el tercero solo sobre los dividendos pagados por los *juros sobre o capital propio*. En Australia existe una categoría de financiación llamada “non-equity shares” que genera rentas que tienen la naturaleza jurídico-mercantil de dividendos pero que fiscalmente son deducibles para la entidad pagadora. BROWN 2012: p. 28.

465 Sobre la operativa de este sistema, *vid.* HARRIS 1996: p. 61-64. El autor señala cómo el sistema de deducción de dividendos es el sistema más sencillo de eliminación de la doble imposición económica de dividendos.

466 BROWN 2012: p. 28.

variada. En países como Bélgica y Croacia no se han presentado demasiados problemas⁴⁶⁷; sin embargo, en los casos en que la deducción no es un estimado ficticio del capital total⁴⁶⁸ y, por el contrario, se liga a la deducibilidad del pago por un instrumento financiero concreto, como ocurre en el Brasil con los *juros sobre o capital propio* o en Australia con las *non-equity shares*, el problema sí se ha presentado. Muestra de ello es lo que ha pasado respecto de inversionistas residentes en España⁴⁶⁹.

De tal manera, la deducibilidad de las remuneraciones de los instrumentos de patrimonio puede suponer cambios en los artículos 10 y 11 MCOUDE, acordes con la política fiscal de los Estados contratantes, considerando, por un lado, la posición de los países que permiten la deducibilidad, que son los mismos de la fuente de los dividendos. Así, por ejemplo, la práctica convencional brasileña más reciente demuestra cómo los JSCP son expresamente considerados como intereses para efectos convencionales, al tiempo que se autoriza un gravamen considerable en la fuente que opera con independencia de la participación en la sociedad. De esta forma, el interés recaudatorio del país suramericano se mantiene, logrando un grado aceptable de neutralidad en las opciones de financiación de las empresas residentes en dicha jurisdicción. Para países como Bélgica, la deducibilidad se supone como una reducción en el tipo efectivo de la sociedad, por lo cual no se da un aumento correlativo en la imposición del inversor, ya que los dividendos están casi siempre exentos o sujetos a un 1,69%, mientras que permite un grado aceptable de neutralidad por medio de un tipo general del 25% de retención para intereses⁴⁷⁰. Ahora bien, cuando la deducibilidad se predica de ciertos tipos de entidades como los REIT o los CIV, el artículo de dividendos debe modificarse para permitir gravar las distribuciones de estos, bajo tipos impositivos mayores que los que aplicarían a los dividendos recibidos por entidades que no pueden deducir dividendos.

Por su parte, desde la perspectiva del Estado de residencia del inversor, tendrá que analizarse si sus criterios para calificar rendimientos de fondos

467 MIRRLEES, STUART & INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES 2011: p. 446.

468 Sobre el caso belga debe subrayarse que la desgravación se concede aplicando una tasa de interés de referencia sobre el capital en riesgo. Este último monto se calcula sobre el capital social determinado a efectos contables y una depuración. HAELTERMAN & VERSTRAETE 2008: p. 374 369; VANOPPEN 2012: p. 118.

469 SAN 712/2014, de 27 de febrero, Recurso 232/2011; CALDERÓN 2012b: aptdo. 1 y ss.

470 Una descripción del sistema belga en: HAELTERMAN & VERSTRAETE 2008: p. 362 y ss.; VANOPPEN 2012: p. 118.

propios o de pasivos financieros de entidades no residentes podrían dar lugar a la concesión de las desgravaciones para eliminar la doble imposición económica de dividendos, a pesar de que sean deducibles en la entidad y por ello no soporten doble imposición económica.

G. RECAPITULACIÓN

Todo lo expuesto en los apartados anteriores da cuenta de la existencia de contradicciones y ambigüedades en la definición del art. 10.3 del Modelo y en la doctrina que se ha referido a ella, ya que en ocasiones los criterios de distinción del derecho interno son trasladados sin vacilar a los CDI, justificando así un significado autónomo aplicable a todos los tratados que siguen el MCOCDE, lo que a nuestro juicio genera serios problemas de acoplamiento con el sentido literal y obvio de las palabras, con la historia del Modelo y con los distintos contextos y legislaciones internas de los Estados contratantes. En efecto, la redacción de los CDI suele contener términos del derecho privado para determinar la fuente de los dividendos, cuyos significados en dicho ámbito pueden no compadecerse con las líneas divisorias entre el endeudamiento y los fondos propios en las distintas ramas del derecho, ya que a pesar de la innegable existencia de una clasificación, es también palpable que la frontera entre ambas categorías es definida, considerando la consecuencia jurídica que pretende asignar el legislador en cada precepto, de forma distinta. En este sentido, un instrumento puede constituir endeudamiento a unos efectos o fondos propios a otros. Además, las legislaciones internas no están armonizadas entre sí en cuanto al nombre de cada categoría, ni en lo concerniente a sus características esenciales, por lo cual un instrumento puede calificarse de forma asimétrica en dos Estados. Admitiendo entonces que no hay un significado único de la categoría “participaciones sociales” en la legislación interna, no parece apropiado crear un concepto intrínseco de “participaciones sociales” con fundamento en ella, si lo que se pretende es determinar el significado convencional de “dividendos”. Contrario a la doctrina mayoritaria, podría entenderse que la redacción del art. 10.3 del Modelo comprende tres reglas gramaticalmente diferenciadas.

Lo anterior permite reconocer que el MCOCDE adoptó tres reglas para determinar qué son las participaciones en entidades, que se explican por las diferentes perspectivas utilizadas por los redactores para caracterizar los distintos tipos de derechos que podrían ser la fuente de unos rendimientos provenientes de unos beneficios que han sido sujetos a imposición en cabeza de otro sujeto. Esa lista ejemplificativa de “participaciones” tenía como objeto la negociación de los tra-

tados. De esta manera, la interpretación de los CDI en vigor no necesariamente debe considerar los derechos enumerados en el Modelo como ejemplos. Si bien siempre se trata con ello de definir los tipos de participaciones en los fondos propios de las sociedades, el art. 10.3 MCOCDE es simplemente el resultado de una descripción de las distintas aproximaciones tomadas por las legislaciones tributarias que, afortunada o infortunadamente, se han convertido en normas incorporadas en los tratados. La mayoría de los CDI españoles, y quizá los de la mayoría de las jurisdicciones, carecen de un análisis acerca de si las legislaciones internas tributaria y no tributaria regulan o no ese tipo de derechos o, si acaso, pueden encontrar un significado diferente del que el Modelo quiere referirse, en virtud de vocablos similares en el derecho interno que alguien podría hacer valer apelando al artículo 3.2 MCOCDE. Además, tampoco se suele indicar si el significado tributario debe prevalecer o no cuando tales derechos tienen un significado distinto en otras ramas del derecho.

Para efectos de la discusión que compete a este trabajo, es razonable concluir que en el art. 10.3 MCOCDE y en la mayoría de los CDI, concurren tres partes en la definición de dividendos. Los dos primeros, que contienen una definición autónoma convencional, y el tercero, que incorpora una remisión al derecho interno del Estado de la residencia de la entidad distribidora:

1) regla formal: prevista en la primera parte, según la cual la renta de cualquiera de los derechos enunciados genera dividendos. Interpretativamente resulta difícil restringir, en coherencia con la idea de que existe un significado intrínseco, el mandato de esta primera parte. Así, son dividendos todas las rentas que deriven de los derechos enumerados, interpretados desde una perspectiva mercantil. Ha de reconocerse que la inclusión de un listado como el del MCOCDE en un CDI concreto no es una técnica legislativa adecuada, puesto que los cambios legislativos pueden generar problemas interpretativos. En cualquier caso, lo propio es que los negociadores verifiquen el significado de estos instrumentos en el derecho interno y aclararlo de ser necesario, pero siempre excluyendo los derechos que no tengan el régimen tributario de las acciones.

2) Regla abierta: incorporada en la segunda parte, la cual indica que son dividendos aquellas rentas derivadas de derechos que participen en beneficios pero que no sean derechos de crédito. Es un precepto que busca complementar la primera parte con una fórmula general que admite aquellos derechos que derivan de contratos de asociación similares a los enumerados en la primera parte. El riesgo que tiene consiste en que, por su amplia redacción, puede incluir contratos que dan derecho a participar en beneficios pero que no tienen

el tratamiento tributario de los dividendos en el Estado de la fuente, pudiendo ocasionar asimetrías, ya que forma parte del significado autónomo convencional.

3) Regla del tratamiento tributario: prevista en la tercera parte, implica que son dividendos las rentas de otras participaciones sociales que sean gravadas como las rentas de las acciones en el Estado de residencia de la entidad distribuidora. La eficacia de esta norma se puede perder al contener un concepto jurídico abierto como el de “participaciones sociales”, que se ha entendido con reglas formales o sustanciales apoyadas en criterios mercantiles, contables o fiscales, creando así un alto grado de inseguridad jurídica.

En el derecho tributario interno resulta circular definir las participaciones sociales por el tratamiento tributario de sus rendimientos y, por ello, se requiere establecer las definiciones, descritas en páginas anteriores, de “participaciones sociales” en una “entidad distribuidora de dividendos”. Sin embargo, para repartir la potestad tributaria en los CDI sí se puede acudir al tratamiento tributario del rendimiento en un Estado contratante, aunque ello resultaría absurdo si se aplicara a todos los elementos de rentas. En lo que hace a los dividendos, se justifica la excepcional remisión, puesto que se trata de proteger la imposición de los beneficios que económicamente se pueden trasladar a los socios, no solo como dividendos ordinarios, sino como distribuciones encubiertas de una entidad residente.

En definitiva, *de lege ferenda*, es recomendable eliminar la remisión al derecho interno prevista en las definiciones de intereses en varios CDI vigentes, ampliar la definición de dividendos eliminando la expresión “participaciones sociales” e incorporar reglas de desempate cuando la renta califique también dentro del art. 11. Del mismo modo, la existencia de normas que luchan contra la subcapitalización supone un análisis detallado del reparto del poder tributario en los CDI, con objeto de lograr un mayor grado de reciprocidad. Como se observó, pueden existir medidas que refuercen la imposición en la fuente que resultan limitadas por los CDI y, por ende, inutilizadas. Por otra parte, la deducibilidad de las remuneraciones de los fondos propios en el Estado de la fuente de los dividendos, incorporada con el loable pretexto de la neutralidad, termina convirtiéndose en un reforzamiento de la imposición en la residencia si se mantiene sin cambios la redacción del artículo 10 del MCOEDE.

III. LA RELACIÓN ENTRE LA FUENTE Y LOS RENDIMIENTOS

Desde un punto de vista económico, el régimen fiscal de las rentas obtenidas por medio de una entidad distribuidora de dividendos no termina en la im-

sición de los beneficios atribuidos a esta, sino que se completa con el gravamen de los dividendos. El segundo nivel de imposición depende de las características del sujeto que obtiene los dividendos o distribuciones, tal como se explicó en el capítulo I, lo que puede causar arbitraje en la elección del perceptor de los beneficios. Del mismo modo, la redeterminación de la fuente de la renta podría causar la eliminación del primer nivel de imposición, como cuando el pago resulta deducible en la entidad distribuidora, o la obtención de un régimen fiscal más favorable para el perceptor (el segundo nivel de imposición). Por ello las legislaciones internas consideran que los dividendos para efectos fiscales son una categoría más amplia que los formalmente decretados según el derecho mercantil⁴⁷¹, pues pueden comprender otras distribuciones de beneficios y rendimientos asimilados. Así las cosas, es probable que se presenten conflictos de calificación cuando los beneficios de la sociedad se distribuyen de forma oculta a los socios o a sujetos relacionados con estos. Así, la cuestión que se plantea en este apartado consiste en determinar si esos rendimientos considerados como dividendos según el derecho interno califican dentro del art. 10.3 del MCOEDE y normas semejantes de los CDI.

A. LA DEFINICIÓN DE DIVIDENDOS NO PREJUZGA LA ATRIBUCIÓN DEL RENDIMIENTO

De acuerdo con el artículo 10.3 del MCOEDE y la mayoría de los CDI, los dividendos son una “renta” o “rendimientos” que provienen de las participaciones en una “sociedad”. La utilización de la preposición “de”, a la que le antecede la palabra “renta/rendimiento” y le sucede la participación concreta, da a entender una relación de causalidad. Nótese que la definición del tercer párrafo del artículo no habla del receptor de dividendos, ni lo cualifica⁴⁷²: simplemente señala el activo del cual deriva el rendimiento, sin aclarar el nexo entre ambos. Por eso, no podemos estar de acuerdo con quienes consideran que para efectos

471 *Vid.* ILLESCAS 1973: p. 70-73; GARRIGUES & URÍA 1976: p. 401.

472 Por ello, los requerimientos adicionales incorporados por los tratados, y que se han comentado en el capítulo I, como el de beneficiario efectivo o la exclusión de las *partnerships* [a efectos del art. 10.2.a)], no forman parte de la definición objeto de estudio de esa tesis y, por tanto, son excluidos de los análisis que se realizan a continuación. Recuérdese que, antes de la calificación de la renta de acuerdo con la definición de dividendos, es necesario determinar la concurrencia del ámbito de aplicación temporal, espacial, objetiva y subjetiva del Convenio. Estos temas son un presupuesto para el estudio del objeto de esta tesis y por ende no se estudian aquí.

convencionales solo son dividendos los elementos de renta que tengan su causa en la condición de socio, accionista o partícipe⁴⁷³ o donde exista una “relación de accionista/socio” (*shareholder relationship*)⁴⁷⁴. Correctamente los Comentarios dan a entender que esa relación no viene determinada por la definición convencional de dividendos, e incluso admiten que si la persona del accionista no coincide con el sujeto a quien se atribuyen los “beneficios (ventajas)”, habrá un conflicto de atribución que redundará en el CDI aplicable, pero en ningún momento señalan que la definición de dividendos excluya dichas ventajas⁴⁷⁵. Es más, aceptan directamente que las ventajas de las participaciones sociales pueden atribuirse a sujetos distintos de los accionistas en el sentido del derecho de sociedades y, sin embargo, considerarse dividendos⁴⁷⁶. Es menester aclarar entonces que si bien podrían darse conflictos de atribución de los dividendos que no puedan solucionarse en los términos del tratado, los conflictos de calificación por el contrario pueden resolverse en los términos del art. 10.3 del Modelo, leído en concordancia con los apartados 1 y 2 del art. 3.º de mismo texto, entendiéndose por consiguiente que la legislación del Estado de residencia de la entidad distribuidora es la única relevante para concretar el nexo entre el ingreso y la participación cuando se trata de definir la categoría de renta del tratado.

Así, el tercer elemento del concepto de dividendos consiste en una relación entre la fuente de la renta –la participación en la entidad distribuidora– y el rendimiento, que en el MCOCDE se ha redactado de forma abierta para hacer suya la relación que fije el Estado de residencia de la entidad distribuidora, que podrá adoptar una visión amplia o estrecha de la *societatis causa*, como se expone a continuación. En ese sentido, será ordinario incluir los dividendos formalmente decretados según derecho mercantil y pagados a los accionistas, socios o partícipes, que son el ejemplo por antonomasia de esa relación, ya que se trata de la concreción de un derecho genérico de estos a la distribución de las utilidades, que se materializa con una decisión de los propietarios (máximo órgano de la sociedad), sujeta a ciertas formalidades de orden temporal, de quórum y mayorías, por lo general propuesta por los administradores, mediante la cual los resultados de una compañía se distribuyen entre quienes ostentan los

473 VOGEL, 1997, párr. 188.

474 Esta denominación en HELMINEN 2010: p. 91 y ss.

475 Párr. 30, art. 10 CMOCDE.

476 Párr. 29, art. 10 CMOCDE.

derechos económicos de las participaciones en los fondos propios, creando así un derecho subjetivo⁴⁷⁷. Por consiguiente, concurre un elemento subjetivo en el titular de la participación, que es el mismo sujeto que recibe los beneficios, junto a un elemento objetivo, que es la declaración formal de dividendos. Sin embargo, en ocasiones lo que interesa no es la posición de quien participa en el capital, sino las pérdidas patrimoniales de la entidad distribuidora, mediante lo que podría llamarse genéricamente “distribuciones de beneficios” que no son pagadas a los titulares de los fondos propios, o que siendo pagados a estos, no tienen la forma de un dividendo, porque esos sujetos tienen derechos también sobre los beneficios acumulados y las reservas ocultas⁴⁷⁸, y pueden influir en los órganos sociales para que realicen distribuciones encubiertas que deterioren el capital y violen la paridad de trato de los socios⁴⁷⁹ mediante la alteración de la

477 *Vid.* GARRIGUES & URÍA 1976: p. 401; ILLESCAS 1973: p. 70-73. En palabras de este: “El paso de los beneficios desde las arcas sociales a los accionistas se produce como consecuencia de la oportuna decisión adoptada por la junta general. Dicha decisión, convirtiendo los beneficios en dividendos y acordando su distribución, es el requisito necesario para la apropiación de aquellos por los socios”. De esa manera, “de dividendos no puede hablarse en puridad en tanto y en cuanto [*sic*] no se haya procedido a la aprobación de la propuesta de distribución de beneficios, siendo el acuerdo de aprobación lo que va constituir el título jurídico en base al [*sic*] cual se transmiten los beneficios, desde el patrimonio de la sociedad al de los socios”.

478 Por ello, ha de tenerse presente que no todos los beneficios son distribuibles, pues algunos deben fortalecer los recursos propios mediante reservas legales, estatutarias e incluso, siéndolos, el máximo órgano puede pactar reservas voluntarias. En cualquier caso, el socio tiene derechos sobre los beneficios no distribuidos, que se manifiestan en el poder de exigir que la sociedad cumpla con el ánimo de lucro y que no se desvíen los recursos. Incluso, se suele entender que el máximo órgano de la sociedad no puede hacer una retención abusiva de las utilidades en perjuicio de los socios minoritario [p. ej., Reino de España, sentencia del Tribunal Supremo n.º 418/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 26 de mayo, recurso n.º 4744/1998. RJ 2005/5761]. *Vid.* ILLESCAS 1973: p. 11-33, 43, 48-51, 70-73, 99-131. El concepto de dividendos en el *civil law* y en el *common law* se propone proteger el patrimonio de la compañía y es un desarrollo del principio de mantenimiento del capital. KRAKMAN 2009: p. 131-133. CATÁ BACKER 2002: p. 793-879. De ahí que existan reglas formales para decretar dividendos y consecuencias para las distribuciones excesivas que deterioren el capital (*capital impairment*) o que de alguna forma correspondan a un reembolso de este a los socios. Así, por ejemplo, en España se requiere que se hayan hecho las reservas legales (art. 274 LSC), especiales (*v. gr.* art. 148, 153 y 273 LSC), estatutarias y voluntarias, compensado las pérdidas y superado las limitaciones para el reparto (art. 273 y 326 LSC), aunque bajo ciertos requisitos se admite distribuir por anticipado, bajo lo que se conoce en España como *dividendo a cuenta* (art. 277 y 278 LSC). Pues bien, la ilicitud en las distribuciones se sanciona con la restitución, tal como lo ordena el artículo 278 de la LSC.

479 ESTEVE PARDO 1996: p. 31-37. En el ámbito comparado se observa que la legislación mercantil y la tributaria aceptan análisis sustanciales de las transacciones para calificar un pago como

forma y el sujeto con derecho a los dividendos por antonomasia. En definitiva, se suele admitir que son dividendos encubiertos “toda ventaja susceptible de valoración patrimonial que el socio recibe de la sociedad al margen de un acuerdo formal adoptado en junta y que responde en apariencia a una causa justificada y autónoma”⁴⁸⁰, pero que en el fondo tiene una *societatis causa*⁴⁸¹.

Es así como el derecho tributario, que inicialmente reconoce la independencia de las entidades y sus miembros y por tanto los efectos económicos de los actos jurídicos celebrados entre ellos, suele aplicar el régimen fiscal previsto para las acciones a las distribuciones encubiertas de beneficios con interés fiscal, bien sea aplicando la definición jurídico-tributaria de dividendos, o aplicando normas y doctrinas antiabuso⁴⁸². El art. 25 LIRPF es un buen ejemplo de esas definiciones amplias que comprenden los dividendos formalmente decretados, las prestaciones hechas por la entidad con *societatis causa*, entendida desde una perspectiva jurídico-privada sustancial, como las primas de asistencia a juntas (lit. a.)⁴⁸³, cualquier otra utilidad procedente de una entidad por la condición de

dividendos encubiertos. DAVIES 1997: p. 281-295; MAYSON, FRENCH & RYAN 2007: p. 265-290. HELMINEN 2010: p. 57.

480 BAGO ORIA 2010: p. 40, 50-55. Describe esta autora las distintas denominaciones que recibe este fenómeno. La expresión que hemos acogido es usada mayormente por la doctrina mercantil y la tributaria, aunque se haya criticado que el término *dividendos* no puede entenderse para comprender lo que es formalmente decretado y lo que no, de forma que habría que sustituirlo por “distribuciones encubiertas de beneficios” –*verdeckte Gewinnausschüttungen*–. Sin embargo, se ha sugerido utilizar en vez de distribuciones de beneficios traslaciones, donaciones, atribuciones, movimientos contables, movimientos patrimoniales y concesiones, entre otras. BAGO ORIA, después de reconocer la extensión y utilidad de mantener la expresión “dividendos encubiertos” por la difusión que tiene, sugiere que la denominación apropiada sería “atribuciones patrimoniales encubiertas”. Vid. PAZ-ARES 1992: p. 1086-1089 y *cf.* ESTEVE PARDO 1996: p. 30 y 31.

481 La *societatis causa* se entendió inicialmente como unos criterios subjetivos, en los cuales era necesario probar la intención de la sociedad de conceder las ventajas y la conciencia de los socios sobre estas. Sin embargo, esos criterios fueron reemplazados por otros de tipo objetivo, según los cuales “existe una distribución encubierta de beneficios si un ordenado empresario y representante legal, actuando según los principios que rigen la actividad empresarial, en igualdad de circunstancias y bajo [*sic*] las mismas condiciones, no hubiera celebrado ese negocio con un tercero ajeno a la relación societaria”. ESTEVE PARDO 1996: p. 31-37. Sobre las diversas formas de atacar la validez y la oponibilidad de los negocios que constituyen distribuciones encubiertas de beneficios: BAGO ORIA 2010: p. 84 y ss.

482 Vid. HARRIS 2013: p. 215-229.

483 Las primas de asistencia tienen una naturaleza discutible en el derecho mercantil, ya que algunos las ven como una indemnización para el socio, mientras que según otros son una distribución de utilidad. Vid. FONT GALÁN 2009: p. 771.

socio (lit. d.), la distribución de la prima de emisión (lit. e.), aun cuando dicha causa se represente en un activo cuya remuneración depende de los resultados económicos de la compañía y es pagada por esta (lit. b)⁴⁸⁴. En especial, las distribuciones encubiertas de beneficios o dividendos implícitos (*hidden profit distribution* o *constructive dividends*)⁴⁸⁵ son atacadas en el derecho comparado, bien sea por medio de la existencia de definiciones amplias de distribuciones o por aplicación de las normas antiabuso que asignan el mismo tratamiento de los dividendos formales, como puede ocurrir con los ajustes secundarios en operaciones entre empresas asociadas (como el art. 18.11 LIS 2014 y 16.8 TRLIS) o las normas de subcapitalización (antiguo art. 21 TRLIS⁴⁸⁶).

Por lo general, en las distribuciones encubiertas de beneficios las cuentas de la entidad distribuidora muestran una disminución de los activos, puesto que ocurren transferencias en favor de los socios u otros sujetos relacionados, y en tales condiciones se les suele llamar *constructive profit distributions*, en tanto que la Administración puede proceder a darles una valoración distinta a las operaciones, modificando el resultado económico de la compañía y declarando las distribuciones por el exceso. Si el socio es quien recibe directamente los beneficios, habrá unidad entre el receptor de la renta y el titular de las participaciones, mientras que si lo recibe un tercero, se podría entender que la *societatis causa* será lo que determina la calificación de la renta, a pesar de que el receptor no tenga la condición de partícipe en el capital social⁴⁸⁷. Sin embargo, en ocasiones las ventajas otorgadas a los socios no tienen un registro formal de la disminución de los activos de la sociedad, caso en el cual ocurre lo que se ha denominado *diguised dividend distributions*, en que la Administración

484 Fundamentalmente se refiere a las partes de fundador y los bonos de disfrute, y la doctrina lo restringe a que exista aportación y con ello a que tenga como causa el contrato social. PITA GRANDAL 2009: p. 408.

485 En general, se podría entender como dividendos implícitos aquellas transferencias de una entidad distribuidora: a) sin razones de negocio válidas para una sociedad que se reputa distinta de los socios; b) que dejan de estar bajo el control de la sociedad, para pasar a ser controlados de forma indirecta o indirecta por los socios; y c) que tengan como fuente los beneficios. *Vid.* POLITO 2012: p. 9. Este autor indica que dichas transferencias deben tener la intención de transferir a los socios, lo cual parece un requisito muy aplicado al derecho estadounidense y que sobraría para una definición más amplia. En cuanto a las distintas aproximaciones sobre los dividendos implícitos, *vid.*: CALDERÓN & MARTÍN 2009: p. 48-50; HARRIS 2013: p. 208, 209, 215-229.

486 Derogado por el RD 12/2012.

487 HELMINEN 2010: p. 93.

debe probar la condición de socio o accionista, recomponer los beneficios de la entidad negando la deducibilidad de los gastos asociados a la transferencia y declarar la existencia de la distribución de beneficios⁴⁸⁸.

Por otra parte, existen otro tipo de transacciones que logran trasladar el valor de los beneficios acumulados a un socio primigenio, sin que exista ningún movimiento formalizado en las cuentas de la entidad distribuidora, ni en la realidad se dé una erogación que pueda calificarse de distribución encubierta de beneficios. En estos casos, la tributación de la entidad no resulta cuestionada, ya que la Administración no ajusta sus beneficios, y el problema se presenta respecto a la capacidad contributiva del socio, accionista o partícipe, que puede obtener ingresos sustitutivos de dividendos. En algunas legislaciones la obtención de tales ingresos se considera fraude por elusión fiscal del régimen legal previsto para los dividendos, o al menos se amplían las definiciones fiscales para incluir dichos pagos sustitutivos en el régimen fiscal de las distribuciones de beneficios (*deemed dividends*)⁴⁸⁹. La legislación española da un ejemplo de lo anterior cuando considera dentro de los rendimientos por la participación en los fondos propios en una entidad a los derivados de contratos que lleven a constituir o ceder los derechos o facultades de uso o disfrute de valores o participaciones, sin que importe “su denominación o naturaleza” (art. 25 LIRPF, *infra*, lit. c), como sería un usufructo de acciones. Es importante tener en cuenta que en este último caso, si bien para el usufructuario no interesa la titularidad sobre la participación, sí lo hace la existencia de derechos de uso o disfrute sobre ella. Se aprecia entonces una flexibilización de la causa mucho más allá de los intereses que pretende proteger el derecho mercantil, pues incluso comprende lo que sería una “causa sobre un *societatis causa*”. Para el nudo propietario el valor recibido por la cesión se considera también rendimientos derivados de la participación en fondos propios, según el literal d) del artículo citado atrás. Por el contrario, cuando hay transmisión de los derechos se genera una ganancia o una pérdida patrimonial, pero no un rendimiento del capital mobiliario.

Además de las distribuciones formal y sustancialmente consideradas, ha de subrayarse que los ingresos derivados de la enajenación de las participaciones, bien sean resultantes de la cuota de liquidación total o parcial de la entidad, de la reducción del capital o de la venta de ellas, pueden ser considerados por

488 En cuanto a estos tipos de distribuciones encubiertas de beneficios en Francia, *vid.*: HATTINGH 2009: p. 524.

489 *Vid.* HARRIS 2013: p. 208-228.

las definiciones internas como dividendos o distribuciones de beneficios, o al menos, tener el mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones, aunque no tengan directamente una *societatis causa* y se produzcan por dejar la condición de socio o accionista. Esa calificación como dividendos de esos ingresos obedece a que el tratamiento bajo regímenes de ganancias patrimoniales puede suponer un tratamiento fiscal más favorable que cause faltas de neutralidad y en efecto las normas que atacan pueden encontrar que existe un fraude o elusión del régimen fiscal de los dividendos si se cumple con los demás requisitos consagrados por el ordenamiento respectivo (artificiosidad, ausencia de motivo económico válido, falta de sustancia económica, etc.) y por tanto ordenar la respectiva calificación.

Dicho esto, es importante profundizar las razones por las cuales la definición de dividendos de los CDI no prejuzga la atribución de la renta *para efectos de la calificación del rendimiento*. En ese sentido debe admitirse que existe un perfecto ejemplo de lenguaje fiscal internacional en el párr. 28 de los Comentarios al art. 10 del MCOEDE, que indica que se consideran “dividendos no solo las distribuciones de beneficios aprobadas cada año por la Junta General de Accionistas, sino también otros beneficios valorables en dinero, tales como acciones gratuitas, bonos, beneficios de liquidación y distribuciones encubiertas de beneficios”. Este alejamiento de las formalidades exigidas por derecho mercantil ha sido reconocido desde los trabajos del WP12 de la OEEC, que afirmaron que solo se requiere que sea una “renta” y que provenga de participaciones en sociedades. Si bien la tercera parte de la definición del art. 10.3 incluyó en su alcance la remisión a la legislación interna que ya contenían los Comentarios del Primer Informe del WP12, es evidente que cuando la definición no contenía la tercera parte, era posible entender que el vínculo entre el rendimiento y la participación era un asunto no restringido por el CDI, con lo cual la remisión vino a aclarar que la legislación del Estado de la fuente resulta prevalente a esos efectos⁴⁹⁰. En consecuencia, aunque la primera y la segunda parte de la definición del art. 10.3 del Modelo darían espacio para que la residencia aplicara su legislación para determinar ese vínculo entre el rendimiento y la participación, si hubiese un conflicto de calificación deberá seguir la legislación del Estado de la fuente⁴⁹¹.

490 *Vid.* párr. 28 y 29 de los Comentarios al art. 10 MCOEDE.

491 En otras palabras, la (re)calificación como dividendo de una renta de parte de la legislación del Estado de la fuente da lugar a la obligación del Estado de la residencia de garantizar el tratamiento fiscal para dicha renta según el CDI, incluso a pesar de que la legislación de ese último

En otras palabras, la (re)calificación como dividendo de una renta de parte de la legislación del Estado de la fuente da lugar a la obligación del Estado de la residencia de garantizar el tratamiento fiscal para dicha renta según el CDI, a pesar de que la legislación de ese último Estado no califique como dividendo ese ingreso por considerar que no se da por una relación de socio o por una *societatis causa*. Ello se deriva claramente de la tercera parte de la definición de dividendos, pero incluso sin ella, también de las reglas de solución de los conflictos de calificación contenidas en el artículo 3.2 MCOCDE⁴⁹².

Debe señalarse que el MCOCDE no define dividendos como distribuciones de beneficios, aunque se haga mención a la participación en “beneficios” en la segunda parte de la definición, y a la “sociedad que hace la distribución” en la tercera. Aunque los CMOCDE den una idea de lo que usualmente las legislaciones consideran como nexo entre la participación social y los rendimientos al admitir que pueden consistir en una distribución de “beneficios sociales del ejercicio o provengan, por ejemplo, de reservas; esto es, de beneficios de ejercicios anteriores”⁴⁹³, lo cierto es que este es un asunto que las legislaciones definen. Y es que no es lo mismo definir dividendos como distribuciones de beneficios que como rentas de participaciones sociales, y en eso los Comentarios al MCOCDE no tienen la claridad deseada, como subraya Hattingh al criticar los párr. 1 y 24 del art. 10. El primero indica que los dividendos generalmente dan a entender “las distribuciones de beneficios hechas a los accionistas o socios por las sociedades [...]”. El segundo indica que el “concepto de dividendo se refiere esencialmente a las distribuciones hechas por las sociedades [...] en primer lugar, a las distribuciones de beneficios a que dan derecho las acciones”. Según el autor, el término:

Estado no califique como dividendo ese ingreso por considerar que no se da por una relación de socio o por una *societatis causa*.

492 En igual sentido, aunque no se sabe a ciencia cierta si lo menciona respecto de los CDI con redacción apoyada en el MCOCDE, que contienen una redacción amplia o amplísima. HELMINEN 2010: p. 98 y 99. En tal sentido, las (re)calificaciones de otros tipos de rentas en dividendos proceden siempre que cumplan con los requisitos generales de ser acordes con la buena fe y no supongan una discriminación respecto de instrumentos u operaciones de financiación realizadas localmente en los términos del artículo 24 MCOCDE. En especial cuando supongan denegar la deducibilidad de la remuneración, podrían ir contra los apartados 4 y 5 de dicha norma. HELMINEN 2010: p. 174-175.

Subraya la interpretación de estas variaciones HELMINEN 2010: p. 97-99.

493 Párr. 28 de los Comentarios al art. 10 MCOCDE.

“Distribución” implica algo que es dado por una sociedad a los accionistas sin importar la forma jurídica, pero por la cual la primera causa es la relación de accionista. La palabra “distribución” puede decirse que es un concepto correcto para emplear cuando la imposición de la sociedad es lo relevante, como quiera que se concentra en la acción (distribuir beneficios) tomada por la sociedad. Es inusual, como un asunto de lenguaje y legalidad, referirse a los ingresos de una distribución cuando la tributación del accionista es lo relevante⁴⁹⁴.

Por ello, el autor surafricano concluye que los términos “dividendos” y “distribuciones” han sido utilizados de forma intercambiable por el MCOCDE desde los trabajos del WP12, lo que da como resultado un error que debería corregirse eliminando esta última palabra de los Comentarios, ya que para efectos del Modelo califican dentro del art. 10 aquellas “rentas” que provienen de un capital que comparte el riesgo empresarial. Es decir, Hattingh supone que la definición de dividendos tiene un significado autónomo de participaciones sociales que entendemos incluiría una suerte de atribución determinada por la relación de accionista, que no se acompasa con los Comentarios, que hablan de distribuciones de beneficios. De tal forma, según el autor las presunciones de distribuciones encubiertas de beneficios no califican dentro del artículo 10.3 del Modelo cuando no cumplen con esa definición o condición esencial de los dividendos en los CDI⁴⁹⁵.

No se puede compartir la solución de Hattingh, que olvida que la exigencia de la definición del art. 10 MCOCDE no consiste en que quien reciba los dividendos sea el titular de las participaciones, sino que la causa del pago sea la existencia de ellas, esto es, que las participaciones sean la fuente de la renta. Ha de reconocerse que la definición del Modelo no ayuda a determinar cuáles pagos son dividendos, al tiempo que los Comentarios generan ciertas dudas acerca de si lo que interesa gravar es la capacidad económica del socio o establecer un segundo gravamen sobre los beneficios, disyuntiva que se relaciona directamente con la concepción del impuesto sobre la renta adoptada en cada Estado. Nótese que mientras el mencionado párr. 1 de los Comentarios enlaza la distribución de la sociedad con el rendimiento de los socios, la línea citada del párr. 24 parece solo interesarse por la situación de la sociedad que hace la distribución. Por su parte, el párr. 29 de los Comentarios al art.

494 HATTINGH 2009: p. 518.

495 HATTINGH 2009: p. 518.

10 MCOCDE, incorporado en el Modelo de 1977, habla genéricamente de las “ventajas a que da derecho una participación social [...] que no se atribuyen, por regla general, más que a los propios accionistas” centrándose así de nuevo en la posición del socio, pero indica, a renglón seguido, que lo que importan son las distribuciones. El párrafo reconoce entonces la práctica de atribuir los dividendos a sujetos distintos de los socios, adoptada en las legislaciones de los Estados miembros. Textualmente indica que algunas:

de estas atribuciones en beneficio de personas que no son accionistas en el sentido del derecho de sociedades pueden, sin embargo, considerarse dividendos cuando:

- Las relaciones jurídicas entre estas personas y la sociedad se asimilan a una participación social (“participaciones ocultas”) y
- Las personas que se benefician de estas ventajas se encuentran ligadas por lazos estrechos a un accionista; así por ejemplo, cuando el beneficiario es un pariente del accionista o bien una sociedad perteneciente al mismo grupo que la sociedad titular de las acciones.

Lo dicho demuestra la complejidad con la que lidia el artículo de dividendos en los CDI, ya que la definición debe servir para gravar los dividendos de los socios o las distribuciones de las sociedades, según lo que resulte más importante para cada Estado, considerando su concepción del impuesto de sociedades y su relación con los tributos que recaen sobre los socios. En nuestra opinión, los Comentarios citados requieren mayor claridad, pero no entrañan una contradicción en sus términos, ya que vienen a admitir correctamente que la definición de dividendos no prejuzga la atribución de la renta a un tercero o al socio. Simplemente requieren que la fuente del pago sea la “participación” en una entidad diferenciada de sus miembros⁴⁹⁶. De tal forma, si las definiciones internas de dividendos o las normas antielusión generales o especiales del Estado de la fuente ordenan la recalificación de una renta como dividendos, el artículo 10.3 del MCOCDE permitiría considerarlos como tales en el aspecto convencional, siempre y cuando hubiera un mínimo nexo entre la renta y las “otras participaciones sociales” que puede ser ampliamente configurado por las legislaciones. Es decir, la fuente o relación exigida por la definición de

496 En esa misma línea HELMINEN 2010: p. 97.

dividendos convencional entre estas últimas y la renta es un asunto abierto a las legislaciones de los Estados contratantes, pero con preponderancia de la del Estado de la fuente de los dividendos en caso de conflicto de calificación y dentro del marco de la buena fe⁴⁹⁷.

Viendo ese amplio margen para fijar el nexo que deja el Modelo, es relevante entonces indagar por el significado de los dos elementos que se conectan, esto es, la renta/rendimiento y la participación en la entidad distribidora. Esta ha sido objeto de estudio en los apartados anteriores, y cabe señalar en este punto que en los CDI con remisiones amplias la relación debe ser entre la renta y el “otro derecho”, lo cual permite comprender casi todo, siempre que la renta se pague en virtud de dicho activo. En los tratados con remisiones amplísimas se requiere que sea una “renta/rendimiento”, sin exigir nexo alguno con un activo, de manera que solo restaría que fuera pagado por una entidad distribidora y que la renta estuviera sujeta al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones⁴⁹⁸.

Ahora bien, en la mayoría de los convenios se exige que la renta sea sometida al mismo régimen impositivo de las acciones, lo cual puede interpretarse, al menos, de dos formas: a) exclusivamente las rentas que de ordinario tienen el tratamiento tributario de dividendos porque así se califiquen de forma que debería preverse en las definiciones internas o b) las rentas que efectivamente reciben el tratamiento tributario de dividendos, que comprenden a las anteriores e incluso a las que sean objeto de recalificación o que por medio de técnicas presuntivas así se graven. Dado que la redacción del MOCODE exige que la renta sea “sujeta” por el Estado de residencia de la entidad distribidora, es posible afirmar que la segunda parece más apropiada cuando la recalificación se justifica en una determinación del nexo, que hemos dicho, depende del derecho interno y no está restringido por el CDI. Por consiguiente, dado que el efecto propio de la recalificación es precisamente someter al régimen fiscal de los dividendos a las otras rentas, es perfectamente posible afirmar que entrarían en la tercera

497 Podría decirse que un buen número de sentencias del Hoge Raad neerlandés son contrarias a esta afirmación, en tanto que han justificado que el tratado no permitiría ese gravamen si no se observara algún indicio de la voluntad de permitir expresamente las reatribuciones de rentas o recalificaciones de rendimientos. Sin embargo, como lo ha manifestado la doctrina, no queda claro qué precepto del tratado es el que lo restringe y como hemos dicho, el art. 10 no parece hacerlo. *Vid.*, con las sentencias ahí citadas, VAN WEEGUEL & DE BOER 2006: p. 360-362. ARNOLD & VAN WEEGUEL 2006: aptdo. 5.5.3.

498 Subraya la interpretación de estas variaciones HELMINEN 2010: p. 97-99.

parte de la definición sin mayores exigencias que las de ser un rendimiento de “otras participaciones sociales” –bajo el MCOEDE– o de ser “otros derechos” o simplemente una “renta” –en otros tipos de CDI–.

Con todo, a continuación se analiza el significado de renta/rendimiento y luego se estudiará la elasticidad que puede admitir la interpretación de esa relación de causalidad o nexo con las participaciones según los problemas que han supuesto aquellas operaciones en que resulta discutible si la renta deriva o no de la participación social. En concreto, se estudiarán las operaciones más comunes que dan lugar a pagos sustitutivos de dividendos, distribuciones ocultas de beneficios o a la realización del nivel del socio de los beneficios acumulados y reservas ocultas de la entidad distribuidora de dividendos.

B. RENTA/RENDIMIENTOS

I. EL CONCEPTO DE RENTA COMPRENDE LAS GANANCIAS DE CAPITAL

El concepto de “renta” no es unánime en el mundo, por más esfuerzos de economistas y teóricos que han querido justificar la necesidad de una definición apartada de la política⁴⁹⁹. Para construir el impuesto de renta, que es una de las finalidades de la elaboración de dicha definición, serán determinantes las valoraciones económicas, jurídicas, de política fiscal, sociológicas y de otro tipo que el legislador en cada Estado haga⁵⁰⁰. En el capítulo I, al revisar la historia de ese tributo en España, se anticipó que la renta se entendió en un comienzo como los ingresos periódicos que provienen de una fuente y, luego, como los incrementos netos de riqueza, de forma similar a la concepción del impuesto global de renta⁵⁰¹. Además, se expuso que los sistemas actúales, por más que le den preferencia a esta, mantienen referencias a las fuentes con el propósito de dar tratamientos diferenciados a ciertos elementos de renta. El mismo capítulo demostró ese régimen diferenciado respecto de los dividendos en el derecho interno, por mucho que esa categoría forme parte, junto a las ganancias patri-

499 ESSERS & RIJKERS 2005: preface. *Vid.* las críticas en GASSNER 2005: p. 33 y ss.

500 GASSNER 2005: p. 33 y ss.

501 Nos referimos a la teoría de la periodicidad o de la fuente de VON HERMANN y la de los incrementos netos de riqueza de VON SCHANZ. *Vid.* VON SCHANZ 1970: p. 155 y ss. Esta última teoría la corrige SIMONS 1970: p. 195 y ss., dando lugar al concepto de renta global.

moniales, de la base del ahorro⁵⁰², al tiempo que expuso cómo los CDI utilizan también la referencia a la fuente de la renta para definir dividendos. De esta forma, la fiscalidad internacional directa convive con dos concepciones de renta diversas que causan inconvenientes en la práctica como los que se expondrán en los siguientes apartados.

La construcción del MCOCDE supone problemas al determinar los límites entre y rentas las ganancias de capital *derivadas de la enajenación* de participaciones sociales (art. 13) y las *rentas de participaciones sociales* (art. 10.3), ya que debe afrontar la inexistencia de una definición de renta perfectamente aceptada en el ámbito internacional por la doctrina o el DIT. Las ganancias de capital en un sentido ordinario son un incremento en el patrimonio de una persona a causa de un ingreso no recurrente que no es parte del desarrollo normal de los negocios o inversiones. Desde un punto de vista teórico, las ganancias de capital son renta para la concepción de los incrementos netos de riqueza. Por el contrario, según los partidarios de la tesis de la fuente, no siempre las ganancias son renta, pues si se asoma el requisito de la periodicidad en la perspectiva del autor o del legislador del que se trate, la enajenación supone un ingreso no periódico y la desaparición de la fuente de renta⁵⁰³. Por esto, en los primeros impuestos reales sobre la renta las ganancias de capital no resultaban comprendidas en su hecho imponible. Ello explica, en buena medida, por qué los CDI inicialmente no incorporaron un artículo comprensivo específico para las ganancias de capital⁵⁰⁴ y solo hasta el Modelo de Londres se acogió una regla de similares características a la del MCOCDE más reciente.

Llama la atención que si bien la doctrina ha distinguido entre el concepto de *renta*, que sería amplio y comprensivo, y el *rendimiento*, que es un término

502 Como bien se sabe, en España las rentas la persona física se integran en la base imponible general y la base imponible del ahorro. En de esta se incluyen los rendimientos derivados de la participación en fondos propios de entidades, los de cesión a terceros de capitales propios (salvo los percibidos de entidades vinculadas cuando el capital cedido exceda el triple de fondos propios de la entidad prestataria que correspondan al porcentaje de participación del contribuyente), los rendimientos seguros de vida, capitalización y rentas temporales y vitalicia y las ganancias y pérdidas patrimoniales procedentes de la transmisión de bienes y derechos adquiridos o de mejoras realizadas, o de derechos de suscripción que correspondan a calores adquiridos con más de un año de antelación a la fecha de transmisión. La determinación de la base liquidable para cada una es distinta. *Vid.* art. 44 y ss. LIRPF.

503 VON SCHANZ 1970: p. 158 y ss.

504 AVERY JONES 2006: p. 250.

propio para determinar categorías o elementos de renta⁵⁰⁵, los CDI hacen un uso impreciso, si se compara con la evolución que el término ha tenido en la legislación española del género que incluye la renta ordinaria llamada “rendimiento” y extraordinaria llamada “ganancias patrimoniales”. El Modelo parece usar ambas palabras como sinónimos, quizá por razones de estilo; en todo caso, entendemos que por el reconocimiento de que su definición no puede darse sin alejarse de la concepción interna de los impuestos comprendidos en el ámbito objetivo del tratado (art. 2.º MCOCDE). De lo anterior se colige la imposibilidad de simplificar el problema de la distinción entre el artículo 10 y el 13 del MCOCDE, la cual indica que el primero solo comprende los “rendimientos” de las participaciones sociales y no las demás “rentas” –se incluyen en estas las ganancias de capital– de ellas.

El derecho comparado demuestra cómo la distinción entre renta y ganancias de capital es más compleja que la simplificación hecha atrás sobre las concepciones teóricas. Estas últimas son acogidas por parte de los Estados con diversos matices, con lo cual las afirmaciones generales hechas aquí deben entenderse para efectos didácticos. Para resolver casos concretos existen diversos factores por analizar que exceden el propósito de este apartado⁵⁰⁶. En efecto, los estudios doctrinales han concluido que si bien en casi todas las jurisdicciones es relevante distinguir entre renta ordinaria y ganancias de capital, lo cierto es que no hay reglas lógicas y sistemáticas para trazar la línea, de manera que habrá que analizar en cada supuesto y en cada legislación la calificación que procede⁵⁰⁷. Con esas observaciones, es posible afirmar que algunos países suelen sujetar las ganancias de capital (sean ordinarias o extraordinarias) a un impuesto independiente, o aunque lo graven como parte de la renta global, le asignan una base imponible menor o un tipo menor, o ambos. Otros, por el contrario, consideran las ganancias como beneficios empresariales cuando la determinación del IS se hace por referencia al resultado contable, mientras que otras jurisdicciones no gravan las ganancias de capital de las personas físicas⁵⁰⁸. Así se reconoce en los CMOCDE al indicar que algunos países consideran las ganancias como parte de la renta, mientras que en otros no ocurre lo mismo,

505 VON SCHANZ 1970: p. 157 y ss. Nota 13, en la que cita a WAGNER.

506 *Vid.* SIMONTACCHI 2007: p. 121 y ss.

507 NEEMAN 1976: p. 18 y ss.; OECD 1988: p. 121; párr. 1-4, art. 13, CMOCDE; SIMONTACCHI 2007: p. 121 y ss.

508 AVERY JONES *et al.* 2006: p. 249.

pues las ganancias tendrían como origen la enajenación de la fuente de renta y por ello son objeto de un impuesto diferenciado⁵⁰⁹. Por lo general, en ambos casos las ganancias suelen gravarse de forma más favorable a la renta ordinaria⁵¹⁰ y en ocasiones están exentas⁵¹¹.

Pues bien, según lo expuesto es evidente que la definición de ganancias de capital es relevante en el derecho interno en todos los casos en que la legislación incorpora un tratamiento fiscal analítico para ellas, lo que podrá ir desde la configuración de un impuesto independiente, hasta las meras diferencias en el tipo. Por el contrario, no será necesaria la definición cuando las ganancias de capital se definan y graven como renta ordinaria⁵¹². Cuando es relevante definir ganancias surge la dificultad para el derecho interno de distinguirlas de las rentas para aplicar el régimen fiscal correspondiente⁵¹³. Ese mismo problema se traslada a los CDI, donde las palabras “renta/rendimiento” y “ganancia” pueden definirse por remisión al derecho interno por medio del artículo 3.2 MCOCDE. Así, teniendo en cuenta que los tratados contienen una norma para la “renta/rendimiento” de las “participaciones sociales” y otra para las “ganancias” de las participaciones sociales, distinguir entre una y otra categoría es un asunto relevante⁵¹⁴.

El problema de la distinción entre dividendos y ganancias de capital no sería tan importante si el principio de simetría se guardara en el Modelo⁵¹⁵. Según el MCOCDE dichas ganancias se pueden gravar según el apartado 5 del artículo 13, es decir, como son “cualquier otro bien distinto de los mencionados en los apartados 1, 2, 3 y 4 [...]”, el Convenio indica que “[...] pueden someterse a imposición solo en el Estado contratante en que resida quien enajena”⁵¹⁶.

509 *Vid.* párr. 2, art. 13, MCOCDE.

510 Nos referimos no solo a las diferencias en el tipo impositivo y base imponible, sino también a las diferencias temporales, puesto que las ganancias en ciertos países se gravan solo al momento de “realización”. Párr. 6, art. 13, MCOCDE.

511 *Vid.* párr. 1, art. 13, MCOCDE.

512 SIMONTACCHI 2007: p. 122.

513 AULT & ARNOLD 2010: p. 237 y ss.

514 Sobre el particular, *vid.* VAN WEEGUEL 1998: p. 141-142; MAISTO & MALHERBE 2013: sec. 1 y ss.

515 Párr. 4, art. 13, MCOCDE. Sobre el desarrollo y estado actual de dicha simetría, *vid.* PIJL 2013: p. 3 y ss. Este autor critica la incorporación, en el año 2003, del apartado 4 al art. 13 MCOCDE.

516 Así el párr. 29 art. 13 MCOCDE indica que el “artículo no contiene reglas especiales para las ganancias resultantes de la enajenación de acciones de una sociedad (distinta de las de una sociedad, contempladas en el apartado 4) o de valores mobiliarios, bonos, obligaciones u otros

Por el contrario, los dividendos se pueden gravar limitadamente en la fuente. Ahora bien, cuando se acogen las cláusulas que otorgan el poder de gravar las ganancias de capital por la enajenación de acciones al Estado de residencia de la entidad distribuidora, como ocurre en el art. 13.5 del MCONU, la asimetría se atenúa hasta cierto grado⁵¹⁷. Solo cuando hay participaciones sustanciales

títulos. Tales ganancias solo pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del cedente”.

- 517 El art. 13.5 del MCONU es un buen ejemplo de esas cláusulas, pues señala: “Gains from the alienation of *shares* other than those mentioned in paragraph 4 representing a participation of ___ per cent (the percentage is to be established through bilateral negotiations) in a company which is a resident of the other Contracting State may be taxed in that State”. Destaca de esta norma que el Estado de la fuente (de la residencia de la entidad distribuidora) podría gravar ilimitadamente, mientras que el art. 10 de dicho modelo prevé una tributación limitada. El CDI España-Arabia Saudí 2008 excluye de esta regla a las que coticen en mercados de valores en alguno de los Estados contratantes. EL CDI España-Estados Unidos 2013 añade la exigencia de que “el perceptor de la ganancia de capital detentó [*sic*] durante el periodo de los doce meses precedentes a la enajenación una participación, directa o indirecta, de, al menos, el 25 por 100 del capital de dicha sociedad o persona jurídica”. Además, aclara que tales “ganancias de capital se considerarán obtenidas en ese otro Estado en la medida necesaria para evitar la doble imposición”. España-Corea 1994; España-Portugal 1995; España-Egipto 2006; Colombia-Chile 2010; Colombia-México 2013; Colombia-Canadá 2012; España-Francia 1997, con la particularidad siguiente: “Sin embargo, cuando las ganancias que se deriven de la enajenación por un residente de un Estado contratante, de acciones, participaciones u otros derechos que constituyan una participación sustancial en una sociedad que es un residente del otro Estado contratante sean objeto de un diferimiento impositivo en el primer Estado conforme a su legislación, en el marco de un régimen fiscal específico para sociedades de un mismo grupo o de una fusión, escisión, aportación de activos, o de un canje de acciones, estas ganancias solo pueden someterse a imposición en este primer Estado”. España-México 1994 en su Protocolo aclara: “8. a) En relación con el párrafo 3 del artículo 13, las ganancias en la enajenación de acciones de sociedades residentes en México se determinan sin incluir las aportaciones de capital efectuadas en el periodo de tenencia de las acciones y las utilidades generadas en ese mismo periodo por las que ya haya pagado el impuesto sobre la renta la sociedad emisora. b) El impuesto exigible con arreglo al párrafo 3 del artículo 13, en el Estado de residencia de la sociedad cuyas acciones se enajenan, no puede exceder del 25 por 100 de la ganancia imponible. c) Cuando con motivo de una reorganización de sociedades que sean propiedad de un mismo grupo de accionistas, un residente de un Estado contratante enajene bienes con motivo de una fusión o escisión de sociedades, o de un canje de acciones, se diferirá el reconocimiento de la ganancia derivada de la enajenación de dichos bienes para los efectos de los impuestos sobre la renta en el otro Estado contratante, hasta el momento que se efectúe una enajenación posterior que no cumpla con los requisitos que establece este párrafo para el diferimiento de la ganancia”. El Convenio entre Colombia y Chile de 2010, a pesar de contener una regla de este tipo, aclara que si la ganancia es obtenida por un fondo de pensiones, solo serán gravadas en su Estado de residencia. El CDI entre España y Estonia indica que “mientras sigan aplicándose las disposiciones contenidas

en el porcentaje pactado, se trate de sociedades cuyo capital se representa por acciones⁵¹⁸ y el Estado de la fuente (con los límites del CDI) grave con una misma tarifa a las ganancias y las rentas de participaciones sociales, habría simetría. Estos tres requisitos ya dan cuenta de que la asimetría se mantiene incluso en el MCONU para muchos supuestos. Y esas diferencias de tratamiento, que aparecen tanto en el MCOCDE como en el MCONU, parecen tener poco sentido frente a la perspectiva económica de la renta y valoración de las acciones, ya que las utilidades no distribuidas se reflejan en la valoración de las participaciones sociales, de manera que la enajenación o amortización (*redemption*) de tales activos y la liquidación de la entidad económicamente pueden ser sucedáneas de la distribución de dividendos⁵¹⁹ o, en algunos casos, constituir la realización de los beneficios acumulados⁵²⁰.

Pues bien, en los Comentarios al art. 13 MCOCDE se afirma que este precepto aplica a cualquier impuesto comprendido dentro el artículo 2.º que recaiga sobre las ganancias de capital⁵²¹ y sin que el convenio prejuzgue si el impuesto recae sobre tales ganancias o sobre la renta ordinaria. En ese sentido, el artículo de ganancias de capital se aplica sin que importe el tratamiento interno, siempre que se trate de una enajenación. Los CMOCDE dan a entender que, en atención a la simetría pretendida, no es relevante la distinción entre renta o beneficios y ganancias de capital, pues la residencia o la fuente, dependiendo del activo, gravará en cualquier caso⁵²². Según las mismas explicaciones, la definición de ganancias de capital no aparece en el CDI y depende del derecho interno, aunque

en la Ley del Impuesto sobre la Renta estonia (Tulumaksuseadus RT I 1999, 101, 903; 2000, 102, 667) relativas al tratamiento fiscal de las ganancias de capital derivadas de la transmisión de acciones, o de la liquidación de una sociedad residente en Estonia, o de la separación de un socio de dicha sociedad, se entenderá que dicha sociedad no ha sido sometida a imposición en virtud de la Ley del Impuesto sobre la Renta estonia”. Ello supone que no se aplicarán los beneficios de tratado por tales ganancias.

518 Nótese que puede haber diferencias entonces con las participaciones en entidades distribuidoras de dividendos definidas de conformidad con los artículos 10.3 y 3.1 y las participaciones tratadas en el artículo 13, ya que este suele incluir solo a las “acciones”.

519 POLITO 2012: p. 3-4. En esa línea SIMONTACCHI 2007: p. 136 señala que los dividendos pueden recaracterizarse como ganancias de capital cuando resulta más favorable fiscalmente, por medio de la recompra de participaciones de parte de la sociedad seguida de una amortización de ellas, aplicada de forma proporcional a los socios o accionistas.

520 HELMINEN 2010: p. 231.

521 *Vid.* párr. 3, art. 13, CMOCDE.

522 *Vid.* párr. 4, art. 13, CMOCDE.

comprende “las ganancias de capital resultantes de la venta o permuta de bienes, y también de una enajenación parcial, de la expropiación, *de las aportaciones a sociedades*, de la venta de derechos, de la donación e incluso de la transmisión mortis causa” (bastardilla fuera de texto)⁵²³. Los Comentarios también reconocen que las ganancias de capital en algunos Estados pueden surgir no solo por la enajenación, sino también por que las legislaciones internas pueden gravar las plusvalías no realizadas; en tales casos, se arguye también que dada la simetría no habría mayores problemas⁵²⁴, salvo que la base imponible fuera diferente⁵²⁵.

Evidentemente, hasta este punto el Modelo no ve el problema existente con el artículo de dividendos, donde hay una asimetría real, ya que las ganancias por la “enajenación” de las participaciones sociales dan lugar a una tributación exclusiva en la residencia por aplicación del artículo 13.5 MCOCDE, mientras que la renta “de” ellas se grava en la fuente de forma limitada según el artículo 10 MCOCDE. Sin embargo, los CMOCDE dan algunas luces de los límites entre ambos artículos. En primer lugar, el párr. 28 de los Comentarios al artículo 10 MCOCDE indica que las distribuciones de beneficios implícitas (acciones gratuitas, bonos, beneficios de liquidación y distribuciones encubiertas), es decir, las que mercantilmente no se consideran dividendos, pero económicamente generan un efecto similar, se considerarán dividendos siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) que las prestaciones procedan de beneficios del ejercicio o de ejercicios anteriores acumulados;
- b) que el Estado de residencia de la entidad distribuidora grave dichos beneficios como dividendos.

Pues bien, las dos condiciones que se describen en los Comentarios al artículo 10 se repiten en el párr. 31 de los CMOCDE al artículo 13.5, que señala:

Si un accionista vende sus acciones a la sociedad emisora en el momento de la liquidación de esta o de la reducción de su capital social, la diferencia entre el precio de venta y el valor nominal de las acciones puede ser tratada, en el Estado

523 *Vid.* párr. 3, art. 13, CMOCDE. No deja de parecer paradójico que los comentarios mantengan la idea de que la remisión es amplia y luego den una definición restrictiva.

524 *Vid.* párr. 7-9, art. 13, MCOCDE

525 *Vid.* párr. 13 y ss. art. 13 MCOCDE

de residencia de la sociedad, como distribución de beneficios acumulados, y no como ganancias de capital. El artículo no se opone a que el Estado de residencia de la sociedad grave tales distribuciones a las tasas previstas en el artículo 10; tal imposición es admisible ya que dicha diferencia está comprendida en la definición del término “dividendos” contenida en el apartado 3 del artículo 10, tal y como se interpreta en el párrafo 28 de los Comentarios que se refieren a ella.

De esta forma, el Comentario reconoce una prevalencia del artículo 10 sobre el 13 del MCOCDE, en el sentido de que si una ganancia es gravada como dividendos por el Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos, el artículo 13 no es aplicable. En términos generales esto es comprensible, puesto que se trata de beneficios no distribuidos cuya realización por medio de la enajenación puede ser sucedánea a los dividendos; de ahí que si el Estado de la residencia de la entidad distribuidora con objeto de evitar supuestos de elusión decide gravar esas rentas como dividendos según su derecho interno, el CDI debe mantener esa calificación.

Una tercera condición mencionada por los Comentarios, y que se liga a la primera, es que “normalmente” las distribuciones hechas por la sociedad no deben reducir la importancia de los derechos de los socios, “por ejemplo, no serían dividendos los pagos que constituyen un reembolso del capital, cualquiera que sea la forma que adopten”⁵²⁶. Sin embargo, la redacción del Comentario utiliza la palabra “normalmente”, que tal como lo refiere Helminen, no ofrece la claridad deseada puesto que significaría que ello puede ser así, pero en ocasiones no. De esta forma, se podría sostener que la devolución del capital a los socios tendrá la calificación de dividendo si el Estado de la fuente así lo considera. En opinión de la citada autora, la devolución del capital no es renta de las acciones porque no se hace en razón a la posición de accionista del receptor, sino por dejar su condición⁵²⁷. En todo caso, la devolución del capital comprende el valor del capital suscrito y pagado, mas no el monto que los exceda, pues ese remanente podría ser definido como dividendos por un Estado, pues se trata de beneficios acumulados o reservas ocultas. De tal forma, las devoluciones del capital no son consideradas por lo general como renta o ganancia por los Estados, pues no son ingresos susceptibles de enriquecer, y eso es lo que atizan los Comentarios, no en la condición de accionista que defiende la autora.

526 Párr. 28, art. 10, CMOCDE.

527 HELMINEN 2010: p. 232.

A pesar de lo dicho por los Comentarios, bajo la simple redacción del Modelo y de aquellos convenios cuya remisión se redacta indicando que los rendimientos deben ser “de” “otros derechos” o “de” “otras participaciones”, la duda que permanece es si la renta debe provenir de las participaciones sociales como un “fruto” y no de la enajenación del “árbol”, problema además relevante para las simples ventas de participaciones exceden el alcance de las explicaciones de la OCDE. Según Vogel, “las ganancias de la enajenación de las participaciones sociales, incluso cuando la sociedad haya acumulado beneficios que el accionista causa por medio de esa enajenación se encuadra dentro [*sic*] del art. 13, en vez del art. 10”⁵²⁸. Además, ni la devolución del capital suscrito causada por la reducción del capital social ni las ganancias por la enajenación de cupones de dividendos sin la enajenación de la acción son consideradas por ese autor como dividendos para efectos del CDI. Fundamentalmente, el doctrinante alemán se apoya en que la renta no es “de” una participación social en el sentido de ser pagada por la condición de accionista, sino por dejar de tener esa condición⁵²⁹. Obviamente la interpretación de Vogel se enmarca en la redacción del MCOCDE, y el problema no se presenta en aquellos CDI que, como los que obedecen al MCEUA, contienen una remisión amplísima y comprenden todo lo que esté sujeto al mismo tratamiento fiscal que las rentas de las acciones.

En una nueva oportunidad el problema de la calificación deriva del término “participaciones sociales” utilizado en la remisión al derecho interno de la definición del art. 10.3 del MCOCDE, ya que llevaría a que algunos entendieran que los rendimientos de los activos se gravan como dividendos, pero no el ingreso de la venta del activo mismo. Por ello, el MCEUA es mucho más adecuado para evitar los conflictos y dar seguridad jurídica, pues tal como reconocen las explicaciones técnicas, la remisión amplísima al derecho interno incluye los montos tratados como dividendos bajo el derecho estadounidense por la venta o amortización de acciones o por la transferencia de acciones en una reorganización⁵³⁰, sin excluir a la parte del capital aportado⁵³¹. En cualquier caso,

528 VOGEL 1997: art. 10, párr. 9a.

529 VOGEL 1997: art. 10, párr. 9a y 202.

530 “[...] In the case of the United States the term dividend includes amounts treated as a dividend under U.S. law upon the sale or redemption of shares or upon a transfer of shares in a reorganization [...]”. Comentarios al art. 10.5 de las *Technical Explanation*, MCEUA 2006: párr. 166.

531 HELMINEN 2010: p. 232.

el MCEUA evita señalar que deben ser “rentas de” para evitar la discusión que podría plantearse si se interpretaran estas dos palabras de forma restrictiva⁵³².

Con todo lo dicho, es dable concluir que el término “renta/rendimiento” utilizado en el artículo 10 MCOCDE no excluye los ingresos obtenidos por la enajenación de la participación. Por ello, el Estado de la fuente puede otorgarles un tratamiento neutral a los dividendos de las distribuciones implícitas de beneficios. Sin embargo, la relación de accionista como causa de los dividendos, según algunos autores, sí supone una restricción; ella derivaría de la preposición “de” y del propio concepto de “participaciones sociales”, pero no de la palabra “renta/rendimiento”, que como se ha dicho, es suficientemente amplia. Sin embargo, en realidad la palabra “de” no debería tener un significado tan restrictivo para incluir solo los rendimientos y excluir las ganancias, así que el problema es la expresión participaciones sociales⁵³³.

2. ES NECESARIO CALIFICAR LA PALABRA “RENTA/ RENDIMIENTOS” CON LA *LEX FORI*

De acuerdo con Vogel⁵³⁴, la exigencia de ser “rentas/rendimientos”⁵³⁵ prevista en la definición de dividendos no admite, en su interpretación literal, la posibilidad de comprender los dividendos implícitos o los derivados de la liquidación u otros tipos distintos de las distribuciones ordinarias de beneficios. Por ello, sugiere el empleo de las palabras ingresos o recibos (*receipts*). Sin embargo, entiende que la interpretación sistemática del apartado tercero del art. 10 permite inferir que la legislación del Estado de la fuente puede determinar el significado de los términos no definidos por el CDI. Así, conforme al párr. 28 del MCOCDE, podría incluir “otros beneficios valorables en dinero, tales como acciones gratuitas, bonos, beneficios de liquidación y distribuciones encubiertas de beneficios [...]”, siempre que dicho Estado así los gravare. Ello lleva a que el citado autor afirme que los términos “rentas” o “rendimientos” utilizados

532 Eliminación que es seguida también por la práctica convencional japonesa y la australiana. *Vid.* HARRIS 2014: aptdo. 5.1.2.5.6.

533 En la misma línea el International Tax Group señala que considerar las ganancias de la liquidación como dividendos según el art. 10.3 sería no darle contenido a la palabra “de”, aunque reconoce que sería una lectura muy restrictiva para aplicar en un tratado. AVERY JONES *et al.* 2009: p. 28.

534 VOGEL 1997: párr. 186 art. 10.

535 Según la traducción que se adopte.

en la parte autónoma (*i. e.*, la primera y segunda partes) y la remisión (*i. e.*, la tercera parte) del art. 10.3 MCOCDE deban ser determinados por exclusiva referencia a la legislación del Estado de la fuente⁵³⁶. A la misma conclusión llega Helminen, que indica que si bien sería claro que la palabra “renta” utilizada en la tercera parte de la definición debería calificarse conforme a la legislación del Estado de la fuente de los dividendos, respecto del uso que el mismo vocablo tiene en las partes autónomas de la definición es posible aplicar el artículo 3.2 MCOCDE, de forma que se entienda que el contexto requiere una calificación conforme al Estado de la fuente⁵³⁷.

Sin embargo, lo sostenido por Vogel y Helminen con uno u otro fundamento debe matizarse, pues por un lado la definición también es aplicada por el Estado de la residencia cuando considera gravable, para uno de sus residentes, un elemento de renta derivado de una participación social. Es el caso de las normas de transparencia fiscal internacional, las cuales suponen que ciertas rentas que para efectos convencionales derivan de una participación social sean gravables en el Estado de residencia de los socios, a pesar de que en la fuente no haya habido “renta”. Si se partiera de la posición de Vogel en torno al concepto de “renta”, no habría forma de admitir la tesis según la cual las normas de CFC son dividendos, lo que podría dar lugar a doble imposición. Aunque Helminen salve esta contradicción indicando que en el caso de las normas de transparencia fiscal el Estado de residencia de la controlante es el que aplica el tratado, esto es parcialmente cierto, pues en el año de la distribución serán los dos Estados los que ya hayan aplicado el CDI. Por ello, los términos “rentas/rendimientos” son la forma de ejercitar el poder tributario, y vincular siempre al Estado de la residencia al concepto otorgado por la fuente solo podría dar lugar a resultados ilógicos. Más aún, el artículo 2.º del Modelo incorpora una definición del ámbito objetivo de aplicación del Convenio que permite afirmar que cuando se habla de “renta/rendimiento” en los artículos distributivos se hace referencia a la concepción dada por los derechos internos de los Estados contratantes en los impuestos comprendidos.

Wattel y Marres⁵³⁸ argumentan que la palabra “pagados” utilizada en los artículos 10.1 y 10.2 MCOCDE no admite a las *rentas ficticias*, en la medida en que su establecimiento en el derecho interno supone una vulneración al principio

536 VOGEL 1997: párr. 186, art. 10.

537 HELMINEN 2010: p. 146.

538 WATTEL & MARRES 2003: p. 69 y ss.

de buena fe que restringiría la remisión del art. 3.2. MCOCDE respecto de los términos no definidos. Lo anterior salvo que: 1) el derecho interno contenga la ficción antes de la negociación de los CDI, aunque el otro Estado contratante pudo haberlo tenido en cuenta para valorar sus intereses; 2) ambos Estados contengan la misma ficción y por tanto se pueda afirmar que la remisión se aplica de forma recíproca; o 3) exista un acuerdo amistoso publicado que cumpla con los requerimientos constitucionales y de derecho internacional público que permita verlo como un medio suplementario del tratado. Sin embargo, la existencia de *treaty dodging* es de compleja prueba, y sus efectos en derecho internacional son en la práctica inocuos. Por ello, en la práctica se admiten varias rentas ficticias y lo procedente es determinar su calificación dentro de las reglas del CDI para fijar las de reparto aplicables y eliminar la doble imposición. Además, el artículo 3.2 permite la remisión al derecho interno también para comprender las rentas ficticias, siempre que se enmarquen en el contexto y literalidad de las reglas distributivas⁵³⁹.

Así, por ejemplo, es interesante analizar una norma *market to market* que considera como renta ficticia asimilada a los réditos de las acciones de una filial un monto calculado sobre un porcentaje del valor de las acciones. Así, aun cuando no hay distribución de beneficios, económicamente pueda darse un aumento del valor de las acciones que la legislación tributaria busca gravar por medio de la técnica de considerar como una suerte de dividendos una parte del valor de las participaciones sociales. De tal forma, para efectos del impuesto de los accionistas neerlandeses en entidades no residentes controladas, habrá un dividendo ficticio, a pesar de que en el otro Estado contratante no haya “rentas pagadas”. En la lógica de Wattel y Marres, al analizar una norma neerlandesa de *market to market*, la renta ficticia se calificaría como “otras rentas”, y según el artículo 21 MCOCDE se sujetan de forma exclusiva en la residencia⁵⁴⁰.

539 DE PIETRO 2014: p. 216.

540 WATTEL & MARRES 2003: p. 75. Una norma similar en el caso español es el art. 95.1 LIRPF, que entiende percibidos los dividendos de las instituciones de inversión colectiva constituidas en paraísos fiscales, en un monto estimado que resulta de la diferencia entre el valor de adquisición y el valor liquidativo de la participación al cierre del periodo impositivo, haya o no distribución efectiva, y se presume en efecto que representará el 15% del valor de adquisición. Esta será una renta ficta que seguramente en la legislación del Estado de la fuente grava como las rentas de las acciones, lo cual obligaría a España a calificar el rendimiento dentro del artículo de dividendos del tratado y, en consecuencia, a garantizarle el régimen fiscal convencional para esas rentas, a pesar de que España no considere que existe renta para el perceptor con el he-

Aunque dicha afirmación puede encajar perfectamente en el derecho de ese país y, según se entiende, la doble imposición se atenúa mediante el método de un crédito fiscal indirecto ficticio⁵⁴¹, para exponer nuestro argumento podría suponerse que cuando exista la distribución efectiva de dividendos y la acción pierda valor se produce una doble imposición contraria al CDI. Ello llevaría entonces a la pregunta de si el impuesto pagado en la fuente por los dividendos, y por la sociedad, suponiendo que se pacta el crédito indirecto, puede ser acreditado en su totalidad –y no la parte ficta– en el Estado de la residencia para afectar a periodos impositivos anteriores⁵⁴². Es más, si los dividendos son fictamente considerados renta en el Estado de la residencia en el año 1, y en el año 2 son realmente pagados y gravados en el Estado de la fuente de forma limitada, y luego el otro Estado los considera parte de la renta global de sus residentes, habría una triple imposición. Ahora, en el derecho neerlandés la imposición de los dividendos ficticios da derecho a un crédito igualmente ficticio, pero podría ocurrir que según el Convenio deban ser declarados exentos, pues son rentas de las acciones y demás participaciones contenidas en el artículo de dividendos del tratado. Si se acepta que las rentas fictas son “otras rentas” que según el art. 21 MCOCDE se gravan de forma exclusiva en la residencia, nada impediría volver lo real ficto siempre que conviniera, y por esa vía desconocer las obligaciones convencionales. En efecto el Hoge Raad ha entendido que el régimen de *Box 3 System* según el cual los accionistas de portafolio en ciertas condiciones obtienen dividendos ficticios, independientemente de la distribución real, se encuentra permitido por la norma equivalente al art. 10.1 del CDI, lo que implica su calificación como dividendo⁵⁴³.

cho de la distribución. Sin embargo, este problema en España es meramente teórico y de nula relevancia práctica, puesto que si existe un CDI con cláusula de intercambio de información, la jurisdicción no será considerada un paraíso fiscal.

541 BOER & BOULOGNE 2012: p. 827-830.

542 Esta es la misma discusión que se analiza en la entidad distribuidora de dividendos en torno a la exigencia impuesta por el artículo 23 MCOCDE de eliminar la doble imposición en periodos posteriores al del causación del ingreso.

543 *Vid.* HARRIS 2014: aptdo.: 2.1.2.3.1. Una norma similar en el caso español es el art. 95 bis de la nueva LIRPF, en la que se prevé que aflore una ganancia patrimonial por el cambio de residencia de la persona física, que deriva de las participaciones en entidades que se hayan poseído por al menos 10 de los 15 periodos impositivos anteriores y se reúnan las demás condiciones. Como se observa en este caso, España como jurisdicción de residencia considera ficta una ganancia patrimonial que se compone de beneficios acumulados en la entidad que seguramente serán tratados como rentas de las acciones según el Estado de la residencia de la entidad si hubiese

Por tanto, resulta más acorde a las finalidades de los CDI entender que las palabras “rentas” y “pagados” contenidas en el artículo 10 MCOEDE siguen el criterio de calificación de la *lex fori*, es decir, la ley del Estado que aplica la norma. Aceptar de antemano esta posición evita hacer un sinnúmero de excepciones y matizaciones sobre la existencia de un significado autónomo de “renta/rendimientos” y la delimitación de quién y en qué casos aplica el tratado⁵⁴⁴. Además, la palabra “renta” prevista en el CDI tampoco restringe a la legislación interna de considerar como tal los pagos en especie⁵⁴⁵ o las distribuciones encubiertas de beneficios hechos por una entidad con *societatis causa* a un socio o accionista. Lo que habría que aclarar en todo caso es que cuando el Estado de residencia de la entidad distribuidora considere que hay “renta” derivada de una participación mencionada en el art. 10.3, el Estado de la residencia no podría alegar su legislación interna ni la existencia de un concepto autónomo de “ganancias” en el art. 13 MCOEDE para no aplicar el régimen de los dividendos previsto en el tratado. Cabe advertir que a causa de las dificultades que supone la palabra “renta”, y aunque se puedan sortear por vía hermenéutica, en la práctica es reemplazada en los CDI por otros vocablos más amplios como “ingresos”⁵⁴⁶, “elementos”⁵⁴⁷ o “ítems”, “montos”⁵⁴⁸ y similares.

Respecto al término “renta”, la frase “pagados a” ha sido discutida en términos semejantes, puesto que si bien tiene un significado muy amplio, los Comentarios sugieren que se interprete de acuerdo con la naturaleza jurídico-

una efectiva distribución, por lo que cabe concluir que a efectos convencionales esta renta sería calificada dentro del art. 10 del MCOEDE en la parte que se consideraría dividendos en la fuente. Por consiguiente, España debe garantizar el régimen fiscal de los dividendos según sea previsto por el CDI aplicable y sin perjuicio de que por otras razones el *exit tax* resulte contrario a los CDI. La calificación de los rendimientos que surgen en virtud de una norma de *exit tax* son calificadas generalmente como ganancias de capital, en el caso de participaciones en sociedades, bajo el párrafo 5 del art. 13, e incluso hay quienes consideran que son “otras rentas” del art. 21 o que simplemente el CDI no permite esta imposición por darse un fraude del tratado de parte del Estado que aplicaba el impuesto de salida. ZORNOZA 2013: p. 19 y ss.; RIBES RIBES 2014: p. 258 y ss.

544 Como ocurre con: HELMINEN 2010: p. 137, 145 y 146.

545 VOGEL 1997: párr. 202, art. 10. Ello se presenta por ejemplo cuando se ofrecen como distribución de beneficios el pago con bienes y servicios a cargo de la entidad distribuidora, como lo sería el “derecho a usar un apartamento de vacaciones”.

546 VOGEL 1997: párr. 186 art. 10.

547 CDI España-Reino Unido 2014.

548 HATTINGH 2009: p. 518.

mercantil, según la cual consiste en el hecho de “ejecutar la obligación de poner los fondos a disposición del accionista en la forma prevista por el contrato o los usos”⁵⁴⁹. No obstante, si uno de los Estados contratantes adopta un concepto de renta que va más allá del referido significado jurídico-privado de “pagados a”, no tendría sentido restringir la aplicación del tratado, ya que bien se sabe que se trató de palabras que no tuvieron una mayor discusión ni análisis en los trabajos de la OCDE. En efecto, el MCOCDE 2014 ha decidido eliminar su referencia, al menos respecto de las obligaciones que recaen en el Estado de la fuente, modificando el art. 10.2 para salvar dudas interpretativas, pues ya era posible justificar que “pagados a” y “pagados por” tienen una definición muy amplia, o que debían calificarse con fundamento en la legislación del Estado que aplicara el tratado. En la versión anterior, la frase “dichos dividendos” utilizada en el inciso 1.º para efectos de ratificar la potestad del Estado de residencia traía al segundo (concerniente a los límites del Estado de la fuente) la exigencia de bilateralidad (pagados a un residente del Estado de residencia y pagados por un residente del Estado de la fuente). El Modelo más reciente decide eliminar tal requisito, de forma que los dividendos solo deben ser “pagados por” la entidad distribuidora al beneficiario efectivo de la renta cuando se pretende limitar la imposición en el Estado F.

C. LA TRANSFERENCIA ECONÓMICA DE BENEFICIOS

Existen varias formas de transferir económicamente los beneficios de la entidad a los socios sin generar dividendos desde un punto de vista mercantil estricto. Piénsese en todos los beneficios que puede recibir un socio por su condición, como las primas de asistencia a juntas, servicios de la sociedad, descuentos, la compra de los derechos de suscripción de parte de la propia entidad o la compra de las acciones propias. Muchos de estos supuestos son incluidos por las legislaciones fiscales internas en las rentas que reciben el régimen fiscal de las acciones y plantean la cuestión de su calificación como dividendos para efectos de los CDI. A continuación se estudian las dos formas de transferencia de beneficios de la entidad distribuidora que plantean más dificultades.

549 Párr. 7, art. 10.3 de los CMOCDE.

I. PAGOS A EMPRESAS ASOCIADAS: AJUSTE SECUNDARIO Y DIVIDENDOS IMPLÍCITOS

Es indudable la relación entre el concepto de dividendo y las normas de valoración, en especial, pero no exclusivamente, las de precios de transferencia entre empresas asociadas, puesto que ambas instituciones buscan ratificar la independencia económica de una entidad respecto de sus socios, partícipes o accionistas. Por ello, no es coincidencia que el art. 9.º del MCOEDE encuentre su origen en el art. IV del CDI entre Francia y los Estados Unidos de 1932, que buscaba solucionar la práctica francesa de la época, consistente en gravar los dividendos distribuidos por las sociedades estadounidenses que tuviesen filiales francesas cuando existía evasión de los impuestos galos. Según lo documenta Carroll, en la negociación del tratado entre los citados países, el representante francés explicó que ello podía ocurrir toda vez que la matriz estadounidense vendiera productos a su filial francesa a un precio muy alto que no permitiera que esta última entidad obtuviera beneficios sobre la reventa en Francia. Para evitar el gravamen de los dividendos de las empresas no residentes en Francia, práctica que el país estadounidense consideraba como un supuesto de extraterritorialidad inadmisibles, se propone permitirle a Francia realizar ajustes a la base imponible de la empresa francesa⁵⁵⁰.

Pues bien, las relaciones entre una entidad y sus empresas asociadas son del más variado carácter, en especial porque su organización permite establecer economías de escala y especializaciones, que al final llevan a un entramado contractual de diversas tipologías. Se crean así relaciones de carácter financiero o comercial de cualquier tipo. Antes de dejar de lado las de carácter financiero, que ya se mencionaron en el apartado segundo de este capítulo, es importante señalar que la financiación de empresas que tienen la condición de asociadas o vinculadas es diferente de la que realizarían partes independientes. Económicamente lo más racional será brindar la financiación de la forma más eficiente

550 CARROLL 1978: p. 38. *Cfr.* BULLEN 2011: p. 90-91. El art. IV del CDI entre Francia y los Estados Unidos indica: “When an American enterprise, by reason of its participation in the management or capital of a French enterprise, makes or imposes on the latter, in their commercial or financial relations, conditions different from those which would be made with a third enterprise, any profits which should normally have appeared in the balance sheet of the French enterprise, but which have been, in this manner diverted to the American enterprise, are.... incorporated in the taxable profits of the French enterprise”. Nótese que se habla de “empresas” de uno u otro país y no de “sociedades residentes”.

posible, lo que puede suponer un nivel de endeudamiento excesivo, en especial porque los derechos de voto y la limitación de la responsabilidad son factores que pierden relevancia en operaciones vinculadas. En efecto, en algunos países la matriz es responsable por las deudas de sus filiales y el pago de las acreencias de estas con aquella se ve sometido a una subordinación respecto de otros créditos en caso de concurso o insolvencia. En esas circunstancias, el riesgo que envuelve cada categoría de financiación resulta equivalente. Además, los derechos políticos que se esperarían de una participación en el capital y, de los cuales carecería el endeudamiento, resultan irrelevantes, pues se supone que las empresas están asociadas y existe un cierto nivel de “control” común.

En cuanto a las operaciones comerciales, tales como las transferencias de bienes tangibles o intangibles o la prestación de servicios, se sabe que generan pagos en virtud de contratos creados para desarrollar la actividad económica de la empresa que no tienen *societatis causa*, a pesar de que se celebren con empresas asociadas. Sin embargo, si sus condiciones se alejan de lo que habrían pactado partes independientes, la causa social podría determinarse de manera que el exceso del precio de mercado se considere una distribución de utilidades. En palabras de la profesora Victoria Combarros en su libro, que constituye ya un clásico en la materia:

Jurídicamente cada sociedad es independiente de las demás, titular de su propio patrimonio y de sus beneficios. Esta independencia de las esferas patrimoniales de cada una de las sociedades tiene como resultado que los beneficios que una de ellas transfiera a las restantes pasen a tener la consideración de reparto de beneficios que, por un lado, habrán tributado en la sociedad generadora de los mismos y, por otro deberán tributar en la sociedad perceptora, sin perjuicio de las reglas sobre la doble imposición de dividendos. Ahora bien, esta doble imposición podría evitarse mediante la traslación de beneficios, no por medio de un reparto de dividendos conforme al derecho societario, sino por la vía de intercambio en los que no existe una equivalencia entre prestación y contraprestación⁵⁵¹. [De tal forma, según los partidarios de la teoría de la realidad] el supuesto de hecho del reparto oculto no viene constituido por la existencia de un contrato de cambio, sino por un negocio mixto, en el que, en efecto, una parte de la prestación responde a un negocio obligacional (contrato de venta, por ejemplo), pero por otra parte tiene su causa en las relaciones de derecho societario (*causa societatis*), porque la ventaja

551 COMBARROS VILLANUEVA 1988: p. 22.

que el socio obtiene de la sociedad la obtiene precisamente en consideración a su cualidad de socio⁵⁵².

El Comité de la OCDE encargado de revisar la definición de dividendos en 1973 parece haber partido de las mismas premisas al reconocer:

13. Para que un pago encuadre en la definición de dividendos se requiere que sea hecho en relación con la propiedad en una sociedad. Tal propiedad existe cuando da a sus dueños los derechos de un miembro de la sociedad. En consecuencia, los pagos hechos en virtud de otras relaciones legales, y, en particular, los pagos debidos en virtud de otras relaciones legales, y, en especial, de préstamos o contratos de licencia, no son dividendos. Fuera de los casos referidos en los artículos 9.º, 11 parágrafo 6, y 12 parágrafo 4, los intereses, regalías y otros pagos no pueden ser considerados como dividendos dentro del significado de la definición [convencional]⁵⁵³.

Pues bien, las operaciones intragrupo pueden generar un traslado de bases imponibles de una entidad a otra y, si se trata de operaciones internacionales, habrá erosión de la base imponible del Estado de residencia de la entidad distribuidora (ERED) y el fortalecimiento de la base imponible de la jurisdicción de la entidad matriz (ERM). En la medida en que por medio de los precios de transferencia una filial encubra distribuciones de beneficios a los socios, por ejemplo, vendiendo a un precio inferior al de mercado o comprando a un precio superior al que habrían pactado partes independientes, es posible que el Estado de residencia de la entidad distribuidora considere que deben practicarse ajustes conforme al principio de plena competencia, puesto que el legislador seguramente ha considerado necesario determinar “la renta de la sociedad prescindiendo de las minoraciones que la misma experimente a consecuencia de las especiales relaciones de su titular con otras sociedades o sus socios”⁵⁵⁴. En el primer ejemplo, aumentará los beneficios de la filial y, en el segundo, impedirá

552 COMBARROS VILLANUEVA 1988: p. 30; ESTEVE PARDO 1996: p. 31-37; BAGO ORIA 2010: p. 40-55; DAVIES 1997: p. 281-295.

553 CFA/WPI(73)2

554 COMBARROS VILLANUEVA 1988: p. 25. La autora señala el problema que supone la caracterización del ajuste primario, ya que se ha considerado una ficción, una sanción unilateral, una valoración jurídica de los hechos producidos en la realidad y un presupuesto de hecho sustitutivo (*i. e.*, una norma especial *antielusión*).

la deducibilidad del exceso. Estos son los denominados ajustes primarios, y se permiten expresamente en el art. 9.1 del MCOCDE⁵⁵⁵.

Puesto que el ajuste en un Estado supondrá doble imposición mientras no se corrijan los beneficios de la otra empresa asociada, las legislaciones internas e incluso el art. 9.2 del MCOCDE permiten los ajustes correlativos, que consisten en que el ERM realiza modificaciones a la base imponible de la matriz que resultan simétricas con el ajuste primario hecho por el ERED a la filial⁵⁵⁶. Sin embargo, el ajuste correlativo no es obligatorio según el citado apartado segundo del art. 9.^o⁵⁵⁷, por lo cual la solución a las controversias podría encontrarse en el procedimiento amistoso previsto en el art. 25, al que, por cierto, se puede acceder para discutir dichos ajustes aun si no existe el citado apartado y que de todas formas no obliga a llegar a un acuerdo. En definitiva, parece que el apartado segundo del art. 9.^o no tiene un mandato jurídico concreto, *ergo* su utilidad es, cuanto menos, cuestionable⁵⁵⁸.

Ahora bien, dado que existe una diferencia contable entre el monto pagado o recibido por la matriz, según el caso, y lo aceptado como gasto o ingreso en la base imponible de la entidad distribuidora, puede ocurrir que la matriz acuerde realizar devoluciones o compensaciones voluntarias (*set offs*) o ajustes compensatorios (*compensating adjustments*) permitidos por la legislación interna⁵⁵⁹.

555 El CDI España-Bulgaria 1991 no contiene el art. 9.^o, pero en su Protocolo indica que los Estados pueden aplicar sus normas de Previos de Transferencia y si surgiere alguna controversia, deberán resolverla mediante el procedimiento amistoso.

556 En algunos casos los CDI no adoptan el apartado segundo del artículo, que contiene el ajuste correlativo. Por ejemplo, España-Brasil 1975, España-India 1995, España-Indonesia 2000, España-Italia 1980, España-Japón 1974, España-México 1994, España-Noruega 2001, España-Tailandia 1998 y España-Túnez 1987. Algunos indican que el apartado segundo “no será aplicable en caso de fraude o incumplimiento intencionado”, de forma similar al apartado 3 del artículo 9.^o del MCONU. Los CDI que incluyen esta última regla exacerban el debate en torno a la consideración del principio de plena competencia (*arm's lenght*) como una regla meramente cuantificadora o una verdadera norma de calificación, lo que en términos prácticos significa que si el ajuste es meramente de valoración sin que se pruebe la artificiosidad, procederá el ajuste correlativo.

557 Eso queda perfectamente claro en el párr. 6 de los párr. al art. 10 MCOCDE al indicar que “solo se practicará el ajuste si el Estado B considera que la cifra de beneficios rectificadas refleja correctamente la que se habría obtenido si las operaciones se hubiesen realizado en condiciones de total independencia”.

558 Sobre los tipos de ajuste y sus definiciones: OECD 2010b: glossary, párr. 4.66 y ss.; PETERSON & HORNER 1996: p. 3-14.

559 OECD 2010b: p. 4.72; PETERSON & HORNER 1996: p. 3-14.

Aunque algunos Estados consideran no sujetos a imposición los ajustes compensatorios, otros, por el contrario, no los regulan, de manera que en este caso habría que calificar y asignar un tratamiento tributario a la devolución del exceso. Ello puede plantear problemas, pues una jurisdicción podría no admitir la reducción de la base imponible de su residente, iniciando incluso una nueva cuestión de precios de transferencia. También podría ocurrir que el valor de un ajuste compensatorio hecho por la filial a la matriz consistiera en la mera devolución del exceso en un precio de transferencia, pero al representar un pago a los titulares de las participaciones sociales, alguno de los Estados podría entender que son dividendos⁵⁶⁰. Como resultado de una compensación voluntaria, las partes podrían reconocer que en realidad los excesos de activos derivados de un ajuste primario de precios de transferencia entre la sociedad y sus socios son dividendos. Siempre y cuando eso se permita por la legislación del Estado de la fuente, se deberá practicar la retención por los dividendos, y el otro Estado ha de respetar la calificación del Estado de la fuente, siempre que esté de acuerdo con los ajustes⁵⁶¹.

La reclasificación de la renta de parte de la Administración es otro tipo de ajuste que puede proceder. En esta se admite que una de las empresas debe aumentar los beneficios por el ajuste primario, pero se reconoce que en realidad parte de los beneficios permanecen siendo activos de la otra entidad y por tanto, debe dárseles una causa diferente. Así sucederá cuando la legislación interna contenga una definición amplia de dividendos, una norma de ajustes secundarios o aplique una norma o doctrina antiabuso. El ajuste secundario es precisamente una recalificación que consiste en declarar ficta una segunda transacción entre las partes para así equilibrar la realidad de los flujos de activos con el ajuste primario. Existen tres tipos de ficciones principales en razón al tipo de operación secundaria declarada: a) un aporte de capital, b) un préstamo⁵⁶² o c) un dividendo⁵⁶³. Centrándose en estos últimos, y para efectos del ejemplo que se viene utilizando, la diferencia entre el ajuste primario y el precio pagado

560 HELMINEN 2010: p. 152.

561 OECD 2010b: 4.72. “La repatriación podría efectuarse, bien constituyendo una cuenta por cobrar, o reclasificando otras transferencias, por ejemplo los pagos de dividendos cuando el ajuste se efectúa entre una sociedad matriz y su filial, como el pago de un precio de transferencia adicional (cuando el precio inicial fuese demasiado bajo) o como el reembolso de una parte del precio de transferencia (cuando el precio inicial fuese demasiado elevado)”.

562 OECD 2010b: párr. 4.67.

563 *Vid.* OECD 2010b: párr. 4.66; PETERSON & HORNER 1996: p. 14-18.

o recibido por las transferencias a la matriz se podría calificar como dividendos en el ERED. Pero además, el ERM podría también aplicar un ajuste secundario, no necesariamente calificando el exceso como dividendos, pero reconociendo el ajuste primario efectuado por el otro Estado. Así, un mismo supuesto –el exceso derivado del ajuste primario– podría calificarse ficticiamente de forma idéntica o distinta, a pesar de que haya acuerdo en el ajuste primario⁵⁶⁴.

Los ajustes secundarios no resultan limitados ni autorizados por los CDI⁵⁶⁵, ya que el párr. 8 de los Comentarios al art. 9.º MCOEDE indica que esta norma no los aborda, y el párr. 9 afirma que deben hacerse atendiendo a las circunstancias de cada caso, y que no se impiden siempre que “sean posibles conforme a la legislación interna de los Estados contratantes”. Se ha considerado que los ajustes secundarios presentan enormes dificultades en la práctica⁵⁶⁶.

564 TEIXEIRA 2009: p. 451.

565 PETERSON & HORNER 1996: p. 15.

566 OECD 2010b: párr. 4.70. La doctrina internacional ha afirmado que los ajustes secundarios son arbitrarios y caprichosos. En especial resulta extraordinariamente complejo escoger entre préstamo o dividendo ficticio. HIMINO 1996: p. 47. En la misma línea la doctrina española ha criticado la ambigüedad y automaticidad de la norma que autoriza el ajuste secundario (art. 16.8 TRLIS), pues indica que la diferencia entre el valor de mercado y el convenido “tendrá para las personas o entidades vinculadas el tratamiento que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia”. CENCERRADO 2007: p. 43 y ss. El desarrollo reglamentario del Real Decreto 1793/2008 se ha extralimitado, como lo observa el Tribunal Supremo (Reino de España, Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, sentencia de 27 mayo 2014. RJ 2014/388), y en especial, se critica que los ajustes sociedad-socio consideren como “utilidad” el monto que exceda del porcentaje de participación, pues la ley indica que la naturaleza de las rentas es una, y no doble, *i. e.*, dividendo y “utilidad”. LÓPEZ-HERMOSO 2010: p. 725-730. Propositivamente se ha afirmado que “parece razonable limitar la automaticidad de los ajustes secundarios, de manera que no todo ajuste primero conlleve necesariamente la realización de un ajuste secundario; por el contrario, estos deberían realizarse cuando por medio de un análisis sustancia vs. forma se llegue a la conclusión de que por medio de la operación vinculada se pretendió ocultar una distribución de dividendos o una aportación de capital (o cualquier ‘operación secundaria’), pero no allí donde las partes trataron de establecer un precio de mercado de forma diligente con los medios a su alcance”. CALDERÓN & MARTÍN 2009: p. 43. En todo caso, la LIS de 2014 en el art. 18.11 agrega que “en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendrá, con carácter general, el siguiente tratamiento: a) Cuando la diferencia fuese a favor del socio o partícipe, la parte de la misma que se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad se considerará como retribución de fondos propios para la entidad y como participación en beneficios para el socio. La parte de la diferencia que no se corresponda con aquel porcentaje, tendrá para la entidad la consideración de retribución de fondos propios y para el socio o partícipe de utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.d) LIRPF”.

En especial, en los que presumen un préstamo o cuando el ajuste se hace entre partes del grupo indirectamente vinculadas⁵⁶⁷, ya que pueden dar lugar a doble imposición en los casos en que el otro Estado contratante no reconozca la recalificación⁵⁶⁸. El art. 9.º MCOCDE no obliga a conceder desgravaciones cuando el otro Estado contratante ha practicado tales ajustes⁵⁶⁹, pero dado que puede crearse doble imposición, se sugiere a los Estados realizarlas, salvo que “el comportamiento del contribuyente denote una intención de disfrazar un dividendo con la finalidad de evitar la retención en la fuente”⁵⁷⁰. De tal forma, parece que no resulta recomendable la automaticidad de los ajustes secundarios, aunque convencionalmente, en apariencia, no existan límites distintos de la no discriminación. En la práctica hay Estados que requieren la existencia de elusión fiscal de parte del contribuyente para proceder al ajuste, mientras que otros lo aplican automáticamente⁵⁷¹. El *Manual sobre procedimientos amistosos efectivos* (conocido por sus siglas en inglés como MEMAP) sugiere dar prevalencia a la repatriación de fondos mediante ajustes compensatorios sobre el ajuste secundario para evitar los problemas de este⁵⁷², mientras que las directrices de precios de transferencia sugieren que dada la falta de experiencia de los países en estos ajustes, se aproveche el procedimiento amistoso concerniente al ajuste primario para determinar también las consecuencias jurídicas del exceso⁵⁷³.

567 Así lo ha reconocido la propia Comisión de la Unión Europea al recomendar que se prefiera a los ajustes que conlleven a dividendos o aportes presuntos sobre los de préstamos, al tiempo que invita a los Estados a solucionar la doble imposición causada mediante el procedimiento amistoso previsto en los CDI. Reconoce, además, que el Convenio de Arbitraje para la mayoría de los miembros no permite comprender los asuntos relativos a ajustes secundarios. COM(2014) 315 final: Annex I. Report on Secondary Adjustments: párr. 8 y 9; HIMINO 1996: p. 47-48.

568 OECD 2010b: párr. 4.68. Por ejemplo, si el Estado no tiene normas similares. TEIXEIRA 2009: p. 451.

569 OECD 2010b: párr. 4.69.

570 OECD 2010b: párr. 4.71.

571 CALDERÓN & MARTÍN 2009: p. 52.

572 OECD 2007: aptdo. 4.6. En este trabajo destaca que lo normal sería que cuando un ajuste primario se retractara dentro del procedimiento amistoso, se hiciera lo propio respecto del secundario. La consecuencia sería que en vez de recalificar la causa del ingreso que supera el valor de mercado, se ajustaran las cuentas por medio de una repatriación del exceso. Eso puede dar lugar a diferencias sobre si el dinero pagado en exceso a una de las partes debió haber rendido intereses o no. En todo caso, la solución depende de la voluntad de las autoridades competentes; CALDERÓN & MARTÍN 2009: p. 62-63.

573 OECD 2010b: párr. 4.76.

Descritos los ajustes primario y secundario, interesa señalar que este supone una recalificación de la renta para efectos internos, y cuando se adopta el enfoque de distribuciones encubiertas de beneficios, es decir, cuando se considera que el exceso se califica como dividendos, se genera la cuestión de si encuadra en el artículo 10.3 del MCOEDE. El art. 9.º no señala nada respecto de la calificación que deben recibir los pagos en exceso de las condiciones de plena competencia. Tampoco lo hacen los art. 11.6 y 12.4 del Modelo, que se limitan a exponer que cuando los pagos de intereses o regalías excedan del importe que habrían pactado partes independientes, la calificación bajo estas categorías de rentas se limitará al monto que se ajuste al principio de independencia, y lo restante “podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del Convenio”. La inclusión de estas aclaraciones para los artículos de regalías e intereses hace preguntarse si los pagos que califiquen dentro de otras categorías de rentas del CDI pero que excedan del valor de mercado pueden recalificarse como de la jerarquía del tratado, a pesar de que no exista norma expresa que lo permita. Por ejemplo, los pagos laborales hechos a un sujeto en el que concurre la condición de socio de la entidad pagadora⁵⁷⁴.

En términos generales, convencionalmente la recalificación como dividendos realizada por el Estado de residencia de la entidad distribuidora se enmarcará en el art. 10.3 del Modelo cuando la renta sea pagada por la participación en una entidad, es decir, cuando exista una *societatis causa*⁵⁷⁵. Esta se determina conforme a la legislación de dicho Estado y puede comprender todas las pérdidas patrimoniales de la sociedad hechas por la existencia de una participación

574 Aunque generalmente el régimen de las rentas laborales será más gravoso que el de los dividendos, podría ocurrir que no fuera así en alguno de los Estados con los cuales los hechos tienen conexión. Por ejemplo, un caso que se analiza adelante la calificación como rentas laborales en un Estado permiten garantizar una eliminación total de la doble imposición en el otro Estado, mientras que si procede un conflicto de calificación y la renta se califica como dividendos, solo se le permitirá eliminar el porcentaje pactado para esos rendimientos en el CDI. Alemania, Tribunal Fiscal de primera instancia (Finanzgericht Baden-Württemberg), sentencia del 6 de octubre de 2005, 13 v 50/04. Disponible en www.ibfd.org *Vid.* HATTINGH 2009: p. 527.

575 HELMINEN 2010: p. 158. “Los beneficios derivan las acciones, si el precio conforme al principio de independencia habría sido pagado en vez del monto realmente satisfecho, si la relación de accionista entre las partes no habría existido”. Esta afirmación se funda en su concepción de la relación de accionista, que desde nuestro punto de vista resulta demasiado restrictiva y no deriva precisamente de la redacción del MCOEDE, como se ha dicho en el apartado III.A de este capítulo.

social. Los términos “renta” y “pagados” no se oponen a ese resultado, pues no existe un significado autónomo limitativo. En un caso simple en que el ajuste primario de precios de transferencia entre una entidad participada al 100% y su matriz dé como resultado una disminución de los activos o de la caja de la primera y un exceso para la última, la Administración del Estado de residencia de la entidad distribidora podría considerar dicho exceso como dividendos y, en virtud de la tercera parte de la definición de dividendos convencional, se calificaría como tal. La jurisprudencia, desde la perspectiva del Estado de la fuente, ha aceptado esas recalificaciones. En efecto, en España se admitió que los pagos hechos en virtud de un acuerdo de distribución de gastos generales con la matriz, no soportados probatoriamente, pueden calificarse dentro del artículo de dividendos del CDI⁵⁷⁶.

El Estado de la residencia de la matriz, teóricamente, habrá de respetar la calificación concediendo el método para eliminar la doble imposición conforme al art. 23 A o al 23 B del MCOE, y no podrá oponer su legislación interna relativa a su perspectiva de la *societatis causa*, o el entendimiento de las palabras “renta” o “pagados”. Tampoco podrá alegar que los art. 11.6 y 12.4 del

576 Reino de España, Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) sentencia de 13 junio 2006. RJ 2006/6316. Este es un caso de participación en gastos generales de la casa matriz. Una subsidiaria española paga en concepto de gastos generales a su matriz inglesa y pretende deducir el importe. La Administración recaracteriza dichos pagos como dividendos, ya que el contribuyente no pudo demostrar la realidad de los servicios y gastos prestados por su matriz británica. Esta decisión se da sobre la normativa anterior a la introducción del artículo de operaciones vinculadas, pues versa sobre el ejercicio del año 1990. El juzgador analiza que la calificación pudo haber sido la de mera liberalidad o la de dividendos, pero que dada la participación al 100% de la entidad, entiende que es una “retribución del capital propio, cualquiera que sea su denominación”, incluyéndose “las participaciones en beneficios por cualquier concepto distinto de la contraprestación de servicios personales” (art. 14 LIS). Descarta que la causa sean los contratos de servicios, pues no hubo apoyo probatorio sobre la prestación efectiva de ellos. Además, descarta el argumento del recurrente que pretendía hacer valer la definición mercantil de distribuciones de beneficios, la cual, en efecto no se cumplía. Según el *ad quem* (la Audiencia Nacional), el artículo 25.1 de la LGT vigente a la fecha de los hechos permitiría exigir los impuestos “con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible”, y en todo caso, como el supuesto de hecho se determinó atendiendo a conceptos económicos, “el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones y relaciones económicas que, efectivamente, existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las normas jurídicas que utilicen”. De tal forma, se acepta una interpretación autónoma tributaria del concepto de remuneraciones de los fondos propios, que incluso es acorde con la definición convencional. Así, el Tribunal Supremo, siguiendo a la Audiencia Nacional y a los argumentos de la Administración, no encuentra mayores problemas para determinar que la renta obtenida por la matriz británica se califica como dividendos para efectos del CDI de 1976.

Modelo permiten someter a imposición el exceso “de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante”, ya que estas normas nacionales darán lugar a la calificación primaria, pero el CDI exige una calificación secundaria⁵⁷⁷, que haría considerar como dividendos a la renta, puesto que el art. 10.3 está redactado de forma abierta a la legislación del Estado de la fuente precisamente para comprender estas recalificaciones⁵⁷⁸. En la práctica el problema será que mientras el Estado de la residencia del perceptor de los dividendos implícitos no acepte el monto del ajuste primario de precios de transferencia, no estará obligado a conceder la desgravación de los dividendos⁵⁷⁹. Como se ha dicho, el artículo 9.º del Modelo parece demasiado amplio para determinar un mandato claro acerca del precio de mercado correcto, así que mientras no exista un único entendimiento respecto del ajuste primario, palpable en la actitud de la Administración del Estado de la residencia o en el procedimiento amistoso o arbitraje, la exigencia de desgravación en la residencia del perceptor ordenada por los art. 3.º, 10 y 23 del Modelo no se desencadenan⁵⁸⁰.

Ahora bien, si el ajuste primario se realiza entre la entidad distribuidora y otra entidad del grupo distinta de la matriz, como sería una “hermana” (*sister company*) o “abuela” (*grand parent*), no existe una participación social de la que derive *directamente* la renta. Esto ha dado lugar a discusiones en torno a si pueden considerarse distribuciones de beneficios o dividendos para efectos de las normas internas⁵⁸¹ o incluso de los CDI que no incorporan una definición

577 Ha de observarse la diferencia entre calificación secundaria que exige el CDI y el ajuste secundario de precios de transferencia.

578 En ese sentido, el párr. 28 de los Comentarios al art. 10 CMOCDE; HELMINEN 2010: p. 160. Ha de reconocerse, sin embargo, que el párr. 36 del art. 11 CMOCDE indican que las diferencias de calificación a las que lleven los principios y reglas internas de cada uno de los Estados contratantes harán necesario acudir al procedimiento amistoso. Esta mención es obvia y solo ratifica que el otro Estado podría no estar de acuerdo con el ajuste primario y sobre esa base la calificación como dividendos no sería exigible a falta del acuerdo amistoso.

579 HELMINEN 2010: p. 161.

580 En términos similares: CALDERÓN & MARTÍN 2009: p. 46.

581 Como subraya WIMAN, en un caso estudiado por la Corte Suprema Administrativa sueca (RA 1989 ref. 119) se analiza la enajenación de un barco entre dos sociedades que tenían individuos como comunes accionistas. La transferencia se realizó partiendo del costo fiscal, mientras que la Corte entendió que debió hacerse a valor de mercado. La diferencia de precio se calificó como *constructive dividend* gravado en los accionistas comunes. Sin embargo, en la sentencia del caso Sipano (RA 1992 ref. 56) la Corte cambió de criterio al entender que el accionista requería obtener activos de parte de la sociedad, como cuando los bienes se venden a precio de costo a un pariente o a una entidad transparente de la cual se participe el accionista. De esta

semejante al art. 10.3 del Modelo⁵⁸². En términos generales, para sortear este problema existen tres perspectivas: en primer lugar, reconocer que hay varias operaciones entre los miembros del grupo o, en segundo lugar, entender que la entidad vinculada recibe una distribución con fundamento en una *societatis causa* por una participación indirecta en el capital o, en tercer lugar, considerar que todo beneficiario del exceso del valor de mercado está recibiendo una distribución de beneficios sujeta como las rentas de las acciones, a pesar de que no sea el titular de una participación social⁵⁸³.

El primer enfoque entiende que puede haber ajustes secundarios sucesivos que consideran ficticiamente que la entidad distribuidora paga a su matriz, y esta a su vez paga dividendos a la abuela o realiza un aporte en la hermana⁵⁸⁴.

forma, se entendió en 1992 que no eran dividendos las diferencias de precios de transferencia entre compañías hermanas. No obstante, la misma Corte en el caso Sipano 2 (RA 2004 ref. 1) entendió que una compraventa de participaciones en una *partnership* entre dos compañías hermanas causaban un dividendo para los accionistas comunes, que resultaba gravado y sin posibilidad de acceder al régimen de neutralidad por la exención por participación sustancial. WIMAN 2005: p. 361 y ss.

582 El CDI entre Suiza y los Estados Unidos de 1951 no contiene una definición de dividendos y además incorpora una reducción por participación sustancial directa e indirecta. Pues bien, la sentencia de la Corte Federal de Apelaciones suiza conoció del caso en que una sociedad residente en ese Estado, sociedad A, indirectamente controlada al 100% por una entidad residente en los Estados Unidos, sociedad B, por medio de dos sociedades residentes en Suiza, C y D. En 1997 A vende a D por veinte millones de dólares estadounidenses y luego D vende por veintiocho millones. La Administración suiza considera que fue una distribución encubierta de beneficios y aplica una retención del 35%. La sociedad A, como agente retenedor, solicita la aplicación del tipo reducido previsto en el CDI que para participaciones sustanciales directas e indirectas mayores que el 95% prevé un 5% de retención. El CDI no definía dividendos y se aplica el artículo equivalente al 3.2 MC y por tanto se remite al derecho interno del Estado de la fuente, Suiza. Según las normas de retención en la fuente de ese Estado, se habla de cualquier participación en beneficios. Además, los dividendos entendidos como distribuciones formales son solo uno de los tipos de rentas de las acciones. La Comisión de la Corte Federal de Apelaciones suiza admite que a pesar de que la entidad estadounidense no sea accionista directa, lo cierto es que la reducción de la imposición se prevé también para participaciones indirectas. Por ello, así como el término *dividendos* debe entenderse desde un punto de vista económico, el término *accionista* también. Suiza, Corte Federal de Apelaciones, sentencia de 7 de junio de 2004, Case SRK 2002-032. Disponible en www.ibfd.org

583 Sobre los conflictos de atribución que generan estos enfoques o teorías, tema que excede de nuestro objeto, *vid.* SALOM 2011: p. 401-404.

584 Se ha llamado “teoría de los dividendos triangulares”. CALDERÓN & MARTÍN 2009: p. 52. Dada la naturaleza de las operaciones fictas, no parece la denominación más apropiada. La doctrina habla mejor de la teoría de triangulación a secas. SALOM 2011: p. 396-397; 402.

De esta forma, una entidad del grupo completamente ajena a la transacción que da lugar al ajuste de precios puede resultar perceptora de una renta ficta, sin que tenga ningún beneficio⁵⁸⁵. Es más, si las normas del derecho societario obligan a repartir proporcionalmente las utilidades, el ajuste secundario podría llevar a que un socio minoritario, que no haya intervenido en la operación, deba computar ingresos ficticios para efectos fiscales. Por ello, se ha afirmado que no “resulta apropiado considerar como beneficiarios de un dividendo presunto a los accionistas minoritarios que no son parte de las operaciones vinculadas y que, en consecuencia, no han recibido un exceso de pagos, aun cuando un dividendo no proporcional pueda considerarse incompatible con las disposiciones aplicables del derecho de sociedades”⁵⁸⁶. En todo caso, el art. 10.3 del Modelo permite comprender las distribuciones ficticias imputadas a la matriz, pues el Estado de la fuente puede determinar qué rentas tienen *societatis causa*, incluso aquellas rentas fictas. Es más, con una interpretación más estricta, las rentas fictas se hacen al titular de las participaciones sociales, de manera que no habría lugar a señalar que no son dividendos para efectos del MCOCDE.

En segundo lugar, la legislación puede considerar dividendos los pagos hechos a entidades o personas vinculadas con los socios, por considerar que existe una *societas causa* indirecta, pues el ingreso lo recibe una persona con vínculos económicos o personales con el titular formal de la participación social. En nuestro criterio, esta atribución no se limita por la definición de dividendos que permite calificar perfectamente el rendimiento dentro del art. 10, pues existe una disminución de los activos de la entidad distribuidora, y la fuente —lo presume el derecho interno— es la participación social.

El tercer enfoque consiste en considerar que todos los excesos de renta pagados por empresas controladas por una entidad no residente o dependientes de ella, o en general, pagados por residentes a regímenes fiscales preferentes, se consideran distribuciones de beneficios⁵⁸⁷. Francia ha tendido a dar esa solución y ha enfrentado dificultades para enmarcar sus recalificaciones en la definición de dividendos convencional. La jurisprudencia del Conseil d'État ha sido rotunda al afirmar que un no residente que sin ser accionista de una sociedad francesa es considerado por la legislación interna tributaria precep-

585 En los Estados Unidos los tribunales no han mantenido la recaracterización hecha por la Administración cuando no se ha probado algún beneficio para la matriz en la operación. LEWIS & BREEN 2008: p. 29.

586 OECD 2010b: párr. 4.70.

587 Este es el enfoque adoptado por Francia. art. 57 Code Général des Impôts.

tor de unos dividendos encubiertos mediante la manipulación de los precios de transferencia, estos no califican como dividendos para efectos de los CDI y deben ser desgravados en Francia por considerarse “otras rentas”, cuando se siga la redacción del MCOCDE⁵⁸⁸. Esos casos resultan entendibles porque no existe una participación social de la cual derive la renta, y tan solo se presume una distribución encubierta de beneficios. En los términos que hemos usado en este libro, habrá un rendimiento y un nexo en los términos de los CDI, pero no una participación social. Sin embargo, la jurisprudencia de ese tribunal ha ido más allá para indicar que los ajustes a las transacciones con sociedades hermanas⁵⁸⁹, con la matriz⁵⁹⁰, con la filial⁵⁹¹, con socios que en el pasado fueron administradores⁵⁹² o con directores⁵⁹³, que según la legislación interna califiquen como distribuciones encubiertas de beneficios, no se enmarcan en los artículos de dividendos que siguen la redacción del artículo 10.3 del MCOCDE, aunque si contuvieran definiciones amplísimas como la del MCEUA, no habría ninguna dificultad para calificarlas así⁵⁹⁴. A nuestro juicio esta perspectiva parece demasiado restrictiva, pues salvo el caso de los directores, en los demás existe una participación social y un rendimiento que se vinculan por una *societatis causa* perfectamente definida en la legislación interna.

En definitiva, se aprecia que la expresión “participaciones sociales” en la tercera parte de la definición del art. 10.3 del MCOCDE puede permitir interpretar que solo son dividendos los formalmente decretados. Aunque parezca

588 La línea jurisprudencial parece ser coherente en este punto y eso se aprecia en las siguientes sentencias citadas y comentadas por HATTINGH 2009: p. 524-526: Francia, Conseil d'État, sentencia del 26 de noviembre de 1982, n.º 28177; Francia, Conseil d'État, sentencia del 27 de julio de 1984, n.º 15649; Francia, Conseil d'État, sentencia de 4 de abril de 1970, n.º 15649. Si el CDI prevé tributación en la fuente de las “otras rentas”, la respuesta claramente será distinta.

589 Francia, Conseil d'État, sentencia del 19 de diciembre de 1989, n.º 54101. Citada y comentada por HATTINGH 2009: p. 525.

590 Francia, Conseil d'État, sentencia del 7 de noviembre de 1987, n.º 47158. Citada y comentada por HATTINGH 2009: p. 525.

591 Francia, Conseil d'État, sentencia del 30 de marzo de 1987, n.º 51754. Citada y comentada por HATTINGH 2009: p. 526.

592 Francia, Conseil d'État, sentencia de 10 de junio de 1983, n.º 27391. Citada y comentada por HATTINGH 2009: p. 525.

593 Francia, Conseil d'État, sentencia de 15 de septiembre de 1989, n.º 62383-63848. Citada y comentada por HATTINGH 2009: p. 526.

594 Francia, Conseil d'État, sentencia de 13 de octubre de 1999, n.º 190083, Banque Française de l'Orient, RJF 12/99 n.º 1587. Vid. BENAMRAN. J., *France-Corporate Taxation* sec. 7. Country Analyses IBFD (accessed 19 July 2014).

más robusta la argumentación según la cual el citado precepto comprende las atribuciones que el Estado de la fuente haga a sujetos distintos del titular de la participación social, siempre que la reducción del patrimonio de la sociedad se considere que tiene una *societatis causa* por el Estado de residencia de la entidad y que exista realmente esa participación en el capital de la sociedad, hay que reconocer que se reduce el grado de inseguridad jurídica cuando se adopta una definición amplísima de dividendos, del tipo del MCEUA, que como lo señala su exposición de motivos, no deja dudas de que los dividendos implícitos en general se clasifican dentro del art. 10 del citado Modelo, en especial los derivados de transacciones que se alejen del principio de independencia⁵⁹⁵.

Más discutible sería definir si la recalificación en dividendos hecha por el Estado de la residencia se encuadra en la definición de dividendos convencional cuando el Estado de la fuente lo ha calificado como rentas de servicios personales dependientes. Esto ocurrió justamente en Alemania⁵⁹⁶, donde a un residente de ese país, accionista del 90% de una sociedad limitada (GmbH) suiza, y que también obra como administrador de dicha sociedad, le recalificaron en dividendos lo que Suiza consideró rentas de servicios personales dependientes

595 “The term includes income from shares, or other corporate rights that are not treated as debt under the law of the source State, that participate in the profits of the company. The term also includes income that is subjected to the same tax treatment as income from shares by the law of the State of source. Thus, a constructive dividend that results from a non-arm’s length transaction between a corporation and a related party is a dividend. In the case of the United States the term dividend includes amounts treated as a dividend under U.S. law upon the sale or redemption of shares or upon a transfer of shares in a reorganization. See, *e. g.*, Rev. Rul. 92-85, 1992-2 C.B. 69 (sale of foreign subsidiary’s stock to U.S. sister company is a deemed dividend to extent of the subsidiary’s and sister company’s earnings and profits). Further, a distribution from a U.S. publicly traded limited partnership, which is taxed as a corporation under U.S. law, is a dividend for purposes of Article 10. However, a distribution by a limited liability company is not taxable by the United States under Article 10, provided the limited liability company is not characterized as an association taxable as a corporation under U.S. law. Finally, a payment denominated as interest that is made by a thinly capitalized corporation may be treated as a dividend to the extent that the debt is recharacterized as equity under the laws of the source State”. Technical Explanations MCEUA 2006: párr. 166. La jurisprudencia ratifica que la redacción de la definición del Modelo es suficientemente amplia para comprender los dividendos implícitos en una operación de intercambio de activos que se alejaba de los valores de mercado. Estados Unidos, Tax Court, sentencia de 16 de enero de 2002, *Framatome Connectors USA, Inc. and Subsidiaries v. Commissioner of Internal Revenue*, Caso n.º 5030-98, 9160-99. Disponible en www.ibfg.org

596 Alemania, Tribunal Fiscal de primera instancia (Finanzgericht Baden-Württemberg), sentencia del 6 de octubre de 2005, 13 v 50/04. Disponible en www.ibfd.org Cfr: HATTINGH 2009: p. 527.

equivalentes a los porcentajes de cada transacción hecha por la sociedad. La Administración alemana consideró que la remuneración determinada por el volumen de ingresos y no por los beneficios estaba por fuera del principio de independencia y, por tanto, se debían calificar como distribuciones ocultas que encajaban perfectamente en el art. 10.4 del CDI de 1971, relativo a la definición de dividendos. El Tribunal llega a la misma conclusión entendiendo que su-puesta parte autónoma de la definición de dividendos no está definida por el Convenio y, en consecuencia, podía interpretarse conforme al derecho alemán siguiendo el art. 3.2. En todo caso, le concede un crédito fiscal del 15% para atenuar la doble imposición.

La recién citada sentencia alemana ha sido criticada porque no reconoce la existencia de un significado autónomo de dividendos ni considera la preferencia que da el art. 10.3 a la calificación de sus términos conforme al Estado de la residencia de la entidad distribuidora cuando no ha sido posible encontrar el contexto, y porque supone desconocer la calificación dada a la renta en Suiza, que es el Estado de la fuente y que aplica el CDI en primer lugar. Además, tam-poco es una renta obtenida por una participación social que da derecho a las distribuciones de beneficios en una sociedad, ya que la causa inmediata del pago es el contrato laboral⁵⁹⁷. En general estas críticas se pueden compartir, pues si bien es posible que en la legislación alemana se califiquen los términos “renta” y “pagados” conforme a su legislación interna y, de ese modo, puedan gravar la renta del socio residente, es evidente que ha de respetarse la calificación del Estado de la fuente, al menos para conceder el método para eliminar la doble imposición que resulte para las rentas de servicios personales dependientes, según el tratado. No parece razonable que en la ley alemana o según una inter-pretación autónoma convencional del concepto de dividendo se indique que se trata de rentas de las acciones si el Estado de la fuente no las considera así. Distinto es el caso de las normas de transparencia fiscal internacional, en el que la fuente sí considera que la renta deriva de participaciones sociales, solo que lo hace en un periodo fiscal posterior.

2. PAGO DE DIVIDENDOS EN ACCIONES

En muchos Estados se considera que no hay renta cuando se entregan nuevas participaciones a los accionistas, socios o partícipes, o se aumenta el valor no-

597 HATTINGH 2010: p. 527.

minal de las alícuotas del capital social a causa de la capitalización de reservas voluntarias, estatutarias o legales de libre disposición, de la prima de emisión, de los beneficios del periodo o los acumulados en años anteriores, de la revalorización del patrimonio o, en general, de alguna de las cuentas del patrimonio. Esto es así porque cuando la sociedad decide dar la opción de suscribir nuevas acciones en vez de los dividendos en metálico⁵⁹⁸, no existe una transferencia de beneficios económicos de la entidad hacia sus socios; tan solo su patrimonio resulta dividido en más participaciones sin afectarse la base imponible de la sociedad ni alterar el valor de los derechos del socio, al menos mientras no se amorticen las acciones⁵⁹⁹.

Sin embargo, la entrega de participaciones de nueva suscripción supone un pago en especie de los dividendos que podría verse como dos transacciones: la distribución de las reservas o beneficios del periodo y la posterior reinversión de los dividendos recibidos. En la práctica, estas operaciones se gravan como dividendos muy excepcionalmente en ciertas jurisdicciones, cuando la proporcionalidad de los derechos económicos de los socios se altera, como por ejemplo, cuando se permite el pago en acciones o en metálico, pues se entiende que ha habido un enriquecimiento del socio que tiene derecho a una alícuota

598 El pago de dividendos en acciones forma parte de las formas de retribución flexible, que comprenden otros pagos en especie como el otorgamiento de derechos de suscripción, la compensación de los dividendos pasivos y las primas de asistencia juntas, entre otras. El otorgamiento del derecho a elegir la forma de remuneración de las participaciones al socio, de forma que se pueda optar por el pago en metálico o con derechos de suscripción o acciones, se conoce con el anglicismo *scrip dividend*. Las acciones entregadas pueden tener diversos orígenes que marquen uno u otro tratamiento fiscal. Vid. GARCÍA NOVOA 2013: p. 5 y ss.

599 Por ejemplo, en España se excluye el pago del dividendo en acciones de nueva suscripción (por ampliación del capital) de la definición de rendimientos derivados de la participación en fondos propios, pues se ha considerado que es un “mero ajuste contable; no es un dividendo, más bien es lo contrario de un dividendo; no es un dividendo porque nada sale de la sociedad; después de esa operación la sociedad tiene el mismo patrimonio que antes, exactamente el mismo; la sociedad no ha tenido que prescindir, que privarse de ningún elemento de su patrimonio, para entregárselo a los accionistas, que son personas distintas. Nada pasa al accionista, excepto unos papeles, como aquí se ha dicho, que certifican que el accionista es titular de algo de lo que ya era titular: de la parte alícuota correspondiente del patrimonio social”. Así lo afirmó GARCÍA AÑOVEROS en el debate en el Pleno del Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley de IRPF. Disponible en *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 17-18, 1978, p. 304. Vid. PITA GRANDAL 2009: p. 409. Existe por tanto un diferimiento del impuesto hasta la enajenación de la acción recibida. Por ejemplo, así lo ha afirmado expresamente en India la Autoridad de *Rulings*: India-Briggs of Burton India Pvt. Ltd. v. CIT, 4 April 2005. Disponible en www.ibfd.org

mayor sobre el patrimonio de la entidad, aunque a veces dependa también de las cuentas del patrimonio que se capitalicen⁶⁰⁰. En España, los pagos en acciones de nueva suscripción se gravan como ganancias de capital, pero solo hasta el momento de enajenación de la participación y sin que importe si varía o no la alícuota del capital. Sin embargo, si participaciones de autocartera son adquiridas en el mercado por la entidad distribuidora antes de pagar los dividendos, se aplican las reglas ordinarias para los rendimientos por la participación en los fondos propios⁶⁰¹.

A efectos de los CDI se plantea si el pago del dividendo en acciones califica dentro del art. 10.3 del MCOCDE. No hay dudas de que existe una entidad distribuidora de dividendos, ni que deriva de una participación social, pero sí resulta discutible si es una “renta” “pagada”. En primer lugar, se tratará de una renta si así lo considera el Estado de la fuente de los dividendos o el de la residencia del socio, ya que, como se ha dicho arriba, la concurrencia o no de este requisito se determina de buena fe por la *lex fori*. Por ello, no tiene sentido entender que el párr. 28 del MCOCDE considera que las acciones gratuitas son dividendos solo si son tratadas por el Estado de la fuente como rentas de las acciones. Si el Estado de residencia considera las acciones gratuitas como renta, habrá que calificarlas como dividendos para los CDI, pues son rendimiento de las acciones, siempre y cuando no se presente un conflicto de calificación de la renta. De igual modo, el término “pagados” usado en el art. 10 del Modelo debe entenderse ampliamente y sin restringir la definición de dividendos, de manera que, en principio, las participaciones gratuitas entregadas por la entidad distribuidora a los socios en razón a la *societatis causa* son dividendos para efectos de la definición del MCOCDE cuando se consideren renta pagada por alguno de los Estados contratantes. La misma conclusión se aplicaría a otras fórmulas de remuneración a los socios o accionistas, como la compra de parte de la sociedad de derechos de suscripción de acciones⁶⁰², los servicios prestados por la sociedad o la compensación de los dividendos pasivos⁶⁰³.

600 HELMINEN 2010: p. 141-142.

601 *Vid.* GARCÍA NOVOA 2006: p. 100-108; BME 2013: p. 28-31 y 41-44.

602 Por ejemplo, en España se consideran rendimientos del capital mobiliario. Cuando se vendan a terceros se gravarán como una ganancia de capital. BME 2013: p. 32-40.

603 GARCÍA NOVOA 2006: p. 101.

D. BENEFICIOS ACUMULADOS Y LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE SOCIO/ACCIONISTA/PARTÍCIPE

La diferencia en el tratamiento tributario que prevé el derecho interno, en interacción con los CDI, para los dividendos y las ganancias de capital parece un tanto absurda frente a la perspectiva económica de la renta y valoración de las acciones, ya que el patrimonio de un socio o accionista, en condiciones de mercado perfectas, no varía con la distribución de dividendos, aunque cambia la naturaleza jurídica y contable de cómo se percibe⁶⁰⁴. Si bien el valor de las utilidades no distribuidas se refleja en la valoración de las participaciones sociales, al momento de la declaración de los dividendos parte del valor de la acción se pierde y se obtiene un derecho de crédito frente la sociedad por un valor equivalente a dicha pérdida. No obstante, los mercados no son perfectos y la distribución puede suponer diferencias en el patrimonio del socio⁶⁰⁵. En concreto, el derecho tributario suele gravar el pago de dividendos cuando en realidad no ha habido un incremento patrimonial en el socio y, en efecto, la aplicación de dicho impuesto a la distribución causa una reducción del patrimonio total del accionista⁶⁰⁶.

En los Estados Unidos, en el año 2003, cuando la doble imposición económica soportada por la distribución de dividendos se redujo por culpa de una exención de los dividendos, se observó que las sociedades cotizadas repartieron menos dividendos mientras que las recompras de acciones (otra forma de distribuir beneficios) aumentaron de manera dramática. Aunque esto se haya explicado por la presión de ciertos inversionistas e incluso por el interés particular de los administradores que poseían acciones, bien se reconoce que fiscalmente la recompra de acciones era más favorable que el pago de dividendos. Al tiempo, la regla de fuente de ambos tipos de ingresos era sustancialmente distinta, pues las ganancias de capital se realizan en el Estado de residencia del vendedor, mientras que los dividendos, en la residencia de la entidad distribuidora. Este problema, denominado en el país norteamericano “el rompecabezas de la recompra de acciones”, demuestra cómo las ganancias de capital sobre las acciones son, desde un punto de vista económico, equivalentes a la “suma del

604 VAN WEEGUEL 1998: p. 141; POLITO 2012: p. 3-4.

605 Resultan ilustrativas las explicaciones de los distintos efectos de las diecinueve fórmulas de retribución del accionista, a las cuales nos remitimos para no desviarnos del problema que nos ocupa. BME 2013: p. 22 y ss.

606 POLITO 2012: p. 3-4.

valor de los beneficios actuales de una sociedad, sumado al valor presente de sus futuros beneficios, y ambos son los fondos de los cuales los beneficios son pagados”⁶⁰⁷.

Por ello es necesario analizar desde la definición de dividendos comprendida en el artículo 10.3 del MCOE si pueden calificarse en esa norma los beneficios acumulados de una entidad considerados como dividendos de los socios que se realizan al momento de la enajenación su participación, bien sea porque así lo prevean las definiciones internas o porque sea el resultado de la aplicación de normas o doctrinas generales o especiales antielusión. Ello puede ocurrir por ejemplo cuando se da un lavado de dividendos, una amortización o recompra de acciones o cuando se liquida totalmente la sociedad. El problema que se plantea es determinar si el artículo 10 MCOE comprende solo las “rentas” de las “participaciones”, entendidas como “frutos” de ellas, o si puede incluso alcanzar a la enajenación del activo o a pagos sustitutivos de dividendos recibidos por quien no tiene jurídicamente la condición de socio o partícipe.

I. “LAVADO” DE DIVIDENDOS

En la planificación fiscal internacional es común el término *lavado de dividendos*, que podría aceptarse a estos efectos como una traducción de términos con contenido no jurídico como *dividend washing* o *dividend stripping*, en este último caso haciendo más referencia al resultado antielusorio, en atención a que se desnuda la existencia de aquellos, donde formalmente se trataba de negocios o actos jurídicos de distinta naturaleza. En efecto, en términos jurídico-mercantiles los dividendos son pagados por la relación de accionista; sin embargo, diversos esquemas permiten que la carga fiscal de la distribución se reduzca mediante el arbitraje en la designación del receptor de los dividendos. Económicamente los beneficios acumulados por una entidad se reflejan en el precio de sus participaciones sociales; de ahí que la enajenación de estas pueda ser un instrumento para transferir una suma de dinero equivalente a los dividendos, sin que la renta derive de la participación social, sino de la disposición de ella. Por tanto, las definiciones, las normas especiales o generales antiabuso consi-

607 *Vid.* AVI-YONAH 2010: p. 4. La literatura financiera analiza el efecto de las diferencias impositivas entre los dividendos y las ganancias de capital que se resumen en la frase del libro clásico de las finanzas corporativas: “Whenever dividends are taxed more heavily than capital gains, firms should pay the lowest cash dividend they can get away with”. BREALEY, MYERS & ALLEN 2011: p. 404.

deran como dividendos algunos pagos hechos a quienes no son mercantilmente los titulares de los derechos económicos de la participación social, o los pagos recibidos por la enajenación de las participaciones.

El lavado de dividendos es un ejemplo de las estructuras de planeación que se pretenden atacar, pues mediante estas se busca que el dividendo sea recibido por un sujeto que en un primer momento es ajeno a esa relación de accionista y quien reúne ciertas condiciones subjetivas que le permiten obtener un tratamiento fiscal más favorable de los dividendos. Para el inversor inicial, el pago que reciba de parte del tercero a cambio del dividendo puede igualmente tener un tratamiento fiscal más favorable. Piénsese por ejemplo que el tercero puede tener derecho a recibir desgravaciones por los métodos para eliminar la doble imposición económica (p. ej., por ser residente) o tener una retención menor en atención a la ley interna, el derecho comunitario o los CDI.

Dejando de lado los asuntos relacionados con el ámbito de aplicación de los CDI, el beneficiario efectivo y el requisito de bilateralidad⁶⁰⁸ del art. 10.1 del Modelo por exceder de nuestro objeto, analicemos siguientes técnicas de lavado de dividendos que generan problemas de calificación⁶⁰⁹:

1) Se transfiere el derecho de recibir dividendos futuros sin enajenar la participación social, como por ejemplo, negociando los cupones de dividendo o constituyendo un usufructo. El titular de la acción recibe un pago por la venta del cupón o la constitución del usufructo, y el adquirente del derecho recibe el pago de los dividendos⁶¹⁰.

608 El Hoge Raad neerlandés ha señalado que el CDI con Bélgica solo da derecho a gravar los dividendos distribuidos por una sociedad residente a un residente en este último Estado, de forma que si la Administración atribuye los rendimientos a un belga que fue titular inicial de la participación, estaría vulnerando el CDI, porque además el hecho económico relevante para el tratado fue la enajenación y sobre la cual los Países Bajos tampoco tendrían derecho según el artículo de ganancias de capital. Países Bajos, Hoge Raad, Case 36773, sentencia de 6 de diciembre de 2002. Disponible en Tax Research Platform IBFD. Como se aprecia este caso, como muchos otros se resuelve por el ámbito subjetivo de aplicación del art. 10.1 y no se entra en la calificación, por tanto no presta relevancia para el objeto de esta tesis. Por el contrario, los casos de los años 1993 y 1994 del mismo tribunal sí analizan la calificación de los beneficios de la enajenación como dividendos, que fue otra estrategia utilizada por la Administración, como se verá más adelante.

609 *Vid.* VAN WEEGUEL 1998: p. 141-149; HELMINEN 2010: p. 91 y ss.; BLESSING 2012b: p. 121, 122, 126-134; DYPPEL 2014.

610 La ley mercantil suele regular que es el socio quien tiene derecho a los dividendos decretados y que no podrá verse privado de adquirir la titularidad de dicho derecho (derecho al benefi-

Sobre los dividendos recibidos por el adquirente del título de cobro o por el usufructuario, debe indagarse si pueden calificar dentro del art. 10.3 MCO-CDE. Los “cupones de dividendos” y el usufructo son títulos que dan lugar a recibir estas rentas, pero no son “participaciones” en el sentido del Modelo, pues aunque se entienda como “otros derechos, excepto los de crédito”, no se puede decir que sean estos los que permiten “participar en los beneficios”. Por el contrario, la causa es el negocio jurídico con el titular de las participaciones, mediante el cual se adquirieron los cupones o se constituyó el usufructo. Por eso, según Vogel no son dividendos los pagos hechos por la sociedad y recibidos por el adquirente del cupón, pues el título del cual derivan no incorpora “todos los derechos de los accionistas, sino meramente la posterior (posibilidad futura) de exigir una participación en los beneficios determinados por un año específico. Si el pago hecho por la sociedad sobre tal cupón es o no un dividendo, depende de si el tenedor del cupón recibe el pago a cuenta de su (presente o pasado) estatus de accionista [...]”⁶¹¹. Sin embargo, esta afirmación está lejos de ser unánime, pues por ejemplo, Helminen reconoce que la interpretación del autor alemán es tan válida como la que justifique que el pago se hace a causa de una “participación” en una entidad distribuidora y se tenga en cuenta que el titular del cupón sería el beneficiario efectivo del pago. En efecto, el Hoge Raad concluyó que los dividendos pagados por una sociedad neerlandesa a un tenedor de un cupón de dividendos residente en el Reino Unido comprado después de la declaración de los dividendos tenían derecho a la reducción de la retención prevista en el CDI entre Países Bajos y el Reino Unido de 1980⁶¹². Por el contrario, el Tribunal Supremo Administrativo de la República Checa

cio). Sin embargo, en el marco de la autonomía privada el titular puede transmitir el derecho al dividendo acordado, bien sea incorporando tal derecho en un título valor o título negociable o sin ella. El título valor, nominativo o al portador, que se constituye con tal derecho se suele llamar “cupón de dividendo” y da derecho al cobro de los dividendos. El cupón de dividendos se distingue de la venta de acciones en que tiene pendiente el cobro de dividendos, pues en estos casos la transmisión del principal supone también la suerte de lo accesorio como regla general y salvo pacto en contrario. *Vid.* ILLESCAS 1973: p. 106 y 107.

611 VOGEL 1997, art. 10, párr. 192.

612 Países Bajos, Hoge Raad, sentencia de 6 de abril de 1994, BNB 1994/217. Esta sentencia, conocida como “market maker decisión”, versa sobre acciones de la Royal Dutch Oil Company y es analizada entre otros por VAN WEEGUEL 1998: p. 143; PIJL 2000: p. 257; y BLESSING 2012b: p. 150. Gracias a este caso se incorpora una norma que busca evitar el lavado de dividendos que PIJL traduce al inglés así: “For purposes of claiming a reduction or refund of dividend tax, a person will not be considered to be the beneficial owner of the income derived from shares, jouissance shares or profit-sharing bonds if he acquired them within ten days before the day

analizó un caso en el que un sujeto residente en Chipre titular de las acciones en una entidad checa cedía el derecho a cobrar los dividendos previamente decretados a un banco residente en Chequia. En su criterio, los dividendos son gravables de acuerdo con las condiciones del titular de la participación, que tiene el derecho a participar en beneficios, y no respecto de las condiciones de quien tiene meros de derechos de cobro de un pasivo, que además debe entenderse, versa sobre el valor nominal de los dividendos menos la retención⁶¹³.

Como se ha sostenido en este trabajo, la solución a estas cuestiones se encuentra en la legislación del Estado de la fuente de la entidad distribuidora, que podrá decidir a quién le atribuye el dividendo, y en cualquier caso encuadrará en la definición del art. 10.3 del Modelo. Esta norma no prejuzga el nexo y solo exige que derive de una de las participaciones a que se refiere. Si el elemento de renta se le atribuye al adquirente del cupón por ambos Estados contratantes, la residencia debe aceptar la calificación de la renta para garantizar la desgravación prevista por el CDI para los dividendos, aunque en su legislación interna lo califique como ganancias de capital. Del mismo modo, es posible que el Estado de la fuente de los dividendos le atribuya los dividendos al titular de la participación y lo grave de conformidad, a pesar de que la renta haya sido pagada (en un sentido estrictamente mercantil) al tenedor del cupón. Por ello, se ha afirmado que esta es una forma más segura de atacar el fenómeno de lavado de dividendos, si se compara con la que considera dividendo el ingreso que obtiene el titular de la participación por la venta del cupón⁶¹⁴.

En efecto, la calificación de la utilidad obtenida por el titular de la participación en la enajenación del cupón de dividendos es problemática, ya que la causa del ingreso es la venta del derecho a cobrar, pero es difícil justificar que sea la participación en la entidad. Es más, la entidad distribuidora no hace ningún pago al titular de la acción; lo hace el comprador del bono. Por ello, casi siempre se sostiene que se trata de una enajenación del capital mobiliario que se gravaría en el Estado de la residencia del adquirente, según el art. 13.5 MCOCDE⁶¹⁵. Si el Estado de la fuente sujetara de la misma forma que los divi-

on which the distributing entity determined the amount of the income or if he alienated them within three months after their acquisition”.

613 República Checa, Supreme Administrative Court, sentencia del 27 de mayo de 2010, caso n.º 5 Afs106/2009-112. *Vid.* www.ibfd.org

614 HELMINEN 2010: p. 105-106.

615 VOGEL 1997: art. 10, párr. 9a; HELMINEN 2010: p. 103. En los trabajos de revisión del MCOCDE de 1963 un desafortunado párrafo del Informe sostuvo: “The term ‘dividends’ also includes

dendos esos pagos obtenidos por el titular de la participación, como ocurre en España, podría pensarse que la prevalencia del artículo 10 sobre el 13, según se expresó, solucionaría esta cuestión. Sin embargo, para llegar allí deberían resultar aplicables tanto el artículo 10 como el 13, lo que no es claro, ya que respecto de su encuadramiento en la primera norma quedarían muchas dudas sobre si se trata de un pago en razón a una *societatis causa* o de una causa en una parte de la *societatis causa* —i. e., el derecho sobre los dividendos de un determinado periodo—, que en todo caso no parecen ser suficientes. Si un Estado decide gravar estos pagos como dividendos, deberían renegociarse los CDI para incluir remisiones amplias o amplísimas en el artículo de dividendos y así comprender dichas utilidades en la definición sin mayores problemas. De lo contrario, la inseguridad jurídica está servida. Por otro lado, no podría aceptarse el argumento de que la retención en la fuente podrá imponerse gracias a que la recalificación se da en virtud de una cláusula antiabuso interna que forma parte “de las normas básicas nacionales establecidas por la legislación tributaria para determinar los tipos de hechos que dan lugar a una deuda tributaria”⁶¹⁶, ya que el derecho interno no puede oponerse al cumplimiento de las obligaciones previstas en los convenios internacionales.

Ahora bien, si se entiende que el dividendo lo obtiene el titular formal de la participación, la pregunta que surge es: ¿cómo se debe calificar la renta pagada por la entidad distribuidora al receptor del cupón? Al menos dos respuestas se han encontrado. En primer lugar, se puede considerar que el titular de la participación ha recibido un préstamo del titular del cupón, que se paga por la entidad distribuidora, de manera que el titular del cupón recibe intereses calificados dentro del art. 11 MCOCDE y la devolución del capital se encuadra en su artículo 21. En segundo lugar, se podría entender que se trata de “otras rentas” dentro del artículo 21 MCOCDE como consecuencia de la imposibilidad de ser dividendos⁶¹⁷. Por ello, si bien en el derecho español se puede interpretar que los rendimientos del usufructuario proceden de un activo que faculta

income from the alienation of dividend coupons or other similar rights where the capital relating there to has not been transferred at the same time”. CFA/WP1(73)2: párr. 10. Sin embargo, el CAF parece no haberle hecho caso cuando modificó el Modelo de 1977, ya que no se afirmó nada similar en los Comentarios.

616 Párr. 9, art. 1.º, CMOCDE; HELMINEN 2010: p. 106. Esta autora admite que el art. 10 MCOCDE no restringiría la aplicación de esa retención en la fuente, pero luego sostiene que si se genera doble imposición la aplicación de las normas antiabuso serían contrarias a los CDI.

617 Sobre estas soluciones en el derecho estadounidense: BLESSING 2012b: p. 151.

para participar en los beneficios de una entidad [art. 25.1 a) 2.º de la LIRPF] y por tanto son dividendos en sentido amplio⁶¹⁸, para efectos de los CDI el art. 10 de estos puede no resultar aplicable si se asume la interpretación que hemos suscrito arriba y, obviamente, siempre que no se adopte una tercera parte de la definición de dividendos amplia o amplísima.

2) Una estructura de planeación más compleja de lavado de dividendos es la venta de las participaciones antes de la distribución de utilidades, pactándose una posterior recompra de ellas o de igual género. En este caso, el titular inicial de las participaciones, que usualmente es un no residente sin derecho al método para eliminar la doble imposición económica interna, obtiene una ganancia de capital por la enajenación que puede equivaler al monto de los dividendos, sumado al ahorro fiscal por la aplicación del método para eliminar la doble imposición, por ejemplo, el valor equivalente al crédito fiscal. El segundo titular, adquirente de la participación, puede ser, bien un residente en el Estado de la fuente de los dividendos, o bien un residente en un Estado con el cual se tenga un CDI que conceda el método para evitar la doble imposición económica en la fuente. El segundo titular entonces obtiene como renta los dividendos en el momento en que sean declarados o pagados por la sociedad, según las reglas que determinan el devengo, y luego al revender la participación produce una pérdida patrimonial, ya que dicha venta se haría al precio de adquisición menos los dividendos recibidos. De tal forma, dicho sujeto podría compensar los dividendos con la pérdida patrimonial.

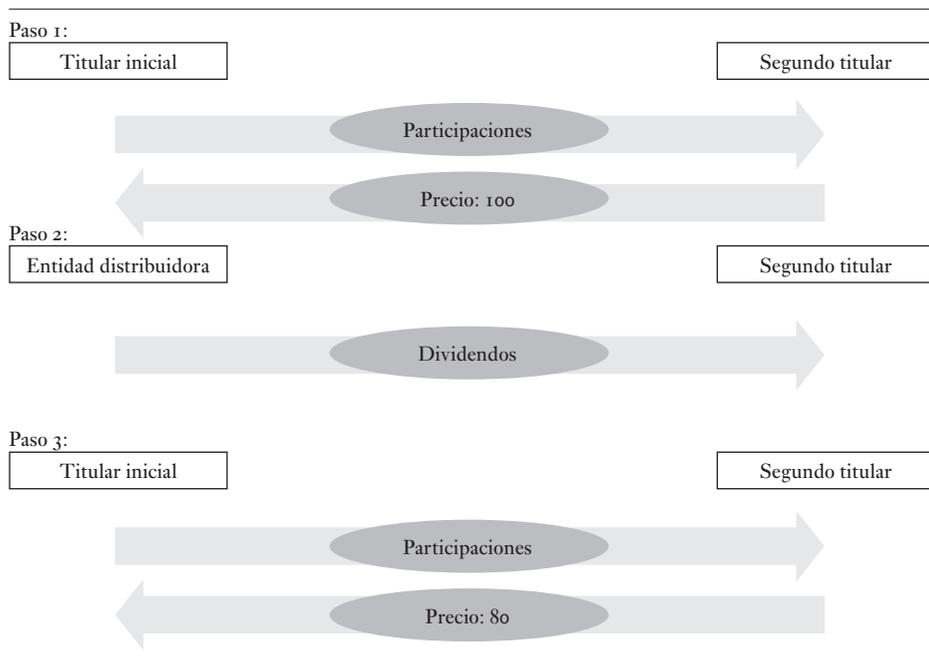
Gráficamente podría exponerse este supuesto de lavado de dividendos según lo muestra la figura 3.

Como se aprecia, el titular inicial recibe cien unidades al enajenar las participaciones, mientras que debe recomprarlas por un valor de ochenta unidades, obteniendo una renta de veinte, que para efectos convencionales, en principio, sería calificada como ganancias de capital gravable de forma exclusiva en la residencia de quien la obtiene, tal como lo ordena el artículo 13.5 MCOODE⁶¹⁹. Para el segundo titular existe un efecto neutro de la operación, ya que satisface cien unidades, que luego compensa con el monto de los dividendos y el precio de la reventa. Este simplificado ejemplo demuestra un posible arbitraje

618 Subraya el problema de la calificación de los rendimientos del usufructuario y asume la calificación dentro del art. 25.1 de la LIRPF, LUCAS DURÁN 2010: p. 613.

619 VOGEL 1997: párr. 189 y ss., art. 10.

FIGURA 3. SUPUESTO DE LAVADO DE DIVIDENDOS



entre el tratamiento de los dividendos y la enajenación de las participaciones. Una forma de atacar estos esquemas es evitar la compensación que realiza el segundo titular cuando la entidad distribuidora y el prestatario son residentes en un mismo Estado⁶²⁰. Sin embargo, la forma más común para evitar el fraude

620 Algunas normas que atacan el lavado de dividendos se concentran en no permitir esta compensación, “castigando” al tercero residente. Sin embargo, en realidad este castigo no se relaciona con la ventaja fiscal, que en este caso es obtenida por la entidad no residente que logra un ingreso equivalente económicamente a los dividendos sin tributar como dividendos según la capacidad contributiva valorada por el legislador para las condiciones del receptor. Es justo por la ausencia de vínculo directo entre las desventajas de las normas que evitan deducir las pérdidas en el residente, con las ventajas fiscales obtenidas por el no residente, que no se considera aplicable la justificación de “preservar la coherencia del régimen fiscal” en el ámbito de la Unión Europea. Sin embargo, la justificación de tales normativas se ha encontrado en la necesidad de preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembro, en la medida en que “el precio de las participaciones que engloba el importe equivalente al crédito fiscal, la concesión de un crédito fiscal o la restitución de un importe equivalente a dicho crédito fiscal al nuevo tenedor de participaciones residente tiene como consecuencia que el tenedor no residente se beneficie indirectamente de un crédito fiscal en concepto del impuesto pagado por la sociedad”. En definitiva, “el artículo 73 B del tratado debe interpretarse en el sentido de

al concepto de dividendo se da por medio de criterios objetivos consistentes en plazos dentro de los cuales se debe ser titular de la acción para obtener el régimen fiscal de esas rentas. Ese periodo puede ser exigido antes o después de la declaración de los dividendos⁶²¹, o antes y después. Esos criterios objetivos pueden ser fácilmente eludidos, por lo que en algunos Estados han considerado atacar dichas operaciones por medio de criterios subjetivos⁶²². Por ejemplo, mediante la atribución de los dividendos directamente al titular inicial, desco-

que no se opone a una normativa de un Estado miembro, en virtud de la cual la depreciación de participaciones sociales como consecuencia de una distribución de dividendos no afecta a la base imponible de un contribuyente residente, cuando este adquiere participaciones en una sociedad de capital residente, de un tenedor de participaciones no residente, mientras que, cuando adquiere participaciones de un tenedor residente, tal depreciación disminuye la base imponible del adquirente. Esta conclusión es aplicable en los casos en que dicha normativa no va más allá de lo necesario para salvaguardar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, así como para evitar los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y creados con el único fin de beneficiarse indebidamente de una ventaja fiscal. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si la normativa de que se trata en el litigio principal se limita a lo necesario para alcanzar esos objetivos”. TJUE, sentencia de 17 de septiembre de 2009, asunto C-182/08, caso Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG y Finanzamt München II. Respecto de las respuestas que se han dado en España: LUCAS DURÁN 2010: p. 613. Este autor señala que se ha dicho que es un negocio fiduciario, un préstamo garantizado con valores, y sostiene que podría existir un fraude de ley conforme al art. 15 LGT.

621 En cuanto al otorgamiento de la derogada deducción por dividendos en el régimen español, GONZÁLEZ-CUÉLLAR: p. 187-193. El art. 23 b) LIRPF indicaba desde su modificación por el art. 4.º del RD 291/1992 que la deducción no procedía cuando el adquirente de las participaciones cuyos beneficios se hubieran repartido en un plazo de dos meses o a un año tras la adquisición vendiera a su vez en el mismo plazo valores homogéneos. Ello generó una polémica que se relacionaba con qué se entendía por valores homogéneos y qué ocurría cuando se (re)vendían menos valores que los inicialmente adquiridos, polémica que resulta explicada perfectamente por la profesora. El proyecto BEPS ha detectado el abuso del art. 10.2.a) con fundamento en transacciones temporales que permiten gozar de la retención reducida en la fuente por participación sustancial, y en tales casos han sugerido modificaciones para que se exija que la participación se tenga por al menos un periodo que se deja abierto a la negociación (OECD 2014b: párr. 41-43). Sin embargo, el citado proyecto no se ha enfocado en estos casos de lavado de dividendos.

622 En Australia la S. 177 E permite a la Administración incluir el dividendo que habría sido pagado al vendedor o titular inicial del derecho a obtener un dividendo cuando hay operaciones de “dividend stripping”. La legislación no indicó si se aplicaba a casos de abuso o de forma general, pero la jurisprudencia matizó sus efectos caracterizando tales operaciones de forma similar a como se expone arriba. *Vid.* LOUWINGER: p. 52-53. La jurisprudencia estadounidense ha denegado la aplicación del crédito indirecto previsto para los dividendos cuando la participación que los genera ha estado poco tiempo en propiedad de una entidad residente y cuando la operación posterior de venta genera pérdidas. Estados Unidos, U.S. Tax Court, Caso

nociendo la operación descrita en el primer paso. Los problemas de coherencia de esta solución con la definición de dividendos convencional son semejantes a las que se utilizan para los casos de préstamos de participaciones que se analizan a continuación; por ello, en aras de evitar repeticiones y tener sistematicidad, se estudiarán a continuación.

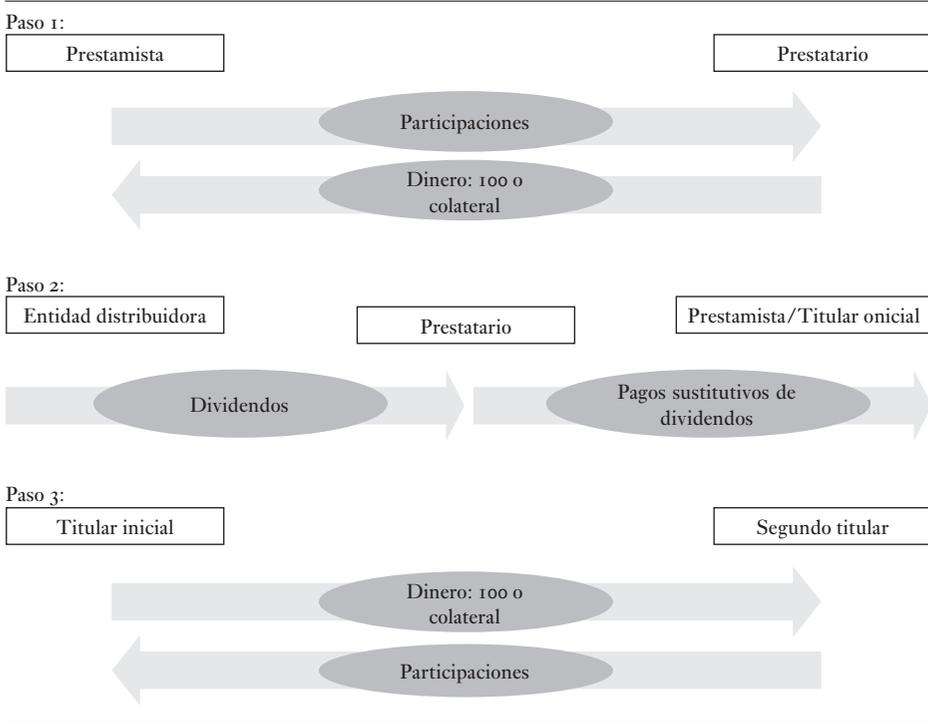
3) Una operación similar a la anterior, pero con elementos que añaden mayor complejidad, son los denominados préstamos de participaciones (*equity securities lending transactions* o repos⁶²³). Por lo general, y así se supone para estos efectos, se hace una transmisión de la propiedad de la acción, incluyendo los derechos de disposición, uso, goce y disfrute durante el periodo de duración del préstamo. El titular originario de las participaciones, en este caso el prestamista de la participación, recibe a cambio dinero o un colateral que consiste en una garantía no monetaria (*collateral*). Se suele pactar que el prestamista tiene derecho a un pago sustitutivo de dividendos (*substitute dividend, dividend equivalents, in lieu of payments* o *manufactured dividend*) que equivale a un monto similar al de las distribuciones efectivamente pagadas por la entidad distribuidora⁶²⁴. De forma gráfica, las operaciones son las siguientes (figura 4):

n.º 24238-96, Compaq Computer Corporation and Subsidiaries v. Commissioner of Internal Revenue, sentencia de 21 de septiembre de 1999. Disponible en Tax Research Platform, IBFD.

623 Las diferencias entre las *securities lending transactions* y los repos son bastante sutiles, pero en términos generales estos tienen una finalidad de ofrecer financiación en metálico y por el ello el colateral suele ser en dinero, mientras que en aquellas prevalece la intención de prestar los títulos, de manera que el colateral puede ser otro título. Por eso mismo las primeras suelen ser las operaciones comunes sobre las acciones y los segundos sobre títulos de endeudamiento, bonos. Además, en la medida en que los prestamistas en las *securities lending transactions* mantienen un interés en la acción, suele pactarse una opción de compra de los títulos para ejercer los derechos políticos (voto, asistencia a juntas, etc.) que se puede ejercer antes de la liquidación del contrato, lo que no ocurre con el repo, que no permite la recompra durante la vida de la operación. *Vid.* International Capital Market Association (ICMA), FAQ on repo, en <http://www.icmagroup.org/Regulatory-Policy-and-Market-Practice/short-term-markets/Repo-Markets/frequently-asked-questions-on-repo/14-what-is-the-difference-between-repo-and-securities-lending/> [consultada el 30 de junio de 2014]. Sobre las características y prestaciones usualmente pactadas en estos contratos, *vid.* ISLA, Global Master Securities Lending Agreement (2010). www.isla.co.uk

624 Estas denominaciones son usadas por UNITED STATES. SENATE. PERMANENTE SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS (2008): p. 4; HELMINEN 2010: p. 91 y ss.; BLESSING 2012b: p. 121, 122, 126-134; DYPPEL 2014.

FIGURA 4. ATRIBUCIÓN EN PRÉSTAMOS DE PARTICIPACIONES



Como se aprecia, en los préstamos de valores los pasos 1 y 3 no representan mayor interés, dado que suelen ser operaciones neutras. Sin embargo, el prestatario de las participaciones sociales, cuando entrega dinero, suele obtener un ingreso que puede derivarse del descuento con el que compra en el paso 1 y que se materializa en el paso 3, por ejemplo si compra por noventa unidades y vende por cien unidades. La remuneración de ese sujeto también puede estar dada por una tasa de interés fija o variable calculada sobre el dinero entregado en el paso 1, que puede descontar anualmente del valor de los pagos sustitutos de dividendos o que satisface regularmente durante la duración del contrato. Así mismo, cuando el colateral tenga variaciones en su valor, estas podrán ser reflejadas en el contrato. Cabe agregar que puede haber agentes que administren el contrato de préstamo de valores para facilitar el ejercicio de las prestaciones. Además, ha de subrayarse que existen variadas razones económicas no fiscales por las que se utiliza este tipo de operaciones⁶²⁵. Dejando de lado el asunto de

625 Vid. HELMINEN 2010: p. 107-109.

la remuneración del prestatario por desbordar el objeto de este texto, interesa ahora calificar el ingreso que recibe el prestamista por los pagos sustitutivos de dividendos y del prestatario por los dividendos, de acuerdo con la definición del art. 10.3 MCOCDE (paso 2).

Tal como lo reconoce Wheeler, los Estados adoptan variados criterios de atribución, que aplicados a operaciones internacionales pueden dar lugar a supuestos de doble imposición o doble exención⁶²⁶. De esta manera, los Estados con perspectivas formalistas sobre la atribución de la renta considerarán que los dividendos son los pagados al prestatario en la operación descrita arriba, ya que este es el titular legal de las participaciones y quien tiene derecho a obtener los frutos según el derecho tributario. Otros considerarán que la renta debe atribuirse a quien tenga derecho a recibir el dividendo, sin más, y también la atribuirán al prestatario⁶²⁷. Sin embargo, otros Estados pueden considerar que los dividendos son pagados al prestamista. Pueden llegar a este resultado apoyándose en criterios económicos de atribución⁶²⁸ o en normas antielusión generales o especiales, como las que permiten ver los contratos de derivados como un solo instrumento y no de forma separada cada una de sus prestaciones, de manera que el resultado en tales casos es que el prestamista no ha dejado de ser el propietario de la acción⁶²⁹. Por último, otros Estados, bajo normas definitorias de dividendos o en aplicación de cláusulas generales antielusión podrán considerar que los pagos sustitutivos de dividendos son dividendos para todos los efectos⁶³⁰, lo cual puede dar lugar a un efecto cascada de imposiciones⁶³¹.

Con lo que se viene exponiendo, tres perspectivas podría tomar el Estado de la fuente de los dividendos (figura 5):

626 WHEELER 2007: p. 48-50.

627 WHEELER 2007: p. 26; DYPPEL 2014: aptdo. 3.

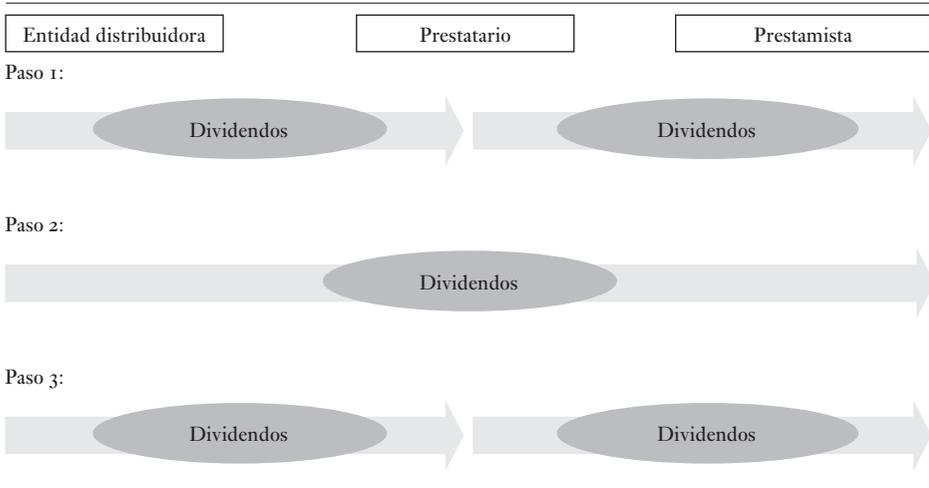
628 *Id.*

629 PLAMBECK, ROSENBLUM & RING 1995: p. 667-668; HELMINEN 2010: p. 108-109.

630 Recuérdense los comentarios a los supuestos de causa en una *societatis causa*, reconocidos en el art. 25.1 lit. c) LIRPF en España.

631 Ello ocurrió en los Estados Unidos cuando el Internal Revenue Service consideró en 1997 que los pagos sustitutivos de dividendos en un préstamo de participaciones deberían tener la misma fuente que los dividendos, lo cual causó una reacción de los asesores fiscales que advirtieron la posibilidad del efecto cascada. Por ello se estableció la regla de *foreign to foreign*, que le permite al prestatario descontar en la retención que practica por el préstamo sustitutivo los impuestos retenidos que se atribuyen al dividendo subyacente. *Vid.* UNITED STATES. SENATE. PERMANENTE SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS (2008): p. 17-21.

FIGURA 5. LA ATRIBUCIÓN Y EL CONCEPTO DE DIVIDENDOS



Como se observa, la primera opción considera que los dividendos son aquellas rentas pagadas por la entidad distribuidora de dividendos al titular formal de las participaciones. Si este tiene derecho a un régimen fiscal más favorable que el prestatario, podrá obtenerse una ventaja fiscal. Según el MCOCDE, la atribución al titular de la participación encuadra perfectamente en la definición de dividendos del art. 10.3, aunque pueden presentarse algunas dudas sobre si concurre en el prestatario la condición de ser el beneficiario efectivo, para efectos de conceder la limitación a la retención según el art. 10.2⁶³². Por otra parte, el pago del prestatario al prestamista se calificará conforme a la ley interna según corresponda, pero al respecto se supone que en una categoría distinta de los dividendos. Convencionalmente esa renta se calificará como beneficios empresariales (art. 7.º MCOCDE) si la actividad que la genera forma parte del negocio regular del prestamista, o como “otras rentas” (art. 21 MCOCDE), si no fuere así. En ambos casos se tributará en el Estado de la residencia, a menos que dicha actividad constituya un EP. No procederá la calificación como dividendos según la parte autónoma, puesto que ni el contexto ni la legislación interna del Estado de la fuente harían considerar que la renta derivara de alguna de las participaciones en una entidad distribuidora referidas en el art. 10.3 del

632 Esto dependerá de la definición de beneficiario efectivo que se adopte. *Vid.* DYPPEL 2014: aptdo. 4.1.

Modelo⁶³³. A pesar de que dentro de la segunda parte de la definición podría encuadrar, pues se trata de otro derecho, y suponiendo que no es de crédito, lo cierto es que este debe ser emitido por la entidad distribuidora, y ello no ocurre en este caso. Como lo reconoce correctamente Dyppel, la doctrina, a pesar de sus diferencias, concuerda en que el derecho del que deriva la renta ha de ser emitido por la sociedad⁶³⁴.

La segunda opción parece no encontrar problemas con la definición de dividendos, en la medida en que, como se ha repetido varias veces en este trabajo, la definición de dividendos no prejuzga la atribución, aunque requiere que las rentas se paguen en virtud de la participación social⁶³⁵. El entendimiento de un significado autónomo contenido en el artículo 10 del Modelo, relativo al nexo causal, en este punto no aporta más que problemas. Ejemplo de ello se vislumbra en las dificultades que encuentra la doctrina para justificar que una renta ficticia atribuida al prestamista se encuadra en el art. 10.3 del Modelo. Los autores han debido justificar que es un caso excepcional, que el CDI debe aceptar las normas antielusión internas expresamente o el Estado admitir los CMOCDE de 2003 sobre el *factual approach*⁶³⁶, que el receptor debió haber sido titular de la acción en el pasado⁶³⁷ o que ficticiamente por aplicación de la norma antielusión no se haya transferido la participación⁶³⁸, y en fin, una serie de matizaciones que son irrelevantes, pues la definición de dividendos del Modelo es suficientemente amplia. Por ello, no se puede estar de acuerdo con la posición de Dyppel, que justifica que si el Estado de la fuente considera al prestatario como propietario de la acción pero le atribuye la renta al prestamista, ese flujo de recursos no será calificado como dividendos según el art. 10 del MCOCDE⁶³⁹.

Ahora bien, la tesis de la asunción del riesgo de la empresa como criterio esencial de la definición de dividendos del MCOCDE tampoco ayuda. En criterio de los profesores Zornoza y Báez, los casos de *dividend stripping* corregidos

633 HELMINEN 2010: p. 113; DYPPEL 2014: aptdo. 4.3.

634 DYPPEL 2014: aptdo. 4.2., en referencia a AVERY JONES *et al.* 2009: p. 23-23; PIJL 2011: p. 493, y BLESSING 2012: p. 128.

635 Esta idea es asumida en el reciente trabajo de HARRIS 2014: aptdo. 5.1.2.4.2. "A dividend distributed by a company with regard to share rights held against it is, nevertheless, a 'dividend' even though it is not received by a shareholder as such".

636 HELMINEN 2010: p. 111-113.

637 VOGEL 1997: párr. 192, art. 10.

638 DYPPEL 2014: aptdo. 4.3.

639 DYPPEL 2014: aptdo. 4.3.

aplicando una norma antielusión, o de la propia interpretación de las normas de atribución, pueden ser admitidos por el concepto de dividendo previsto en el artículo 10.3 MCOCDE, ya que el criterio de la asunción del riesgo empresarial permitiría entender que el titular inicial de las participaciones sociales en realidad participó o participa de dicho riesgo y, por consiguiente, se le pueden atribuir las distribuciones de dividendos⁶⁴⁰. Sin perjuicio de que se pueda estar de acuerdo con el resultado del argumento de los profesores españoles, consistente en que es perfectamente posible calificar dentro del art. 10.3 MCOCDE los pagos realizados al titular inicial en una operación de préstamo de valores o de venta con pacto de retroventa, la fundamentación en el criterio del riesgo presenta dudas. Será posible que dada la configuración del contrato, el titular inicial soporte realmente el riesgo de la empresa cuando esté obligado a compensar al prestatario en el evento de que haya rendimientos menores de lo previsto, o a dar garantía en caso de iliquidez de la entidad distribuidora, etc. Sin embargo, si se sigue la posición de Vogel⁶⁴¹, el titular inicial en principio no asumiría una participación en el remanente de la liquidación, o al menos no de forma directa, sino por medio de una obligación distinta del contrato de asociación de la entidad distribuidora, con lo cual no habría una relación generadora de dividendos. Por último, si en realidad la asunción del riesgo es el criterio que fija el nexo requerido por el CDI entre la participación y la renta, habría que preguntarse: ¿cuándo debió haberse asumido el riesgo? ¿Durante el periodo fiscal? Y si se distribuyen los beneficios acumulados, ¿debió haberse asumido el riesgo durante el periodo en que se acumularon? Más aún, ¿durante cuánto tiempo debió haberse asumido el riesgo para que exista ese nexo?⁶⁴²

640 ZORNOZA & BÁEZ 2010: párr. 44.

641 VOGEL 1997: párr. 189, art. 10.

642 Vienen a cuento las dificultades que presenta el diseño del sistema de integración en cuanto a la imputación temporal, ya que son precisamente los mismos problemas que destacan al interpretar las reglas de atribución de los dividendos, pero desde la perspectiva de *lege lata*. El profesor RUIZ GARCÍA subraya: “La opción por el sistema de integración exige también resolver cómo debe efectuar la imputación temporal del beneficio al socio, A este respecto son pensables dos posibilidades. Cabe en primer lugar que la participación se realice a quien resulte ser titular de la participación en el día fijado por la ley con la peculiaridad de que la cantidad imputada es la correspondiente a todo el ejercicio social; esta opción presenta mayor sencillez en su aplicación, pero puede dar lugar a manipulaciones. Una segunda posibilidad consiste en efectuar una imputación *pro rata temporis*; en tal hipótesis el beneficio se imputa a los socios en proporción al periodo del tiempo [*sic*] en que han sido titulares de la correspondiente participación social durante el ejercicio económico y no es preciso insistir en las dificultades que la opción por esta segunda posibilidad conlleva”. RUIZ 1991: p. 66-67. ¿Qué decidió el legislador?

Parece que estos asuntos son de exclusiva competencia del legislador nacional y que la definición convencional no los debería restringir. Al menos no al nivel de un Modelo de convenio.

Ahora bien, la tercera opción de atribución presenta mayores problemas. Dejando de lado los pagos de la entidad distribuidora al prestatario que, como se ha dicho, no tienen dificultades en torno a su calificación en el artículo 10 del Modelo, interesa ahora analizar la calificación convencional de los pagos realizados por el prestatario al prestamista. Como se observa, el ejemplo presupone que son incluidos en la categoría interna de renta de los dividendos o de remuneraciones de los fondos propios por una norma definitoria o por una recalificación apoyada en normas antiabuso y que recibirán el mismo tratamiento tributario que las rentas de las acciones. De tal forma, según el MCOCDE habría que analizar si son pagos realizados en virtud de una “participación social”, es decir, si tienen una *societatis causa*. Es evidente que la causa inmediata de la renta es el contrato de préstamo de valores y a lo sumo habría una causa mediata en la participación social. Además, el derecho del cual derivan las rentas no ha sido emitido por la entidad distribuidora⁶⁴³; incluso no ha sido pagado por dicha entidad. En los CDI con definiciones de dividendos con remisiones amplias al Estado de la fuente, es evidente que el pago sustitutivo deriva de “otros derechos”, pero el contexto podría requerir que se tuviera contra la entidad distribuidora, no frente a un tercero, lo cual da lugar a una inseguridad jurídica que puede causar conflictos de calificación⁶⁴⁴. Conforme a los tratados con remisiones amplísimas, los pagos sustitutivos de dividendos serán “rentas”; por tanto, la calificación como dividendos procedería. El hecho de que la tercera parte de la definición se refiera a

Y si a sabiendas de los casos de elusión decidió una eficiente regla objetiva como la primera, ¿puede haber abuso de ella por hacer lavado de dividendos?

643 DYPPEL 2014: aptdo. 4.2. Es ilustrativo de esta idea el caso finlandés n.º KHO:2002:71, de 6 de noviembre de 2002, estudiado por la Corte Suprema Administrativa –Korkein Hallinto-oikeus– (disponible en Tax Research Platform, IBFD) en el que se discute la calificación como dividendos (art. 10) u otras rentas (art. 21) del pago realizado por un banco depositario de las acciones de una compañía finlandesa cotizada a un residente en el Canadá por el no registro de la propiedad de las acciones a tiempo, de forma que el canadiense no tuvo derecho a los dividendos, pero recibió a cambio un pago sustitutivo. El juzgador entendió, en la misma línea que la Administración, que si bien la ley interna incluía los pagos sustitutivos de dividendos, para efectos del CDI se debía calificar el rendimiento como “otras rentas” y de acuerdo con el CDI respectivo procedía una retención en la fuente que el banco no practicó. Como se observa, en este caso la fuente del pago es de carácter indemnizatorio, si se quiere de responsabilidad contractual, pero no proviene de la participación social directamente.

644 HELMINEN 2010: p. 114.

la “sociedad que hace la distribución”, en forma alguna requiere que sea dicha entidad la que realice el pago, pues solo se menciona para comparar el régimen de imposición. Sin embargo, cuando el prestatario no sea una “sociedad”, por más que la definición incluya esos pagos como dividendos, no podrán calificarse dentro del artículo 10.1, que exige que sean pagados por una “sociedad”. Por ello, se ha recomendado que los países que adopten esta perspectiva deban incluir los ingresos sustitutivos de dividendos en la definición del art. 10.3 y aclarar que pueden no ser pagados por una sociedad⁶⁴⁵.

El caso Royal Bank of Scotland en Francia resulta ilustrativo para detallar la posición sentada arriba. Allí se analiza un supuesto en el que una sociedad residente en los Estados Unidos constituye un repo con el citado banco residente en el Reino Unido, mediante el cual transfieren las acciones de su filial francesa. Con este esquema se pretendía obtener la ventaja contenida en el art. 9.7 del CDI entre Francia y el Reino Unido consistente en la concesión a los residentes en este último Estado del denominado *avoir fiscal*. Se discutió en el proceso si el citado banco era el beneficiario efectivo de los dividendos y si aplicaba el tratado. El Conseil d'État concluyó que el banco era simplemente un prestamista, dado que el contrato hacía que el riesgo del pago de dividendos de parte de la subsidiaria recayera sobre la matriz estadounidense y se había pactado que era un mero préstamo de las participaciones a tres años, de forma que no podría ser considerado propietario o beneficiario efectivo de los dividendos⁶⁴⁶. Tal como lo observa De Broe, el Conseil d'État no deja muy claras las razones para negar la concesión del *avoir fiscal*, pero se podría inferir que se considera que la renta obtenida por el banco no se caracteriza como dividendos, sino como intereses derivados de un préstamo de dinero garantizado con la transferencia de las participaciones y con el derecho a pagarse con los rendimientos de ellas⁶⁴⁷. Es decir, el juzgador estaría admitiendo tácitamente que la renta no es un dividendo por carecer de una *societatis causa*, pues el ingreso del banco se deriva de una causa en otro contrato más inmediato que es el del préstamo de acciones. De este modo, Francia, como Estado de la fuente, estaría delimitando el nexo entre la renta y la participación a partir de una doctrina antiabuso (*fraude à la loi*) que no se ve limitado por el concepto de dividendo convencional.

645 HELMINEN 2010: p. 112.

646 Francia, sentencia de 29 de diciembre de 2006, caso 283314, Disponible en [www.ibfd.com Tax Treaty Cases](http://www.ibfd.com/TaxTreatyCases). Comentarios sobre la sentencia en BLESSING 2012b: p. 151.

647 DE BROE 2008: párr. 479.

4) La utilización de contratos o instrumentos derivados de participaciones en entidades (*equity derivatives*) puede agregar mayor complejidad a los supuestos de lavado de dividendos que se vienen estudiando. Aunque puedan tener muchos motivos económicos válidos⁶⁴⁸, su utilización no solo puede afectar al régimen de los dividendos previsto por las normas del Estado de la fuente⁶⁴⁹ y de la residencia⁶⁵⁰, sino también al contenido en los CDI con objeto de repartir el poder tributario. En términos generales, los derivados de instrumentos de capital pueden definirse como aquellos negocios en los que una o ambas partes adquieren obligaciones de vencimiento futuro, cuyo rendimiento se liga a la evolución de un subyacente, que puede ser una participación en una entidad o una cesta de participaciones. Eventualmente, también puede incluir un índice o una cesta de índices⁶⁵¹. Lo que caracteriza a los derivados es su vínculo con el valor de un subyacente, por lo cual los préstamos de participaciones analizados atrás podrían considerarse derivados en cuanto hace a la obligación de revender

648 Por ejemplo: reducir el riesgo que suponen los planes de remuneraciones con opciones; reducir la volatilidad de las acciones propias (*share buy-back programe*), reducir costes de la transacción cuando la compraventa del subyacente supone mayores gastos, evitar restricciones regulatorias en otro Estado y monetarizar participaciones con restricciones de venta (cláusulas de *lock-up*, depósitos en garantía). MUÑOZ PÉREZ 2013: p. 136.137. El Senado de los Estados Unidos reconoce los siguientes: facilitar los flujos de capital, reducir las necesidades de capital y difuminar el riesgo. UNITED STATES. SENATE. PERMANENTE SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS (2008): p. 4.

649 Sobre la retención en la fuente del 30% sobre los dividendos pagados a no residentes de los Estados Unidos se ha discutido la diferencia que existe con la regla de fuente prevista para los contratos con un principal notional (*notional principal contracts*), como los derivados, en los que cualquier pago bajo tales negocios debe ser gravado por el Estado de residencia de la persona que recibe el pago. *Vid.* UNITED STATES. SENATE. PERMANENTE SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS (2008): p. 1 y ss., 16.

650 Los problemas que plantean los derivados en el derecho tributario son variados y exceden ampliamente el propósito de este trabajo. Parece oportuno dejarlos a un lado citando algunos estudios realizados al respecto: OECD 1997; VILLARROIG 1998; PLAMBECK, ROSENBLUM & RING 1995. En Países Bajos se ha entendido que el régimen de exención por participación sustancial también puede aplicar para “bonos convertibles y opciones de compra e instrumentos similares que den derecho a adquirir acciones en prestatario; luego cualquier incremento en el valor del derecho de conversión (opción) estará cubierto por la exención por participación sustancial, siempre y cuando las acciones relevantes califiquen para la exención por participación sustancial. Incluso si el instrumento relevante le diera derecho al tenedor a una participación igual o menor al 5%, la exención aplicaría a cualquier ganancia de capital si el tenedor del derecho de opción ya tuviera la participación requerida”. LOWINGER 2008: p. 14.

651 *Vid.* MUÑOZ PÉREZ 2013: p. 27 y ss. Una conceptualización para efectos tributarios: OECD 1997: párr. 4.

el instrumento⁶⁵². Los derivados pueden ser contratos que se negocian por lo general *Over The Counter* o instrumentos financieros que se transan en bolsas o mercados centralizados y regulados. En estos últimos el riesgo de incumplimiento suele ser mucho menor. Los derivados pueden ser independientes o estar ligados a otras obligaciones o valores negociables. Los tres tipos básicos de derivados son las opciones, los futuros y los *forward*; sobre estos se construyen contratos o instrumentos más complejos como los *swaps*, *caps*, *floors* o *collars*⁶⁵³.

En lo que hace a los CDI, los derivados presentan también varios problemas que van más allá del propósito que se ha trazado este libro. Bajo la utilización de derivados, en especial los derechos económicos en una entidad, en concreto a participar en los beneficios anuales y en el remanente de la liquidación, pueden ser trasladados por el titular inicial de la participación a un tercero. Por ejemplo, en un *total default swap*⁶⁵⁴ el titular de la participación social (*total return payer* o parte con la posición larga) puede obtener de la parte con la posición corta (*total return receiver*) un flujo de caja compensatorio en caso de que haya pérdidas patrimoniales y los dividendos sean menores que un monto estimado (*floor*), mientras los incrementos o dividendos superiores a lo preestablecido benefician a la parte con la posición larga. Un instrumento de capital puede ser deconstruido para reconocer diferentes componentes de valor⁶⁵⁵, por ejemplo el rendimiento y la inversión principal. Sobre esa base, por ejemplo, en un *price return swap* el beneficiario solo tiene derecho sobre los cambios positivos o negativos en el valor de la inversión, en este caso, la participación⁶⁵⁶. Estas operaciones pueden contener límites por los que se responda, que pueden ser techos o máximos (*cap*), pisos o mínimos (*floor*) o una combinación de los

652 HELMINEN 2010: p. 115.

653 Tampoco es el propósito de este trabajo describir el régimen jurídico privado y regulatorio de las tipologías de derivados, sino tan solo atizar las características que algunos de dichos instrumentos pueden tener y cómo estas causan problemas de calificación de las rentas o beneficios, en el marco del art. 10.3 MCOCDE. Sobre el régimen legal de los derivados de participaciones en entidades (*equity derivatives*), *vid.* MUÑOZ PÉREZ 2013: p. 27 y ss. Una conceptualización para efectos tributarios: OECD 1997: párr. 4. Una descripción general en HELMINEN 2010: p. 115-122.

654 Lo define la International Swaps and Derivatives Association, Inc. de la siguiente forma: "Agreement in which one party (total return payer) transfers the total economic performance of a reference obligation to the other party (total return receiver)". *Vid.* <http://www2.isda.org/> [consultada el 14 de julio de 2014].

655 HELMINEN 2010: p. 118.

656 MUÑOZ PÉREZ 2013: p. 28.

dos (*collars*). Pues bien, cuando se tiene un derivado que traslada el riesgo del titular formal de una participación sobre el activo y su rendimiento, o uno de estos, podría dudarse de la concurrencia en dicho sujeto de la calidad de beneficiario efectivo⁶⁵⁷.

Dejando de lado los problemas que versan sobre el ámbito subjetivo de aplicación del CDI, que se da por supuesto en este trabajo, adquiere relevancia determinar si flujos de caja realizados en virtud de un derivado pueden considerarse dividendos para efectos del artículo 10.3 de los CDI. Casi siempre los derivados del tipo que venimos comentando contienen tres clases de pagos: a) periódicos, b) no periódicos y c) de terminación⁶⁵⁸. En principio, los desembolsos hechos en virtud de derivados de participaciones (*equity derivatives*) tendrían una causa en una *societatis causa*, que es más próxima en el caso en que el subyacente sea el rendimiento directo de una participación, pero que se aleja gradualmente si lo es una cesta de participaciones, un índice o una cesta de índices. En todo caso, se trata de activos que no darían lugar a dividendos, pues los derivados no suelen ser definidos por la legislación interna como alguna de las participaciones mencionadas en el art. 10.3 MCOCDE, ni son derechos que se tengan frente a una entidad distribuidora (*host company*)⁶⁵⁹ por participar en su fondos propios. Son simplemente pagos que derivan de un contrato aleatorio con subyacente en una participación en una entidad. De forma general, los pagos hechos en virtud de un derivado calificarían como beneficios empresariales (art. 7.º MCOCDE) u otras rentas (art. 21 MCOCDE) según el caso⁶⁶⁰, y si existe enajenación de derechos, como ganancias de capital (art. 13 MCOCDE)⁶⁶¹.

657 La jurisprudencia suiza ha concluido que en tales casos el titular no sería el beneficiario efectivo. *Vid.* CARELLI 2012. Switzerland-Case A-1246/2011, 23 July 2012; Switzerland-Case A-6537/2010, 7 March 2012. Disponible en www.ibfd.org

658 HELMINEN 2010: p. 117.

659 Según la terminología usada por el derecho privado, el financiero y el de los mercados regulados para hablar del fenómeno del *decoupling*, se entiende por *Host Company* la entidad sobre la cual se tienen las participaciones que se consideran subyacente. MUÑOZ PÉREZ 2013: p. 134.

660 Las *Technical Explanations* al MCEUA de 2006 indican en cuanto al artículo 21: “The article would also apply to income from a variety of financial transactions, where such income does not arise in the course of the conduct of a trade or business. For example, income from notional principal contracts and other derivatives would fall within Article 21 if derived by persons not engaged in the trade or business of dealing in such instruments, unless such instruments were being used to hedge risks arising in a trade or business”. Párr. 296.

661 HELMINEN 2010: p. 123.

Sin embargo, los derivados pueden utilizarse para evitar la imposición en el Estado de la fuente, que correspondería al no residente si este fuera titular de la participación, lo cual se lograría si se obtuviera la calificación convencional recién mencionada, a menos que constituyera un EP. La reducción de la retención en la fuente se lograría mediante un *total default swap* u otro tipo de *syntetic equity*, es decir, por medio de derivados mediante los cuales las variaciones en el valor o la rentabilidad de una participación se reflejen en sincronía en los pagos que deben hacerse a un tercero ajeno a la relación socio-sociedad⁶⁶². Puede ocurrir entonces que exista una posición de “accionista oculto” (*hidden or morphable ownership*)⁶⁶³, que para efectos tributarios sea “revelado” por medio de doctrinas o normas antiabuso como la de *look through approach*. En tales casos, al igual que en el préstamo de valores, la atribución de la renta al “accionista oculto” no está limitada por la definición de dividendos del MCOCD.

El problema de nuevo es determinar si los pagos sustitutivos de dividendos hechos por el titular de la acción, a quien se ha llamado para efectos expositivos “accionista oculto”, pueden calificarse como dividendos en un CDI. Con la redacción del Modelo OCDE no es posible, pues por más que sea un derecho a participar en beneficios, no se tiene en la entidad distribuidora. Incluso, lo mismo podría decirse de aquellas definiciones que incluyan “cualquier otro acuerdo que dé derecho a participar en los beneficios”. Por el contrario, en aquellos tratados con redacciones amplísimas como el MCEUA es perfectamente posible calificarlos como dividendos, y resulta de nuevo discutible si las definiciones que usan las palabras “otros derechos” en la remisión se refieren a derechos en la entidad o no. Suponiendo que no, la renta se enmarcaría en la definición de dividendos, pero el artículo 10 podría no aplicar, pues su primer párrafo exigiría que el titular formal de la acción, que es quien paga los dividendos sustitutivos, fuera una “sociedad” y no un sujeto tributario de distinta

662 El asunto presenta una importancia enorme en términos recaudatorios, en especial para países con sistemas clásicos, tal como demostró el Senado estadounidense de acuerdo con el estudio de seis casos de utilización de derivados para eludir la imposición de sujetos no residentes o nacionales en ese país que obtenían dividendos de participaciones en sociedades de allí. UNITED STATES. SENATE. PERMANENTE SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS (2008): p. 1 y ss.; HELMINEN 2010: p. 117 y ss.

663 “A través [*sic*] de un contrato de derivado es posible que un inversor tome la posición de ‘accionista oculto’ detrás del ‘accionista formal’ titular de un paquete de acciones, que sirven como subyacente del contrato de derivado financiero del que ambos son partes contratantes”. MUÑOZ PÉREZ 2013: p. 28

naturaleza⁶⁶⁴. Obviamente el resultado de esta aplicación resulta absurdo por distinguir entre situaciones perfectamente idénticas a los efectos de la finalidad fiscal, como sería cuando el pago sustitutivo se paga a una persona física o a una sociedad. Por ello, parece razonable que si esta es la decisión del Estado, se adopten no solo modificaciones al párrafo 3 del art. 10 del MCOCDE, sino también al párrafo primero.

De nuevo el criterio de la participación en el riesgo empresarial en la entidad distribidora puede generar más problemas que soluciones, ya que económicamente el titular de la posición corta en un *total default swap* es quien soporta todos los beneficios y pérdidas del periodo, e incluso, de la liquidación de la entidad.

5) Mediante la venta de las participaciones a una entidad vehículo que luego se fusiona con la entidad distribidora. Como punto de partida ha de recordarse que la mera venta de las participaciones sociales se califica como ganancias de capital según el art. 13.5 MCOCDE y no da lugar dividendos de acuerdo con el art. 10.3 MCOCDE. Sin embargo, resulta discutible si el Estado de la fuente podría gravar como dividendos las ganancias de capital realizadas al momento de la venta de las participaciones, bajo la aplicación de una norma o doctrina general antielusión. El caso RMM Canadian Enterprises v. The Queen visto por la Tax Court de Canadá permite exponer el problema. Se trata de una sociedad estadounidense (USC) que vende su participación en una entidad canadiense (EDD) a una entidad interpuesta residente en Canadá (RMM). El objeto de la planeación era permitir a la USC obtener los beneficios acumulados en la EDD y continuar con las operaciones en Canadá. Simplificando los hechos para hacer destacar lo que interesa a este trabajo, RMM adquiere las participaciones de USC en EDD, apalancándose en un préstamo concedido por un banco estadounidense y garantizado con las participaciones de EDD. Luego se fusiona RMM y EDD, y con el dinero en caja de esta se paga el préstamo. El juzgador, al analizar la calificación convencional de los elementos de renta obtenidos por USC, justificó que no se trataba de una ganancia de capital, pues la “enajenación” de propiedad que se cobijaba por el artículo de ganancias de capital del CDI entre Canadá y los Estados Unidos eran las genuinas y no las que se presumían ser dividendos bajo la aplicación de la norma antielusión canadiense⁶⁶⁵. Además de lo dicho, que parece ser *obiter dictum*, lo cierto es que solo por la redacción

664 *Vid.* HELMINEN 2010: p. 124.

665 ARNOLD & VAN WEEGUEL 2006: aptdo. 5.4.3.

de la definición del artículo X.3 del tratado se admitió un entendimiento tan amplio de la definición de dividendos, pues la remisión no se condiciona a que se trate de participaciones sociales o de otros derechos, sino que comprendía todas las “rentas sujetas al mismo tratamiento fiscal que las rentas de las acciones [...]”⁶⁶⁶. En cualquier caso, consideró que USC obtuvo dividendos de EDD.

Hattingh ha entendido que esta sentencia debe leerse con detenimiento, pues no pretende decir que la definición de dividendos convencional por sí misma permita la recalificación, sino que exige precisamente que el Estado de la fuente, según su legislación interna, contenga una norma que lo permita. Además, afirma el autor que no podrían aplicarse sus argumentos y conclusiones para comprender “los efectos de re-caracterizaciones presuntas bajo el derecho interno tributario, como cuando un criterio objetivo genera la re-caracterización de una transacción sin importar si están presentes o no los motivos de abuso o elusión”⁶⁶⁷. Es decir, el autor surafricano precisa delimitar entre cláusulas subjetivas antielusión y las que contienen criterios objetivos, pues solo las recalificaciones establecidas con fundamento en las primeras serían consideradas dividendos en los CDI⁶⁶⁸. No parece, sin embargo, que una regla así derive de la definición de dividendos y ni siquiera de los Comentarios introducidos en el 2003 sobre el *factual approach*, que en ocasiones no distinguen entre cláusulas generales y especiales.

Según la redacción del MCOE, habría que indagar si la renta es “de otras participaciones sociales”, ya que el Estado de la fuente sujeta a las ganancias de capital al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones, gracias a la aplicación de una norma antielusión. Es evidente que el entendimiento de la palabra “renta” en la tesis de los frutos no tiene asidero convencional. Además, existe una participación social de USC en la EDD previa a la operación declarada fraudulenta. Por ello, ha de entenderse que el artículo 10 del Modelo, al referirse a las rentas de las participaciones, se refiere tanto a los rendimientos ordinarios como a los extraordinarios por la enajenación de la participación, siempre que exista una reducción de los activos o del patrimonio de la entidad. En consecuencia, existe una concurrencia entre el art. 10.3 y el 13.5 MCOE, que se soluciona según como el Estado de la fuente decida gravar la ganancia

666 Canadá, Tax Court, sentencia del 10 de abril de 1997, caso n.º 94-1732(IT)G and 94-1753(IT)G entre RMM Enterprises Inc. and Equilease Corporation vs. Her Majesty the Queen. Disponible en www.ibfd.org

667 HATTINGH 2009: p. 520.

668 HATTINGH 2009: p. 520.

por la enajenación. Si lo sujeta a imposición como renta de las acciones, se calificará para efectos convencionales como dividendo, y de lo contrario, como ganancias de capital. Por ello, si el caso RMM Enterprises Inc. citado hubiese versado sobre el texto del MCOUDE, la respuesta posiblemente habría sido igual, considerando estos argumentos.

Nótese, sin embargo, que se podría argumentar que el negocio jurídico que produce la renta es la venta de la participación y, en principio su causa es tal contrato y no la cuota en el capital de la entidad⁶⁶⁹. Esto en alguna medida se parece al supuesto de los préstamos de valores en el que se ha concluido que los pagos sustitutos no se pueden calificar como dividendos para efectos de los CDI. No obstante, existe una diferencia entre ambos supuestos, ya que en la venta de la participación, la renta encuentra su causa en la enajenación de ella, a diferencia del pago sustitutivo de dividendos en el préstamo de valores, en el cual el nexo con la participación es indirecto.

Una segunda cuestión problemática del resultado interpretativo defendido atrás es que la entidad distribidora no es la que paga los dividendos. En cuanto a la definición del art. 10.3 del Modelo, eso no presenta problemas, ya que la definición se refiere a la entidad distribidora remitiendo al derecho interno. En el caso RMM Enterprises Inc. es evidente que la entidad es EDD y que en ella USC tuvo una participación social hasta antes de la operación fraudulenta, e incluso se mantiene una participación indirecta e interés económico, ya que se pretendía continuar con una parte importante de los negocios de la entidad, de modo que se puede inferir que Canadá construye un nexo de *societatis causa* por medio de su norma general antiabuso que no se encuentra limitado por el CDI. Además, en este punto es claro que la entidad distribidora pierde activos en favor de su anterior socio mediante operaciones calificadas de artificiosas por la legislación interna.

669 De algún modo esa ha sido la posición del Hoge Raad en varias sentencias de los años 1993 a 1995, que ya anticipábamos, en las cuales se considera que no pueden ser recaracterizados como dividendos las ganancias derivadas de la enajenación de las participaciones en una entidad a una sociedad vehículo. Hoge Raad 15 December 1993, BNB 1994/259; Hoge Raad 29 June 1994, BNB 1994/293; Hoge Raad 29 June 1994, BNB 1994/294; Hoge Raad 3 July 1991, BNB 1991/248; Hoge Raad 8 January 1986, BNB 1986/127; Hoge Raad 28 June 1989, BNB 1990/45; Hoge Raad 18 May 1994, BNB 1994/252; Hoge Raad 15 March 1995, BNB 1995/150. *Vid.* Editors note al caso del Hoge Raad n.º 36.773 de 6 de diciembre de 2002. Tax Research Platform, IBFD.

Así las cosas, en lo que hace al art. 10.1 MCOCDE se debe analizar si el dividendo es pagado por una sociedad. En el supuesto analizado, evidentemente RMM es una sociedad que paga a USC el precio de las participaciones, el mismo que incorpora un componente de distribución de beneficios, de manera que no habría problemas. Suponiendo que el adquirente de las acciones hubiese sido una persona física, formalmente los dividendos no habrían sido pagados por una sociedad y por tanto el artículo de dividendos no aplicaría, abriendo el paso a los artículos 7.º o 21 del MCOCDE, según el caso, y, de todos modos, pudiendo limitar la pretensión impositiva del Estado de la fuente de los dividendos. Todo dependerá de los detalles de la recalificación promovida por las normas o doctrinas antielusión. Habría menores problemas si se supusiera que se trató de una distribución de los beneficios de la EDD a USC, por intermedio de RMM, que si se recalificara solo el pago del precio de la venta de la participación como dividendos.

2. RENTAS DE LA LIQUIDACIÓN

Se ha mencionado en varias ocasiones que económicamente los beneficios de la sociedad pueden ser obtenidos por los socios sin que haya una distribución de dividendos en términos mercantiles. Precisamente esto ocurre cuando hay una liquidación total de la sociedad o parcial de las participaciones (compra de acciones para la amortización, separación del socio y reducciones de capital con devolución de aportaciones⁶⁷⁰), pues el resultado de restar al ingreso (cuota de liquidación o valor de la amortización de la participación) el monto invertido por el socio (valor nominal de la participación) suele corresponder a las utilidades no distribuidas acumuladas como reservas y las plusvalías tácitas, que en últimas son una suerte de dividendos retenidos. Sin embargo, a pesar de esa similitud, se ha afirmado que es difícilmente justificable, desde una perspectiva económica, gravar las plusvalías obtenidas en la liquidación como renta ordinaria (dividendos) y que parece más razonable sujetarlas como ganancias de capital, permitiendo así realizar ajustes de valoración, de indexación o asignando tipos impositivos menores⁶⁷¹. Además, una diferencia importante

670 Recuérdese que las reducciones de capital cuyo objeto sea compensar los dividendos pasivos (capital suscrito pero no pagado), incrementar de la cuenta de reservas o compensar pérdidas acumuladas no suponen ninguna erogación de parte de la sociedad y no suelen tener efectos para el socio. *Vid.* GARCÍA BERRO 2014: p. 204 y ss.; GARCÍA NOVOA 2013: p. 5-9.

671 VAN FRAEYENHOVEN 1987: p. 55-56. En España, p. ej., el art. 37.1., lit. e), de la LIRPF señala:

con los dividendos es que mientras en la liquidación casi siempre se produce una extinción o variación en la condición de socio, en las distribuciones de dividendos ello no ocurre⁶⁷². Pues bien, hay jurisdicciones donde prevalece la perspectiva de la similitud económica, y otras donde se aprecia más la necesidad de aplicar elementos del hecho imponible diferentes de los ingresos de las liquidaciones y de la renta ordinaria. Gracias a estas dos perspectivas, la fiscalidad de las liquidaciones totales o parciales de participaciones sociales es diversa en el mundo.

Por tanto, los ingresos de la liquidación pueden gravarse como ganancias de capital, dividendos o declararse exentos⁶⁷³. Los problemas de calificación no tienen relevancia práctica interna cuando los ingresos de la liquidación se califican como ganancias de capital y su régimen fiscal es igual o muy similar al establecido para los dividendos. Sin embargo, cuando resulte de aplicación un CDI sí habrá cuestiones, como se explicará adelante. Ahora bien, cuando el régimen fiscal de los dividendos y de las ganancias de capital es diferente, la distinción empieza a ser compleja y puede dar lugar a esquemas de planeación fiscal para captar las normas que resulten más favorables. Por ejemplo, en las liquidaciones parciales cuando existe una recompra de acciones de parte de entidad emisora o una amortización del capital suscrito que opera de forma proporcional, manteniendo el porcentaje de participación y los derechos de voto de cada socio o accionista, se lograrían distribuir los beneficios mediante la enajenación de los derechos que serían calificados como ganancias de capital⁶⁷⁴. En estos casos, aun cuando la liquidación parcial o la venta de parti-

“En los casos de separación de los socios o disolución de sociedades, se considerará ganancia o pérdida patrimonial, sin perjuicio de las correspondientes a la sociedad, la diferencia entre el valor de la cuota de liquidación social o el valor de mercado de los bienes recibidos y el valor de adquisición del título o participación de capital que corresponda. // En los casos de escisión, fusión o absorción de sociedades, la ganancia o pérdida patrimonial del contribuyente se computará por la diferencia entre el valor de adquisición de los títulos, derechos o valores representativos de la participación del socio y el valor de mercado de los títulos, numerario o derechos recibidos o el valor del mercado de los entregados”.

672 HELMINEN 2010: p. 224.

673 VAN FRAEYENHOVEN 1987: p. 37 y ss.

674 VAN FRAEYENHOVEN 1987: p. 43. HELMINEN 2010: p. 223 y ss.; RUST 2013: aptdo. 5.3. El TJUE juzgó que no había discriminación *per se* en una regla que consideraba la recompra de acciones de parte de residentes como ganancias de capital sujetas al 30% y con derecho a deducir gastos, mientras que la misma operación realizada por no residentes se calificaba como dividendos gravados al 15% sobre el ingreso bruto; en tal caso el TJUE deja en manos del juzgador nacio-

cipaciones sociales se grave de ordinario como ganancias de capital, algunos ordenamientos recalifican estos ingresos como dividendos por medio de normas o doctrinas antielusión, reconociendo así un mismo efecto económico, como es la participación en los beneficios de la entidad, a pesar de ser operaciones formalmente distintas⁶⁷⁵.

En la medida en que los Estados contratantes pueden adoptar diferentes perspectivas para calificar el ingreso derivado de la liquidación de la sociedad, es muy probable que se presenten conflictos de calificación del nivel del tratado, pues algunos lo considerarán dividendos (art. 10.3 MCOCDE), mientras que otros, ganancias de capital (art. 13.5 MCOCDE). Como consecuencia, se puede generar doble imposición jurídica y económica⁶⁷⁶ y doble no imposición. A continuación expondremos cómo el artículo 10 MCOCDE permite solucionar algunos de estos conflictos.

Las liquidaciones totales, las liquidaciones parciales por medio de amortizaciones de las participaciones sociales, sus ventas o enajenaciones o los intercambios de acciones en una reorganización empresarial⁶⁷⁷ califican casi siempre como una ganancia regulada en el artículo 13.5 MCOCDE. De tal forma, el Estado de la fuente (residencia de la entidad distribidora) debería desgra-

nal determinar si en el caso concreto si hay discriminación. TJUE, 19 de enero de 2006, Caso C-265/04, Margaretha Bouanich v. Skatteverket.

675 Por ejemplo, en España, a pesar de que la reducción de capital con devolución de aportaciones inicialmente se consideraría una variación del patrimonio por la alteración de su composición y en ese sentido constitutiva de ganancias o pérdidas patrimoniales, el art. 33.3 LIRPF establece reglas especiales que señalan que el monto de la devolución disminuye el valor de adquisición hasta anularlo y el exceso se grava como rendimientos del capital mobiliario. Si esos importes derivan de beneficios no distribuidos por la entidad, se gravarán como dividendos según el art. 25.1, lit. a), y por tanto con derecho a la exención por los primeros mil quinientos euros vigente hasta 2014, y en los demás casos se aplica el régimen de la distribución de la prima de emisión. GARCÍA BERRO 2014: p. 204 y ss.

676 VAN FRAEYENHOVEN 1987: p. 53 y ss.

677 Un análisis de la calificación que procede a los beneficios obtenidos por un accionista en el caso de una reorganización empresarial transfronteriza en la cual recibe acciones de la entidad resultante a cambio de las participaciones en la entidad absorbida puede consultarse en JIMÉNEZ-VALLADOLID 2014: aptdo. 3.4.1. El autor mantiene la misma posición que defendemos en esta tesis, según la cual los citados beneficios pueden considerarse dividendos para efectos convencionales si el Estado de la fuente los grava como tales. Señala que ello, a pesar de no ser común, ocurre en algunos Estados, lo que puede dar lugar a problemas de neutralidad en las transacciones. Eso ha dado lugar a que en la práctica convencional se incluyan cláusulas específicas que abordan las reorganizaciones empresariales, algunas que afrontan la cuestión del reparto de las rentas que derivan para los socios en un intercambio de acciones (aptdo. 4).

varla totalmente. Al tiempo, el artículo 10.3 MCOCDE considera dividendos las rentas de participaciones sociales sujetas o no al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones. Aunque haya quienes consideren que mientras se enajene la participación no se recibe la renta por la posición de socio o accionista, también puede argüirse que solo un socio puede amortizar las participaciones sociales como con impecable lógica afirma Rust⁶⁷⁸. Además, como se expuso en apartados anteriores, ni la palabra *renta*, ni la expresión “participaciones sociales”, ni la preposición “de” permiten justificar que la definición del art. 10 MCOCDE supone que solo se comprende los frutos de los activos, de forma que tanto los rendimientos como las ganancias patrimoniales pueden considerarse dividendos si el Estado de la fuente los grava como rentas de las acciones y existe una reducción de los activos o del patrimonio de la entidad distribuidora. Así las cosas, es perfectamente posible argumentar la aplicación de ambos artículos del CDI. Ahora bien, toda vez que existe una regla de preferencia del art. 10 sobre el 13.5 que permite que estas ganancias se califiquen como dividendos para efectos del tratado, se requiere que correspondan a beneficios no distribuidos y que el Estado de la fuente los someta al mismo régimen fiscal que la renta de las acciones. Cumplidas estas dos condiciones, la calificación correcta para efectos del CDI será la de dividendos, y el Estado de la residencia deberá conceder el método de eliminación de la doble imposición correspondiente a ese tipo de renta⁶⁷⁹.

Ahora bien, más complejo resulta determinar la solución a los conflictos de calificación cuando el Estado de la fuente considera que el ingreso por la redención de la acción es una ganancia de capital y aplica el artículo 13.5 MCOCDE, al tiempo que el Estado de la residencia interpreta la parte autónoma del artículo 10.3 en el sentido de que la renta deriva de las acciones o de otros derechos, que sin ser de crédito, participan en beneficios y que por tanto se califican como dividendos⁶⁸⁰. En este supuesto, la residencia debería seguir la calificación del

678 RUST 2013: aptdo. 5.3.

679 RUST 2013: aptdo. 5.3.2. En esa línea se ha pronunciado la Corte Suprema de los Países Bajos, *inter alia*, Hoge Raad, 9 June 2006, n.º 41 476, BNB 2007/41. Citada por VAN DE STREEK 2013: aptdo. 21.7.2. En una línea similar la jurisprudencia suiza, pero con la particularidad de que exige que el tratamiento como dividendo de las cuotas de liquidación se realice de “buena fe”, lo que a juicio del Tribunal ocurre siempre que las legislaciones de los dos Estados contratantes así lo prevean expresamente. Suiza, Eidgenössische Steuerrekurskommission (Comisión Federal de Apelaciones en Asuntos Fiscales), sentencia de 22 de febrero de 2000, Case VPB 64.79. Disponible en: Tax Research Platform, IBFD.

680 RUST 2013: aptdo. 5.3.3. Señala este autor que a ese resultado se podría llegar interpretando

Estado de la fuente, ya que, como lo indica Rust, ese Estado ya ha excluido los ingresos por las amortizaciones de acciones del artículo 10.3 MCOCDE y con ello obliga a la residencia a seguir la calificación⁶⁸¹. Esto parece razonable, puesto que el Estado de la fuente (residencia de la entidad distribidora) puede escoger si grava como dividendos los beneficios distribuidos en la liquidación parcial de una sociedad o si, por el contrario, los somete a imposición como ganancias de capital⁶⁸². Si decidiese sujetarlos como ganancias de capital, tendrá que enfrentar las limitaciones convencionales y seguramente conceder la exención conforme al art. 13.5 MCOCDE. Al no causarse imposición en la fuente, la residencia no tendrá que eliminar la doble imposición mediante el crédito y si se prevé la exención, la residencia no calificaría el ingreso como dividendos.

Un esquema de planeación fiscal utilizado para lograr las ventajas que pueda ofrecer el régimen de ganancias patrimoniales frente al de los dividendos consiste en que la sociedad amortiza, comúnmente mediante una reducción de capital⁶⁸³, o recompra las participaciones. En el último caso —la compra de acciones propias— no hay una liquidación parcial propiamente, pero se produce una reducción del patrimonio de la entidad. En ese sentido, es relevante tener en cuenta que en ambos casos el socio obtiene una ganancia por enajenación de sus participaciones que equivale al precio pagado por la entidad, menos el precio de adquisición o el capital pagado a valor histórico, según el caso⁶⁸⁴. Dicha ganancia, siguiendo el artículo 13 MCOCDE, tributa exclusivamente en el Estado de la residencia, a diferencia de los dividendos que se gravarían de forma limitada en la fuente. La entidad reduce su patrimonio y el socio obtiene un ingreso que es equiparable al que de todas formas habría obtenido de un tercero, siempre que el precio de venta tenga un valor de mercado.

de manera autónoma la primera y segunda partes de la definición de dividendos, pero también cuando el Estado de la residencia considere que está aplicando el tratado en los términos del art. 3.2 MCOCDE y por tanto proceda a calificar conforme a su derecho interno los términos no definidos en esas secciones del art. 10.3 MCOCDE.

681 RUST 2013: aptdo. 5.3.3.

682 En un sentido similar el reciente trabajo de HARRIS 2014: aptdo. 5.1.2.5.2.

683 *Vid.* art. 33.3 LIRPF. Consulta Vinculante n.º Vo837-12, 23/04/2012, que correctamente califica como dividendos para efectos del CDI entre España y México los rendimientos de capital por la participación en los fondos propios que derivan de una reducción de capital en los términos del citado artículo 33 y en concordancia con los art. 25.1 LIRPF y 13.3 del TRLIRNR. *Vid.* con mayores referencias LUCAS DURÁN 2010: p. 608.

684 HATTINGH 2009: p. 519; HELMINEN 2010: p. 141.

Como se observa, la discusión en este punto se encuentra en que es palpable que se trata de una “distribución de beneficios” que afecta la imposición de la sociedad, pero que en principio no es un “dividendo”, pues no afecta en nada la capacidad contributiva del socio, a quien le resulta económicamente equivalente vender la participación a la sociedad o a un tercero⁶⁸⁵. Viene perfectamente al caso la sentencia del 12 de septiembre de 2003 de la Corte Suprema neerlandesa (Hoge Raad), en la cual se analizó la calificación convencional de una compra de acciones propias hecha por una sociedad residente en Países Bajos a un residente en Bélgica. La Corte afirmó:

Desde la perspectiva de la sociedad compradora, la readquisición de sus propias acciones se distingue de la adquisición de otras acciones [en la medida en que]... el patrimonio de la sociedad se disminuye en un monto igual al pago hecho por las acciones compradas, mientras que dicho valor beneficia al accionista. Desde la perspectiva del socio vendedor, de un lado, no hay razones para distinguir entre la venta de las acciones a una sociedad, en la cual se participa, y una venta a otro sujeto. La compra de acciones propias tiene entonces un carácter híbrido, que hace imposible llegar a una sola y convincente conclusión, como quiera que la clasificación de la renta que contienen esas transacciones puede ser fundamentalmente renta de las acciones o, principalmente, un beneficio derivado de una disposición⁶⁸⁶.

Según la legislación interna aplicable en el momento de los hechos en ese Estado, el resultado de restar el valor del capital pagado al precio de recompra de la acción se sujeta a la misma tarifa que los dividendos. Sin embargo, las normas del impuesto sobre la renta de personas físicas consideran que la diferencia entre el precio de recompra y el de adquisición de la acción constituye una ganancia de capital. De tal forma, podría decirse que tales operaciones están sujetas al régimen de las rentas de las acciones en cuanto al tipo impositivo de la retención en la fuente, pero la configuración del hecho imponible no se hace como una “renta” derivada de una participación social, sino como una “ganancia de capital”. El Hoge Raad concluye que si bien el MCOUDE, entendido según sus

685 Por ello resulta difícil compartir la idea de la existencia de un concepto uniforme de “participación en fondos propios de entidades o distribución de beneficios” y de dividendos propiamente, como lo sugiere LUCAS (2010: p. 608). Parece que cada una de las tres referencias puede dar lugar a significados diferentes.

686 Sobre la base de la traducción al inglés de HATTINGH 2009: p. 522-523. Países Bajos, Hoge Raad, sentencia del 12 de diciembre de 2003, Caso n.º 38.461. Disponible en www.ibfd.org

Comentarios –párr. 28 del art. 10–, les permite a los Estados considerar como dividendos para efectos convencionales los beneficios obtenidos por un socio en la enajenación de acciones a la propia entidad distribuidora, se trata de una elección que corresponde al Estado en el momento de definir la forma en que se gravan los beneficios, y no cuando se hace una elección “con la perspectiva de cómo los tratados será aplicados”. De esa forma, no podría decirse que el Comentario aplique cuando la legislación neerlandesa “irracionalmente grava dichos beneficios como renta de las acciones y como ganancias de capital”.⁶⁸⁷ Por ello, en el entendido de que la retención en la fuente es solo un pago a cuenta para establecer el impuesto de renta sobre personas físicas, habría que dar preferencia a que los mencionados beneficios por la venta de acciones son gravados como ganancias de capital y no cómo dividendos⁶⁸⁸. Se aprecia así

687 “[...] the benefit derived from a buyback of shares is not expressly dealt with in one of the articles of the OECD Model Convention [...] the Commentaries on both the 1963 and 1977 OECD Model Conventions indicate that under the Model Convention the source state has room to tax this benefit as a dividend, but it does not exclude the possibility that the source state may under the Model Convention treat the benefit as a capital gain. It does not fit into this line of reasoning to assume that the source state may in the application of the treaty in any event treat the taxpayer as deriving income from shares when the source state irrationally taxes the benefit as income from shares and as a capital gain. Much rather it is clear that the choice for which space was left refers to the choice that the charging state had made when it gave form to the way in which domestic tax legislation taxes the benefit, and does not refer to a choice that is made with the view on how the tax treaty is to be applied. This conclusion fits best with the provisions of Article 10, Paragraph 3 of the OECD Model; it is determinative how the source state charges the relevant income to tax for the capacity of the source state to impose tax on income from rights in companies, which are not included in the – enumerative– summary of those items which are understood to be dividends in the sense of Article 10 of the Model Convention”. Traducción al inglés de HATTINGH 2009: p. 523.

688 Eso se deja bastante claro en el resumen que hace el IBFD de la sentencia y a lo que HATTINGH no le da la relevancia que merece, pues claramente se opondría a su tesis de que el art. 10.3 no comprende las meras presunciones objetivas previstas por la ley interna, que consideran como dividendos las distribuciones de beneficios no formales. HATTINGH 2009: p. 522–523 y 532–533. Bajo una normativa anterior la conclusión del Hoge Raad fue distinta, pues calificó como dividendos las distribuciones hechas por una sociedad residente a un socio residente en España (que dos años fiscales antes era residente en Países Bajos) por medio de la recompra de acciones. Países Bajos, Hoge Raad, sentencia de 25 de mayo de 1994, caso 28 959. Disponible en Tax Research Platform, IBFD. Sin embargo, el CDI de España y Países Bajos contiene una cláusula de emigración en el art. 14.5 que se consideró que no prevalecía sobre el art. 10, a pesar de que se trataba de una norma especial. Dicha cláusula tiene el siguiente tenor: “Las disposiciones del número 4 no afectarán a los derechos de cada uno de los Estados a gravar *de acuerdo con su propia ley*, las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o ‘bonos de disfrute’ de una sociedad cuyo capital esté dividido, total o parcialmente, en acciones y que

que la referencia al régimen tributario de las acciones del artículo 10.3 puede ser confusa por el gran número de factores de la comparación.

Es evidente entonces que se comprueba la hipótesis con la que comenzó este apartado, según la cual el Estado de la fuente de los dividendos o de la residencia de la entidad distribuidora puede escoger si grava los beneficios de la enajenación de las participaciones sociales como dividendos o como ganancias de capital. Debe subrayarse que la expresión “participaciones sociales” u “otros derechos” en la tercera parte de la definición genera inseguridad jurídica en cuanto a esa regla de preferencia del art. 10 sobre el 13.5 del MCOUDE, que se ha justificado en este trabajo y que exponen los CMOUDE. Por más que existan argumentos válidos como los que se defienden en este libro, existen trabajos como los de Hattingh, que pretenden restringir ese margen que tiene el Estado de la fuente de configurar cómo grava a sus sociedades residentes y a los socios de estas. Según el autor surafricano, los redactores del Modelo escogieron un *test* legal para definir los límites del Estado de la fuente que requeriría que los dividendos para efectos convencionales derivaran *directamente* de participaciones sociales que dieran derecho a la distribución de beneficios, incluso aquellas ocultas, pero siempre y cuando se tratara de normas antiabuso subjetivas, mas no meras presunciones⁶⁸⁹.

Dado que existen posiciones en contrario, la práctica convencional muestra que algunos CDI contienen especificaciones, según las cuales la renta de las recompras o amortizaciones de participaciones sociales y de las liquidaciones⁶⁹⁰

sea residente de este Estado, siempre que las acciones o ‘bonos de disfrute’ estén poseídos por una persona física que sea residente del otro Estado si: a) es nacional del primer Estado sin ser nacional del último Estado; y b) en el transcurso de los últimos cinco años anteriores a la venta de las acciones o ‘bonos de disfrute’ haya sido residente del primer Estado; y c) en el transcurso del mismo periodo haya poseído, directa o indirectamente, solo o con su esposa, y sus parientes en línea directa y en colateral hasta el segundo grado, al menos un tercio, siempre que además posea, solo o con su esposa, más del 7 por 100 del valor nominal de la parte de capital desembolsado de la citada sociedad”.

689 HATTINGH 2009: p. 532-533.

690 Algunos aclaran que con referencia al artículo 10, apartado 3, “Se entenderá que el término ‘dividendos’ incluye los beneficios derivados de la liquidación de una sociedad”: España-Argelia de 2005; España-Bélgica 2003; España-Corea 1994; España-Cuba 2001; España-Rusia 2001; España-Estados Unidos 1990 (en la modificación de 2013 no se incluye esta especificación); España-Eslovenia 2002; España-Francia 1997; España-Grecia 2002; España-Islandia 2002; España-Portugal 1994; España-Israel 2006, aunque aplica solo para una sociedad residente en España; España-Sudáfrica 2008; o en términos semejantes, “las rentas derivadas de la liquidación de una sociedad estarán sujetas al impuesto sobre sociedades correspondiente

se consideran dividendos para efectos convencionales. Esa ha sido la práctica convencional más o menos reciente de los Países Bajos⁶⁹¹. Como se sostiene en este libro, el MCOCDE deja perfectamente abierta a la legislación del Estado de residencia de la entidad distribuidora la posibilidad de considerar como dividendos aquellas rentas o ganancias que deriven de participaciones sociales, incluso por su enajenación, siempre y cuando exista una reducción del patrimonio de la sociedad en la misma operación, como en la amortización, o en posteriores operaciones, como en el caso RMM Enterprises en Canadá por medio de una fusión. De tal forma, las inclusiones en los CDI de dichas especificaciones son una ratificación de lo que ya se entendería de una correcta aplicación de los tratados, pero que junto con la ampliación de la tercera parte de la definición, en el sentido del MCEUA, parecen deseables para dar seguridad jurídica.

Por último, las modificaciones a los Comentarios 28 y 31 a los art. 10 y 13 del MCOCDE de 2014, respectivamente, dan soporte a la conclusión defendida en este trabajo al indicar que tanto los beneficios de la liquidación como de la enajenación de participaciones a la propia entidad que las emite pueden calificarse de dividendos para efectos convencionales si el Estado de la fuente los grava como rentas de las acciones. El Estado de la residencia deberá garantizar la eliminación de la doble imposición, incluso si bajo su derecho interno debería calificarla como ganancias de capital⁶⁹². Por consiguiente, la pérdida de activos

a dicha sociedad, y las cantidades distribuidas a los accionistas se considerarán dividendos”. En el CDI España-Egipto 2006.

691 VAN DE STREEK 2013: aptdo. 21.7.2.

692 Así el párr. 31 del art. 13 MCOCDE: “If shares are sold *alienated* by a shareholder to the issuing company in connection with the liquidation of *the issuing* such company or the *redemption of shares* or reduction of its paid-up capital of *that company*, the difference between the selling price *proceeds obtained by the shareholder* and the par value of the shares may be treated in the State of which the company is a resident as a distribution of accumulated profits and not as a capital gain. The Article does not prevent the State of residence of the company from taxing such distributions at the rates provided for in Article 10: such taxation is permitted because such difference is covered by the definition of the term ‘dividends’ contained in paragraph 3 of Article 10 and interpreted in paragraph 28 of the Commentary relating thereto, *to the extent that the domestic law of that State treats that difference as income from shares. As explained in paragraphs 32.1 to 32.7 of the Commentary on Articles 23 A and 23 B, where the State of the issuing company treats the difference as a dividend, the State of residence of the shareholder is required to provide relief of double taxation even though such a difference constitutes a capital gain under its own domestic law.* The same interpretation may apply if bonds or debentures are redeemed by the debtor at a price which is higher than the par value or the value at which the bonds or debentures have been issued; in such a case, the difference may represent interest and, therefore, be subjected to a limited tax in the State of source of the interest in accordance with Article 11

o la reducción de patrimonio de la entidad distribuidora es un límite que impone el art. 10.3 a la configuración del nexo de parte del Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos.

E. OTROS SUPUESTOS ESPECIALES DE FUENTE DE LOS RENDIMIENTOS

La práctica convencional española muestra en algunos tratados ciertas reglas que pretenden proteger la fuente de las rentas de la propiedad inmobiliaria de la calificación artificiosa como rendimientos o ganancias de capital por participaciones sociales. Así, por ejemplo, el art. 13.4 MCOCDE se ha modificado en algunos CDI para incluir no solo la enajenación de acciones, sino también de “participaciones o derechos similares” que tengan un alto porcentaje de bienes inmuebles como activos⁶⁹³. Mientras que el Modelo opta por la regla de que el 50% del valor de los activos proceda de forma directa o indirecta de propiedad inmobiliaria, en algunos CDI a cambio se exige analizar si el activo está constituido “principalmente” por bienes inmuebles⁶⁹⁴ o por derechos de

(see also paragraphs 20 and 21 of the Commentary on Article 11)”. La bastardilla hace resaltar los cambios introducidos en el 2014.

693 España-Albania 2011; España-Alemania 2008; España-Arabia Saudí 2008; España-Armenia 2012. En este CDI se habla de que la sociedad tenga un activo “constituido, en su totalidad o principalmente, por bienes inmuebles [...]”; España-Chile, que reza: “4. Las ganancias que un residente de un Estado contratante obtenga por la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado contratante si: a) provienen de la enajenación de acciones cuyo valor se derive directa o indirectamente en más de un 50 por ciento de bienes inmuebles situados en el otro Estado contratante, o b) el perceptor de la ganancia ha poseído, en cualquier momento dentro del periodo de doce meses precedentes a la enajenación, directa o indirectamente, acciones u otros derechos consistentes en un 20 por ciento o más del capital de esa sociedad. Cualquier otra ganancia obtenida por un residente de un Estado contratante por la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad residente en el otro Estado contratante también pueden someterse a imposición en ese otro Estado contratante, pero el impuesto así exigido no podrá exceder del 16 por ciento del monto de la ganancia. No obstante cualquier otra disposición de este párrafo, las ganancias de capital obtenidas por un fondo de pensiones que es residente de un Estado contratante provenientes de la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad que es residente del otro Estado contratante, serán gravadas únicamente en el Estado contratante mencionado en primer lugar”.

694 España-China 1992; España-Corea 1994; España-Egipto 2006; España-Grecia 2002; España-Islandia 2002; El Modelo ONU contiene una referencia similar y entiende que “principalmente”

exploración o explotación del fondo marino, el subsuelo y sus recursos naturales de ese otro Estado o el patrimonio utilizado para ello⁶⁹⁵. Otros agregan un supuesto más: “Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante de la enajenación de acciones o participaciones o de otros derechos que, directa o indirectamente, otorguen al propietario de dichas acciones, participaciones o derechos, el derecho al disfrute de bienes inmuebles situados en un Estado contratante pueden someterse a imposición en ese Estado”⁶⁹⁶. En estos supuestos existen reglas especiales que prevalecen sobre los art. 10 y 13.5 del Modelo, de forma que las conclusiones defendidas a lo largo de este apartado tercero no le son aplicables.

Ahora bien, debe señalarse que España alinea una regla de imposición de las rentas inmobiliarias con la norma sobre ganancias de capital que acabamos de mencionar. Usualmente los art. 6.4 indican en términos iguales o similares, que:

cuando la propiedad de acciones y otros derechos atribuyan directa o indirectamente al propietario de dichas acciones o derechos el derecho al disfrute de los bienes inmuebles, las rentas derivadas de la utilización directa, arrendamiento o uso en cualquier otra forma de tal derecho de disfrute, pueden someterse a imposición en el Estado contratante en que los bienes inmuebles estén situados⁶⁹⁷.

significa más del 50% de la suma del valor de dichos inmuebles, y excluye de la regla la propiedad inmueble utilizada por la entidad en su actividad empresarial (art. 13.4). En un sentido similar, los CDI España con Canadá de 1981 y Filipinas de 1994 indican que las ganancias derivadas de la enajenación de acciones de una sociedad, participaciones en una sociedad de personas o en una fiducia (*trust*) cuyos bienes están constituidos principalmente por bienes inmuebles sitos en un Estado contratante, pueden someterse a imposición en este Estado. Se excluyen de la expresión “bienes inmuebles”, aquellos “[...] –salvo los destinados al arrendamiento– en los que la sociedad, la sociedad de personas o la fiducia ejerce su actividad [...]”. España-Francia 1997 explicita que el activo esté constituido, directa o por interposición de una o varias sociedades o entidades jurídicas, por bienes inmuebles [...]. El CDI España-México de 1994 aclara en el Protocolo 7: “A los efectos del párrafo 2 del artículo 13 y del párrafo 2 del artículo 22 se consideran “derechos relacionados con tales bienes inmuebles”, aquellos derechos que otorguen el poder de disposición de dichos bienes”.

695 España-Noruega 2001.

696 España-Arabia Saudí 2008, España-Estados Unidos 2013, España-Egipto 2006, España-El Salvador 2009, España-Eslovenia 2002, España-Georgia 2011, España-Islandia 2002 y España-Reino Unido 2013.

697 Entre otros: España-Albania 2011, España-Arabia Saudí 2008, España-Alemania 2012, España-Armenia 2012, España-Australia 1992, España-Barbados 2011, España-Bélgica 2003, España-Egipto 2006, España-El Salvador 2009, España-Eslovenia 2002, España-Estonia 2002, España-Georgia 2011, España-Grecia 2002, España-Hong Kong 2012, España-Irlanda 1994,

La citada regla incide en la calificación de la renta como dividendos, pues en los casos en que la participación en el capital otorgue derechos al disfrute de inmuebles, no habrá tributación limitada en el Estado de residencia de la distribuidora conforme al art. 10 del Modelo, sino que será el Estado donde se sitúan los bienes inmuebles el que tendrá derecho a gravar ilimitadamente la renta, que podrá considerarse para efectos mercantiles como dividendos en especie.

Ahora bien, las devoluciones de impuestos hechas por la Administración para eliminar la doble imposición económica como el *avoir fiscal* francés o *Advance Corporate Tax* (ACT) vigente hasta 1999 en Irlanda y el Reino Unido han generado dudas sobre si su fuente es la participación social⁶⁹⁸. De ahí que muchos CDI de esos países, como el de Francia y España de 1997, contengan regímenes especiales. Así, se busca especificar el tratamiento tributario del crédito fiscal francés llamado “avoir fiscal”, que es un derecho que obtienen los socios con objeto de eliminar la doble imposición económica. El derecho consistía en que un residente en España recibía un importe igual al citado crédito fiscal, sin perjuicio de que se aplicaran los límites del apartado 2 del artículo, en los casos en que se tratara de una persona física o una sociedad que no tuviera una participación sustancial y en determinadas circunstancias especificadas por el CDI. Se aclara que el crédito fiscal (*avoir fiscal*) es un dividendo para efectos convencionales. Además, se regula el *précompte* que es el reembolso de la retención en la fuente soportada por el socio y se le concede a quien no tiene derecho al crédito fiscal. Sobre dicha devolución procede la retención del apartado 2 del art. 10, y a todos los efectos del tratado se consideran dividendos. La asignación de un crédito fiscal o la devolución de los impuestos de la sociedad a los socios es rendimiento vinculado con las participaciones sociales, pero no es pagado por entidad propiamente sino por la administración tributaria, y no implica directamente una reducción de los activos de la entidad. Indirectamente sí, en tanto se interprete que el impuesto de sociedades fue la causa de esa reducción. Como se puede observar, la calificación de esos ingresos puede ser discutible en los términos de los apartados 1 y 3 del art. 10 del MCOCDE; de ahí que las aclaraciones convencionales hayan sido comunes durante la vigencia de estos tipos de medidas de atenuación de la doble imposición sociedad-socio.

España-Islandia 2002, España-Jamaica 2009, España-México 1994, España-Pakistán 2011 y España-República Dominicana 2013.

698 El problema se presentó, por ejemplo, en la sentencia *United States, Superior Court of California, caso 321296-Amdahl Corporation v. California Franchise Tax Board*, 3 October 2002, en el cual se concluyó que el ACT británico era un dividendo a efecto de los CDI.

IV. CONCLUSIONES PRELIMINARES

1) La definición del art. 10.3 del Modelo contiene los tres *elementos del concepto de dividendo*, a saber: a) la existencia de una entidad distribuidora de dividendos a la que se le atribuyen los beneficios, b) la participación social en dicha entidad que da derecho a la distribución de los beneficios y c) la relación entre el rendimiento pagado por la sociedad y las participaciones sociales en la entidad. Estos mismos elementos aparecen también en las definiciones de los ordenamientos internos, aunque su concreción varía sustancialmente (cap. III).

2) La entidad distribuidora de dividendos es un elemento crucial para definir dividendos, pero se enfrenta con la dificultad que supone la ausencia de armonización del derecho privado, en concreto, del concepto de persona jurídica y sus atributos. La ausencia de armonización se da también en el derecho tributario, que por regla general delimita al sujeto pasivo del impuesto de sociedades sin remitirse a la legislación mercantil. Sin embargo, suele considerarse como transparentes a ciertas personas jurídicas, y como opacas a entidades o contratos sin reconocimiento por la legislación societaria. De esta forma, si bien teóricamente podría afirmarse que los dividendos solo deben provenir de beneficios que han sido objeto de sujeción a imposición en nombre de la entidad, en la práctica ello puede no ocurrir, por cuenta de que dos o más legislaciones difieran sobre la clasificación de la entidad o la atribución de la renta a esta o sus propietarios. Por consiguiente, habrá lugar a doble imposición o doble no imposición si un Estado considera que la entidad existe y que por ello los rendimientos de los socios son dividendos y el otro entienda que los beneficios son obtenidos por los partícipes (por todos proporcionalmente o por solo algunos de ellos), manteniendo la misma fuente, naturaleza y calificación original (cap. III, aptdo. I.A).

a) En los CDI la entidad distribuidora se caracteriza por medio de los términos sociedad y participaciones *sociales* usados en los art. 3.1 y 10 del MCOCD. Sin embargo, la entidad distribuidora debe cumplir con el ámbito subjetivo del CDI para ser tal. Así, gráficamente existen cuatro círculos concéntricos: el más amplio son las “personas”, que se restringe a las “residentes” en el segundo (relativo al ámbito subjetivo del tratado), a sociedad en el tercero (determina el requisito de bilateralidad del art. 10.1) y la entidad distribuidora de dividendos en el cuarto (permite calificar la renta como dividendos). Dicho esto, el ámbito subjetivo de los CDI comprende las personas físicas, las sociedades y agrupaciones de personas que sean residentes. La residencia exige, entre otras

condiciones, ser sujeto a imposición, lo cual, en un sentido lato, se ha entendido que debe ser un vínculo con un Estado que permita a este gravar a la entidad, aunque no lo haga. La interpretación preponderante en los CMOCD es más restringida, pues exige que sea al menos un sujeto de impuestos comprendidos por el tratado. Sin embargo, existen criterios que exigen una imposición efectiva en la entidad o incluso que se compruebe que no es una entidad instrumental.

Como se observa, el criterio de sujeción a imposición es perfectamente indeterminado, pero los Comentarios al Modelo de 2000, tras el Informe de *Partnerships*, requieren que la entidad sea opaca, es decir, que la renta no se atribuya directamente a sus miembros según el Estado de residencia de aquella. Ello genera la dificultad de saber cuándo existe opacidad o transparencia. Ha de notarse que el ámbito subjetivo del Modelo también contiene las agrupaciones de personas y que en los CDI suelen incluirse directamente como *personas* o como *residentes* a entidades que pueden no estar sujetas a imposición en el sentido de la interpretación dominante en los Comentarios. La existencia de entidades transparentes con derecho a la aplicación de los beneficios convencionales puede llevar a supuestos de doble imposición, en la medida en que se crea una suerte de ficción, similar a la que se sucede con la entidad distribuidora de dividendos, pero con la diferencia de que al no tratarse de *sociedades* no sería aplicable el art. 10 del Modelo en sentido de otorgar derecho al Estado de la residencia de los miembros de la agrupación de personas para gravarlos. De tal manera, aunque según el derecho interno en dicho Estado se aplique un régimen de transparencia, el CDI podría impedir que se gravaran los beneficios obtenidos por medio de la agrupación de personas del otro Estado. Esto sucedió precisamente en el caso Padmore en el Reino Unido.

Las IIC pueden ser transparentes, caso en el cual no podrían ser una entidad distribuidora de dividendos. Este resultado no parece contrario a la política fiscal que la OCDE quiere justificar para estas entidades, siempre que se garanticen mecanismos expeditos para que los inversores accedan a los beneficios convencionales. Ahora bien, si la IIC es sujeto del IS y su régimen jurídico le permite: a) deducir los pagos a sus inversores, b) tener un tipo reducido o nulo y c) eliminar la doble imposición al nivel del inversor mediante un sistema de integración, según la OCDE puede haber problemas para considerar a la entidad como residente y como entidad distribuidora de dividendos. Estas dudas parecen ilógicas, puesto que, al menos en el caso c), esto es lo que ocurre de ordinario en los sistemas de integración. Ahora bien, los FII presentan similares problemas, la OCDE justifica la necesidad de considerar a estas entidades como residentes y entidades distribuidoras de dividendos, a pesar de que sean transparentes

o no sujetas a imposición. Ante las restricciones que impone la literalidad del Modelo, la organización sugiere incluirlas expresamente como entidades distribuidoras. La revisión de los CDI muestra ejemplos de estas aclaraciones y deja como observación que en todos estos casos es relevante, desde un punto de vista de *lege ferenda*, comprobar que los círculos sigan siendo concéntricos y que no se han convertido en policéntricos, pues se pueden causar conflictos de interpretación (cap. III, aptdo. I.B.).

b) La definición de sociedad prevista en el literal b) del artículo 3.1 del Modelo forma parte de ese tercer círculo concéntrico que permite determinar el ámbito subjetivo del art. 10 y construir, junto con el art. 10.3, el elemento de la entidad distribuidora de dividendos, en el cuarto círculo. Su texto incluye a las personas jurídicas (primera parte) y a cualquier entidad que se considere persona jurídica para efectos impositivos (segunda parte). Se ha discutido ampliamente si esa primera parte es una referencia al derecho privado. En nuestro criterio solo las personas jurídicas para efectos impositivos son “sociedades” según el MCOCDE, en tanto que hay evidencia de que los redactores no pretendían asignarles el significado preciso del derecho civil y el mercantil, según aprecia en los trabajos del WP14 de la OEEC. Además, acudir al derecho privado contradice las reglas de interpretación de los CDI, no lleva a una respuesta clara y se contradice con las finalidades claramente descritas en los documentos históricos del WP14 y del WP12. Estos últimos señalan que la entidad distribuidora debe ser una entidad opaca, esto es, considerada persona jurídica para efectos impositivos. De todos modos, de *lege ferenda* y en aras de la seguridad jurídica, resulta recomendable la eliminación de la primera parte de la definición de dividendos. En cuanto a la segunda parte, se ha cuestionado qué significa ser persona jurídica para efectos impositivos y conforme a cuál Estado debe tener esa condición. A nuestro juicio se requiere que la entidad sea opaca. La historia y literalidad de los artículos del CDI no permiten una conclusión como la del párr. 27 de los Comentarios al art. 10 del Modelo, que parecen exigir que la entidad esté sujeta como las sociedades anónimas. Además, ese mismo párrafo se refiere a que tenga un tratamiento fiscal como las personas jurídicas según el Estado de la sede de dirección efectiva, referencia igualmente imprecisa y que debería hacerse al Estado de la residencia convencional. En efecto, el párr. 3 de los Comentarios al art. 3.º del Modelo de 2010 se remiten al Estado de “constitución” de la entidad, afirmación igualmente equívoca, y salvo que encuentre soporte normativo expreso como en el MCEUA, no puede aceptada. En efecto, en el Modelo de 2014 se modificó el Comentario para referirse al Estado de residencia. La doctrina admite otras interpretaciones y algunos CDI

expresamente se remiten al Estado de constitución, lo cual puede llevar a que mientras los primeros dos círculos y el último contengan remisiones al derecho interno del Estado de la residencia, la circunferencia del tercero adquiera otro centro al remitirse al Estado de constitución dando lugar a conflictos de calificación de rentas que la doctrina ha señalado, pero que creemos pueden solucionarse descartando la remisión al Estado de constitución como fruto de una interpretación teleológica, histórica y sistemática del CDI. (cap. III, aptdo. I.C.).

c) Los CDI no contienen normas de atribución, a menos que se acepten los argumentos del Informe de *Partnerships* según los cuales la atribución hecha por la residencia es determinante. Sin embargo, esos argumentos no son coherentes, no aplicarían fuera de los casos de fijación del ámbito subjetivo del CDI y no encuentran una base sólida en el texto del Modelo. Por ello, las normas internas que atribuyen el hecho imponible a un sujeto no resultan restringidas por los tratados. Sin embargo, para efectos de la calificación de la renta, existe una regla implícita de atribución cuando se dan los presupuestos de la ficción de dividendos. Así, cuando hay una entidad distribuidora de dividendos, el Estado de residencia de los socios puede gravar los beneficios de la entidad, pero tendrá que darle el tratamiento fiscal previsto en el Convenio para los dividendos (cap. III, aptdo. I.D.).

a') En esa línea, la ficción no concurre cuando la entidad se considera transparente en el Estado de constitución (y a pesar de eso se considera residente para efectos convencionales; p. ej. fondos de pensiones, IIC o FII), pues el CDI ha remitido directamente a la legislación de tal Estado para definir si la entidad es o no transparente, pues solo si lo fuere será distribuidora de dividendos en los términos del CDI. En consecuencia, si el Estado de constitución la ve transparente y el rendimiento tiene su fuente en esa misma jurisdicción, no se genera la ficción de dividendos y el Estado de la residencia de los partícipes no tendrá que conceder el método para los dividendos sino el que corresponda a los rendimientos subyacentes. Los regímenes fiscales de transparencia híbrida, como el francés, generan muchos problemas, e incluso doble imposición jurídica por conflictos de calificación. Por ello, la principal conclusión en este punto es que la negociación de los convenios requiere un profundo estudio del asunto de la transparencia si se pretende solucionar la doble imposición y repartir el poder tributario de forma recíproca, pues por ejemplo, en el caso de las SCI francesas estudiadas por los jueces belgas, se permitió eliminar la doble imposición del impuesto sobre la actividad de la entidad pero atribuido a los socios belgas, a

costa de las pretensiones impositivas de Bélgica, que concedió un crédito por las rentas inmobiliarias (cap. III, aptdo. I.D.1).

b') La ficción, en cambio, procede cuando un Estado contratante considere a la entidad como sociedad residente, con independencia de que el Estado de residencia de los socios la califique como transparente. En ese sentido, en el caso en que la fuente de los rendimientos de la entidad se encuentre en el mismo Estado de la residencia de los socios, tal jurisdicción podrá gravar la parte del socio, pero en ningún momento el CDI permite restringir el derecho del Estado de residencia/constitución de la entidad de gravar a la entidad. Esa conclusión queda clara del Informe de *Partnerships* y la doctrina concuerda en ella, pues de lo contrario se desgarraría el funcionamiento del CDI. Ahora bien, en cuanto a la eliminación de la doble imposición en el partícipe, los CMOCE garantizan un crédito indirecto en estos casos, que de forma cuestionable justifican en el propio art. 23 del Modelo. Así, según los Comentarios se aceptará la proporción del impuesto pagado por la entidad. Este resultado genera una falta de neutralidad frente a las entidades en que no se presenta el conflicto de atribución, que como bien se sabe, solo tienen derecho al crédito directo por los dividendos. Por ello, a nuestro juicio en este caso solo debe aplicarse el método previsto para los dividendos, y obviamente habrá doble imposición en el partícipe, pero será de naturaleza económica y no jurídica. En cualquier caso, dado que procede la ficción, la doble imposición por los dividendos debe eliminarse, aunque existan conflictos de temporalidad, ya que de ser necesario deben reabrirse los términos de corrección de la liquidación (cap. III, aptdo. I.D.2).

c') El caso de las normas de transparencia fiscal internacional (en inglés llamadas de forma más restrictiva CFC) es muy similar al supuesto de conflictos de atribución referido en el párrafo anterior, y a nuestro juicio debe recibir la misma solución, porque a menos que se pacte una salvaguarda expresa, los CDI obligan a eliminar la doble imposición admitiendo la ficción de los dividendos. Por más que el Estado de la residencia del socio califique con su *lex fori* al término "renta/rendimiento" usado en el art. 10.1 del Modelo y encuentre competencia para gravar los beneficios no distribuidos, para efectos convencionales esa potestad supone la garantía del método previsto para los dividendos. En la mayoría de los casos ello no presentará problemas, pues las normas de transparencia suelen eliminar la doble imposición económica, al admitir como crédito el impuesto subyacente (que será usualmente nulo o muy bajo), y el ingreso por la distribución real no será considerado renta. No obstante, en el caso en que el CDI disponga del método de exención, de un crédito indirecto o de un *tax sparing* para los dividendos, las normas de transparencia se verán

restringidas y posiblemente pasarán a ser inocuas. Con lo dicho, no se puede estar de acuerdo con las posiciones de quienes plantean que las normas de transparencia fiscal son contrarias al art. 7.º, puesto que bien se sabe que esa es una norma general que debe ceder ante normas especiales como el art. 10. Tampoco se puede aceptar que al ser una renta ficticia califica como “otras rentas” según el art. 21 del Modelo, ya que está claro que existe una entidad distribuidora de dividendos, existen participaciones sociales y el hecho de que un Estado califique autónomamente el término “renta” no impide un encuadramiento en el presupuesto del art. 10.3. (cap. III, aptdo. I.D.3).

d) Existen ciertas situaciones que algunos CDI asimilan a las entidades distribuidoras de dividendos. En primer lugar, los contratos de cuentas en participación son incluidos de forma atípica, puesto que aparecen en la definición de dividendos para comprender los rendimientos obtenidos por los partícipes ocultos y que, a falta de aclaración, serían considerados intereses por regla general, o beneficios empresariales si participan en la administración. Esas inclusiones no tienen en cuenta que eso implica modificar el centro del círculo de la entidad distribuidora sin modificar el de sociedad, de forma que podría darse el caso de que la renta se considere dividendos según la definición, pero no se cumpla con el requisito de ser una sociedad, pues el gestor perfectamente podría ser una persona física o una agrupación de personas no sujeta como las personas jurídicas. En todo caso, si el propósito de la definición es comprender un rendimiento que potencialmente soporta doble imposición económica y, admitiendo que este sea un supuesto parecido al que se presenta en las relaciones sociedad-socio, no podría olvidarse que en muchos países ese rendimiento pagado al oculto será deducible para el gestor, de forma que el tratamiento como dividendos no resulta del todo adecuado (cap. III, aptdo. I.E.1). En segundo lugar, es conflictiva la calificación de los rendimientos que derivan los beneficiarios de un *trust*, puesto que esos contratos tienen diversas tipologías y por lo general no son en sí mismos entidades distribuidoras de dividendos y los derechos que se tienen sobre patrimonio no reúnen las condiciones de participaciones sociales (cap. III, aptdo. I.E.2).

En tercer lugar, los vehículos colectivos de inversión como las IIC tienen problemas para calificar como entidades distribuidoras, lo cual ha causado que la jurisprudencia finlandesa considere que los pagos a los inversores son “otras rentas” y no dividendos, a pesar de que el fondo era considerado una “sociedad” “residente” en ese país. El Tribunal finlandés arguyó que el régimen fiscal de los dividendos no era igual al de los rendimientos de los inversores porque los

fondos están exentos, olvidando que la tercera parte se refiere al régimen de las rentas que obtienen los socios o inversores y no al régimen de la entidad distribuidora. Además, los derechos de los inversores podrían subsumirse en la segunda parte del art. 10.3 del Modelo. La práctica convencional a veces excluye los fondos de ser residentes, pero en otros casos los incluye expresamente. En ocasiones se prevé directamente que los rendimientos de los fondos son dividendos, lo cual puede generar problemas también para cumplir con el art. 10.1, puesto que el fondo o la IIC podría no ser una “sociedad”. Es relevante evaluar que el objetivo de neutralidad se logre, pues si los inversores deberían soportar el gravamen, desde un punto de vista de política fiscal habrá que hacer que los límites convencionales sean acordes a las pretensiones impositivas. Un buen ejemplo en ese sentido es el CDI entre España y los Estados Unidos (cap. III, aptdo. I.E.3).

En cuarto lugar, diferentes razones de política fiscal aconsejan promover las inversiones de las FII eliminando el nivel de imposición de la entidad, pero sin que para los inversores se mantenga la fuente y naturaleza original de la renta subyacente, ya que al ser rentas inmobiliarias se generaría una imposición ilimitada en la fuente. Por ello, los Comentarios al MCOCDE han buscado que los FII califiquen como entidades distribuidoras de dividendos a pesar de que no sean sociedades residentes en los términos del Modelo. Esta inclusión directa puede generar los problemas que hemos descrito que se plantean respecto del art. 10.1. Se aprecia que el art. 10 del Modelo se utiliza para disparar la ficción de que los inversores no reciben la renta subyacente y no para someter a imposición unos rendimientos que potencialmente puedan soportar doble imposición económica, que en estos casos claramente no existirá (cap. III, aptdo. I.E.4).

Por último, los EP son unidades de atribución de rentas que pueden asimilarse a las entidades distribuidoras de dividendos, aunque no son en sí mismos “sociedades” “residentes del otro Estado contratantes” ni existe una participación social de la casa central en el EP. Es más, a pesar de que las remesas de beneficios de los EP se sujeten a imposición como las rentas de las acciones y que por esa vía pueda pensarse que se enmarcan en la tercera parte del art. 10.3 del Modelo o en la versión amplísima de la remisión que contiene algunos tratados, el tenor literal de la comparación exigiría que se cotejara el tratamiento fiscal de los dividendos en el Estado de la casa central con el de las remesas de beneficios, lo que no tiene ningún sentido. Así que a pesar de que la lógica económica aconseje tratar neutralmente las remesas de beneficios de los EP y los dividendos de las filiales, el MCOCDE no permite responder a estos retos, porque no comprende en el ámbito subjetivo del CDI los EP. A los

problemas descritos se une la cuestión de la discriminación que se suscitara por gravar de forma más gravosa al no residente del otro Estado contratante, pues habrá dos hechos imposables por cada nivel de imposición al no residente, que no son semejantes al de las empresas residentes, pues estas se ven sujetas a un solo nivel de imposición en su propia persona. Así, hasta que se corrija el ámbito subjetivo de los CDI, los impuestos complementarios (*branch tax*) serán cuestionados por vulnerar los artículos 24, 10.5, 10.1 y 3.1.b) del Modelo; de ahí que bajo la estructura actual lo más aconsejable sería incluir cláusulas de salvaguarda específicas y la asignación de un tratamiento neutral, que consiste en replicar el tipo de gravamen permitido para los dividendos provenientes de una participación sustancial, respecto de las remesas de beneficios obtenidos mediante un EP, pero sin calificar esos últimos ingresos como dividendos para efectos del CDI (cap. III, aptdo. I.E.5).

e) El elemento de la entidad distribidora de dividendos requiere diferenciar entre los beneficios de la entidad y los dividendos propiamente, gracias a que los límites del art. 10.2 del Modelo se refieren solo a estos últimos. La jurisprudencia y la doctrina tienden a considerar que el criterio debe ser estrictamente formal, esto es, dependiente de quien sea el contribuyente. En ese sentido, si se comprueba que la entidad distribidora cumple la obligación tributaria, pero no lo hace en calidad de contribuyente, podrían aplicar los límites del CDI, como se ha concluido en la India. Por ello, la diferenciación debe ser tenida muy en cuenta por los negociadores de los CDI, y de ser necesario deben aclararse los casos en los que pueda ser difícil determinar el sujeto pasivo del tributo. Sobre todo, ha de tenerse en cuenta la distinción formal entre ambos tipos de tributos para que se pueda garantizar así el mayor grado de reciprocidad. Por ejemplo, en el caso colombiano se elimina la doble imposición económica considerando como ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional los dividendos provenientes de beneficios gravados en la sociedad, de forma que si no soportan imposición serán sujetos a nombre del socio como dividendos. Ello ha requerido negociar excepciones al artículo 10 del MCOCDE que han pretendido permitir esa imposición por fuera de los límites del 5 o 15%. No obstante, errores en la redacción de los Protocolos de algunos CDI no han permitido lograr ese cometido (cap. III, aptdo. I.F.).

3) El art. 10.3 señala que la fuente de la renta son las participaciones sociales definidas formalmente en su primera parte, de forma amplia en la segunda y, por remisión en su tercera. La relación entre las tres partes es un asunto que está lejos de ser claro, pues mientras la mayor parte de la doctrina, encabezada

por Vogel, sostiene que existe un significado intrínseco en las tres partes, es evidente que en la búsqueda de este los autores trasladan criterios distintivos del endeudamiento y los fondos propios que la legislación interna prevé. Debe subrayarse que estos no son uniformes para todas las normas jurídicas de un mismo ordenamiento (legislación fiscal, societaria y contable) y tampoco son uniformes en el ámbito internacional, en particular porque en cada caso pueden adoptarse análisis meramente formales o sustanciales del activo, y en este último caso dar más o menos peso a los derechos políticos, económicos sobre los beneficios o económicos sobre la cuota de liquidación. En consecuencia, debe aceptarse que existen tres partes diferenciadas de la definición que utilizan igual número de aproximaciones distintas para describir el activo del cual proviene un rendimiento. Económicamente el rendimiento debiera ser la distribución de beneficios de la entidad distribuidora, y los negociadores deben evaluar en cada caso que eso sea así, considerando en particular los significados que podrían adquirir en cada legislación los derechos caracterizados en cada parte (cap. III, aptdo. II.A.1). Porque además, las dos condiciones generales de la segunda parte de la definición, participar en beneficios y no ser un derecho de crédito, no se refieren a los activos de la primera parte, como lo defiende Pijil, sino que por el contrario, pretenden caracterizar a los “otros derechos” de la segunda. La historia de los trabajos WP12 demuestran esta conclusión (cap. III, aptdo. II.A.2).

4) La primera parte de la definición enumera varios derechos que podrían entenderse según su estricto significado mercantil en el Estado de la residencia de la entidad o también atendiendo a una categoría creada a partir de las características mercantiles y fiscales comunes a todos los activos enumerados. No obstante, es difícil extraer esas características, puesto que:

i) las acciones pueden entenderse en inglés como participaciones en sociedades de capital, mientras que en español y francés, como participaciones en sociedades anónimas y comanditas por acciones; además, dado que existen diferentes líneas divisorias entre endeudamiento y fondos propios, los tipos de acciones pueden estar sometidos a reglas societarias, contables o fiscales distintas. Piénsese en las acciones rescatables, preferenciales y sin derecho a voto, que podrán tener el régimen contable o fiscal del pasivo, o ambos. Y es que en la búsqueda de ese significado común, la doctrina ha aceptado como principal característica la participación en las pérdidas o ganancias en la cuota de liquidación. En nuestra opinión esto se antoja arbitrario, pues existen privilegios en las acciones que operan como límites mínimos (*floor*) y máximos (*caps*) y

que no por ese mero hecho dejan de generar rendimientos que soportan una imposición subyacente ni dejan de ser “acciones”. Además, según el criterio de la participación en la cuota de liquidación, las acciones con tales privilegios no calificarían como intereses ni como dividendos, pero tal vez como beneficios empresariales u otras rentas, previniendo al Estado de la fuente de gravar. Ese resultado es cuanto menos cuestionable desde el punto de vista de la neutralidad y justicia en el reparto. Incluso, no queda claro qué ocurriría si se participara en las variaciones positivas de la cuota de liquidación y no en las negativas, o viceversa, ni si lo que interesara fuera la contingencia sobre el derecho a esa cuota, o respecto del monto de la cuota misma. Eso se aprecia en la problemática calificación que tienen las acciones rescatables, puesto que existe una participación en el riesgo representado en la cuota de liquidación, pero solo hasta cuando se amorticen y en todo caso, dependiendo de que la opción de canjear la acción la tenga el accionista o la entidad. Algunos autores suman a la participación en la cuota de liquidación el criterio de la participación en los beneficios, desconociendo que cada uno puede permitir llegar a calificaciones distintas, sobre todo ante instrumentos financieros híbridos. Es más, la propia participación en beneficios puede entenderse como una contingencia sobre el derecho a recibir el pago, o una contingencia sobre su monto, disyuntiva que la doctrina no resuelve y daría lugar a respuestas distintas respecto de las acciones con dividendo fijo, por ejemplo. En últimas, defender un significado intrínseco lleva a la inseguridad jurídica (cap. III, aptdo. II.B.1).

ii) las “acciones de disfrute”, los “bonos de disfrute” en la versión francesa y la española, o los “derechos de disfrute”, si se sigue la redacción inglesa, cobran diversos significados en la doctrina y la jurisprudencia. Por un lado, es evidente que la traducción española requiere un título valor, el bono, mientras que la inglesa tiene un significado especialmente amplio. Al tiempo, la acción es un título valor, pero con la característica de que es una representación del capital social, a diferencia del bono. Así que es difícil sostener que estas palabras pretenden designar una misma propiedad. Su inclusión en los CDI es cuestionable cuando los derechos internos no prevén estos dentro del catálogo del derecho societario, puesto que se ha comprobado que los autores pueden entenderlos como: a) un derecho de disfrute en un sentido civilista de recibir los frutos naturales o civiles de una cosa (p. ej., el usufructo); b) un activo que da derecho a participar en beneficios, pero con participación política restringida (p. ej., acciones sin derecho a voto); c) un título con las características recién mencionadas, pero cuyo origen se encuentra en una reducción de capital. Este significado tiene un importante soporte histórico; d) cualquier tipo de dere-

chos que den lugar a participar de los beneficios o las ganancias sociales que no puedan calificarse como otra renta. Estos cuatro significados dan cuenta de su carácter polisémico y su condición de puerta giratoria en la pretendida muralla delimitadora entre dividendos e intereses. Por último, cabe advertir que el significado intrínseco propuesto por Vogel para toda la definición y que restringiría los vocablos que venimos comentando tienen sentido en la legislación y convenios alemanes (aunque existen sentencias contrarias a tal conclusión en ese país). Fuera de esa jurisdicción, su aplicación es discutible (cap. III, aptdo. II.B.2).

iii) Las participaciones mineras se describen en inglés como “shares”, lo que da cuenta de que en dicho idioma se usa esa palabra de forma más amplia que el término “acciones”, conclusión que podría afectar la interpretación del primer activo enunciado por el art. 10.3 del Modelo. En todo caso, las participaciones mineras pueden tener significados especiales en las legislaciones internas, y así dar lugar a la discusión de si los rendimientos en sociedades mineras transparentes son dividendos o no. En nuestra opinión, debe existir una entidad distribuidora previamente a la calificación de la participación, pero en todo caso parece importante excluir este activo cuando la entidad sea transparente para evitar discusiones (cap. III, aptdo. II.B.3). Las partes de fundador también se suelen excluir en los CDI, y ello tiene sentido cuando según el derecho interno bien se consideran acciones o participaciones sociales, y se les asigna el régimen fiscal de las acciones, pero también cuando no tienen el régimen fiscal de estas. Por esto es cuestionable que España incluya los rendimientos de las partes de fundador en la definición de dividendos de los CDI, cuando en su derecho interno estos se gravan como rendimientos del trabajo. De cualquier forma, su propósito claramente fue incluir los intereses en los beneficios que derivan del contrato social y por la prestación de servicios a la entidad durante su fundación o promoción. Los trabajos del WP1 de la OCDE en 1973 contradicen directamente la postura de Vogel del significado intrínseco, al admitir que las partes de fundador por lo general no dan derecho sobre la cuota de liquidación y, sin embargo, generan dividendos para efectos del art. 10 del Modelo (cap. III, aptdo. II.B.4).

a) La segunda parte de la definición comprende unas características generales que resultan más apropiadas desde un punto de vista de técnica legislativa del tratado. La caracterización a partir de que no sean derechos de crédito es relevante, pues este significado es bastante preciso en la medida en que se requiere un derecho contractual que obliga a un deudor, frente al acreedor,

al pago de un principal por un principal o valor nominal, y sin que el propio contrato prevea una contingencia sobre la reducción monto de tal reembolso. Eso permite observar que la segunda parte de la definición de dividendos no puede incluir aquellos rendimientos de activos que compartan los riesgos empresariales, entendidos según el criterio del riesgo propuesto por los Comentarios de la OCDE, si la obligación de repago de monto del principal se prevé contractualmente. En esa misma línea, la definición de intereses del art. 11 (que se construye a partir de los rendimientos de los derechos de crédito) no podría excluir los rendimientos de tales activos. Ello lleva entonces a que no se pueda calificar como intereses los rendimientos de cuentas en participación cuando el riesgo del oculto se extienda a las participaciones en pérdidas, aunque sí puedan ser considerados dividendos dentro de la segunda parte de la definición. En esa misma línea, los préstamos perpetuos o a largo plazo, o los que generen intereses recalificados como dividendos en virtud de normas de subcapitalización, no encuadran en los activos enunciados en la segunda parte del art. 10.3 del Modelo (cap. III, aptdo. II.C.).

b) La tercera parte de la definición contiene una remisión dinámica al derecho interno, que en todo caso ha de respetar la –amplia– exigencia de buena fe de la CVDT. En el MCOCDE la remisión requiere que sea un rendimiento: a) de participaciones sociales y b) sujeto al mismo régimen fiscal que las acciones. Las remisiones amplias y amplísimas cambian el primer requisito, como se ha dicho, y eso se explica porque la expresión *participaciones sociales* puede entenderse: a) *stricto sensu* como los activos que tienen las características ordinarias de un socio en una sociedad, dentro del cual cabría el significado intrínseco de Vogel o el criterio del riesgo de los CMOCDE; b) *lato sensu*, como una relación financiera tratada por el derecho interno como tal o incluso como cualquier relación en la cual la contraparte es una entidad distribuidora de dividendos, como defiende Pijil. El segundo requisito, la comparabilidad, demuestra el interés que han tenido la OEEC y la OCDE por garantizar el régimen fiscal de los dividendos previsto en los CDI a las rentas que tengan el régimen fiscal de los dividendos en el ámbito interno, caracterizado por ser un mismo objeto imponible gravado en dos sujetos distintos. Por consiguiente, ese tipo de rentas sería el significado, y el significante, todo el art. 10.3. La primacía de la interpretación autónoma convencional de las “participaciones sociales” y de la primera y la segunda parte del citado párrafo tercero del art. 10 sobre la remisión solo puede llevar a una disociación entre significante y significado que potencia el *debt-equity conundrum*. A lo anterior se suma el hecho de que si bien bajo la redacción de la remisión del art. 10.3 del borrador de 1963 es posible acudir directamente

a las normas definitorias de los rendimientos de la participación en los fondos propios de entidades, a los presupuestos de hecho sustitutivos y demás preceptos de remisión a la categoría de renta interna, la remisión al régimen fiscal de las acciones incorporada en 1977 supone evaluar un número muy amplio de factores (tipo, base imponible, aspecto temporal, aspecto espacial) que son difíciles de determinar, ya que existen regímenes fiscales para los dividendos internos, para los *outbound*, para los pagados a personas físicas o a personas naturales, por participaciones de portafolio o sustanciales, etc. El criterio de la deducibilidad del pago en la entidad distribuidora parece alejarse del tenor literal que menciona, por el contrario, al régimen fiscal de las acciones no de los beneficios de los que proceden. En todo caso, la *ratio* detrás de la definición de dividendos aconsejaría analizar la renta como un solo objeto imponible y por ello considerar la deducibilidad (cap. III, aptdo. II.D.).

c) En nuestra opinión, las relaciones entre los artículos de dividendos e intereses vienen definidas por la idea de que los derechos de crédito no pueden comprenderse en la segunda parte, pero sí en la tercera cuando se acepta un concepto de participaciones sociales amplio. Sin embargo, los CMOCDE son particularmente confusos a este respecto, pues pretenden justificar un significado autónomo convencional de participaciones sociales a partir del criterio del riesgo, sin señalar respecto de qué parte de la definición del art. 10.3 aplica. Entendemos que su único fundamento normativo podría ser la tercera parte y que, en todo caso, se causaría una antinomia con el art. 11.3, puesto que los “derechos de crédito” entendidos desde la perspectiva descrita arriba generarían siempre intereses, pero cuando participaran en el riesgo según el criterio sustancial del art. 10.3 en la tercera parte, también dividendos. Esa antinomia se soluciona mediante la preferencia a esta última calificación. Algunos CDI acertadamente incluyen una regla de desempate que soluciona expresamente la cuestión. La posición que planteamos no es unánime, ya que el significado amplio de participaciones sociales no es admitido por los CMOCDE, que en efecto aceptan el criterio del riesgo para distinguir entre los rendimientos de los art. 10 y 11. El riesgo se mide a partir de un análisis multifactorial que puede ser contradictorio en sus resultados, pues algunos factores le dan prevalencia al criterio de la remuneración, otros al de devolución del capital, visto desde un punto de vista del instrumento, mientras que otros atienden a la posibilidad económica de obtener tal devolución según el análisis de una situación de subcapitalización. La doctrina ha querido justificar un criterio único de distinción, pero los autores varían su opinión sobre cuál sería dicho factor determinante. En opinión de algunos solo interesa la participación en las plusvalías e incre-

mentos de valor de los activos de la sociedad y, según otros, a eso ha de agregarse una participación en las pérdidas, lo que se representa fundamentalmente en la subordinación. Estos criterios son borrosos para delimitar las categorías de deuda y capital ante instrumentos híbridos, y en buena medida carecen de lógica desde de la perspectiva fiscal. Es más, la existencia de CDI que contienen remisiones al derecho interno del Estado de la fuente en la definición de intereses potencia la posibilidad de conflictos de calificación.

El caso de los JSCP brasileños es ilustrativo de los problemas que se describen en este párrafo, puesto que si bien con la redacción del MCOCDE 2014 es posible entender que esos rendimientos se calificarían como dividendos, según la redacción del CDI entre España y Brasil la remisión al derecho interno en la definición de intereses obligaría a calificarlos como tales para efectos convencionales, y en esa línea no garantizar el régimen de exención prevista por el propio tratado para los dividendos, sin perjuicio de que bajo la norma interna española sí puedan ser declarados exentos. Si el criterio del riesgo se asume, el resultado sería conceder la exención prevista para los dividendos en el CDI, lo que puede ser un resultado contrario a una posible política de evitar la doble no imposición. En conclusión, los resultados asimétricos causados por los híbridos financieros deben atacarse por medio de enfoques integrales (cap. III, aptdo. II.E.).

d) Las distintas formas que los Estados adoptan para luchar contra la subcapitalización ponen en tensión la interpretación de la definición de dividendos de los CDI y la propia *ratio* de existencia de esa categoría. En esa línea han destacado tres tipos de normas que impiden la deducibilidad de los intereses: la primera recalifica el instrumento financiero en patrimonio; la segunda solo recalifica la remuneración en dividendos, y la tercera solo prohíbe la deducibilidad. La clasificación de esa renta no deducible es discutible bajo los CDI. Por un lado, se discute si puede ser una participación social. Si se aceptara el criterio del riesgo empresarial, habría que indicar que en los tres casos el instrumento es una participación social –en el sentido de la tercera parte de la definición– cuando se asumen los riesgos empresariales y sin que importe la naturaleza mercantil o la fiscal. Al mismo resultado se llega cuando se acepta el significado amplio de participaciones sociales, en el sentido de toda relación asociativa o financiera. Sin embargo, algunos autores y cierta jurisprudencia admiten que solo las recalificaciones del primer tipo de normas se califican dentro del art. 10, pues existe un cambio en la naturaleza del instrumento para efectos fiscales que admite el CDI. La comparación del tratamiento tributario debe evaluarse

con todos los factores que ya se han mencionado, y donde la no deducibilidad, en principio, no desempeña un papel relevante.

En la práctica, el problema de las normas de subcapitalización se difumina entre la calificación del instrumento que es la fuente del rendimiento, esto es, la participación social, y la cuantificación de la capitalización adecuada. Así, al final lo relevante es fijar el monto de intereses no deducibles o sujetos al régimen fiscal de las acciones, ya que es un asunto que los CMOCD E proponen determinar simultáneamente por medio del criterio del riesgo y del principio de plena competencia (*arm's length*), cuando es evidente que se puede llegar a resultados disímiles con cada uno y así causar inseguridad jurídica. Según la tesis que hemos sostenido del amplio significado del término “participaciones sociales”, el problema de la cuantificación es irrelevante.

Por último, cuando el Estado de la fuente califica el rendimiento dentro del art. 10, el párr. 68 de los Comentarios al art. 23 del Modelo pretende exigir ciertos requisitos para que la residencia se vea obligada a conceder el método de eliminación de la doble imposición previsto para los dividendos. No obstante, debe tenerse en cuenta que el Informe de 1987 da a entender que esos requisitos solo aplican para los métodos internos o los convencionales que en su redacción se refieran a la categoría de renta sin indicación del artículo 10 del tratado. De tal manera, esas restricciones no se predicán del texto del Modelo ni de redacciones con mención del art. 10 (cap. III, aptdo. II.F.1).

Ahora bien, fuera de las normas de subcapitalización y limitación a la deducibilidad de intereses, existen propuestas teóricas, pocas veces transformadas en realidades normativas, que propugnan un cambio estructural a la asimetría del tratamiento fiscal del endeudamiento y los fondos propios, y en ese sentido repercuten en la *ratio* de la definición del art. 10.3 del MCOCD E. Tales propuestas pueden clasificarse en dos grandes grupos según su influencia en la fiscalidad internacional: a) las que refuerzan la potestad impositiva de la fuente, en particular las que proponen 1) hacer no deducible las remuneraciones del endeudamiento y 2) las que imponen una retención en la fuente para intereses de deudas económicamente similares a los instrumentos de capital, que equivale a la carga fiscal de los dividendos propiamente y de los beneficios de los cuales derivan. Estas soluciones pueden causar problemas respecto de los CDI. Por ejemplo, los rendimientos que resultan no deducibles podrían entenderse como “participaciones sociales” en un sentido amplio y con un régimen fiscal semejante al de las acciones. Así mismo, en la solución 2) se tendrían que delimitar los instrumentos económicamente similares y renegociar los CDI para

admitir una imposición mayor de los intereses; b) las que refuerzan el gravamen en el Estado de la residencia. Dentro de estas se incluye la admisión de la deducibilidad de los dividendos en la entidad distribuidora, reduciendo así el gravamen en el Estado de la fuente y aumentando el de la residencia, siempre que esta jurisdicción no otorgue el crédito fiscal indirecto o la exención. La deducción de dividendos puede causar conflictos de calificación bajo los CDI (cap. III, aptdo. II.F.2).

5) El art. 10.3 del MCOEDE exige una relación entre la fuente –las participaciones en las entidades distribuidoras– y los rendimientos. Esa relación encuentra soporte legal en la preposición “de” de la definición, pero más allá de eso es un asunto no definido por el tratado, de forma que el derecho interno de los Estados contratantes no resulta limitado. Por consiguiente, no hay soporte normativo para la afirmación hecha por la doctrina mayoritaria, en voz de Vogel, Helminen o Hatting de que el Modelo señala una relación socio-sociedad como causa del rendimiento. Como se vio, los derechos internos tributarios pueden asumir visiones estrictas o amplias de la *societatis causa* que podrían dar lugar a conflictos de atribución. Sin embargo, no son un problema directamente relacionado con la definición de dividendos, que exige un nexo entre la renta y la participación social que puede ser determinado por las legislaciones internas de los Estados contratantes dentro de un margen muy amplio. Según el art. 10.3, junto con el artículo 3.º (aptdo. 1 y 2) del Modelo, en caso de que las legislaciones internas al determinar ese nexo supongan un *conflicto de calificación de la renta*, se ha de dar prevalencia al nexo que prevea la legislación del Estado de residencia de la entidad distribuidora de dividendos. Por ello, los CMOEDE, más que ser contradictorios, al referirse a los dividendos alternativamente como distribuciones de beneficios o rentas participaciones, simplemente reconocen que los Estados pueden darle más importancia a la capacidad contributiva de la entidad o de los socios para fijar ese nexo. De ahí que el tratado no restrinja las medidas que buscan evitar el fraude de las distribuciones ocultas de beneficios que afecten la imposición de la entidad distribuidora, cuando este se justifica como una atribución de la renta de las participaciones sociales a un sujeto que no es el socio según una estricta perspectiva mercantil (cap. III, aptdo. III.A.).

a) La renta/rendimiento es un elemento requerido por el nexo del que habla la definición de dividendos del CDI. Los CDI no la definen, pero las legislaciones fiscales sí lo hacen, adoptando además distintos sistemas que pueden o no diferenciar entre las rentas de las participaciones en entidades y las ganancias patrimoniales derivadas de ellas. Esa distinción en la legislación interna ge-

nera oportunidades de arbitraje que, por lo general, llevan a que se prefiera realizar una ganancia de capital a obtener dividendos. Los CDI acentúan esas diferencias al gravar exclusivamente en la residencia a las primeras (art. 13.5 MCOCDE) y limitadamente en la fuente a las segundas, rompiendo así la simetría que pretende el Modelo entre renta, ganancia y patrimonio. De ahí que el Estado de la fuente puede considerar que las ganancias por la enajenación de las participaciones sociales son dividendos. Esa calificación estaría acorde con los CDI y obligaría a la residencia a no oponer su derecho interno y a seguir a la legislación de la fuente, toda vez que se cumpla con los requisitos de la tercera parte del art. 10.3 del Modelo. Así, el art. 10 puede comprender las ganancias de capital por la enajenación de participaciones sociales que calificarían en el art. 13.5 del Modelo, siempre que la legislación del Estado de la fuente así lo determine. Existe por tanto una regla de prioridad del art. 10. Ello implica que el término “renta/rendimiento” usado en el CDI no puede ser el fundamento para alegar la teoría del fruto y el árbol, y justificar que el artículo de dividendos solo comprende las rentas que no consumen su fuente, puesto que tal palabra se califica por las legislaciones de cada Estado, bajo la distinción entre ganancias de capital y rendimientos que a bien tengan, pudiendo incluir las rentas ficticias, los pagos especie o las distribuciones encubiertas de beneficios. Sin embargo, los CDI para evitar las posibles interpretaciones restrictivas reemplazan la palabra “renta” por “ingresos”, “elementos”, “ítems” o “montos”. La palabra “renta/rendimiento”, en todo caso, ha de interpretarse en concordancia con los impuestos comprendidos por el CDI (art. 2.º MCOCDE) y por ello de acuerdo con la *lex fori*, de forma que el Estado de la residencia puede comprender como “renta” lo que no ha sido aún calificado como “renta” en el otro Estado, por ejemplo por no haberse dado una efectiva distribución.

Con todo lo anterior, la calificación de ganancias por la enajenación de las participaciones sociales en el art. 10 debe estudiarse respecto de las restricciones que las palabras “de” y “participaciones sociales” puedan imponer. Del mismo modo, solo de esas dos palabras podría derivar un nexo entre la participación (o la renta) y el sujeto que tiene derecho al CDI. Empero, a nuestro juicio, de esas dos palabras de la definición del art. 10.3 del Modelo no es posible extraer ningún vínculo entre el rendimiento y las participaciones, distinto del requisito de que los activos o el patrimonio de la entidad se disminuyan. Por consiguiente, es ineludible concluir que la atribución del rendimiento no se ve restringida por la definición de dividendos del CDI, que comprenderá los pagos hechos al titular de acción o a un tercero de parte de la entidad distribidora de dividendos, siempre que el Estado de la fuente los considere derivados de

una *societatis causa*. En esa hipótesis cabe analizar los siguientes supuestos (cap. III, aptdo. III.B.).

b) Existen varias formas de transferir económicamente los beneficios de la entidad a los socios sin generar dividendos desde un punto de vista mercantil estricto. La más relevante es el pago a vinculados económicos de precios de transferencia por relaciones financieras o comerciales que exceden del principio de independencia (*arm's length*). La corrección de los beneficios de las partes en virtud de normas de valoración puede suponer simples devoluciones voluntarias (*set offs*), ajustes compensatorios permitidos por la legislación a los contribuyentes o ajustes secundarios ordenados por la legislación. Cuando estos ajustes los realiza la entidad distribuidora a sus socios, las legislaciones pueden calificarlos como dividendos. Si es el Estado de la fuente el que considera como dividendos esos rendimientos, la tercera parte de la definición del art. 10.3 debería permitir esa calificación convencional, siempre que existiera una *societatis causa* directa o indirecta, es decir, no importaría que la distribución se atribuyera a una sociedad abuela o hermana del grupo o a personas especialmente relacionadas con el socio. De ahí que si bien las legislaciones (como la francesa) pueden verse limitadas por el art. 21 del MCOE cuando consideran como una distribución de beneficios cualquier exceso del precio de mercado, con independencia de que se pacte con una parte relacionada o no, parece razonable que el art. 10 será aplicable cuando exista alguna relación entre el sujeto que ostenta la participación y el que recibe el exceso del precio de mercado. Ahora bien, si el ajuste secundario o la calificación del exceso de precios de transferencia con la matriz u otros vinculados lo realiza el Estado de residencia de la matriz y lo califica como dividendo, la remisión del art. 10.3 no aplicaría. No creemos que el significado autónomo de la primera y la segunda parte de ese precepto debiera servir para justificar que el nexo previsto por la legislación del Estado de la residencia del socio deba prevalecer sobre el nexo de la legislación del Estado de fuente. En este caso se presentaría un conflicto de calificación que, conforme a las formas de solución que hemos defendido, debiera resolverse con la prevalencia de esta última legislación (cap. III, aptdo. III.C.1) Ahora bien, una segunda forma de transferir beneficios que resulta de interés es pagando el dividendo en acciones. En estos casos existe un nexo entre el rendimiento y las participaciones sociales, y no hay duda de que tienen una *societatis causa*, aunque no hay claramente una disminución de los activos o del patrimonio de la sociedad, al menos si las participaciones son de nueva suscripción (cap. III, aptdo. III.C.1).

c) En condiciones normales el valor de mercado de las participaciones sociales representa económicamente los beneficios no distribuidos y las reservas ocultas. De esta forma, la enajenación de la participación puede permitirle al socio obtener el valor implícito de los dividendos. Dada las faltas de neutralidad en el tratamiento fiscal de los rendimientos de las participaciones sociales y las ganancias de capital derivadas de la enajenación de estas, existen esquemas de planificación fiscal que generan cuestiones respecto de la definición de dividendos que se pueden agrupar en los lavados de dividendo y las liquidaciones (cap. III, aptdo. III.D.).

a') Existen distintas formas de lavado de dividendo (*dividend stripping*). Son esquemas en los que se pueden explotar las diferencias entre los rendimientos y las ganancias de capital, y entre los diferentes regímenes de dividendos que existen, dependiendo de las condiciones subjetivas del receptor. En ese sentido se busca que el receptor reúna las condiciones personales previstas para garantizar el régimen de los dividendos internos o del CDI más beneficioso. En nuestra opinión, la definición de dividendos del CDI no condiciona la atribución de los dividendos ni la configuración del elemento subjetivo del hecho imponible previsto por las legislaciones internas, de modo que no impide calificar como dividendos la renta pagada por la entidad distribuidora al tenedor de un cupón de dividendos o usufructuario que no sea titular de la participación social de la que derivan los rendimientos, ni tampoco restringe al Estado para considerar que el titular de la participación es quien obtiene los rendimientos. Por el contrario, la calificación de la renta que obtiene el titular de la participación por la enajenación del cupón no tiene como fuente directa la participación y puede ser cuestionable su encuadramiento en el art. 10.3 del MCOCDE. En los casos de préstamos de valores, *swaps*, *repos* y otros negocios que impliquen que el titular inicial de la participación recibe del titular actual de ella un pago sustitutivo de dividendos, la legislación interna podría calificar como dividendos para efectos de los CDI los pagos hechos por la entidad distribuidora considerando las condiciones subjetivas del titular actual o del titular inicial, sin desconocer el art. 10.3 del Modelo. La posición defendida evita recaer en dudosos argumentos como aceptar los CMOCDE de 2003 sobre el abuso, justificar que el prestamista fue titular en algún momento de la participación o incluso admitir que soporta realmente el riesgo empresarial. Con todo, el pago sustitutivo en sí mismo difícilmente puede calificarse como dividendos. Por último, en aquellos casos en que normas antiabuso recalifican en dividendos las ganancias por la enajenación de acciones, uno de los principales criterios para

evaluar su conformidad con el art. 10.3 del Modelo será la pérdida de activos o de patrimonio de parte de la entidad en favor del enajenante, como ocurrió en el caso RMM Canadian Enterprises v. The Queen (cap. III, aptdo. III.D.1).

b') Mediante liquidaciones parciales o totales del capital de la sociedad es posible repartir los beneficios de la entidad, ya que estos equivaldrán al resultado de restar al ingreso (cuota de liquidación o valor de la amortización de la participación) el costo histórico de la aportación. Esos rendimientos que afloran para el socio cuando la sociedad se liquida totalmente adquiere sus propias participaciones para tenerlas en autocartera o para amortizarlas, o cuando reduce el capital con devolución de aportaciones, habrá una pérdida de activos o una reducción del patrimonio, condición que, hemos manifestado, le permite al Estado de la fuente calificar la ganancia como dividendos para efectos de los CDI. En cualquier caso, existen posiciones contrarias que justifican adoptar una tercera parte de la definición de dividendos amplísima como la del MCEUA (cap. III, aptdo. III.D.1).

6) Por último, existen casos especiales en los que la fuente de los dividendos dudosamente es la participación social, por lo cual las conclusiones aquí establecidas deben matizarse. Por ejemplo, cuando resulta aplicable el art. 13.4 del MCOE (o reglas semejantes que se encuentran en la práctica española) se entiende que la enajenación de participaciones sociales en entidades inmobiliarias no se rige por los art. 10 y 13.5, ya que estos deben ceder por ser generales. Por otro lado, las devoluciones de impuestos o instituciones similares de eliminación de la doble imposición económica sociedad-socio que supongan un flujo de dineros de la administración tributaria a los socios, como por ejemplo el *Advance Corporate Tax* inglés o el *avoir fiscal* francés no tienen su fuente directa en la participación social, ni son pagados por una sociedad; por ello, es aconsejable incluirlos en la definición de dividendos expresamente (cap. III, aptdo. III.D.1).

En el trabajo de fin de grado que realicé en la Universidad Externado bajo la dirección del profesor Mauricio Marín tuve la oportunidad de acercarme al concepto del EP. Ahora, el objeto de este libro es el concepto de dividendos del art. 10.3 del MCOCDE. Los dos trabajos analizan términos usados en los CDI, pero ciertamente presentan diferencias sustanciales, pues mientras el primero tiene un significado internacional bien desarrollado, del segundo dudamos, y esa fue nuestra hipótesis, que tuviera un entendimiento desligado del ordenamiento interno. Mientras que el EP surgió como un concepto de derecho mercantil que adquirió un significado tributario local y luego, en la tributación internacional, el de dividendos aún no se ha desligado del mercantil. Y la historia comprueba justamente que los redactores del Modelo de 1963 estaban más preocupados por repartir la potestad impositiva de los dividendos que por definir lo que estaba repartiendo, sin percatarse del orden lógico de las cuestiones.

Solo en 1974 el WP23 asume el problema de la definición y se concluye que, por las diferencias mercantiles y fiscales de los Estados, no es posible dar una definición general. Y eso es lógico porque los dividendos son una materia imponible tan particular que su régimen está en el vórtice de las principales decisiones de política fiscal, como la relación entre el IRPF y el IS o entre el impuesto sobre la renta y el impuesto sobre las ganancias de capital, así como del desarrollo legal y dogmático del derecho tributario en las jurisdicciones, en concreto, respecto de las líneas divisorias entre la planeación fiscal y el abuso o fraude, o de la relación entre el derecho privado y el fiscal.

Con ello, en el primer capítulo se analizó el concepto del art. 10.3 del Modelo, respecto de su encuadramiento en los sistemas fiscales de los Estados contratantes, y nos centramos en su función de caracterizar un tipo de renta que tiene un régimen fiscal previsto en el tratado y que limita el poder de imposición de la fuente y de la residencia. Nuestra primera hipótesis fue la afirmación de que no existe un concepto de dividendos internacional, ya que solo es posible encontrar definiciones para efectos de ciertos preceptos. Así, en la práctica es posible que las definiciones puedan usarse en contextos diferentes para los que fueron diseñadas, y en definitiva se confunda su ámbito de aplicación y alcance. Después de seguir la metodología planteada en la Introducción, se observa que existen al menos dos tipos de normas que requieren definir dividendos y que versan sobre dos hechos imponibles distintos: a) las disposiciones que regulan los dividendos pagados por entidades residentes y b) los dividendos

pagados por entidades no residentes a un sujeto con obligación personal de contribuir. Respecto del primer hecho imponible, para la legislación resulta fácil determinar las condiciones fiscales que tiene la entidad distribuidora de dividendos, mientras que respecto del segundo, es necesario calificar hechos y actos regidos por otra legislación, lo que puede dar lugar a lo que Vogel denomina conflictos de sustitución. Así, el artículo 10.3 del Modelo es una tercera definición, que según se ha podido comprobar, se ha usado erróneamente en alguna jurisprudencia para definir el significado de dividendos en la norma interna de eliminación de la doble imposición. Con ello cabe concluir que la definición del Convenio tiene un ámbito de aplicación y unos efectos previstos, que consisten en limitar el poder impositivo de la fuente y de la residencia en los términos de los artículos 10 y 23 del Modelo, de forma que una aplicación del art. 10.3 por fuera del tratado sería, cuanto menos, cuestionable.

La segunda hipótesis consistió en que la definición de dividendos en los CDI aparece como resultado de la necesidad de caracterizar una renta en la que interesa la imposición subyacente de la sociedad. Revisando la historia del Modelo OCDE y comparando múltiples CDI, se concluye que con la admisión de las personas jurídicas y las entidades como sujetos del IS se crea una ficción de que el socio percibe una renta con fuente distinta de la original, pues los dividendos provienen de las participaciones sociales. Así se observó en la jurisprudencia que aplicó la ley del Imperio alemán de 1870, y así se justificó en el CDI de los Estados Unidos con el Reino Unido de 1945, en el que se escindió del artículo de rentas del capital mobiliario una renta llamada “dividendos”. Sin embargo, la caracterización resultó difícil, ya que los tipos de sociedades, personas jurídicas y otros contratos similares, así como las participaciones sobre ellas, no estaban (y no están) armonizados con el derecho privado de los Estados contratantes. Además, las normas fiscales caracterizaban (y aún caracterizan) a los contribuyentes sin seguir plenamente las normas civiles. En efecto, el art. 10 del Modelo y de la mayoría de los CDI, contienen términos que tienen significados muy precisos en la legislación mercantil interna. Así, aunque los tratados tengan la intención de caracterizar esos tipos de rentas que potencialmente puedan estar sujetos a doble imposición económica, cuando se acude a definiciones mercantiles es muy probable que se causen resultados indeseados desde la política tributaria.

La tercera hipótesis de este trabajo fue entender que los dividendos pueden ser conceptualizados por las legislaciones internas y por los CDI por medio de elementos invariables, aunque en la práctica se concreten de diferente forma.

Tras revisar todas las definiciones de dividendos internas y convencionales, se concluye que existen tres elementos: a) una entidad distribuidora de dividendos, b) las participaciones sociales y c) la relación entre la renta y la participación. Tanto en el derecho interno como en el de los convenios, estos elementos dan lugar a la ficción de que las rentas tienen como fuente las participaciones sociales. Respecto de los convenios, la comprobación de esta hipótesis supuso admitir que esos elementos son determinados dando preponderancia a la legislación del Estado de la fuente de los dividendos o, lo que es lo mismo, a la legislación del Estado de residencia de la entidad distribuidora.

Así, la entidad distribuidora de dividendos se define por remisión a la legislación del Estado de residencia, para que con fundamento en ella se evalúe si la persona es “residente” (art. 4.º MCOCDE), “sociedad” (art. 3.1 MCOCDE) y entidad distribuidora (art. 10 MCOCDE). Esto resulta relevante para analizar supuestos de entidades híbridas, porque no resulta relevante la calificación de la entidad en la legislación del Estado de residencia de los socios. De la misma forma, el elemento de la “participación social” viene definido en los CDI con términos con un significado muy preciso en la legislación mercantil que hace que puedan dotarse de significado por las legislaciones de los dos Estados, generando un aparente conflicto de calificación. Es aparente porque las reglas de interpretación y aplicación de los CDI exigen darle prevalencia al significado del Estado de la fuente de los dividendos. Esta conclusión resulta contraria a la posición de Vogel y de la doctrina mayoritaria, que encuentra un significado común e intrínseco de “participaciones sociales”, la cual que no puede compartirse en tanto que las líneas divisorias entre en el endeudamiento y el capital son variadas y obedecen a finalidades distintas, según el interés jurídico que se busque proteger. Por último, el tercer elemento es la relación entre las participaciones sociales y la renta, lo que se examinó por medio de un amplio análisis de esquemas de planeación fiscal relacionados con el cambio del sujeto receptor de los dividendos, el *rule shopping* entre el régimen de ganancias de capital y de los dividendos o las transacciones entre empresas asociadas o personas estrechamente vinculadas con los socios que resultan contrarias al principio de plena competencia. Como conclusión, se afirma que del texto de los tratados no se puede deducir ninguna conexión entre la participación y la renta, de forma que la legislación interna es la que define si el vínculo se verifica con el del titular de la participación social, del cupón para el cobro del dividendo o una sociedad hermana o abuela que recibe dividendos encubiertos. En todos estos casos los tratados no pueden limitar esa atribución.

De igual forma, las ganancias de capital obtenidas en liquidaciones totales o parciales pueden considerarse dividendos en los CDI si los ingresos provienen de utilidades no distribuidas o de reservas ocultas, y siempre que resulten tratadas como rentas de las acciones por la legislación tributaria del Estado de la fuente.

La cuarta hipótesis afirmaba que no existe un significado convencional de los elementos que definen dividendos, lo cual puede llevar a conflictos de calificación solucionables por medio del significado otorgado por el Estado de la fuente o de la residencia de la entidad distribuidora de dividendos. De la revisión de los trabajos de Ward, Avery Jones y el International Tax Group y del Informe de *Partnerships*, se observa que el art. 3.2 del Modelo busca el significado común pero en ausencia de este, la legislación interna del Estado de la fuente de los dividendos se vuelve relevante y obligatoria para el Estado de la residencia, que deberá aplicar el método para eliminar la doble imposición previsto para esas rentas en el tratado. Así, la definición del art. 10.3 del Modelo, que parece no tener un significado autónomo en ninguna de sus partes, desemboca generalmente en el derecho interno del Estado de la fuente, lo que permite solucionar, de *lege lata*, los conflictos de calificación más comunes.

Sin embargo, de *lege ferenda* resulta recomendable eliminar la remisión al derecho interno en el artículo de intereses, adoptar una definición de dividendos amplísima, excluir de la primera parte aquellos derechos que entendidos de acuerdo con el derecho privado no tengan el régimen fiscal de las acciones y regular expresamente los supuestos más conflictivos que son los que hemos mencionado a lo largo de este libro. Pero, como dijo con razón Benedetti, “Cuando creíamos que teníamos todas las respuestas, de pronto, cambiaron todas las preguntas”: ¿deberían existir límites a esas remisiones amplísimas en la definición de dividendos? Si así fuera, ¿cuáles? Siguiendo los términos de Larenz, en el DTI no existe un “sistema interno”, puesto que en el plano internacional difícilmente puede afirmarse la existencia de principios que articulen los ordenamientos jurídicos de todos los Estados contratantes. Tales ordenamientos son sistemas internos, pero los puentes entre ellos se construyen a partir de los CDI. En lo que hace a las normas distributivas, (art. 6–22 MCOCDE), solo tienen como finalidad repartir el poder de imposición y promover el intercambio económico. Por consiguiente, y dado que no existe una idea internacional de capacidad contributiva y, por el contrario, diversas finalidades extrafiscales, la definición de dividendos en los CDI es un “concepto abstracto–general” con fines de subsumibilidad que, parafraseando a Larenz, no es útil más que al “sistema

interno” del Estado de la fuente, pues su grado de abstracción convencional lo hace vacío de contenido para el “sistema” internacional y para el “sistema” del Estado de residencia¹.

1 LARENZ 2010: p. 465-482.

A

- AA. VV. (2012). “Modelo ILADT de Convenio Multilateral de Doble Imposición para América Latina”, en: *Cuaderno Tributario ICDT*, Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario.
- AGUAS ALCALDE, E. (2003). *Tributación internacional de los rendimientos de trabajo*. Pamplona: Aranzadi.
- AIGNER, H.-J.; SCHEUERLE, U. & STEFANER, M. (2004). *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*. The Hague-London-New York: Kluwer Law International-Eucotax.
- AKIN, B. (n. d.). “What is a Dividend? Obtenida el 18 de septiembre de 2013 http://www.taxbar.com/documents/dividend_Barrie_Akin.pdf
- ALBI IBÁÑEZ, E. (2010). El impuesto sobre sociedades: la investigación económica y los criterios para su reforma en España. Consultado el 24 de octubre de 2012, *Instituto de Estudios Fiscales*, Documentos de Trabajo: Disponible en: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2010_13.pdf
- ALBI IBÁÑEZ, E. (2007). Sistema de Tributación de accionistas. *Crónica tributaria*, 122, pp.11-30.
- ALBIÑANA, C. (1974). *El sistema fiscal en España*. Madrid: Biblioteca Universitaria Guadiana.
- ALCALÁ, E. & GONZÁLEZ, L. (1929). *Contribución sobre utilidades*. Madrid: Espasa-Calpe.
- ALMUDÍ CID, J. M. (2010). “El régimen antielusivo de transparencia fiscal internacional”. Serrano Antón, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, 4ª ed. Madrid: Ediciones CEF. pp. 1037-1119.
- ALMUDÍ CID, J. M. (2005). *El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- AMERICAN LAW INSTITUTE (1992). *International Aspects of US Income Taxation II (Proposals on US Income Tax Treaties)*. American Law Institute.
- ARNOLD, B. J. (2004). Tax Treaties and Tax Avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 58 (6), 244-270.

- ARNOLD, B. J. & VAN WEEGHEL, S. (2006). "The relationship between tax treaties and domestic anti-abuse measures in Tax Treaties and domestic Law". Maisto, G. *Tax Treaties and Domestic Law*. EC and International Tax Law Series, vol. 2. Amsterdam: IBFD. pp. 81-214.
- ARRUBLA PAUCAR, J. A. (2008). *Contratos mercantiles*. Bogotá: Diké.
- ARRUDA FERREIRA, V. & MARINHO, A. P. (2013). Tax Sparing and Matching Credit: From and Unclear Concept to an Uncertain Regime. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (67) 8, 397-413.
- AULT H. J. (1992). Corporate Integration, Tax Treaties, and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices. *Tax Law Review*, 47, 565-608.
- AULT, H. J. & ARNOLD, B. J. (2010). (3) *Comparative Income Taxation. A Structural Analysis* (3rd ed.). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- AULT, H. J. & BRADFORD, D. F. (1990). "Taxing International Income: An Analysis of the U.S. System and Its Economic Premises". Razin & Slemrod (eds.), *Taxation in Global Economy*. University of Chicago Press. pp. 11-46.
- AVELLA, F. (2009). Dual Residence, Group Taxation and Tax Treaty Law. En: Hofstätter, M. & Plansky, P., *Dual Residence in Tax Treaty Law and EC Law*, Linde, Vienna, pp. 293-317.
- AVERY JONES, J. (2012). Avoiding Double Taxation: Credit versus Exemption-The Origins. *Bulletin for International Taxation*, (66) 2, 67-76.
- AVERY JONES, J. (2012b). "The Benefits of Article 3(2) of the OECD Model", En: *Essays on Tax Treaties. A Tribute to David A. Ward*, Amsterdam: IBFD: 3-13.
- AVERY JONES, J., (2002). The Effect of Changes in the OECD Commentaries after a Treaty Is Concluded. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (56)2, 102-109.
- AVERY JONES, J. (1993). "United Kingdom". International Fiscal Association. *Interpretation of double taxation conventions*. Denver: Kluwer Law and Taxation Publ., pp. 597-614.
- AVERY JONES, J. (1986). Interpretation of tax treaties. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (40)2, 75-85.
- AVERY JONES, J. & BOBBETT, C. (1999). Triangular Treaty Problems: A Summary of the Discussion in Seminar E at the IFA Congress in London. *Bulletin for International Taxation*, (53) 1, 16-20.

- AVERY JONES, J., *et al.* (2009). The definition of dividends and interest in the OECD Model: Something Lost in Translation? *World Tax Journal*, (1)1, 5-45.
- AVERY JONES, J. *et al.* (2006). The Origins of the Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States. *Bulletin for international taxation*, (60)6, 220-254.
- AVERY JONES, J., *et al.* (2006b). "The Treatment of Trusts Under the OECD Model Convention". En: Cadesky, M. & Pease, R., *Trust and International Tax Treaties*, Tottel Publishing-Step. pp. 175-234. Publicado originalmente en *British Tax Review*, 41, 65 (1989).
- AVERY JONES, *et al.* (2006c). The Interpretation of Income tax treaties with particular references to the Commentaries on the OECD Model. Amsterdam: IBFD.
- AVERY JONES, J. *et al.* (2002). Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax. *Bulletin for International Fiscal Documentation. Tax Treaties Monitor*, (56) 7, 298-320.
- AVERY JONES, J. *et al.* (1999). Whether the Definition of Dividend Limited to the Dividend Article Applies to the Double Taxation Relief Article Granting Underlying Credit. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (53) 3, 103-108.
- AVERY JONES, J. *et al.* (1996). Credit and Exemption under Tax Treaties in Cases of Differing Income Characterization. *European Taxation*, IBFD, (36) 4, 118-146.
- AVERY JONES, J. *et al.* (1984). The Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to art. 3.2. of the OECD Model. *British Tax Review*, Part. I, 14-54; Part II, vol. II, 90-118.
- AVI-YONAH, R. (2005). Tax Treaty Overrides: A Qualified Defense of US Practice. Obtenida el 4 marzo de 2014 de: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=829746 también publicado en: MAISTO, G. (ed.) (2006). *Tax Treaties and Domestic Law*.
- AVY-YONAH, R. (2007). Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (61)4, 130-138.
- AVY-YONAH, R. & CHENCHINSKI, A. (2010). The Case for Dividend Deduction. *Law & Economics Working Papers*, 27, 1-12.
- AVY-YONAH, R. (2010). The Redemption Puzzle. *Law & Economics Working Papers*, 20, 1-7.
- AYRES BARRETO, P. (2008). Juros sobre Capital Próprio-não-incidência de PIS e Cofins. *Revista de Direito Tributário*, 100, 130-139.

B

- BÁEZ MORENO, A. (2009). *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la renta*. Pamplona: Aranzadi
- BÁEZ MORENO, A. (2005). *Normas contables e impuesto sobre sociedades*. Pamplona: Aranzadi.
- BÁEZ MORENO, A.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR, M. L. & ORTIZ CALLE, E. (2005). Estudio preliminar al libro HENSEL, A. *Derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons.
- BAGO ORIA, B. (2010). *Dividendos encubiertos el reparto oculto del beneficio en sociedades anónimas y limitadas*. Cizur Menor: Aranzadi.
- BAKER, P. (2000). *Double Taxation Conventions*. Exeter: Thomson Professional Pub Canada. Hojas intercambiables.
- BAKER, P. (s. d.). The High Court Decision in Smallwood. Obtenida el 28 de agosto de 2013 de: http://www.taxbar.com/The_High_Court_Decision_in_Smallwood_PB.pdf
- BARENFELD, J. (2005). *Taxation of Cross-Border Partnership*. Amsterdam: IBFD.
- BÄRSCH, S. (2014). The Definitions of Dividends and Interest Contained in the OECD Model, Actual Treaties, and the German Model. *Intertax*, 42, 433-444.
- BÄRSCH, S. (2012). *Taxation of Hybrid Financial Instruments and the Remuneration Derived Therefrom in an International and Cross-border Context*, Heidelberg: Springer.
- BÄRSCH, S. & SPENGLER, C. (2013). Hybrid Mismatch Arrangements: OECD Recommendations and German Practice. *Bulletin for International Taxation*, (October), 520-528.
- BENNETT, M. & RUSSO, R., (2007). OECD Project on Attribution of Profits to Permanent Establishments: an Update. *International Transfer Pricing Journal*, IBFD (Sep-Oct), 279-284.
- BERLE, A. & MEANS G. C. (1991). *The Modern Corporation and Private Property*. New Jersey: Transaction Publishers.
- BIEBER, T. *et al.* (2008). Taxation of Cross-Border Portfolio Dividends in Austria: The Austrian Supreme Court Interprets EC Law. *European Taxation* (Noviembre), 583-589.
- BLANLUET, G. & DURAND, P. J. (2011). "General Report". AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Key practical issues to eliminate double taxation of business income*, 96A, [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org. pp. 17-57.

- BLESSING, P. (2012). The Debt-Equity Conundrum. A Prequel. *Bulletin for International Taxation*, (66) 4/5, 198-212.
- BLESSING, P. (2012b). "Domestic and Treaty Anti-Abuse Rules as Applied to Dividends". Maisto, G. (ed.) *Taxation of intercompany dividends under tax treaties and EU law*. Amsterdam: IBFD. pp. 107-158.
- BME (2013). *Fórmulas de remuneración al accionista. Significado, implicaciones fiscales, contables y ejemplos*. Madrid: BME Disponible en: http://www.bolsasymercados.es/esp/publicacion/revista/2000/01/Informe_Dividendos_completo.pdf [consultado el 10 de noviembre de 2014].
- BOCCARDO, V., (2009). "Dual resident Corporations and the changes in the Commentary to the OECD MC 2008-impact on existing treaties". HOFSTÄTTER, M. & PLANSKY, P. *Dual Residence in Tax Treaty Law and EC Law*. Viena: Linde. p. 115-134.
- BOULOGNE, G. F. & GEURSEN, W. W. (2010). Gaz de France: Dividends to Companies Not Listed in the Parent-Subsidiary Directive Are Not Exempt. *European Taxation*, (50)4, 129-140.
- BREALEY, R.; MYERS, S. & MARCUS, A. (2011). *Principles of Corporate Finance*. 10th Edition. New York: McGraw-Hill/Irwin.
- BRACEWELL-MILNES, B. (1995). "Summary of Proceedings". IFA, *International Taxation of Dividends Reconsidered in Light of Corporate Tax Integration. Proceedings of a Seminar organized jointly with OECD Toronto in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*. London; Boston: Kluwer Law International.
- BRAUNER, Y. (2008). The Non-Sense Tax: A reply to New Corporate Income Tax Advocacy, *Mich. St. L. Rev.*, 591, available at <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/17> Obtenida el 20 de septiembre de 2012.
- BRONSELAER, K. (2012). "Belgium", Maisto, G. (ed.), *Taxation of Intercompany Dividends Under Tax Treaties and EU Law*. Amsterdam: IBFD. pp. 383-466.
- BROWN, P. (2012). General Report. AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: The debt-equity conundrum*. 97B. Rotterdam: IFA. pp. 15-44. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org.
- BROWN, C. & O'BRIEN, M. (2012). "Canadá". Lang, M., Pistone, M., Schuch, J., Staringer, C. (eds.) (2012) (7) *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge, New York: Cambridge University Press. pp. 203-231.

- BÜHLER, O. (trad. Cervera Torrejón, F.) (1968). *Principios de derecho internacional tributario*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero.
- BUTRAGO, E. (2007). *El concepto de cánones y/o regalías en los convenios para evitar la doble tributación sobre la renta*. España: CISS/Deloitte.
- BULLEN, A. (2011). *Arm's Length Transaction Structures. Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*. Amsterdam: IBFD.
- BUNDGAARD, J. (2014). Debt-flavoured Equity Instruments in International Tax Law. *Intertax*, 42, 6-7, 416-426.
- BUNDGAARD, J. (2010). Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived Therefrom under EU Corporate Tax Directives. Parts 1 and 2. *European Taxation*, (50)10, 442-456.
- BUNDGAARD, J. (2008). Perpetual and super-maturity debt instruments in international tax law. *Derivatives And Financial Instruments*, (10)4, 126-142.
- BUNDGAARD, J. & DYPPEL, K. J. (2010). Profit-participating loans in international tax law. *Intertax*, (38)12, 643-662
- BUZANICH, H. (2004). A Comparison Between the US. and OECD Approaches to Hybrid Entities. *Tax Notes International*. October 4, 71-94.
- C
- CAHN-SPEYER WELLS, P. (2008). El método de imputación de impuestos no pagado (*tax sparing*) en un mundo globalizado. GARCÍA NOVOA, C. & HOYOS JIMÉNEZ, C., *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI*, Buenos Aires: Marcial Pons. pp. 1991 a 2020.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. (2012). ¿Hacia motivos económicos válidos de alto voltaje? *Revista de Contabilidad y tributación*, 347, 5-40.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. (2012b). A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición al hilo de una Resolución del TEAC sobre híbridos financieros: la reciente reacción de la OCDE frente al arbitraje fiscal internacional. *Quincena Fiscal Aranzadi*, 12 [Consultado: 20 de septiembre de 2012]. Online www.westlaw.es
- CALDERÓN CARRERO, J. M. (2010). La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación. Serrano Antón, F. (dir). *Fiscalidad Internacional*, 4ª ed. Madrid: Ediciones CEF. pp. 323-442.

- CALDERÓN CARRERO, J. M. (1997). *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*. Madrid: McGraw-Hill.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. (1995). Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad con los convenios de doble imposición y con el ordenamiento comunitario. *Crónica Tributaria*, 76, 13-60.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. & MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2009). Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas. *Revista de Contabilidad y Tributación*, (316)47, 37-64.
- CARELLI, F. (2012). Treaty between Switzerland and Denmark. Swiss Federal Administrative rules on the definition of beneficial ownership, IBFD *Tax News Services* (september) www.ibfd.org
- CARROLL, M. (1978). *Global Perspectives of an International Tax Lawyer*, Hicksville, N. Y: Exposition Press.
- CARROLL, M. (1939). (League of Nations) "Prevention of International Double Taxation and Fiscal Evasion: Two Decades of Progress un the League of Nations". Doc. F/ Fiscal/111.
- CARROLL, M. (1933). *Taxation of Foreign and National Enterprises*. vol. IV. Methods of Allocating Taxable Income. Ginebra: League of Nations.
- CASTRO ARANGO, J. M. (2014). Límites a la capitalización encubierta en España: problemas comunitarios y convencionales de los nuevos artículos 20 y 14.1.h) del TRLIS. *Revista de Contabilidad y Tributación*, 376, Madrid: CEF.
- CASTRO ARANGO, J. M. (2013). La capitalización encubierta en la reforma tributaria de 2012: ¿trasplante legal o engendro legal? *Revista de Derecho del Estado*, 31, 161-190.
- CASTRO ARANGO, J. M. (2012). "Los Conflictos de Calificación en los CDI: Comentarios sobre el Approach de la OCDE". *Documento de Trabajo n.º 15/2012*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- CASTRO ARANGO, J. M. (2012b). Solución de contradicciones entre los CDI y el derecho interno. *Impuestos Revista de Orientación Tributaria*, 166, 27-29.
- CASTRO ARANGO, J. M. (2012c). Subcapitalización y limitaciones a la deducibilidad de intereses "interest barriers". *Impuestos Revista de Orientación Tributaria*, 172, julio-agosto. 18-24.

- CASTRO ARANGO, J. M. (2011). Capítulo XX: “El concepto de dividendos y participaciones en los convenios tributarios sobre la renta y el patrimonio desde la perspectiva colombiana”. Piza, J. R. & Sarmiento, P. (eds.). *El impuesto sobre la renta y complementarios. Consideraciones teóricas y prácticas*. 2.^a ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 537-570.
- CASTRO ARANGO, J. M. (2011b). El sistema normativo y la interpretación frente al *soft law*: especial referencia a los documentos creados por la OCDE en materia fiscal. *Revista Internacional Legis de Contabilidad y Auditoría*, 46, (abr-jun), 137-166.
- CASTRO ARANGO, J. M. (2008). El establecimiento permanente y régimen de la sucursal de sociedad extranjera en Colombia. Primicias y problemáticas. *Revista de Derecho Fiscal*, 4, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 195-226.
- CASTRO, J. M. & GONZÁLEZ, A. (2014). “Colombia”. AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Subject II: Qualification of taxable entities and treaty protection*. Vol. 99b. Rotterdam: IFA. pp. 235-257. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org.
- CASTRO ARANGO, J. M. & MARÍN ELIZALDE, M. (2009). El establecimiento permanente como criterio de sujeción impositiva: reflexiones en torno a su naturaleza y aplicación en Colombia. *Impuestos*, 153 (May-Jun). Bogotá: Legis, pp. 29-34.
- CATÁ BACKER, L. (2002). *Comparative Corporate Law : United States, European Union, China, and Japan: Cases and Materials*. Durham: Carolina Academic Press.
- CENCERRADO MILLÁN, E. (2012). “Spain”. Maisto, G. (ed.) *Taxation of Intercompany Dividends Under Tax Treaties and EU Law*. Amsterdam: IBFD, pp. 873-968.
- CENCERRADO MILLÁN, E. (2010). “La subcapitalización”. Cordon, T. (dir.) *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*. Madrid: Ediciones CEF. pp. 637-691.
- CENCERRADO, E. (2007). Los efectos del ajuste secundario en el nuevo régimen de operaciones vinculadas. *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, 133, 43-82.
- CHECA GONZÁLEZ, C. (2009). Los “motivos económicos válidos” que permiten la aplicación del régimen fiscal especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea. *Quincena fiscal, CEF* (1-2, ene). 127-141.
- CLARKSON, C. M. V.; HILL, J. & JAFFEY, A. J. E. (2006). *The Conflict of Laws*. Oxford: Oxford University Press.

- COMBARROS VILLANUEVA, V. E. (1984). La interpretación económica como criterio de interpretación jurídica (algunas reflexiones a propósito del concepto de “propiedad económica” en el Impuesto sobre el patrimonio. *Revista Española de Derecho Financiero*, 44, 485-536.
- COMBARROS VILLANUEVA, V. E. (1988). *Régimen tributario de las operaciones entre vinculadas en el impuesto sobre sociedades*. Madrid: Tecnos.
- COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL, THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE (2010). Dividend taxation of individuals in the Internal Market. 19 Dec.
- CONCEIÇÃO COSTA, L. E. (2012). US Treaty Policy and Practices Regarding Distributions from Real Estate Investment Trusts. *Bulletin for International Taxation*, (66)8, Publicado online. www.ibfd.org (consultado el 22 de octubre de 2012)
- COOPER, G. & GORDON, R. (1998). “Chapter 19: Taxation of Legal Persons and their Owners”. Turonyi, V. (ed.), *Tax Law Design and Drafting*, vol. 2. Washington D.C.: International Monetary Fund. pp. 1-84.
- CORASANITI, G. (2003). “El Modelo OCDE de Convenio Bilateral para Evitar la Doble Imposición y los ‘Trust’”. UCKMAR, V. *Curso de derecho tributario internacional*, t. II. Bogotá: Temis. pp. 9-17.
- CORDÓN EZQUERRO, T. & GUTIÉRREZ LOUSA, M. (2007). “La subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación”. Cordon Ezquerro, T. (dir.) *Manual de fiscalidad internacional*, 3.^a ed., Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- CORONA RAMÓN, J. (1992). “Doble imposición económica e internacional de los dividendos”. Papeles de Trabajo, n.º. 1. Madrid: IEF.
- CORONADO, L.; CHEUNG, P. & KYTE, J. (2010). An Overview of Arm’s Length Approaches to Thin Capitalization. *International Transfer Pricing Journal*, (Jul-Ago). 270-275.
- COUSTEL, A. & COUDIN, P. (1997). Tax Status of Foreign Partners of a French Partnership. *European Taxation*, (37)12, 463-465.
- COUZIN, R. (2002). *Corporate residence and international taxation*. IBFD.
- CRUZ, M. & LÓPEZ, S. (2009). “Capítulo 24. Régimen especial de entidades en atribución de rentas”. *El impuesto sobre la renta de las personas físicas*, Cizur Menor, Thomson Reuters, pp. 939-951.

- CUBIDES PINTO, B. (2010). *Normas y convenios para evitar la doble imposición internacional en el impuesto de renta y en el impuesto al patrimonio en Colombia*. Medellín: CETA.
- CUNNINGHAM, L. (2005). *Law and Accounting. Case and Materials*. American Casebook Series. St. Paul: Thomson West.
- D
- DAHLBERG & WIMAN (2013). General Report. AA. VV., *Cahiers Cahiers de Droit Fiscal International: The taxation of foreign passive income for groups of companies*, vol. 98A, Rotterdam: IFA. pp. 17-56. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org.
- DANIELS, A. H. M. (1991). *Issues in International Partnership Taxation*, Series on International Taxation 12, Deventer-Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers 1991.
- DANON, R. (2004). Conflicts of Attribution of Income Involving Trusts under the OECD Model Convention: The Possible Impact of the OECD Partnership Report, *Intertax* 210, (32)5, 210-222.
- DANON, R. (2004b). "Switzerland's Direct and International Taxation of Private Express Trust", *Droit Fiscal Suisse et International*, vol. 1, Zurich: Linde Verlag.
- DAVIES, P. (1997). *Gower's Principles of Modern Company Law*, London: Sweet & Maxwell.
- DAY, T. (2011). Article 3(1) Definitions. Ecker, T. & Ressler, G. (eds.), *History of Tax Treaties*, Viena: Linde. pp. 143-164.
- DE BROE, L. (2008). *International Tax Planning and Abuse. Doctoral Series*, Amsterdam: IBFD, online books, Consultado el 10 de marzo de 2012. Tax Research Platform www.ibfd.org
- DE BROE, L. & DE LA SERNA, M. (2005). Sociétés civiles transparentes françaises et la territorialité du droit fiscal belge. *Revue Générale de Fiscalité* (36)2, 15 et seq.
- DE BROE, L. et al. (2011). Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-Avoidance Provisions. *Bulletin For International Taxation* (July), 375-389.
- DE MOOIJ, R. A. (2011). *Tax biases to Debt Finance: Assessing the Problem, Finding Solutions*, Consultado el 29 de mayo de 2013, IMF Staff Discussion Note: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2011/sdn1111.pdf>
- DE PIETRO, C. (2014). *Tax Treaty Override*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer-Eucotax.

- DE SANTIS, D. A. (2013). A Comparative Analysis of Article 10(5) of the OECD Model as Implemented in Tax Treaties and Relevant Case Law [versión electrónica]. *Bulletin for International Taxation*, (67)4/5.
- DELGADO PACHECO, A. (2004). *Las Normas antielusión en la jurisprudencia tributaria española*. Pamplona: Aranzadi-Thomson.
- DIEZ VELASCO, M. (2007). *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos.
- DOENBERG, R. (1995). Amending the OECD Model Treaty and Commentary in Response to Corporate Tax Integration. IFA, *International Taxation of Dividends Reconsidered in Light of Corporate Tax Integration. Proceedings of a Seminar organized jointly with OECD Toronto in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*. Deventer: Kluwer. pp. 5-27.
- DU TOIT, C. (1999). *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*. Amsterdam: IBFD.
- DUNCAN, J. (2000). "General Report". AA. VV., *Cahiers de Droit Fiscal International: Tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions*. Vol. 85A. Rotterdam: IFA. pp. 21-34. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org.
- DWORKIN, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- DYPPEL WEBER, K. (2014). Tax Treatment of Dividend Related Payments under Share Loan Agreements [versión electrónica]. *World Tax Journal*, 6, 2.
- DZIURDŹ, K. (2013). Circularly Linked Rules Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes: Some Thoughts on a Tie-Breaker Test. [versión electrónica]. *Bulletin for International Taxation*, 67, 6.
- E
- EBERHARTINGER, E. & SIX, M. (2009). Taxation of Cross-Border Hybrid Finance: A Legal Analysis. *Intertax*, (37)1, 4-18.
- ED, L. J. & BONGAARTS, P. J. M. (1997). General Report. AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: The Taxation of Investment Funds*, vol. 82B. Rotterdam: IFA. pp. 21-59. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org.
- EDUARDES-KER, M. (1994). *Tax Treaty Interpretation*, Phd Thesis. Queen Mary and Westfield College University of London.

- ELVIRA BENITO, D. (2000). *El concepto de establecimiento permanente*. Tesis doctoral. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.
- ENGELÉN, F. & DOUMA, S. (eds.) (2008). *The Legal Status of the OECD Commentaries*. Amsterdam: IBFD.
- ENGELÉN, F. A. (2004). *Interpretation of tax treaties under international law: a study of articles 31, 32 and 33 of the Vienna Convention on the law of treaties and their application to tax treaties*. Amsterdam: IBFD.
- ENGLISCH, J. (2010). Taxation of Cross-Border Dividends and EC Fundamental Freedoms. *Intertax*, (38)4, 197-221.
- ENGISCH, K. (1975). *Einführung in das juristische Denken*. Berlín: Verlag W Kohlhammer.
- ESPADAFOR LÓPEZ, C. M. (2007). La estructuración del derecho financiero y tributario internacional y comunitario. *Crónica Tributaria*, 125, 39-47.
- ESPAÑA. AUDIENCIA NACIONAL (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia de 14 marzo 2013. JUR\2013\99855
- ESSERS, P. & RIJKERS, A. (2005). "Introduction". Essers, P. & Rijkers, A. (eds.), *The Notion of Income from Capital*. EATLP International Tax Series, vol. 1, Amsterdam: IBFD.
- ESTEVE PARDO, M. L. (1996). *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- EUROPEAN UNION, COMMISSION. (2010). *Communication from the Commission to the Council, The European Parliament and the European Economic and Social Committee, Dividend taxation of individuals in the Internal Market*. Brussels: European Commission.
- F
- FALCÓN Y TELLA, R. (2001). Tendencias actuales en los criterios de sujeción al tributo: hacia la territorialidad. *Crónica Tributaria*, 100, 53-60.
- FALCÓN Y TELLA, R. (2000). Art. 20 subcapitalización. AA. VV. *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre Sociedades*. Madrid: Marcial Pons.
- FALCÓN Y TELLA, R. (1997). Transparencia fiscal internacional, subcapitalización y convenios de doble imposición. *Quincena Fiscal*, 16, 5-8.

- FALCÓN Y TELLA, R. (1992). Cuestiones normativas y cuestiones de prueba en el derecho tributario. *Crónica Tributaria*, 61, 27-36.
- FALCÓN Y TELLA, R. & PULIDO GUERRA, E. (2010). *Derecho fiscal internacional*. Madrid: Marcial Pons.
- FANTOZZI, A. (2007). "Conclusions". Maisto, G. *Courts and Tax Treaty Law*. Amsterdam: IBFD. pp. 403-410.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (1992). *El fortalecimiento de recursos propios*. Madrid: Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2005). *Las participaciones preferentes: un híbrido financiero supletorio del capital social*, Madrid: Thomson Civitas.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A., SÁNCHEZ LEGIDO, A. & ORTEGA TEROL, J. (2004). *Manual de derecho internacional público*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FIBBE, G. (2009). *EC Law Aspects of Hybrid Entities*. Amsterdam: IBFD.
- FONT GALÁN, J. (2009). "Primas de asistencia a juntas generales de sociedades anónimas y dividendos encubiertos (a propósito de una experiencia en empresas bancarias)". *Estudios de derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, vol. 1. La Ley: Madrid. pp. 771-812.
- FONTANA, R. (2006). The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union. Part I, 46, *European Taxation, 6, Journals*, IBFD.
- FRIEDLANDER, L. & WILKIE, S. (2006). Policy Forum: The History of Tax Treaty Provisions—And Why It Is Important To Know About It. *Canadian Tax Forum*, (54)4, 907-921.
- G
- GALEA, R. (2012). The Meaning of "Liable to Tax" and the OECD Reports: Their Interaction and Ambiguous Interpretation. *Bulletin for International Taxation*, (66)6. Online Journals, IBFD.
- GALLO, E. (2012). "Drawing the Borderline between Debt and Equity in Tax Treaty Law (Hybrid Finance)". MASSONER, C., STORK, A., STÜRZLINGER, B., Linde, Viena: International Group Financing and Taxes, pp. 463-484.
- GAMITO, C. & ANTAS, F. (2012). Relief from double taxation of distributed profits and the "effective taxation" requirement. *European Taxation*, IBFD (Feb-Mar). 122-126.

- GAMMIE, M. (2013). The Relationship of *Situs* and Source and Source Rules for Tax Purposes. Tiley, J. (ed.) *Studies in the History of Tax Law*, vol. 6. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing. pp. 81-134.
- GAMMIE, M. (2010). The Origins of Fiscal Transparency in UK Income Tax Law. Tiley, J. (ed.) *Studies in the History of Tax Law*, vol. 4. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing. pp. 33-66.
- GAMMIE, M. (1991). Corporate tax harmonization: An ‘ACE’ proposal. *European Taxation*, (31)8, 238-242.
- GARBARINO, C. (2009). Tax Transplants and Circulation of Corporate Tax Models. Consultado el 10 de marzo de 2013, *Bocconi Legal Studies Research*: <http://ssrn.com/abstract=1356122> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1356122>
- GARCÍA BERRO, F. (2014). “El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (II)”. *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*. Tecnos: Madrid, pp. 117-249.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. (2008). *Curso de derecho administrativo*, t. I, 14.^a ed. Madrid: Thomson-Civitas.
- GARCÍA MANDALONIZ, M. (2003). *La Financiación de las pymes*, Navarra: Aranzadi.
- GARCÍA NOVOA, C. (2013). Algunas consideraciones jurídicas sobre la fiscalidad de la retribución al accionista individual [versión electrónica]. *Bolsa*, 6, 1-20. Disponible en: http://www.bolsasymercados.es/esp/publicacion/revista/2013/06/Articulo_1-Carmen_Ansotegui.pdf [consultada el 15 de octubre de 2014]
- GARCÍA NOVOA, C. (2006). “Interpretación de los convenios de doble imposición internacional”. Godoy Fajardo, J. P. (coord.). *Estudios de derecho internacional tributario. Los convenios de doble tributación*, ICDT. Bogotá: Legis.
- GARCÍA PRATS, A. (2010). “La cláusula de no discriminación en los convenios para evitar la doble imposición internacional”. SERRANO ANTÓN, F., *Fiscalidad internacional*, 4.^a ed. Madrid: CEF. pp. 1121-1154.
- GARCÍA PRATS, A. (2008). “La figura del establecimiento permanente en el orden tributario mundial”. Hoyos Jiménez, C. (coord.). *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI*, t. II. Buenos Aires: Marcial Pons.
- GARCÍA PRATS, A. (1996). *El establecimiento permanente. Análisis jurídico tributario internacional de la imposición societaria*. Madrid: Tecnos.

- GARCÍA PRATS, A. (1994). Triangular Cases and Residence as a basis for Alleviating International Double Taxation. Rethinking the Subjective Scope of Double Tax Treaties. *Intertax* (noviembre) 473-491.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (s. d). *Derecho de sociedades: problemas de ley Aplicable*. Consultado el 4 de julio de 2013: http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/fga%20-%20DER%20INT%20SOC.pdf
- GARNER, B. & BLACK, H. C. (2004). *Black's Law Dictionary*. 9th Ed. St. Paul, MN: Thomson/West.
- GARRÍGUEZ, J. & URÍA, R. (1976). *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3.^a ed. revisada y corregida y puesta al día por Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- GASSNER, W. (2005). "The Influence of Tax Principles on the Taxation of Income From Capital. A Response". Essers, P. & Rijkers, A. (eds.). *The Notion of Income from Capital*. EATLP International Tax Series, vol. I, Amsterdam: IBFD.
- GIERKE, O. (2010). García Escudero, P. (trad.) *Teorías políticas de la Edad Media*. 2.^a ed. Revisada y aumentada. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GIULIANI, F. (2002). Article 10(3) of the OECD Model and Borderline Cases of Corporate Distributions. *Bulletin for International Bureau of Fiscal Documentation*, (January), 11-14.
- GOMES, A. (2013). General Report. AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: The taxation of foreign passive income for groups of companies*, vol. 98A. Rotterdam: IFA. pp. 159-180. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org
- GONZÁLEZ CAMPOS, J., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. & SÁENZ DE SANTAMARÍA, A. (2008). *Curso de derecho internacional público*. 4.^a ed. Pamplona: Thomson-Civitas.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M. L. (2003). *La doble imposición de dividendos*. Pamplona: Aranzadi.
- GOUTHIERE, B. (2011). Favorable Interpretation of Foreign Tax Credit Rules. *International Tax Journal*, (37)1, 15-16.
- GRAETZ, M. J. & WARREN, A. (2007). Dividend Taxation in Europe: When ECJ Makes Tax Policy. *Common Market Law Review*, 44, 1577-1623.

GRAHAM, J. R. (2013). Do Taxes Affect Corporate Decisions? A Review. En: *Handbook of Economics of Finance*, vol. 2, Part A, 2013, pp. 123–210.

GREENAWAY, T. D. & MARION, M. L. (2012). A Simpler Debt-Equity Tes. *The Tax Lawyer*, (66)1, 73–112.

GRUNDMANN, S. (2007). *European Company Law*. Oxford–Antwerpen: Intersentia.

GUARDIOLA SACARRERA, E. (2004). *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, 2.ª ed. Barcelona: Bosch.

H

HAELTERMAN, A. & VERSTRAETE, A. (2008). The “Notional Interest” Deduction in Belgium, *Bulletin For International Taxation*, August/September, 362–373.

HARRIS, P. (2014). Article 10: Dividends. *Global Tax Treaty Commentaries*. Amsterdam: IBFD. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org

HARRIS, P. (2013). *Corporate Tax Law. Structure, Policy and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.

HARRIS, P. (2010). Cross-border Dividend Taxation in the 21st Century: the (Ir)relevance of Tax Treaties. *British Tax Review*, 6, 573–588

HARRIS, P. (2000). Origins of the 1963 OECD Model Series: Working Party Twelve and Article 10. Annexes. *Australian Tax Forum*, 15, 75–224.

HARRIS, P. (1999). Origins of the 1963 OECD Model Series: Working Party Twelve and Article 10. *Australian Tax Forum*, 15, 3–72.

HARRIS, P. (1996). *Corporate /Shareholder Income Taxation: a comparison of imputation systems*. Amsterdam: IBFD.

HARRIS, P. & OLIVER, D. (2010). *International Commercial Tax*. Cambridge: Cambridge University Press.

HARUN OGUTU, A. (2008). “The relevance of domestic law of the source state in the interpretation of distributive rules under special consideration of Art. 6 (2) and Art. 10(3) of the OECD-MC”. Schilcher M. & Weninger P. (eds.) *Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation*. Viena: Linde. pp. 267–286.

- HATTINGH, J. (2013). “The Origins of Model Tax Conventions: Nineteenth-Century German Tax Treaties and Laws Concerned with the Avoidance of Double Taxation”. TILEY, J. *Studies in the History of Tax Law*, vol. 6. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing. pp. 31-78.
- HATTINGH, J. (2009). South Africa: The Volkswagen Case and the Secondary Tax on Companies: Part 2. The Effect on the Taxation of Dividends with Emphasis on Deemed (Constructive) Dividends. *Bulletin for International Taxation* (November), 508-533.
- HATTINGH, J. (2009b). South Africa: The Volkswagen Case and the Secondary Tax on Companies: Part 1. The Outcome. *Bulletin for International Taxation*. (October), 442-446
- HAYWARD, R. (2006). *Conflict of Laws*, 4th ed. Sydney: Cavendish.
- HEINRICH, J. & MORITZ, H. (2000). Interpretation of tax treaties. *European Taxation*, (40)4, 142-152.
- HELMINEN, M. (2013). Finland: “Do Investment Fund Distributions Constitute Dividends?”. *Tax Treaty Case Law around the Globe 2013*. Amsterdam: IBFD. pp. 211-221.
- HELMINEN, M. (2011). *EU Tax Law Direct Taxation*. Amsterdam: IBFD.
- HELMINEN, M. (2010). *The International Tax Law Concept of Dividend*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer International BV.
- HELMINEN, M. (2000). Classification of investment fund distributions. *Derivatives & Financial Instruments*, 2, 135-139.
- HELMINEN, M. (1999). Do Distributions From Investment Funds Constitute Dividends for International Tax Law Purposes?. *Tax Notes International*, (18)21, 2155-2170.
- HELMINEN, M. (1999b). *The Dividend Concept in International Tax Law*. London: Wolters Kluwer International BV.
- HERNÁNDEZ DE LA TORRE Y GALÁN, C. (1979). “El sistema de imposición directa: estructura y delimitación de los respectivos objetos imposables”. *Compendio de Derecho Tributario Español*. Madrid: Ministerio de Hacienda, p. 387-400.
- HINNY, P. (2008). General Report. *Cahiers de Droit Fiscal: New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations*, vol. 93b. Rotterdam: IBFD. pp. 15-50.
- HIMINO, R. (1996). Note on Secondary Adjustments. En: IFA, *Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections. Proceedings of a Seminar held in Toronto*,

Canada, in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association, vol. 19b. The Hague-London-Boston: Kluwer Law International. pp. 47-50.

HONJO, T. (2007). Japan. AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal: Conflicts in the Attribution of Income to a Person*, vol. 92b. Rotterdam: IFA. pp. 351-373. [En Línea] Disponible en tax research platform: www.ibfd.org.

HORALÁ I VALLE, J. (2007). *Comentarios a la Red Española de Convenios de Doble Imposición*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

I

ILLESCAS, R. (1973). El derecho del socio al dividendo en la sociedad anónima. *Anales de la Universidad de Sevilla*, 16. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

INSTITUTE FOR FISCAL STUDIES (GREAT BRITAIN) (1991). *Equity for companies: a corporation tax for the 1990s*. London: Institute for Fiscal Studies.

INTERNATIONAL TAX DIALOGUE (FMI-OCDE) (2009). *Instituciones e Instrumentos Financieros. Desafíos Tributarios y Soluciones*. Consultado el 19 de septiembre de 2011: http://www.itdweb.org/financialconference/documents/conference_background_document_sp.pdf

J

JANSSEN, S. (2011). "How to Treat(y) Sovereign Wealth Funds? The Application of Tax Treaties to State-owned Entities, Including Sovereign Wealth Funds". WEBER D. & VAN WEEGUEL, S., *The 2010 OECD Updates: Model Tax Convention & Transfer Pricing Guidelines. A Critical Review*, pp. 185-227. The Netherlands: Kluwer Law International.

JIMÉNEZ MARTÍN, F. & RODRÍGUEZ-RAMOS L. (2011). Cláusulas antielusión y convenios para evitar la doble imposición: cuestiones no resueltas. *Revista de Contabilidad y Tributación*, 339, 59-118.

JIMÉNEZ-BLANCO, J. I. (2010). "El uso de los instrumentos financieros híbridos en la planificación fiscal internacional". Serrano Antón, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, 4.^a ed. Madrid: CEF. pp. 1643-1662.

JIMÉNEZ-VALLADOLID, D. (2014). *Reorganization Clauses in Tax Treaties*. Amsterdam: IBFD.

JOGARAJAN, S. (2011). Prelude to the International Tax Treaty Network: 1815-1914 Early Tax Treaties and the Conditions for Actions. *Oxford Journal of Legal Studies*, (31)4, 679-707.

JOSEPH, A. (2010). Clash of Rules: Thin Capitalization and Transfer Pricing. *International Transfer Pricing Journal*, IBFD (May-Jun), 215-218.

K

KEMMEREN, E. C. C. M. (2001). *Principle of Origin in Tax Conventions. A Rethinking of Models*. Países Bajos: Universidad de Brabant.

KLEMM, A. (2006). *Allowances for Corporate Equity in Practice*, IMF Working Paper, WP/06/259, 2006.

KNOLL, M.S. (2011). Reconsidering international tax neutrality. *Tax Law Review*, (64)2, 99-129.

KNÖLLER, C. (2011). The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective. *Intertax, Kluwer Law International BV*, (39)6/7, 317-336.

KOCH, F. E. (1947). *The Double Taxation Conventions*. London: Stevens & Sons Limited.

KOFLER, G. (2012). Indirect Credit versus Exemption: Double Taxation Relief for Inter-company Distributions. *Bulletin for International Taxation*, IBFD (Febrero 2012), 77-89.

KOFLER, G. & PISTONE, P. (2011). "General Report". En: *Human Rights and Taxation in Europe and the World*. Amsterdam: IBFD, p. 10-11.

KOK, R. (2014). *The Classification of Debt and Equity. Derivatives & Financial Instruments*, [versión electrónica]. IBFD Online Journals. (16)4.

KPMG (2006). *Las NIIF Comentadas. Guía Práctica de KPMG para comprender las Normas Internacionales de Información Financiera*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi.

KRAAKMAN, R. (2009). *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford-New York: Oxford University Press.

L

LAMPERT, S. (2012). "Germany". Lang, M., Pistone, M., Schuch, J., Staringer, C. (eds.). *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge. New York: Cambridge University Press. p. 466-500.

LANG, M. (2010) *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*. Amsterdam: IBFD-Linde.

- LANG, M. (2009). OECD Model: Conflicts of Qualification Lang. *Tax Treaty Monitor*, IBFD (mayo/junio), 204-207.
- LANG, M. (2008). ECJ case law on cross-border dividend taxation, recent developments. *EC Tax Review*, 2, 67-77.
- LANG, J. (2005). The Influence of Tax Principles on the Taxation of Income from Capital. En: Essers, P. & Rijkers, A. (eds.) *The Notion of Income from Capital*. EATLP International Tax Series, vol. 1, Amsterdam: IBFD.
- LANG, M. (2004). General Report Vienna. AA. VV., *Cahiers de Droit Fiscal International: Double Non-Taxation*, 89.^a ed. Amersfoort: pp. 73- 119.
- LANG, M. (2003). CFC Regulations and Double Taxation Treaties. *Bulletin Tax Treaty Monitor*, febrero 2006, IBFD, 51-58.
- LANG, M. (2000). The Application of the OECD Model Tax Convention To Partnerships. A Critical Analysis of the Report Prepared by the OECD Committee on Fiscal Affairs. Viena: Linde.
- LANG, M.; PISTONE, M.; SCHUCH, J. & STARINGER, C. (eds.) (2012). *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge, New York: Cambridge University Press.
- LANG, M. & STARINGER, C. (2014). General Report. AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Qualification of taxable entities and treaty protection*. Vol. 99b. Rotterdam: IFA. pp. 19- 82. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org.
- LARENZ, K. (2010). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- LE GALL, J.-P. (1995). General Report. AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International International Tax Problems of Partnerships*, vol. 80A. Rotterdam: IFA. pp. 657-708. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org
- LEAGUE OF NATIONS (1946b). Fiscal Committee, *Report on the work of the Tenth Session of the Committee held in London from March 20th to 26th, 1946*. (Official n.º C. 37.M.37.1946. II.A.) Ginebra: League of Nations.
- LEAGUE OF NATIONS (1946). *London and México Model Tax Conventions: Commentary and Text*, Fiscal Committee (Official number C.88.M.88.1946.II.A.). Ginebra: League of Nations.

LEAGUE OF NATIONS (1927). *Double Taxation and Tax Evasion*, Report presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion (Official n.º G.216.M.85.1927.II.). Geneva: League of Nations.

LEAGUE OF NATIONS (1925). *Double Taxation and Tax Evasion*, Report and Resolutions submitted by the Technical Experts to the Financial Committee. Ginebra: League of Nations official number C.115.M.55.1925.II.

LEAGUE OF NATIONS (1923). *Report on Double Taxation*, submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp (Committee of Four) (Official n.º E.F.S.73.F.19). Ginebra: League of Nations.

LEWIS, P. & BREEN, J. (2008). Coming Full Circle? Secondary Adjustments and Repatriation in Transfer Pricing Cases. En: *Tax Management Transfer Pricing (Report, 17, n.º 1)*. Washington, D.C: Caplin & Drysdale pp. 28-37.

LODIN, S. (1998). The imputation system and cross-border dividends: the need for new solutions. *EC Tax Review, (7)4*, 229-238.

LÓPEZ-HERMOSO, J. (2010). "El ajuste secundario". Cordon, T. (dir.) *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*. Madrid: Ediciones CEF. pp. 715-740.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M. (2007). La estructuración del derecho financiero y tributario internacional y comunitario. *Crónica Tributaria, 125*, 39-47.

LOUWINGER, A. (2008). *Participation Exemption and Derivatives in The Netherlands* [versión electrónica]. *Lovells Newsletter, (issue 1)*, 11-14.

LUCAS DURÁN, M. (2010). Los dividendos e intereses en la fiscalidad internacional. Serrano Antón, F. (dir.), *Fiscalidad internacional*, 4.ª ed. Madrid: CEF, pp. 599-670.

LUCAS DURÁN, M. (2000). *La tributación de los dividendos internacionales*. Valladolid: Lex Nova.

LUCHENA MOZO, G. (2012). Thin Capitalization: An Unanswered Question Following Recent Spanish Amendments, *European Taxation, (52)8*, 409-421.

M

MACHANCOSES GARGÍA, E. (2012). La regla de interpretación del 10.3 del Modelo de Convenio de la OCDE en la resolución de conflictos de calificación. en: Serrano Anton, F. (dir.) *Fiscalidad y globalización*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 813-828.

- MACHANCOSES GARGÍA, E. (2002). *La tributación de los beneficios percibidos por las matrices españolas procedentes de las filiales en el extranjero*. Cizur Menor: Aranzadi.
- MADERA, E. A. & CASSIANO, T. (2007). Exploring the Boundaries of the Application of Article 10(5) of the OECD Model. *Intertax*, (35)8/9, 473-483.
- MAHONEY, P. G. (2000). Contract or Concession? An essay on the history of corporate law. *Georgia Law Review*, (34)2, 873-893.
- MAISTO G. & MALHERBE, J. (2013). Chapter 1: General Report. G. Maisto (ed.). *Taxation of Companies on Capital Gains on Shares under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*. Amsterdam: IBFD. Online Books www.ibfd.org
- MAISTO, G. (2010). "Credit versus Exemption under Domestic Tax Law and Treaties". *Tax Treaties: Building bridges between law and economics*. Amsterdam: IBFD.
- MAISTO, G. (ed.) (2012). *Taxation of Intercompany Dividends Under Tax Treaties and EU Law*. Amsterdam: IBFD.
- MAKHMUDOVA, K. (2007). "Conflicts of Qualification and Thin Capitalization Rules". En: Burgstaller, E. y Haslinger, K. (eds.), *Conflicts of Qualification in Tax Treaty Law..* Viena: Linde, p. 251-267.
- MANDARIAGA MONTES, J. & YÁNEZ, VILLANUEVA, F. (2012). "Chile", Lang, M., Pistone, M., Schuch, J., Staringer, C. (eds.) (2012). *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge, New York: Cambridge University Press. pp. 549-597; 232-260.
- MARÍN BENÍTEZ, G. (2013). *¿Es lícita la planificación fiscal? Sobre los defectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*. Pamplona: Lex Nova-Thomson Reuters.
- MARÍN ELIZALDE, M. (2008). "Mecanismos de resolución de conflictos tributarios internacionales. Especial referencia al procedimiento amistoso (MAP) en los CDI". *El tributo y su aplicación: Perspectivas para el siglo XXI*, t. II. Buenos Aires: Marcial Pons-ILADT.
- MARÍN-BARNUEVO, D. (2010). "Los sujetos pasivos". Arrieta, J., Collado, M. & Zornoza, J. (dirs.) *Tratado sobre la Ley General Tributaria, Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*. Madrid: Aranzadi,
- MARÍN-BARNUEVO, D. (1996). *Presunciones y técnicas presuntivas en derecho tributario*. Madrid: Mc.GrawHill.

- MARTÍN J., A. (2004). The 2003 Revision of the OECD Commentaries on the improper use of tax treaties: a case for the declining effects of the OECD Commentaries? *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (58)1, IBFD, 17-30.
- MARTÍN J., A. (2010). Beneficial Ownership: Current Trends. *WTJ*, (febrero). IBFD. 35-63.
- MARTÍN, A. J. (2012). "Procedimiento amistoso". Carmona, N. (coord.) *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*. Valencia: CISS. pp. 695-758.
- MASSONER, C.; STORCK, A. & STORELINGER, B. (2005). *International Group Financing and Taxes*. Vienna; Linde. 371-388.
- MATTEOTTI, R. (2005). Interpretation of Tax Treaties and Domestic General Anti-Avoidance Rules. A Sceptical Look at the 2003 Update to the OECD Commentary. *Intertax*, (33)8/9, 336-350.
- MAY, N. (2011). "Article 10 Dividends". Ecker, T. & Gernot, R. (eds.) *History of Tax Treaties. The Relevance of the OECD Documents for the Interpretation of Tax Treaties*. Vienna. Linde, pp. 413-443.
- MAYSON, S.; FRENCH, D. & RYAN, C. (2007). *Company Law*. 24th ed. Oxford: Oxford University Press.
- Mc DANIEL, P.; REPETTI, J. & RING, D. (2014). *Introduction to United States International Taxation*. 6th ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Mc LURE, C. E. (1980). *Must Corporate Income be Taxed Twice*. Washington: The Brookings Institution.
- MILLER, M. (1977). Debt and Taxes. *The Journal of Finance*, (32)2, Papers and Proceedings of the Thirty-Fifth Annual Meeting of the American Finance Association, Atlantic City, New Jersey, September 16-18, 1976 (May, 1977), pp. 261-275.
- MIRRELES, J. A. & STUART, A., and Institute for Fiscal Studies (Great Britain) (2011). *Tax by design: the Mirrlees review*, Oxford (New York), Oxford University Press.
- MODIGLIANI, F. & MILLER, M. (1958). The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment. *The American Economic Review*, (XLVIII-June) 3, 261-297.
- MODIGLIANI, F. & MILLER, M. (1963). Corporate income taxes and the cost of capital: a correction. *The American Economic Review* (LIII- junio), 433-443.

- MONTAÑO GALARZA, C. (2004). *Derecho tributario internacional. El establecimiento permanente*. Bogotá: Temis.
- MONTAÑO GALARZA, C. (2006). *Manual de derecho tributario internacional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional.
- MONTESINOS JULVE, V. (coord.) (2008). *Introducción a la contabilidad financiera. Un enfoque internacional*. Madrid: Ariel Economía.
- MUÑOZ MARTÍNEZ, G. & ZORNOZA PÉREZ, J. (2010). El sistema normativo del derecho tributario. Rodríguez, J. R. (Coord). *Derecho tributario. procedimiento y sanciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MUSGRAVE, P. & MUSGRAVE, R. (1981). *Hacienda pública teórica y aplicada*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- N
- NEEMAN, Y. (1976). *General Report Jerusalem. Cahiers de Droit Fiscal International: The Definition of Capital Gains in Various Countries*, 61B, The Hague, pp. 15 y ss.
- NETHERLANDS, Ministry of Finance (2010). *Continuity and Renewal, Report of the Study Group on Tax Reform*.
- NEUMARK, F. (1974). *Principios de la Imposición*, Madrid: IEF.
- NIJKEUTER, E. (2011). *Taxation of cross-border dividends paid to individuals from an EU perspective: positive and negative integration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- NOUEL, L. (2008). The Tax Treaty Treatment of REITS: The Alternative Provisions Included in the Commentaries on the 2008 OECD Model, 48, *European Taxation*, sec. 4, IBFD.
- OBERMAIR, C. & WENIGER, P. (2005). Treaty Shopping and Domestic GAARS in the Light of a Recent Austrian Decision on Irish IFS Companies. *Intertax*, 10, 466-478.
- OECD (2014). *Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing.
- OECD (2014b). *Public Discussion Draft. BEPS Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*. Paris: OECD.
- OECD (2014c). *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2010*. 15 de septiembre de 2014, de: www.oecd.org. En este trabajo se ha utilizado como base la

- traducción al español: OCDE (2011). *Modelo de convenio tributario sobre la renta y sobre el patrimonio versión abreviada 22 julio 2010*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- OECD (2013). *Technical Changes to be Included in the Next Update to the OECD Model*.
- OECD (2012b). *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*. Paris: OECD, march.
- OECD (2012). *OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Meaning of "Beneficial Owner" in Articles 10, 11 and 12*. Obtenida el 9 de abril de 2013 de: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf>.
- OECD (2010b). *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD.
- OECD (2010c). *The Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles*. Paris: OECD.
- OECD (2010d). *Report on Attribution of Profits to Permanent Establishments*. Paris: OECD.
- OECD (2007). *Tax Treaty Issues Related to REITS, Public Discussion Draft*, Paris: OECD.
- OECD (2007b). *Manual on Effective Mutual Agreement Procedures (MEMAP)*. February 2007 version. Paris: OECD. Disponible en: <http://www.oecd.org/ctp/38061910.pdf>
- OECD (1999). *Issues in International Taxation N.º 6. The Application of the OECD Model Tax Convention to partnerships* (adopted by the OECD Committee on Fiscal Affairs on 20 January 1999). Paris: OECD.
- OECD (1998a). *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, Paris: OECD.
- OECD (1997). *The Taxation of Global Trading of Financial Instruments: A Discussion Draft*, OCDE/GD(97)29, Paris: OECD.
- OECD (1989). *Tax Treaty Override*. Paris: OECD.
- OECD (1988). *Taxation of Net Wealth, Capital Transfers and Capital Gains of Individuals*. Paris OECD.
- OECD (1987b). Committee of Fiscal Affairs. *International Tax Avoidance and Evasion, Four Related Studies, Issues in International Taxation n.º 1. Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies*. Paris: OECD.

OECD (1987a). Committee of Fiscal Affairs. *Issues in International Taxation*, n.º 2. *Thin Capitalization and Taxation of Entertainers, Artists and Sportmen*. Paris: OECD.

OECD (1986). Double Taxation and the Use of Conduit Companies. *International Tax Avoidance and Evasion. Issues in International Taxation Series* (n.º 1). Paris: OECD.

OECD. Los documentos históricos citados pueden ser consultados en la página web con el número de referencia que aparece en las notas al pie: <http://www.taxtreatieshistory.org/>

ORLOVSKAYA (2012). “Switch-over rules on dividends and tax treaty law”.

P

PALAO TABOADA, C. (1994). La subcapitalización y los convenios de doble imposición. *Revista de Contabilidad y Tributación*, 137-138, 77-94.

PALAO TABOADA, C. (2009). *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*. Madrid: Lex Nova. (Este trabajo reúne varios trabajos del autor de fechas anteriores).

PALOMBO, M. E. (2008). Italy. *International Transfer Pricing Journal*. IBFD (15)6, 318-320.

PATRICK, R. J. (1980). General Report. AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Rules for Determining Income and Expenses as Domestic or Foreign*, vol. 65B. Rotterdam: IFA. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org pp. 15-36.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (1992). La Llamada “reversión de dividendos”. *Revista General de Derecho*, 577-578, 10079-10109.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (2004). La infracapitalización. Una aproximación contractual. *Revista Derecho de Sociedades* (n.º extraordinario), 253-269.

PAZ-ARES, C. (2006). “La sociedad colectiva: posición del socio y distribución de resultados”. *Curso de Derecho Mercantil*, t. I. Cizur Menor: Thomson.

PEÑAS MOYANO, B. (2008). *Las clases de acciones como instrumentos financieros en los derechos de sociedades británico y estadounidense*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

PEREIRA RIBEIRO, R. (2004). Dual Source of Situations and the Multiple Taxation of Dividends and Interest. *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, (IV)1, 151-190.

PEREIRA, C. (1989). “Ponencia General Rio de Janeiro. *Cahiers de Droit Fiscal International: The disregard of a legal entity for tax purposes*, 74.^a, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, pp. 95-118.

- PÉREZ R., F. (dir.) (2013). *Curso de derecho tributario. Parte Especial*. 7.^a ed. Madrid: Tecnos.
- PETERSON, S. & HORNER, F. (1996). “Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections”. IFA, *Secondary Adjustments and Related Aspects of Transfer Pricing Corrections. Proceedings of a Seminar held in Toronto, Canada, in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*, vol. 19b. The Hague-London-Boston: Kluwer Law International. pp. 3-20.
- PIJIL, H. (2013). Capital Gains: The History of the Principle of Symmetry, the Internal Order of Article 13 and the Dynamic Interpretation of the Changes in the 2010 Commentary on “Forming Part” and “Effectively Connected”. *World Tax Journal*, 1, 3-98.
- PIJIL, H. (2011). Interest from Hybrid Debts in Tax Treaties. *Bulletin for International Taxation*, (September), 482-502.
- PIJIL, H. (2000). The Definition of “Beneficial Owner” under Dutch Law. *Bulletin for International Taxation* (June), 256-260.
- PIJIL, H. (1997). The Theory of the Interpretation of Tax Treaties, with Reference to Dutch Practice. *Bulletin Tax Treaty Monitor*, 12, 539-546.
- PISTONE, P. (2012). “General Report”. M., Pistone, M., Schuch, J., Staringer & C. (eds.) *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge (New York): Cambridge University Press. pp. 1-36.
- PITA GRANDAL, A. M. (2009). “Rendimientos derivados de la participación en fondos propios y cesión a terceros de capitales propios. Otros rendimientos del capital mobiliario”. *El impuesto sobre la renta de las personas físicas*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters. pp. 393-441
- PLAMBECK, C.; ROSENBLOOM, D. & RING, D. (1995). General Report. AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Tax Aspects of Derivative Financial Instruments*. vol. 80B. Rotterdam: IFA. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org pp. 653-690.
- PLITZ, D. J. (1996). General Report. AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: International: Aspects of Thin Capitalization*, vol. 81b. Rotterdam: IFA. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org pp. 83-139.
- POLITO, A. P. (2012). Constructive Dividends Doctrine from an Integrationist Perspective. Obtenida el 4 de abril de 2014, de: HeinOnline.
- PÖTGENS, F. P. G. & DE HEER, L. (2012). The International Public Law Effectiveness Principle and Qualification Conflicts from a Dutch Perspective. *Intertax*, 40, Issue 1. Kluwer Law International BV, 54-62.

PROKISCH, R. (1998). "Does It Make Sense if We Speak of an "International Tax Language"? Vogel, K. (ed.) *Interpretation of Tax Law and Treaties and Transfer Pricing in Japan and Germany*, Kluwer International.

Q

QUERALT, J.; TEJERIZO J. & CAYÓN, A. (2006). *Manual de derecho tributario. Parte Especial*. Navarra: Aranzadi.

R

RAMOS HUERTAS, A. (2007). "Conflicts of Qualification an the Interpretation of Tax Traty Law". Burgstaller, E. & Haslinger, K. (eds.) *Conflicts of Qualification in Tax Treaty Law*. Viena: Linde. pp. 21-38.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001). *Diccionario de la lengua española*. 22.^a ed. www.rae.es/rae.html

REIMER, E. (1999). Interpretation of tax treaties in Germany. *European Taxation*, (12)39, 458-471.

REYES VILLAMIZAR, F. (2009). *La sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Legis.

RICHELLE, I. & TRAVERSA E. (2012). "Belgium". Lang, M., Pistone, M., Schuch, J. & Staringer, C. (eds.) *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge (New York): Cambridge University Press. pp. 142-170.

RIVES RIVES, A. (2014). *Los impuestos de salida*. Valencia: Tirant lo Blanch.

RIVES RIVES, A. (2003). *Convenios para evitar la doble imposición internacional: interpretación, procedimiento amistoso y arbitraje*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa).

ROCHA, S. A. (2009). *Interpretation of Double Taxation Conventions. General Theory and Brazilian Perspective*. The Hague: Kluwer Law International BV.

RODRÍGUEZ BEREIJO, A. (2005). Breve reflexión sobre los principios constitucionales de justicia tributaria. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 13, 235-251.

ROGERS-GLABUSH, J. & IBFD (2009). *International Tax Glossary*. Amsterdam: IBFD.

ROHATGI, R. (Trad. Idrovo, J. M.) (2008). *Principios básicos de tributación internacional*, 1^a ed. en español. Bogotá: Legis.

- ROTONDARO, C. (2000). The Right to Redemption as a Key Characterization Factor in the OECD Model Convention Passive Income Taxation System. The Case of Reverse Convertibles. *Derivatives & Financial Instruments* (september/october), 258-271.
- RUIZ ALMENDRAL, V. (2006). *El Fraude de Ley Tributario a Examen*. Cizur Menor: Aranzadi.
- RUIZ GARCÍA, J. R. (2004). "Artículo 10. La tributación de los dividendos". AA. VV. *Comentarios a los Convenios de Doble Imposición Españoles*. La Coruña-Madrid: FPBM Marcial Pons, pp. 575-615.
- RUIZ GARCÍA, J. R. (1991). *La deducción por dividendos en el sistema tributario español*. Madrid: Cívitas.
- RUIZ, V. & ZORNOZA, J. (2008). "La aplicación de las normas tributarias". AA. VV. *Entre la ética, la política y el derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. 1. Madrid: Dykinson SL-Universidad Carlos III de Madrid. pp. 1189 y 1246.
- RUSSO, R. (ed.) (2007). *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, Amsterdam.
- RUSSO, R. (2006). Report on the historical development of article 7 of the OECD model. AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International 2006, The Attribution of Profits to Permanent Establishments*, vol. 91B. Rotterdam: IFA. [En Línea] Disponible en: www.ibfd.org pp. 89-108.
- RUST, A. (2013). Capital Gains and Qualification Conflicts under Article 23 OECD Model. *Taxation of Companies on Capital Gains on Shares under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties*. Amsterdam: IBFD. Online Books.
- RUST, A. (2004). National Report Germany. Lang, M. et al. (eds.), *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*. The Hague: Eucotax-Kluwer Law International.
- S
- SALOM, J. (2011). The Attribution of Income in Swiss and International Tax Law. *Bulletin for International Taxation*, (July), 394-407.
- SANDLER, D. (1998). *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation. Pushing the Boundaries*, 2.^a ed. London: Kluwer Law International.
- SANZ GADEA, E. (2012). Restricción y limitación a la deducción de intereses en el impuesto sobre sociedades. *Revista de Contabilidad y Tributación*, 355, 47-104.

- SASSEVILLE, J. (1995). Article 10 of the OECD Model Tax Convention and the Different Approaches to Integration. *International Taxation of Dividends Reconsidered in Light of Corporate Tax Integration*. Rotterdam: IFA.
- SASSEVILLE, J. (2005). Tax Avoidance Involving Tax Treaties. Lang, M. & Jirousek, H. (eds.). *Praxis des Internationalen Steuerrechts, Festschrift für Helmut Loukota zum 65.* Wien: Linde Verlag, 2005. pp. 461.
- SASSEVILLE, J. (2012). The Definition of “Dividends” in the OECD Model Tax Convention”. Maisto, G. (ed.), *Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law*. Amsterdam: IBFD. pp. 69-86.
- SCAPA, A. & HENNIE, L. (2005). Avoidance of Double Non-Taxation under the OECD Model Tax Convention. *Intertax*, Kluwer Law International, 6/7, 266-284.
- SCHÖN, W. (2010). International Tax Coordination for a Second-Best World (Part. II). *World Tax Journal*, (February), 65-94.
- SCHÖN, W. (2012). The Distinct Equity of the Debt-Equity Distinction. *Bulletin for International Taxation* (September), 490-502.
- SCHÖN, W. et al. (2009). *Debt and Equity: What's the difference? A Comparative View*. Max Planck Institute for Intellectual Property. Competition & Tax Law Research Paper Series n.º 09.
- SCHOUERI, L. E. (2012). Juros sobre Capital Próprio: Natureza Jurídica e Forma de Apuração diante da “Nova Contabilidade”. *Controvérsias Jurídico-Contábeis*, 3, Sao Pablo, 169-193.
- SCONAMIGLIO, R. (2004). *Contribución a la teoría del negocio jurídico* (Trad. y notas de Leysser León, 1ª. ed). Lima: Grijley.
- SENGUPTA, D. P. (2012). “India”. Lang, M., Pistone, M., Schuch, J. & Staringer, C. (eds.) *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge (New York): Cambridge University Press. pp. 549-597.
- Sentencia de la Corte Federal de Apelación de Canadá de 18 de mayo de 1999, en el caso A-659-97 entre Specialty Manufacturing Limited vs. Her Majesty the Queen.
- SERRANO ANTON, F. (2012). “La interpretación y aplicación de los convenios de doble imposición internacional”. En: Serrano Anton, F. (dir.) *Fiscalidad y globalización*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 41-174.

- SIMONS, H. (1970). El impuesto personal sobre la renta. *Revista de Hacienda Pública Española*, 3, 195-219.
- SIMONTACCHI, S. (2007). *Taxation of Capital Gains under the OECD Model Convention. With special regard to immovable property*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- SIX, M. (2009) Hybrid Finance and Doble Taxation Treaties. *Bulletin for International Taxation*, (June), 22-25.
- SKAAR, A. (1991) *Permanent Establishment. Erosion of Tax Treaty Principle*. 1.^a ed. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publisher.
- SOLÓRZANO, S. (2009). La OCDE y el derecho internacional público: ¿enemigos? *Revista de Derecho Fiscal*, 5, Universidad Externado de Colombia, 309-319.
- SØRENSEN, P. B. (2009). *Dual Income Taxes: A Nordic Tax System*. Working Paper Series, Economic Policy Research Unit (EPRU). University of Copenhagen. Department of Economics.
- T
- TENORE, M. (2010). Taxation of Dividends: A Comparison of Selected Issues under Article 10 OECD MC and the Parent-Subsidiary Directive. *Intertax*, (38)4, Kluwer Law International, 222-238.
- TERRA, B. J. M., & WATTEL, P. (2012). *European Tax Law*. 6.th ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- TEIXEIRA, R. (2009). The Treaty Consequences of Secondary Transfer Pricing Adjustments. *Intertax*, (37)8/9, 449-472.
- TURONYI, V. (2003). *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague.
- U
- UCKMAR, V. (2003). *Curso de derecho tributario internacional*, t. II. Bogotá: Temis.
- UNITED NATIONS (1951). *International Tax Agreements. Volume III: World Guide to International Tax Agreements 1843.1951*. United Nations Publications.
- UNITED STATES. JOINT COMMITTEE ON INTERNAL REVENUE TAXATION (1962). *Legislative history of United States tax conventions*, vol. 2. Model Tax Conventions, Washington: U.S. Government Printing Office.

UNITED STATES. JOINT COMMITTEE ON INTERNAL REVENUE TAXATION (1962b). *Legislative history of United States tax conventions*, vol. 4. Model Tax Conventions, Washington: U.S. Government Printing Office.

UNITED STATES. CONGRESS. JOINT COMMITTEE ON TAXATION (2011). *Present Law and Background Relating to Tax Treatment of Business Debt* (JCX-41-11), July 11. Disponible en <https://www.jct.gov/publications.html?func=startdown&id=3802>

UNITED STATES. SENATE. PERMANENT SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS (2008). *Dividend Tax Abuse: How Offshore Entities Dodge Taxes on U.S. Stock Dividends.*, September 11.

USS, M. (2012). "Poland". Lang, M., Pistone, M., Schuch, J., Staringer, C. (eds.) *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge (New York): Cambridge University Press. pp. 820-854.

V

VALDÉS COSTA, R. (1996). *Curso de derecho tributario*. Bogotá: Temis.

VAN DE STREEK, J. (2013). "Chapter 21: Netherlands". *Taxation of Companies on Capital Gains on Shares under Domestic Law, EC Law and Tax Treaties*. Amsterdam: IBFD.

VAN DE TEMPEL, A. J. (1967). *Relief from Double Taxation*. Amsterdam: IBFD.

VAN FRAEYENHOVEN (1987). General Report. AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Tax Problems of the Liquidation of Corporations*, vol. 72B. Rotterdam: IBFD. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org. pp. 37-56.

VAN RAAD, K. (2002). "Five Fundamentals Rules in Applying Tax Treaties", *Liber Amicorum Luc Hinnekens*. Bruselas: Brutlant, p. 587 y 597.

VAN RAAD, K. (2001). International Coordination of Tax Treaty Interpretation and Application. *Intertax*, (29)6/7, 217-230.

VAN RAAD, K. (1995). "In a World where Classical and Integration Systems Co-exist, Article 10 OECD Model should not Disregard the Underlying Corporation Income Tax". IFA, *International Taxation of Dividends Reconsidered in Light of Corporate Tax Integration. Proceedings of a Seminar organized jointly with OECD Toronto in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*. Kluwer: IFA.

- VAN RAAD, K. (1988a). General Report. AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Recognition of Foreign Enterprises as Taxable Entities*, vol. 83A. Rotterdam: IFA. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org pp. 19-76.
- VAN RAAD, K. (1988b). Dual Residence. *European Taxation*, (28)8, 241-246.
- VAN WEEGHEL, S. (2010). "General Report". AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*, vol. 95A. Rotterdam: IBFD. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org pp. 89-108.
- VAN WEEGHEL, S. & DE BOER, R. (2010). Anti-Abuse Measures and the Application of Tax Treaties in the Netherlands. *Bulletin for International Taxation*, (august/september), 358-364.
- VAN WEEGHEL, S. (1998). *Improper Use of Tax Treaties*. London: Kluwer Law International.
- VAN WEEGHEL, S. (2008). "Chapter 5. Dividends (Article 10 OECD Model Convention)". En: Lang, M., *Source Versus Residence: Problems Arising From The Allocation Of Taxing Rights In Tax Treaty Law And Possible Alternatives*, Alphen aan den Rijn Frederick: Eucotax-Kluwer Law International.
- VANN, R. (2003). "General Report". AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Trends in Company/Shareholder Taxation: Single or Double Taxation*. Vol. 88. Rotterdam: IBFD [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org pp. 21-70.
- VANN, R. (2009). "'Liable to Tax" and Company Residence". Maisto, G. (ed.), *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, Amsterdam, pp. 199-270.
- VANN, R. (2011). "Writing Tax Treaty History". *Legal Studies Research Paper*, (10)19, marzo.
- VANN, R. (2013). "Beneficial Ownership: What Does History (and Maybe Policy) Tell Us". Lang, M. et al. (eds.), *Beneficial Ownership: Recent Trends*. Amsterdam, The Netherlands: International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD).
- VANOPPEN, S. (2012). "Belgium". AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: Debt-equity conundrum*, vol. 97B. Rotterdam: IFA [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org pp. 89-108.
- VARIYCHUK, E. (2012). "The Russian Federation". Lang, M., Pistone, M. (eds.), *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge, New York: Cambridge University Press.

SCHUCH, J. & STARINGER, C. (eds.) (2012). *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*. Cambridge (New York): Cambridge University Press, p. 915-943.

V

VEGA BORREGO, F. A. (2004). Entidades extranjeras e impuestos sobre la renta: ¿quien es el contribuyente? *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, 259, 3-30.

VERMEULEN, H., (2011). “Suggested Treaty Benefits Approaches for Collective Investment Vehicles (CIVs) and Its Investors under the OECD MTC 2010 Update”. *Intertax*, (39)5, 248-256.

VILLACORTA HERNÁNDEZ, M. A. (2010). Contabilización de las clases de acciones. *Técnica Contable*, 736, 34-44.

VILLACORTA HERNÁNDEZ, M. A. (2011). *Acciones Rescatables y otros Híbridos Financieros Societarios. Algunos aspectos jurídicos (sustantivos, financieros y contables)*, tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe.

VILLANUEVA GUTIÉRREZ, W. (2008). “Conflictos de calificación en los convenios para evitar la doble imposición”. García Novoa, C. & Hoyos Jiménez, C. (coords). *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI*, t. II. Buenos Aires: Marcial Pons.

VILLARROIG MOYA, R. (1998). *La tributación de las opciones financieras*. Pamplona: Aranzadi.

VOGEL, K. & PROKISCH, R. (1993). General Report. AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal: Interpretation of Double Taxation Conventions*, 78A., Rotterdam: IFA. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org.

VOGEL, K. (2006). “The domestic law perspective”. Maisto, G. *Tax Treaties and Domestic Law*, Amsterdam: IBFD.

VOGEL, K. (1994). “Il Diritto Tributario Internazionale”. Amatucci, A., *Trattato di Diritto Tributario*, vol. I, t. II. Padova: Cedam.

VOGEL, K. (2002). Tax Treaty News. *Bulletin for International Taxation*, IBFD, Amsterdam, (56)1, pp. 2-3.

VOGEL, K. (2000). The Influence of the OECD Commentaries on Treaty Interpretation. *Bulletin-Tax Treaty Monitor*, 12, pp. 612 y 616.

- VOGEL, K. (1997). *On Double Taxations Conventions*. 3.th ed. Denveter: Kluwer Law International.
- VOGEL, K. (1995). “Introductory notes”. IFA, *International Taxation of Dividends Reconsidered in Light of Corporate Tax Integration. Proceedings of a Seminar organized jointly with OECD Toronto in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*. Kluwer.
- VON SCHANZ, G. (1970). El concepto de renta y las leyes reguladoras del impuesto sobre la renta. *Revista de Hacienda Pública Española*, 3, 155-195.
- W
- WATTEL, P. & MARRES, O. (2003). Characterization of Fictitious Income under OECD-Patterned Tax Treaties. *European Taxation*, (43)3, 66-79.
- WEINER, N. & FERRÉ, J. (2009). La reforma societaria y concursal en alemania: (especial referencia a la modificación del régimen de los préstamos de los socios) *Anuario de Derecho Concursal*, 16, 223-244.
- WHEELER, J. (2012). *The Missing Keystone of Income Tax Treaties*. Amsterdam: IBFD. Esta trabajo también publicado en WHEELER, J. (2011). The Missing Keystone of Income Tax Treaties. *World Tax Journal* (June), 247-367.
- WHEELER, J. (2007). “General Report”. AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal: Conflicts in the Attribution of Income to a Person*, vol. 92B. Rotterdam: IFA. [En Línea] Disponible en Tax Research Platform: www.ibfd.org pp. 17-58.
- WHEELER, J. (2005). The Attribution of Income to a Person for Tax Treaty Purposes, *Bulletin*, IBFD, (58)11, 477-488.
- WIJNEN, W. F. G. & MAGENTA, M. (1997). The UN Model in Practice. *Bulletin International Bureau of Fiscal Documentation*. December, 574-585
- WIMAN, B. (2005). “Extended Swedish participation exemption”. IBFD. *A Tax Globalist. The Search for the Borders of International Taxation*. Amsterdam: IBFD. pp. 356-364.
- WITTENDORFF, J. (2010). *Transfer Pricing and the Arm’s Length Principle in International Tax Law*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- WITTENDORFF, J. (2009). The Transactional Ghost of Article 9(1) of the OECD Model. *Bulletin for International Taxation*, March, 107-130.

X

XAVIER, A. (2005). *Derecho tributario internacional. conceptos fundamentales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma.

XAVIER, A. (1997). Naturaleza jurídico-tributária dos “juros sobre o capital próprio” face á lei interna e dos tratados internacionais. *Revista Dialéctica de Direito Tributário*, 21, 7-11.

Z

ZABURAITÉ, M. (2012). “Debt and Equity in International Company Taxation”. MAS-SONER, C.; STORK, A. & STÜRZLINGER, B., *International Group Financing and Taxes*. Viena: Linde, p. 13-32.

ZIMMER, F. (2005). Domestic Anti-Avoidance Rules and Tax Treaties. Comment on Brian Arnold’s Article. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, (enero), 25-26.

ZORNOZA PÉREZ, J. (2014). El gravamen de las rentas del capital y las libertades comunitarias. *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, 161, 33-74.

ZORNOZA, J. (2013). Changing Residence as Tax Planning. *Working Paper 2*, Pricewaterhouse Coopers Chair on International Corporate Taxation Working Papers. Obtenida el 30 de noviembre de 2014, de: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18175/changing_zornoza_PWC_2013.pdf?sequence=1

ZORNOZA PÉREZ, J. (2010). “La simulación en derecho tributario”. Arrieta J., Collado, M. & Zornoza, J. (dirs.) *tratado sobre la Ley General Tributaria*, t. I, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 553-581.

ZORNOZA PÉREZ, J. (2010b). *La problemática expansión del “Soft law”: un análisis desde el derecho tributario*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Material Lección Inaugural apertura del Curso Académico 2010-2011. Documento inédito.

ZORNOZA, J. y BÁEZ, A. (2013). “Spain”. AA. VV. *Cahiers de Droit Fiscal International: The taxation of foreign passive income for groups of companies*. Vol. 98A. pp. 683-702.

ZORNOZA, J. & BÁEZ, A. (2010). The 2003 revisions to the commentary to the OECD model on tax treaties and GAARS: a mistaken starting point. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (2)1. Obtenida el 3 de marzo de 2011, de: <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/view/984>. También publicado en *Tax treaties: building bridges between law and economics*. Amsterdam: IBFD, 2010, pp. 129-158.

- ZORNOZA, J. & MUÑOZ, G. (2010). “La aplicación de las normas fiscales”. Piza Rodríguez, J. R. (coord.). *Derecho tributario. Procedimiento y sanciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 274-ss.
- ZUK, M. (2013). “The Beneficial Ownership Concept in Tax Treaties”. Simader, K. (Hrsg.) / Titz, E., (Hrsg.) *Limits to Tax Planning*. Viena: Linde. pp. 307-333.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en febrero de 2016

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 11,5 puntos
y se imprimió sobre papel Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem