

TRATADOS IMPOSITIVOS

¿SE SOSTIENE EL DISCURSO
PARA LOS PAÍSES EN
VÍAS DE DESARROLLO
EN EL SIGLO XXI?

HORACIO B. VIANA



UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO
FACULTAD DE DERECHO

© Universidad de Montevideo
Prudencio de Pena 2544
Teléfono: 2707 4461

© Horacio B. Viana

1ª edición, 2021

Edición gráfica: Claudio Ortiz (claudioysumac@gmail.com)

ISBN: 978-9974-714-75-5



Material publicado de acuerdo con los términos de la licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0). Usted es libre de copiar o redistribuir en cualquier medio o formato, siempre y cuando dé los créditos apropiadamente, no lo haga con fines comerciales y no realice obras derivadas.



TRATADOS IMPOSITIVOS

¿SE SOSTIENE EL DISCURSO
PARA LOS PAÍSES EN VÍAS DE
DESARROLLO EN EL SIGLO XXI?

Horacio B. Viana¹

Montevideo, 2021

¹ Abogado. Profesor adjunto de Derecho Financiero en la Universidad de Montevideo. Magíster en Derecho y Técnica Tributaria por la Universidad de Montevideo y en Estudios Avanzados en Derecho Tributario Internacional por la Universidad de Leiden (Malcom Gammie Award). Ganador del Quinto Premio Internacional de Investigación del Comité Regional Latinoamericano de la International Fiscal Association.

Índice

Índice	3
1. Introducción	5
2. Imposición internacional a la renta	8
2.1. Impuesto a la renta	8
2.2. Residencia	16
2.3. Fuente	26
3. Principios y políticas	38
3.1. Derecho Internacional Tributario consuetudinario.....	38
3.2. Eficiencia	41
3.3. Competencia fiscal	48
4. Atribución de la potestad impositiva	59
4.1. Estructura de los tratados impositivos	59
4.2. Rentas activas	64
4.3. Rentas pasivas	73
5. Eliminación de la doble imposición	81
5.1. Doble imposición jurídica.....	81
5.2. Doble imposición económica	91
5.3. Casos no previstos	100
6. Recaudación de impuestos	102
6.1. Evasión y elusión fiscal	102

6.2. Intercambio de información	104
6.3. Asistencia en el cobro de obligaciones impositivas	116
7. Propósitos económicos	119
7.1. Comercio e inversión internacional.....	119
7.2. Inversión extranjera.....	120
7.3. Paraísos fiscales de tratados	126
8. ¿Por qué los países en vías de desarrollo celebran tratados impositivos?	135
8.1. Razones adicionales.....	135
8.2. Costos de los tratados impositivos.....	140
8.3. Comentarios finales	142
Bibliografía	147

1. Introducción

Nos proponemos estudiar qué es lo que pueden obtener los países cuando celebran un tratado para eliminar la doble imposición sobre impuestos a la renta (“tratados impositivos” o “tratados”) y cómo los tratados encuadran dentro de los debates de política internacional de imposición a la renta, especialmente desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo. Debemos aclarar que ‘países en vías de desarrollo’ no es una categoría uniforme ya que incluye países con características muy diferentes.¹ En este sentido, concordamos con ZOLT (2018) en que “sin un mejor entendimiento acerca de los objetivos económicos y características específicas, las opciones políticas, y la capacidad administrativa de cada país, las conclusiones generales acerca de la conveniencia de los tratados impositivos son de uso limitado...” (p. 4). Sin embargo, consideramos que podemos adoptar un modelo general de ‘país en vías de desarrollo’ como uno cuyo principal objetivo es atraer inversión extranjera y que es principalmente importador de capital.² Por otro lado, consideramos que analizar las políticas y propósitos de los tratados impositivos desde esta perspectiva puede proporcionar un marco útil para evaluar la conveniencia de celebrar un tratado impositivo concreto o la política actual de un país respecto de estos tratados.

Como veremos, un lugar común hoy en día es que los tratados impositivos no son adecuados para el mundo actual. La estructura fundacional de los tratados impositivos se hizo hace casi cien años, y poco

¹ “Tratar a los países en vías de desarrollo como un único grupo impide apreciar la gran diversidad entre los países que entran dentro...” del mismo (ZOLT, 2018, p. 4) (el idioma original de todas las citas es el que surge del título de la publicación en la bibliografía y las que no están en idioma español, fueron traducidas por el autor).

² HEARSON (2016a) sostiene que “todos los estados miembros de la OCDE son exportadores netos de capital y servicio respecto del resto del mundo, y por lo tanto sus intereses son relativamente homogéneos respecto de aquellos de los países en vías de desarrollo, que son importadores netos de capital y servicio respecto de la OCDE” (p. 47).

ha cambiado desde entonces. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”) (2013b) hizo una declaración alentadora en el primer informe del Proyecto de Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios (“BEPS”), “hay una cuestión política más fundamental: los principios internacionales comunes basados en las experiencias nacionales para repartir la jurisdicción impositiva quizá no hayan ido al compás del cambiante ambiente empresarial” (p. 47). Sin embargo, al poco tiempo aclaró (o revocó) esa declaración, “estas acciones no están directamente dirigidas a cambiar los estándares internacionales existentes respecto de la atribución de la potestad impositiva sobre la renta transfronteriza” (2013a, p. 11). Aunque los tratados impositivos han sido objeto de críticas importantes, estamos viendo en el siglo XXI un auge en la red de tratados impositivos de los países en vías de desarrollo.

Al borde del fracaso del proyecto de competencia fiscal nociva de la OCDE (1998a), AVERY JONES (1999) predijo que “seguramente el próximo paso lógico es que la OCDE, habiéndose convertido en la organización representativa en materia de impuestos para todos los países, no solo sus miembros, tome a su cargo la imposición internacional a nivel mundial de una manera en que lleve a que los tratados se vuelvan obsoletos” (p. 10). Veinte años más tarde es posible que estemos evidenciando ese proceso. Por un lado, la batería de medidas antielusivas introducidas en 2017 al Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE (“Modelo OCDE”) va a restringir severamente la aplicación de los tratados. Por otro lado, la OCDE se encuentra persiguiendo nuevas formas de distribuir la potestad impositiva para la economía digital y ha concluido una extensa red de intercambio de información de manera multilateral, fuera del ámbito de los tratados impositivos. Las principales áreas de relevancia de los tratados impositivos hoy en día son los precios de transferencia y, en menor medida, la atribución de beneficios al establecimiento permanente.

Tenemos que aclarar que muchos de los problemas que presentan los tratados impositivos son de carácter general, es decir, no son aplicables exclusivamente a los países en vías de desarrollo. Pretendemos establecer el marco que permita analizar lo que se puede obtener por un país mediante un tratado impositivo, y más allá de que pueden ser utilizados con objetivos políticos, nuestra perspectiva es que en la mayor parte de los casos los tratados impositivos son innecesarios, e incluso perjudiciales desde el punto de vista económico para un país

en vías de desarrollo.³ Si bien no nos proponemos considerar modelos teóricos alternativos a los tratados impositivos, o a los debates actuales en materia de política tributaria internacional, pensamos que el camino a seguir por los países en vías de desarrollo es fuera de la red de tratados impositivos, juntándose con sus pares para ganar poder de negociación. El poder de negociación se refiere no solo a tener poder de decisión respecto de temas específicos, sino también a la fijación de la agenda⁴ en temas de imposición internacional. La OCDE compartimenta la discusión de los temas, sin explicar el orden en que los temas se van presentando ni por qué surgen,⁵ y eso afecta el poder de negociación de los países en vías de desarrollo.

³ THURONYI (2010) manifestó que al “decidir acerca de si negociar un tratado con una contraparte específica, un país puede preguntarse”: “¿Qué problemas, si los hay, existen respecto de ese país que requieren ser resueltos a través de un tratado? ¿Existe algún modo alternativo de resolver estos problemas?”; “¿El nivel de comercio, inversión u otras operaciones relevantes entre los dos países en cuestión es suficientemente alto para que estos problemas sean sustanciales?”; y “¿Los costos de negociar el tratado justificarán la resolución de esos problemas? ¿Hay prioridades más urgentes? ¿Hay obstáculos respecto de la contraparte potencial que sugieran que un tratado no se vaya a terminar celebrando?” (p. 443). Adicionalmente, considera que “uno puede razonablemente asumir lo siguiente”: “la mayoría de los países en vías de desarrollo... carecen de la capacidad de negociar un número sustancial de tratados”; “en general, la capacidad de muchos países en vías de desarrollo para administrar tratados es pobre y sus administraciones tributarias típicamente enfrentan desafíos en materia de recursos humanos, así que aunque tengan el personal que pueda negociar y administrar bien los tratados, estas actividades posiblemente no sean el mejor uso del tiempo del personal”; y, “le llevaría una vida entera a la mayor parte de los países en vías de desarrollo negociar un número sustancial de tratados” (p. 444). Por ello concluye que “la mayor parte de los países en vías de desarrollo probablemente no tengan una necesidad urgente de un tratado completo con la mayoría de los otros países” (idem).

⁴ “Otro factor que posibilitó que los países desarrollados obtengan el dominio en el campo de la imposición internacional fue su poder de fijar la agenda: su control del orden en que los temas se traían a discusión y se tomaban las decisiones en la comunidad impositiva internacional” (DAGAN, 2018, p. 177). DAGAN considera que “dejando de lado el poder político, si las negociaciones en todos los asuntos se hubiesen conducido simultáneamente, los estados (en vías de desarrollo) hubiesen tenido una mejor posición para reclamar una atribución de impuestos que les fuera más favorable, considerando los costos que hubieran tenido que incurrir en el contexto del intercambio de información y cumplimiento” (p. 178).

⁵ Como manifiesta CHRISTIANS (2010a), la OCDE “no revela cómo las ideas se desarrollaron y fluyeron por la institución o cuáles mecanismos llevaron al consenso” (p. 26). Respecto de la iniciativa contra los ‘paraísos fiscales’ establece que “no podemos observar, por ejemplo, por qué este tema específico surgió para los ministros del G7 cuando lo hizo, quién formuló las áreas y temas a estudiar en respuesta al comunicado del G7 a la OCDE, quién participó en los varios niveles de delegación y negociación, o cómo se diseñaron las soluciones” (idem).

2. Imposición internacional a la renta

2.1. Impuesto a la renta

El término Derecho Tributario Internacional “se ha utilizado tradicionalmente para referirse a todas las disposiciones de derecho interno e internacional que se vinculan específicamente a situaciones que involucran el territorio de más de un país, o las llamadas ‘situaciones transfronterizas’”.⁶ Los temas más importantes son la doble (o múltiple) imposición internacional, la división internacional de la potestad tributaria y la evasión y elusión fiscal internacional. La mayor parte de los impuestos, o incluso otros tributos, como las contribuciones especiales de seguridad social, pueden potencialmente derivar en situaciones transfronterizas. Sin embargo, el tema nuclear es el impuesto a la renta por dos motivos. Por un lado, los impuestos a la renta se estructuran con aspectos espaciales manipulables, polisémicos y superpuestos (‘nexos’ o ‘factores de conexión’⁷), fuente y residencia, a diferencia, por ejemplo, de los impuestos al valor agregado (a excepción de la imposición a los servicios e intangibles). Por otro lado, a diferencia de otros impuestos con nexos problemáticos, tales como los impuestos a las sucesiones y donaciones o los impuestos al capital, el impuesto a la renta tiene una carga económica importante para el comercio internacional.

La equidad es un elemento esencial del impuesto a la renta, “que se focaliza en la proposición de que la renta es la mejor manera de medir la capacidad contributiva”,⁸ en la medida en que la renta in-

⁶ VOGEL, 1997, p. 10.

⁷ Como VOGEL (1997) establece, los ‘factores de conexión’ en el Derecho Tributario, a diferencia de aquellos del Derecho Internacional Privado, no determinan la ley aplicable (p. 26), sino que solamente establecen si el país va a ejercer o puede ejercer su potestad tributaria.

⁸ Holmes, 2001, p. 14. SCHÖN (2009) establece que “el principio de capacidad contributiva tiene raíces profundas en la tradición occidental de imposición, siendo la contribución de un ciudadano al bien común motivada en la solidaridad entre los miembros de una sociedad” (p. 71) (véase asimismo *infra* nota 71). En general,

dica la capacidad de una persona de controlar recursos económicos.⁹ La capacidad contributiva en el impuesto a la renta “se refleja en la idea de que el impuesto a la renta (incluyendo el impuesto a la renta de sociedades) debería mirar al poder de consumo de contribuyentes específicos..., que debería considerar todas las categorías de ingresos y gastos vinculados a una fuente de renta de manera simétrica y que la renta debería sujetarse a alícuotas progresivas (al menos a nivel de las personas físicas)”.¹⁰ El poder de consumo refiere al incremento en el consumo y el ahorro en un período específico de tiempo, bajo la idea de que la capacidad de ahorro implica riqueza,¹¹ mientras que las alícuotas progresivas¹² consagran la idea de que la utilidad de la renta disminuye a medida que la renta aumenta. Sin embargo, no hay una respuesta universal acerca de cuán progresivo debe ser el impuesto a la renta.¹³ En la próxima subsección, veremos cómo los países definen

la capacidad contributiva se refiere a “distribuir la contribución de cada persona a los gastos públicos de modo de que esa persona no sienta mayor o menor molestia de su cuota parte del pago que las que todas las personas experimentan respecto del suyo” (MILL, 2004, p. 212). Sin embargo, la cuestión de cómo la carga de la imposición debería distribuirse en la sociedad “como la mayoría de las cuestiones importantes, no ha recibido respuesta de relevancia universal, aplicación eterna, o una que lleve a un apoyo unánime” (COOPER, 1994, p. 422).

⁹ Como establece GOODE, “la renta neta es una medida de la capacidad de la persona de controlar recursos económicos, e, intuitivamente, parece ser un buen indicador de la capacidad de la persona de ayudar a financiar el gobierno” (en Holmes, 2001, p. 21). Hay quienes consideran que la capacidad contributiva debería medirse no solamente en términos monetarios, sino que debería incluir la renta síquica, ocio, bajo rendimiento, esfuerzo, talentos, etcétera, dado que estos también son indicios del bienestar de una persona. BRADFORD (1986) establece que “típicamente lo que podemos observar es el resultado de las oportunidades de las personas físicas y las elecciones hechas a partir de ellas, en la medida en que pueden llevar a algún nivel medible de ganancia; quizá no tengamos otra alternativa que utilizar la ganancia, esa señal imperfecta de las condiciones subyacentes, como base de la imposición” (p. 155).

¹⁰ SCHÖN, 2009, p. 72.

¹¹ GRAETZ y SCHENK (1995) manifiestan que la diferencia entre los impuestos al consumo y a la renta es temporal porque eventualmente toda la riqueza se va a consumir (p. 41).

¹² Algunos consideran que las alícuotas progresivas consagran el propósito redistributivo del impuesto a la renta. Sin embargo, el hecho es “que por lejos la función redistributiva más importante ocurre a partir del uso de los fondos recaudados a través de impuestos” (COOPER, 1994, p. 420).

¹³ GRAETZ y SCHENK (1995) establecen que en el sistema estadounidense “hay pocas razones para asumir que la escala de alícuotas progresivas establecidas se vincula sistemáticamente con la decreciente utilidad marginal de la renta” (p. 35), lo que consideramos que puede generalizarse a todos los sistemas impositivos.

a esos miembros que sujetan a imposición a la renta en base al principio de capacidad contributiva.

La equidad no es el único propósito que debe perseguir un sistema tributario, también debe ser eficiente, simple y administrable. La eficiencia “requiere que el impuesto interfiera lo menos posible en la conducta económica de la gente”,¹⁴ y, asimismo, “un impuesto es considerado muchas veces como eficiente cuando promueve el crecimiento económico e ineficiente cuando impide dicho crecimiento”.¹⁵ La simplicidad “a veces es vista, no como una norma separada, pero como una característica de cualquier sistema tributario que es a la vez equitativo y eficiente”,¹⁶ y lo mismo puede decirse de que sea administrable. De hecho, las normas impositivas que son complejas o difíciles de administrar llevan a que la práctica difiera de la normativa y, entonces, “se vuelve difícil saber qué es lo que se está logrando respecto de las opciones políticas que supuestamente se hicieron –se pierde la transparencia–”.¹⁷

La definición de renta es esencial a los efectos de determinar la equidad del impuesto.¹⁸ La implementación del impuesto a la renta en los sistemas impositivos internos, debido a consideraciones de eficiencia, simplicidad y administrabilidad, presenta ciertas características que lo afectan como una base equitativa de imposición.¹⁹ Por

¹⁴ GRAETZ y SCHENK, 1995, p. 31. Sin embargo, manifiestan que “típicamente, el parámetro de referencia de este análisis es la asignación de bienes y servicios que hubiera ocurrido en una economía de mercado sin impuestos”, y que “en algún sentido esencial... describir la eficiencia económica de esa manera no tiene sentido porque una economía de mercado simplemente no puede funcionar sin las instituciones gubernamentales, que a su vez deben financiarse a través de impuestos” (pp. 31 y 32). En este sentido, un impuesto global fijo por persona sería el impuesto más eficiente, dado que no dependería de la conducta económica de los contribuyentes.

¹⁵ P. 32. También se refieren a un tercer significado con el que a veces se utiliza la expresión ‘eficiencia’, “el grado en que las disposiciones que consagran incentivos benefician a contribuyentes fuera de los beneficiarios a los que se dirigen” (idem).

¹⁶ Idem.

¹⁷ ROSENBLOOM, 2009, p. 496.

¹⁸ THURONYI establece que los “argumentos y juicios acerca de la equidad son centrales en la definición de renta... y la renta es mejor considerarla, al menos a efectos tributarios, como no teniendo significado más allá de la equidad” (en HOLMES, 2001, p. 15).

¹⁹ Como sostiene BRADFORD (1986), “en realidad, el llamado impuesto a la renta se encuentra lejos del concepto de renta como se entiende en la teoría tributaria. Técnicamente es una mezcla de un sistema basado en el consumo y un sistema basado en la renta” (p. 2).

un lado, la mayor parte de los sistemas impositivos tienen elementos cedulares, es decir, establecen normas diferentes para diferentes categorías de renta. VANN (2010) hace notar que desde “hace ya mucho tiempo se reconoció que para operar una estructura de alícuotas progresivas a nivel de derecho tributario interno, es necesario operar con conceptos globales de renta, y no con tipos de renta, si bien siempre ha habido y siempre habrá normas especiales para tipos específicos de renta” (p. 9).²⁰ Una de las características más criticadas es el requisito de la realización, es decir “que la obligación tributaria nace solo cuando los activos se intercambian en el mercado, y no como lo dictaría un impuesto a la renta ‘ideal’, cuando cambia el valor de mercado de los activos”.²¹ MUSGRAVE (1967) considera que “es conceptualmente claro que las ganancias no realizadas constituyen renta, y un concepto de renta gravada que de principio considera que las ganancias de capital no realizadas no son renta, no constituye un concepto válido de equidad”, porque mantener “una inversión que se ha apreciado en valor... es equivalente a realizar la ganancia y reinvertir en el mismo activo” (p. 49). Otros problemas son las deducciones, por ejemplo,

²⁰ BURNS y KREVER (1998) manifiestan que se ha proclamado que un impuesto a la renta global es superior a uno cedular porque: “la separación de la renta de una persona física en más de un régimen impositivo puede hacer difícil o imposible aplicar la imposición progresiva y proveer desgravaciones (ya sea exoneraciones, deducciones, o reembolsos)”; “el sistema cedular es potencialmente más difícil de administrar” porque “se pueden desperdiciar los escasos recursos administrativos en cuestiones de clasificación que surjan en los límites entre las diferentes categorías”; y, “cualquier diferencia en la imposición final bajo un sistema cedular en las diferentes categorías de renta puede ser explotada por los contribuyentes a través de la planificación fiscal y reestructuraciones para asegurarse de que su renta ingrese en la categoría más favorable” (p. 497). Especialmente relevante es que en muchos sistemas impositivos se excluye de las alícuotas progresivas a las rentas de capital. Respecto de las ganancias de capital, debido al requisito de la realización que se mencionará más adelante, la ganancia de un año se pudo haber generado en muchos años “y entonces surgió la idea de gravar las ganancias de capital a alícuotas reducidas...” (MAISTO y MALHERBE, 2013, p. 2).

²¹ BENSALOM y STEAD, 2011, 45. Manifiestan que este requisito “es ampliamente considerado la principal fuente de inequidad distributiva y complejidad del sistema impositivo” (p. 45). Dicen que existe consenso en la doctrina acerca de tres puntos: en la medida en que el requisito de la realización sea parte del impuesto a la renta, “problemas de complejidad, planificación, inequidad, e ineficiencia son inevitables”; “algunos activos siempre van a ser gravados al momento en que sean realizados” (p. 47), lo que entienden sería el caso de “ciertos activos emocionalmente no fungibles (personales)” (p. 43); y, “la realización no tiene teorías o políticas subyacentes y es meramente una segunda mejor solución motivada básicamente en problemas acerca de la valuación de activos y la liquidez del contribuyente” (p. 47).

de las rentas del trabajo, las rentas nocionales o ficticias,²² beneficios fiscales que persiguen otros propósitos, como el desarrollo social y económico, y rentas no incluidas, tales como donaciones e ingresos extraordinarios. La no inclusión, exoneración o diferimiento de la imposición de las rentas de fuente extranjera, especialmente respecto de las rentas activas de sociedades, no tiene justificativo en un impuesto a la renta equitativo.²³ Finalmente, la renta se mide en un período arbitrario, un año, y los cambios en la capacidad contributiva en un período mayor de tiempo no se computan enteramente debido a limitaciones en el uso de pérdidas, imposibilidad de devoluciones y de computar las alícuotas progresivas en un período de tiempo mayor.²⁴

Otra de las críticas principales del impuesto a la renta como una base equitativa de imposición es el impuesto a la renta de las sociedades. Es generalmente reconocido que solo las personas físicas tienen capacidad contributiva, y por lo tanto la imposición a la renta debería medirse a nivel de las personas físicas. La alternativa de sujetar a las sociedades a alícuotas progresivas es inadecuada desde el punto de vista práctico y teórico.²⁵ Por otra parte, la opción de sujetar a las sociedades a la alícuota progresiva más alta puede resultar en situa-

²² WATTEL y MARRES (2003) consideran que ‘renta ficticia’ “es aquella que no existe desde el punto de vista del derecho civil y que no ha llevado (o no ha llevado aún) a un cambio de activos o valor” (p. 68). Sin embargo, la diferencia entre ficción y realidad en un impuesto a la renta es difícil de delimitar, y si se pudiese, como ROSENBLUM (2004) manifiesta “sería prácticamente imposible para cualquier jurisdicción desconocer por completo las ficciones a la hora de formar sus normas de imposición, en principio porque esas ficciones tienen consecuencias importantes no tributarias”, como, por ejemplo, la forma societaria (p. 20). WATTEL y MARRES (2003) complejizan aun más su análisis cuando establecen que “distinguen entre ficciones que procuran cuantificar una ventaja real (por ejemplo, renta de arrendamiento imputada al propietario de la vivienda o renta imputada por el uso gratuito del vehículo de la empresa) y las ficciones de las cuales no puede decirse que representen un aumento real en la riqueza o el consumo”, siendo estas últimas “esencialmente no ficciones, sino aproximaciones globales a la realidad” (p. 69).

²³ Véase *infra* nota 38.

²⁴ GRAETZ y STEAD (1995) consideran que “este debate acerca del plazo apropiado para valorar la capacidad contributiva nunca se resolverá de modo de satisfacer a los dos bandos opuestos; un período anual es sin dudas excesivamente corto para valorar la capacidad relativa o la capacidad contributiva de una persona para pagar impuestos, y la vida entera es probablemente muy larga en virtud de las contingencias e incertidumbres de los asuntos personales, políticos y económicos” (p. 41).

²⁵ La posibilidad de dividir la renta entre varias sociedades se debería contemplar, y algunos economistas consideran que penalizaría el crecimiento de la sociedad (NORR, 1982, pp. 24 y 25).

ciones inequitativas respecto de accionistas con diferentes niveles de renta.²⁶ Finalmente, un régimen que grave la renta en cabeza de la persona física, bajo un régimen de transparencia de la renta societaria, o de acuerdo al cambio de valor de las acciones, se presenta como problemático.²⁷ Una alternativa viable que se implementó en algunos países, mayormente europeos, a través de diferentes técnicas, es la integración del impuesto a las sociedades con el impuesto a la renta personal del accionista, con el resultado de que la carga final del impuesto se evaluaba respecto de la renta global de cada persona física accionista al momento en que los dividendos eran distribuidos. Sin embargo, la mayor parte de estos sistemas se derogaron; en Europa porque fueron considerados por la Corte Europea de Justicia como discriminatorios en la medida en que no incluían en la integración a los accionistas no residentes.²⁸ Hoy en día, la mayor parte de los países tienen sistemas clásicos, es decir, el impuesto a la renta de las sociedades se impone a nivel de la sociedad cuando se devenga, y en forma separada, y a alícuotas proporcionales, a nivel de los accionistas cuando los dividendos se distribuyen.²⁹ Por lo tanto, la renta socie-

²⁶ Si bien la alícuota de imposición a las sociedades es alta en muchos países, la mayor parte de ellos tienen regímenes especiales para sociedades con bajas ganancias.

²⁷ COOPER y GORDON (1998) establecen que “un problema de otorgar un tratamiento transparente a las sociedades es que puede ser difícil atribuir las ganancias entre un gran número incrementalmente desconcertante de tipos de participaciones en el capital” y “otro es que a medida que el número de accionistas crece, la atribución se vuelve más compleja” (p. 817). A su vez, un impuesto a la renta basado en el cambio de valor de las acciones capturaría el cambio de valor generado por las ganancias de capital no realizadas por la sociedad, las que normalmente no se sujetan a imposición (p. 820). Por otro lado, AVI-YONAH (2016) manifiesta que el valor de mercado de las acciones que cotizan en bolsa puede no reflejar las ganancias subyacentes, ya que el valor de las acciones puede fluctuar por otras razones (p. 142).

²⁸ Véase HELLERSTEIN, Kofler y Mason, 2008.

²⁹ Hay sistemas que con una finalidad antielusiva gravan a los accionistas antes de la distribución, tales como respecto de las sociedades estrechamente controladas por el accionista o luego de transcurrido un cierto período de tiempo independientemente de que exista distribución, o que tienen normas antielusivas específicas que consideran dividendos ciertos pagos a los accionistas. COOPER y GORDON (1998) manifiestan que la ‘doble imposición’ de las rentas societarias tiene las siguientes distorsiones: “elegir entre formas empresariales que no estén sujetas a doble imposición, si es posible”; “obtener capital a través de formas legales que permiten la deducción de los pagos a los inversores, como pagos de alquileres e intereses”; “distribuir resultados a los inversores de capital a través de técnicas que no impliquen el segundo impuesto”; “hacer pagos deducibles a los inversores (y sus socios) por su función como directores o empleados”; y “en vez de distribuir, retener los resultados” (p. 826).

taria se sujeta a un impuesto totalmente independiente del impuesto a la renta personal.

Varias razones prácticas se han dado por las cuales es conveniente tener o mantener el impuesto a la renta de las sociedades. En primer lugar, el hecho de que, si la renta no se gravara a nivel de la sociedad, los accionistas podrían diferir la imposición, y entonces actúa como una especie de impuesto vía retención a las personas físicas accionistas. Otro argumento se refiere al principio del beneficio, en el sentido de un “sustituto imperfecto a los efectos de gravar a las sociedades por el uso de recursos públicos que de otro modo se proveerán a un bajo cargo o sin cargo”.³⁰ Sin embargo, como manifiesta BIRD (1996), “no existe una razón aparente para aplicar ese impuesto solamente a las sociedades...” (p. 4). Asimismo, se justifica como un impuesto sobre las rentas económicas, o “sus defensores... argumentan que se aproxima al ideal de los economistas de un impuesto a las ‘rentas económicas’ puras...”.³¹ En este caso, BIRD (1996) observa que “si bien aquí de nuevo, en principio, no hay una razón para limitar el argumento a las sociedades, en la práctica parece probable que muchas de estas rentas –por ejemplo aquellas que surgen de la explotación de recursos naturales o posiciones de monopolio– de hecho serán devengadas por sociedades” (p. 5). También es una fuente importante de ingresos en relación a la imposición de los no residentes, y entonces revocarlo sería perjudicial para los países importadores de capital, si no se diseñase un sistema para gravarlos efectivamente.³² La justificación del impuesto a la renta de las sociedades como un gravamen a los privilegios otorgados por el gobierno, tales como la responsabilidad limitada, es hoy en día obsoleta, en virtud de la generalización del otorgamiento de la forma societaria, y en cualquier caso, dichos ‘privilegios’ no guardan relación con el impuesto a la

³⁰ Mintz, 1998, p. 7. En la subsección 2.3. retomaremos el tema del principio del beneficio y de rentas económicas.

³¹ COOPER y GORDON, 1998, p. 812.

³² P. 813. BIRD (1996) hace notar que existen beneficios en este sentido que se han señalado por parte de diversos autores, tales como, “para explotar cualquier poder internacional de mercado... como el suministro de capitales no es perfectamente elástico, hay cierto lugar para una imposición nacional no distorsiva”; “en todas las instancias en que las empresas multinacionales obtienen ‘rentas específicas del lugar’, los países de la fuente pueden imponer impuestos a dichas ganancias sin afectar la inversión”; “los impuestos al flujo internacional de capitales se pueden utilizar para explotar transferencias de recaudación desde los países exportadores que tienen sistemas de créditos fiscales por impuestos extranjeros”; y, “que dichos impuestos pueden ser una manera adecuada para que los países compartan las rentas obtenidas por las inversiones internacionales” (p. 8).

renta. Adicionalmente, como las sociedades son actores económicos importantes, el impuesto a la renta permite que el gobierno influya en el comportamiento económico.³³ AVI-YONAH (2004) considera que es una manera de regular a las sociedades y que se justifica precisamente por esto, como un manera de limitar “la excesiva acumulación de poder en las manos de la administración societaria, lo que es inconsistente con ideales económicos e igualitarios” (p. 1249).³⁴ Otros argumentos incluyen que es un impuesto “políticamente popular, fácil de administrar y que produce una recaudación significativa”.³⁵ Finalmente, “aun los detractores del impuesto reconocen que hay serios obstáculos para eliminarlo, no siendo el menor la significativa ganancia extraordinaria que se les conferiría a los tenedores de capital si el impuesto se eliminara”.³⁶

Un tema de suma relevancia es la incidencia del impuesto a la renta de las sociedades, quién carga económicamente con el impuesto. La carga económica puede no recaer en su totalidad en los accionistas, sino también en los proveedores, clientes, empleados, o “en realidad, cualquiera que entre en contacto con la sociedad”.³⁷ BRAUNER (2008) hace notar que no hay una respuesta simple que se pueda encontrar a esta pregunta en un plano internacional y que no hay consenso entre los economistas, “los resultados oscilan desde la carga recayendo totalmente en el capital global, a una parte sustancial de la carga siendo trasladada a los factores no móviles de los países, tales como el empleo”, e incluso puede ser que los países, dependiendo de su tamaño, “puesto en forma simple, exporten la carga a otros países...” (pp. 632 y 633). Continúa estableciendo que “si los trabajadores y consumidores cargan con una parte importante del impuesto, entonces el impuesto podría estar redistribuyendo de los menos pudientes a los más pudientes” (p. 634).

³³ BIRD, 1996, p. 12.

³⁴ BRAUNER (2008) critica este postulado en virtud de que el efecto del impuesto a la renta en el poder de la administración societaria es mínimo, si no insignificante, y entonces no es fácil evaluar los beneficios democráticos del impuesto, y, en cualquier caso, esa justificación solo lidiaría con “algunos elementos de poder en nuestra sociedad”, no con otros como los accionistas (p. 614).

³⁵ Shoup en NORR, 1982, p. 30. En este sentido, BIRD (1996) manifiesta que “la mayor parte del dinero ganado y gastado por los canadienses pasa en algún punto por las manos de un número mucho más pequeño de sociedades, que en general tienen mejores registros y son más fáciles de localizar y monitorear que las personas físicas” (p. 10).

³⁶ COOPER y GORDON, 1998, p. 812.

³⁷ BRAUNER, 2008, p. 630.

Por lo expuesto, al momento de evaluar argumentos en relación con la capacidad contributiva y los tratados impositivos debemos tener presente que en la mayor parte de los casos estaremos refiriéndonos a los arts. 15 a 20 del Modelo OCDE, y 14 del Modelo de Convenio de Doble Imposición entre los Países Desarrollados y en Vías de Desarrollo de las Naciones Unidas (“Modelo ONU”). Estos no son los artículos más relevantes en lo que hace al comercio y la inversión internacional.

2.2. Residencia

Como ya mencionamos, los sistemas internos de imposición a la renta utilizan, simultáneamente en la mayor parte de los casos, dos nexos para determinar el aspecto espacial del hecho generador: residencia y fuente. Como BROOKS (2009a) manifiesta “el propósito del concepto de residencia establecido por la ley es determinar si el nexo entre una persona física o jurídica y la jurisdicción son lo suficientemente fuertes como para imponerles ciertas consecuencias legales” (p. 407). La consecuencia más relevante de la residencia es la imposición a la renta mundial dado que desde una perspectiva de equidad, las personas pertenecientes a una sociedad (residentes) deberían estar gravadas por sus rentas de fuente nacional y extranjera.³⁸ Sin embargo, este concepto de equidad es puramente interno; como manifiesta SCHÖN (2009) el “origen de este principio está fuertemente arraigado en el derecho impositivo interno y en el concepto de una relación personal entre el contribuyente y el país donde el contribuyente reside, genera la renta y consume lo ganado” (p. 72). Las justificaciones prácticas para gravar a los residentes incluyen “la superioridad de la capacidad administrativa a la hora de determinar e inspeccionar la renta...”, si bien se admite que el estado de la fuente puede estar en una mejor posición para recaudar impuestos, y la reducción en las posibilidades de elusión fiscal que genera dicha imposición sobre la renta mundial.³⁹ Además de la imposición en base a la renta mundial, que puede estar ausente en algunos sistemas impositivos, denominados ‘territoriales’, o en muchos sistemas impositivos bajo ciertas

³⁸ Por ejemplo, SCHÖN (2009) manifiesta que “cualquier imposición que pretenda medir la capacidad contributiva completa de una persona tenderá hacia la imposición en base a la residencia, dado que este concepto no distingue entre diferentes fuentes de renta e incluye tanto rentas y gastos nacionales, como extranjeros” (p. 71). En el mismo sentido, SHAVIRO (2014a) manifiesta que “después de todo, si uno quiere medir qué tan bien están para determinar cuánto impuesto deberían pagar, no hay razón para ignorar la renta generada en el extranjero” (p. 1269).

³⁹ ROIN, 1995, p. 1762.

circunstancias, los residentes en general tienen normas impositivas específicas.⁴⁰

El concepto de residencia bajo los tratados, en general, se basa en la definición del derecho interno, es decir, los beneficios del tratado se otorgan a residentes de acuerdo con la definición establecida en el derecho interno. Sustancialmente, la residencia implica una conexión o vínculo con un país que puede resultar en que la persona sea sujeta a una imposición global,⁴¹ aunque la categoría específica de renta no esté sujeta a imposición.⁴² Estamos de acuerdo con VANN (2009) en el sentido de que ‘sujeto a imposición’, no debería interpretarse como exclusivamente refiriéndose a la imposición en base a la renta mundial, sino que debería incluir otras características que pueden ser relevantes en los diferentes sistemas impositivos internos para distinguir entre residentes y no residentes, “como el derecho a gastos personales o créditos, etcétera, la alícuota de imposición y la imposición a la renta neta versus la renta bruta...” (p. 233). De otro modo, los sistemas impositivos que utilizan un único aspecto espacial para todos los contribuyentes, los sistemas territoriales, no tendrían beneficiarios de los tratados. En algunos casos extremos, los beneficios del tratado fueron concedidos a personas que no estaban potencialmente sujetas a ningún impuesto porque el país no tenía un impuesto a la renta.⁴³

Teóricamente, las normas relativas a la residencia de las personas físicas de un país establecen una categoría de personas con una co-

⁴⁰ Véase más abajo VANN, 2009, p. 233.

⁴¹ WHEELER (2012) manifiesta que “existe una escala de no imposición, que va desde el uso de pérdidas o gastos personales para reducir la boleta tributaria a cero, pasando por la exoneración de un tipo específico de renta, una exoneración de rentas provenientes de ciertas actividades y una exoneración a ciertos tipos de personas, hasta la exclusión completa de la persona del alcance del sistema tributario”, y “uno de los problemas interpretativos del Modelo OCDE actual es en qué punto de esa escala una persona deja de ser ‘sujeta a impuestos’ y por lo tanto no tiene derecho a la protección del tratado” (pp. 7 y 8).

⁴² WARD *et al.*, 1996, p. 422 y VOGEL, 1996, p. 229.

⁴³ Income Tax Appellate Tribunal (2009), ITO vs. Mahavirchand Mehta, <https://indiankanoon.org/doc/199126583/>; Income Tax Appellate Tribunal (2006), Assistant Director of Income Tax vs. GREEN Emirate Shipping & Travels, <https://indiankanoon.org/doc/746512/>; entre otros. Otras discusiones se vincularon a la aplicación de los tratados impositivos a entidades transparentes bajo el Modelo OCDE anteriores a 2017, en el caso donde una entidad tenía el factor de conexión para la imposición en base a la residencia en el país de la residencia y bajo la ley de dicho país la entidad no era considerada una persona, pero bajo la ley del país de la fuente sí era considerada una persona (véase VOGEL, 1997, p. 95 y LANG, 2000, p. 38).

nexión personal fuerte con dicho país, y que por lo tanto deberían contribuir a financiar los gastos públicos de acuerdo con su capacidad contributiva. MUSGRAVE (2001) establece dos razones adicionales para gravar la renta mundial de los residentes, los “residentes deben pagar impuestos a cambio de los derechos y privilegios que reciben como residentes...” y el principio del beneficio, “como un pago por los beneficios en la mejora en la producción proporcionada por el país de la residencia a sus propios factores productivos antes de que sean transferidos al extranjero” (p. 1336).⁴⁴ No hay un criterio único de residencia de personas físicas, de hecho, los países adoptan más de un criterio. Los criterios para establecer la residencia de las personas físicas en los diferentes países se pueden clasificar de la siguiente manera: un número de días en el territorio de un país, en general 183 días; conceptos del Derecho Civil, tales como domicilio y nacionalidad;⁴⁵ hechos y circunstancias personales, como la vivienda permanente, las relaciones personales y la actividad económica; la mayor parte de los países tiene normas específicas para miembros diplomáticos y consulares;⁴⁶ e inversiones en un país con ciertas características, en general por encima de un monto determinado. Como podemos ver,

⁴⁴ En el mismo sentido, GRAETZ (2003) establece que puede argumentarse que gravar a los residentes y nacionales también refleja la noción de que otorgan “importantes beneficios (por ejemplo, infraestructura empresarial legal y técnica, protección militar, el pasaporte y servicios de embajada) por los que los residentes y ciudadanos deberían pagar, independientemente del lugar donde se genere la renta” (p. 15). Asimismo, SCHÖN (2009) manifiesta que el principio del beneficio también justifica la imposición en el país de la residencia dado que “en primer lugar, siempre habrá alguna actividad económica en este país (por ejemplo, la sede central) que goza de los bienes públicos de dicho país –en esta medida, el país de la residencia también es un país de la fuente–; en segundo lugar, un contribuyente persona física también aprovechará algunas de las facilidades otorgadas por las instituciones gubernamentales en su vida privada (educación, seguridad pública, instituciones culturales, etcétera)” (p. 75).

⁴⁵ Parte de la doctrina considera que la nacionalidad es un criterio diferente a la residencia. Hacemos notar, sin embargo, que muchos de los criterios para determinar la residencia no entran en el concepto estricto de residencia, notoriamente la residencia de las sociedades. Por otro lado, entendemos que el concepto de residencia del art. 4.1 del Modelo OCDE incluye a la nacionalidad como un “criterio de similar naturaleza”. SCHÖN (2009) manifiesta que “desde el punto de vista de la pertenencia política se puede discutir si la mera nacionalidad de una persona física justifica un impuesto a la renta en caso de que ni la residencia ni las actividades económicas tengan vínculo alguno con su país de nacionalidad. Sin embargo, la nacionalidad le ofrece al contribuyente algunos derechos fundamentales, como la protección diplomática y el derecho a volver a su país...”, y que un argumento similar se puede hacer respecto de la imposición a la renta mundial de las sociedades en el lugar de su constitución (p. 91).

⁴⁶ VANN, 1998, pp. 729-731.

algunos de los criterios para determinar la residencia de las personas físicas no implican una conexión fuerte con un país, tal como el último criterio señalado.

Desde una perspectiva práctica, las personas físicas deben perder su residencia en otros países para obtener los beneficios de la residencia en un país con normas laxas de residencia. En cierta medida, la norma de desempate de doble residencia bajo los tratados,⁴⁷ protege la potestad impositiva del país donde la persona física tiene una conexión sustancial. No es clara la razón por la cual el país donde una persona física tiene su 'vivienda permanente' tiene precedencia sobre el lugar donde una persona física tiene sus 'intereses vitales'. El Comentario OCDE solo establece que el país donde la persona física tiene su vivienda permanente será suficiente en la mayor parte de los casos para resolver el conflicto (art. 4, párr. 12). Por otro lado, aunque hoy en día pueden haber dificultades prácticas para que una persona física cambie su residencia, dado que para muchas personas los beneficios impositivos serán escasos o inexistentes⁴⁸ o por razones personales no están dispuestos a mudarse a otro país, ya desde el año 1977 el Comentario OCDE establece una situación de abuso en relación a una persona física que cambia su vivienda permanente a otro país, pero mantiene sus intereses económicos en el país de origen, para obtener los beneficios del tratado (art. 1, párr. 56). Consideramos que, al menos antes de la cláusula de propósito principal, incluida en el art. 29.9 del Modelo OCDE 2017, los beneficios del tratado no podían negarse en esta situación. Aun bajo esta disposición, es altamente cuestionable que se puedan negar los beneficios del tratado, dado que probablemente se considere que el beneficio está de conformidad con el objeto y propósito del art. 4.3 del Modelo OCDE. Si el lugar de la vivienda permanente no es la conexión más sustancial, debería cambiarse su prioridad bajo la norma de desempate para casos de doble residencia.⁴⁹

⁴⁷ Art. 4.3 del Modelo OCDE.

⁴⁸ Las personas físicas con altos ingresos no son los únicos que pueden beneficiarse de un cambio de residencia. Por ejemplo, los jubilados y pensionistas tienen el incentivo de cambiar su residencia bajo el art. 18 del Modelo OCDE a un país que no grave las pensiones y jubilaciones recibidas de instituciones extranjeras.

⁴⁹ El Comentario OCDE establece que 'acuerdo o transacción' bajo la cláusula de propósito principal incluye la calificación de una persona como residente de un estado contratante (art. 29, párr. 177), si bien el ejemplo se establece respecto de una persona jurídica.

La aplicación del concepto de residencia a las personas jurídicas ha sido extensamente criticada por la doctrina.⁵⁰ Asimismo, GRAETZ (2003) observa que “muchos analistas han argumentado que el concepto de residencia aplicado a las sociedades se está convirtiendo en un sin sentido en la práctica, dado que las grandes multinacionales se están transformando en ‘apátridas’ en el sentido de que los accionistas, los empleados, las actividades económicas, y la renta están cada vez más esparcidas alrededor del mundo, más que concentrados predominantemente en un solo país” (p. 16). En efecto, al igual que la imposición a las sociedades en general, la imposición a la renta mundial de las sociedades residentes no tiene una justificación bajo el principio de capacidad contributiva a no ser que las personas físicas accionistas o socios⁵¹ sean residentes del mismo país. Sin embargo, ningún país determina la residencia de las sociedades exclusivamen-

⁵⁰ En este sentido, podemos señalar a los siguientes autores: “En el caso de las sociedades, la idea de residencia es mayormente un esfuerzo de ponerle carne a la ficción, de encontrar sustancia económica y política en un mundo ocupado por delicadezas legales” (GRAETZ, 2001, p. 320); “Las sociedades, de hecho, no residen en ningún lugar. No tienen un domicilio, un hogar, un lugar espacial o hábito de vida que pueda describirse con la palabra ‘residencia’” (COUSIN, 2002, p. 22); “Cuando observamos a la sociedad como la forma legal de un negocio análogo a la forma no societaria de un establecimiento permanente y cuando observamos el impuesto a la renta de las sociedades como un medio de implementar la imposición en la fuente, el principio de capacidad contributiva no tiene lugar; la sociedad es más el objeto que el sujeto de imposición y la perspectiva mundial parece estar faltando” (SCHÖN, 2009, p. 75); “En este contexto, la coherencia del concepto es cuestionable... las sociedades no tienen una identidad física, ni son entidades singulares... la sociedad abarca a los directores, accionistas, administradores, empleados, activos, clientes y una infinidad de vínculos, que pueden estar esparcidos a lo largo del mundo” (BROOKS, 2009a, 407); “La sociedad es solo un pedazo de papel, y es fácil para un accionista hacer muchos pedazos de papel. Si cada uno de estos pedazos de papel se acepta como un actor independiente bajo las leyes tributarias, las posibilidades para manipular esas leyes obteniendo renta en entidades extranjeras son innumerables” (ROSENBLOOM, 2011, p. 6); y, “¿Cómo puede una abstracción, como lo es una entidad legal definida por pedazos de papeles, tener una verdadera ‘residencia’ en el mismo sentido que tiene una persona de carne y hueso?” (SHAVIRO, 2014b, p. 33). COUSIN (2002) considera que “el problema es cómo definir un factor de conexión sustancial para gravar a las entidades en base a la residencia y cómo elegir entre los potenciales factores de conexión” (p. 22). Sin embargo, KANE manifiesta que “como las entidades son ficciones legales, dichas normas [determinando la residencia] indefectiblemente van a ser arbitrarias” (p. 313).

⁵¹ Contrariamente, MUSGRAVE (2001) considera que “si bien el concepto de equidad es más fácil aplicarlo a las personas físicas, la sociedad es una parada esencial a mitad de camino para la renta de fuente extranjera que fluye a los accionistas que son personas físicas residentes y por lo tanto debería estar sujeta a principios similares de imposición” (p. 1339).

te a partir de la residencia de los accionistas o socios, sino que utilizan otros criterios como el lugar de constitución, el domicilio social, el lugar de dirección efectiva, el lugar de actividad principal, entre otros. GRAETZ (2016a) hace notar que, en el período de formación del Derecho Tributario Internacional, “la residencia de una sociedad era en general fija, y había poca diferencia si uno miraba al lugar de constitución, al lugar de dirección y control, al lugar de localización de la mayor parte de los empleos y activos, o a la residencia de los accionistas de la sociedad para determinar la residencia: los cuatro en general daban la misma respuesta” (p. 264). Hoy en día, en general la doctrina considera que la residencia de las sociedades es un criterio formal y altamente manipulable.⁵²

Muchas razones se han dado para justificar la imposición a la renta mundial de las sociedades. Por un lado, como apoyo a la imposición a la renta mundial de las personas físicas residentes, dado que de otro modo éstas podrían evitar el impuesto a la renta de fuente extranjera constituyendo una sociedad. Aunque se pudiera trazar una línea divisoria entre las sociedades controladas por personas físicas residentes y no residentes a esos efectos, SCHÖN (2009) considera que es cuestionable que de hecho se deba trazar, porque “si uno introduce la imposición territorial para las subsidiarias controladas por extranjeros, es difícil justificar la imposición a la renta mundial de las sociedades nacionales”, así como las distorsiones que causaría el incremento en la obligación tributaria de la venta de una sociedad controlada por personas físicas no residentes a una controlada por residentes si la regla no fuera seguida por todos los países (p. 109). Finalmente, se justifica en base al “propósito distributivo de transferir recursos netos de los extranjeros a las personas físicas residentes, si los primeros pueden ser inducidos a cargar con reales (y no meramente nominales)

⁵² La movilidad de las sociedades es “prácticamente ilimitada” y “el vínculo entre una entidad y su país de residencia es... frecuentemente una cuestión enteramente formal” (ROSENBLOOM, 1983, p. 774). GRAETZ (2001), manifiesta que “la fragilidad y manipulabilidad de la residencia de las sociedades hace pensar que la política tributaria internacional de Estados Unidos debería reducir las consecuencias tributarias de las determinaciones de residencia de sociedades” (p. 323). SCHÖN (2009) considera que “la base fáctica para identificar la residencia de las sociedades se está gradualmente erosionando”, dado que “es mucho más fácil para las sociedades que para las personas físicas mover su residencia” y, “las funciones de dirección central y otros indicadores de la residencia de las sociedades pueden ser más fácilmente divididos entre diferentes jurisdicciones, aumentado de ese modo la probabilidad de sociedades con doble residencia” (pp. 69 y 70). Considera que esto último debilita la suposición de que “el lugar de dirección central puede funcionar como un punto inicial significativo para la atribución mundial de las ganancias de las actividades de empresas multinacionales” (p. 70)

cargas tributarias por la razón de valorar la inversión en el país de uno o la utilización de sociedades que son residentes del país”.⁵³

La mayor parte de los países operan como un sistema territorial respecto de rentas empresariales derivadas por sociedades, no gravando dicha renta, exonerándola bajo ciertas circunstancias, exonerando los dividendos recibidos de rentas activas,⁵⁴ o permitiendo el diferimiento indefinido de dichas rentas. MAISTO (2010) manifiesta que “la tendencia es moverse al método de la exoneración en relación a las rentas empresariales de fuente extranjera”, “pero la mayor parte de los países solo pretenden otorgar la exoneración respecto de las rentas empresariales activas de fuente extranjera obtenidas a través de una sociedad extranjera controlada, mientras que son reacios a otorgar la exoneración en relación a rentas empresariales activas de fuente extranjera obtenidas a través de establecimientos permanentes en el extranjero” (p. 347). La razón por la cual no se exoneran las rentas empresariales obtenidas a través de establecimientos permanentes es que “involucra muchas dificultades prácticas...” (idem). Este desarrollo ha hecho que fuente y residencia no sean fácilmente distinguibles en el caso de rentas empresariales de sociedades.

El problema de la residencia de las sociedades bajo los tratados impositivos ha sido trabajado por la OCDE en relación a la ‘compra de tratados’.⁵⁵ En 1988, un informe de la OCDE trató el tema de las sociedades conducto (OCDE, 1988) y como resultado, en el año 1992, se incluyeron al Comentario OCDE un conjunto de cláusulas específicas

⁵³ SHAVIRO, 2014c, p. 5.

⁵⁴ Sin embargo, en muchos casos solo el 95% de los dividendos recibidos se exonera, el restante 5% se “pretende que sea un sustituto por el desconocimiento de deducciones correspondientes a gastos incurridos para generar rentas de fuente extranjera exentas” (House Ways and Means Committee en SHAVIRO, 2014, p. 188). Este movimiento hacia la exoneración no implica que antes de ser adoptada los países gravaran efectivamente las rentas mundiales de las sociedades. Por ejemplo, en el caso del Reino Unido, las “sociedades, si bien operaban nominalmente bajo un sistema de diferimiento... no tenían resultados ‘atrapados’ en el exterior –al menos en la medida en que podían prestar las utilidades al Reino Unido sin verificar el hecho generador del impuesto–” (ALTSHULER, SHAY y TODER, 2015, p. 20). HEARSON (2016a) manifiesta que la adopción de esta exoneración por el Reino Unido “fue expresamente justificada por el gobierno como una manera de atraer y retener sedes centrales...” (p. 33).

⁵⁵ La compra de tratados se refiere “a la práctica de algunos inversores de tomar prestado un tratado impositivo constituyendo una entidad (en general una sociedad) en un país que tenga un tratado impositivo favorable con el país de la fuente –el país donde se va a realizar la inversión y la renta en cuestión va a ser obtenida–” (ROSENBLOOM, 1994, p. 83).

de limitación de beneficios.⁵⁶ Adicionalmente, la OCDE estableció una interpretación cuestionable de la segunda frase del art. 4.1 del Modelo OCDE, excluyendo del concepto de residencia a las “sociedades controladas por extranjeros exoneradas de impuestos en relación a sus rentas de fuente extranjera en virtud de beneficios diseñados para atraer sociedades conducto” (párr. 8.2, art. 4). Esta interpretación es cuestionable porque el concepto de residencia bajo los tratados no puede reconciliarse con una exclusión sujeta a ‘beneficios diseñados a efectos de atraer sociedades conducto’, y sin perjuicio de que la disposición originalmente se estableció a los efectos de contemplar la situación particular de los cargos diplomáticos y consulares. El reconocimiento de la escasa relevancia del concepto de residencia de sociedades se dio con el Proyecto BEPS y la subsiguiente adición al Modelo OCDE de una cláusula general de Limitación de Beneficios (“LOB”),⁵⁷ así como la inclusión de esta disposición en muchos tratados impositivos como resultado de la Convención Multilateral para Implementar Medidas Tributarias relacionadas a Tratados para Prevenir BEPS (“MLI”). En el caso de entidades, la residencia no es más la condición para tener acceso a los beneficios del tratado, la residencia debe complementarse con alguna de las pruebas establecidas en la cláusula LOB.⁵⁸ Aunque las sociedades residentes no verifiquen ninguno de los criterios de la cláusula LOB tienen derecho, sin embargo, a los ajustes de precios de transferencia y al procedimiento amistoso, así como al procedimiento amistoso en el caso de doble residencia. Si bien en la mayor parte de los casos la residencia “es un agregado que no establece ninguna sustancia significativa”,⁵⁹ la residencia se sigue requiriendo porque los sistemas impositivos de derecho interno se basan en un concepto de residencia que difiere de los criterios establecidos en la cláusula LOB.

Un tema controvertido es la distinción entre subsidiarias y establecimientos permanentes que realizan los tratados en relación con el otor-

⁵⁶ Estas cláusulas se eliminaron en el Comentario OCDE 2017 por la inclusión en el Modelo OCDE de la cláusula LOB (art. 29).

⁵⁷ Para un desarrollo del origen y propósito de esta cláusula véase VIANA, 2017, pp. 768-791.

⁵⁸ “El supuesto que subyace a cada una de estas pruebas es que el contribuyente que satisfaga los requisitos de cualquiera de ellas probablemente tenga un propósito de negocios real para la estructura que adoptó, o tenga un nexo suficientemente fuerte con el otro estado contratante (por ejemplo, una persona física residente) que justifique los beneficios aun en ausencia de una conexión empresarial, y ese es el propósito de negocios o conexión que sobrepasa cualquier propósito de obtener los beneficios del tratado” (BERMAN y VÉLEZ DELGADO, 2012, p. 501).

⁵⁹ VANN, 2009, p. 266.

gamiento de beneficios bajo los tratados. La doctrina ha observado el tratamiento similar de ambos bajo las disposiciones de estos. Por un lado, el criterio de conducción activa de una empresa establecido en la cláusula LOB es similar a un criterio de establecimiento permanente, y algunas de las acciones BEPS han aproximado más dichos conceptos, aproximando las Guías de Precios de Transferencia de la OCDE al Abordaje Autorizado de la OCDE, al recomendar alinear “las operaciones reales de modo de que cambiar los riesgos de un país a otro simplemente mediante la firma de un contrato no sea más posible”,⁶⁰ así como la posibilidad de aplicar las normas de Sociedades Extranjeras Controladas (“CFC”) bajo los tratados en virtud de la nueva cláusula de salvaguarda.⁶¹ El estatus de ‘cuasirresidencia’ del establecimiento permanente en los tratados se puede ver en muchas disposiciones: “normas de fuente basadas en la residencia del pagador con una excepción para establecimientos permanentes (intereses bajo el Modelo OCDE, frecuentemente regalías, pero no dividendos)”; “casos triangulares que involucran establecimientos permanentes que reconocen que el establecimiento permanente puede obtener ingresos cuya fuente es un tercer país sujetos a imposición en el país del establecimiento permanente...”; “normas de no discriminación aplicables a establecimientos permanentes”; y, “el sistema de exención de los beneficios empresariales atribuibles al establecimiento permanente por parte del país de la residencia...”.⁶² Asimismo, podemos incluir el nuevo art. 29.8 del Modelo OCDE donde los beneficios en el país de la fuente no son concedidos si la renta es atribuible a un establecimiento permanente en un tercer país y se cumplen ciertas condiciones.⁶³

SCHÖN (2009) manifiesta que “el hecho de que el concepto de establecimiento permanente, referido a un ‘lugar fijo de negocios’, o a ‘funciones de personas clave’, no solo haya sobrevivido por razones prácticas o políticas por tanto tiempo, sino que haya sido aceptado como un umbral material para la atribución de impuestos en la comunidad

⁶⁰ JIMÉNEZ, 2017, p. 426.

⁶¹ Art. 1.3 del Modelo OCDE.

⁶² VANN, 2003, p. 144.

⁶³ AVERY JONES (1999) observó que en estas situaciones parecería que uno estuviese mirando al tratado equivocado (p. 27). Una diferencia importante en el Modelo OCDE es que el país de la fuente tiene derecho a gravar las rentas correspondientes a dividendos, pero no puede aplicar un impuesto a las sucursales en virtud de los arts. 10.5 y 24.3 del Modelo OCDE. Sin embargo, el autor considera que un impuesto a las sucursales que grave la remisión de utilidades no se encontraría incluido en estas disposiciones y que podría ser aplicado bajo el art. 21.3 del Modelo ONU (véase VIANA, 2014).

tributaria internacional bien puede tener otro antecedente: una analogía implícita a la imposición en base a la residencia” (p. 104). Concluye que este tratamiento de ‘hipotética subsidiaria’ y el hecho de que se otorgue una especie de ‘ilimitada imposición’ restringida al país del establecimiento permanente “solo puede explicarse si consideramos que el establecimiento permanente actual mezcla la distinción entre la imposición en la fuente y en la residencia” (p. 105). Por su lado, VANN (2003) considera que la imposición a los establecimientos permanentes es vista mejor en el mundo desarrollado como un concepto de apoyo a la residencia de las sociedades, debido a “la falta de solidez de las normas de residencia societaria...”, considerando que la eliminación de la potestad impositiva sobre los beneficios empresariales en la fuente, tendría consecuencias negativas para dichos países desarrollados por el margen de planificación fiscal que otorga la residencia societaria, con la probable consecuencia de un cambio de residencia de las grandes multinacionales a países de baja o nula imposición (pp. 147 y 148).

Una subsidiaria y un establecimiento permanente no solo son diferentes desde el punto de vista del derecho privado,⁶⁴ sino que son tratados de manera diferente en la mayor parte de los sistemas tributarios. Como hemos señalado, muchos países exoneran las rentas activas obtenidas por subsidiarias extranjeras, pero no por establecimientos permanentes, y cuando no están exentas, las rentas activas de subsidiarias extranjeras generalmente se gravan cuando se distribuye un dividendo o se venden las acciones, salvo que apliquen normas CFC, mientras que las rentas de establecimientos permanentes generalmente se gravan cuando se devengan. Además, el cómputo de las pérdidas incurridas en el extranjero puede ser posible para establecimientos permanentes, pero no para subsidiarias, y los dividendos provenientes de estas últimas pueden tener derecho a un crédito fiscal subyacente. Si bien se puede justificar que los beneficios de los tratados impositivos deberían extenderse a establecimientos permanentes, algunos problemas pueden surgir derivados de: diferencias en el derecho impositivo interno respecto del tratamiento de subsidiarias y establecimientos permanentes, doble beneficiarios en situaciones triangulares, el problema de los subestablecimientos perma-

⁶⁴ “No pueden haber contratos legalmente obligatorios entre el establecimiento permanente y otras partes de la empresa; no puede haber una propiedad separada de los bienes del establecimiento permanente con su casa matriz; no pueden haber pagos entre el establecimiento permanente y su casa matriz porque los fondos pertenecen legalmente en todo momento a la misma persona; y estrictamente hablando, no pueden realizarse ganancias en virtud de cualquier operación entre el establecimiento permanente y su casa matriz” (BAKER y COLLIER, 2006, p. 26).

nentes⁶⁵ quizá deba discutirse, la eventual aplicación de los arts. 10 a 12 del Modelo OCDE, y el concepto mismo de establecimiento permanente, que no es uniforme en los tratados impositivos.

El propósito de esta subsección fue introducir los problemas de la residencia de sociedades. En general, se reconoció en el Modelo OCDE que el concepto de residencia de sociedades no tiene un significado sustancial, y puede decirse que el acceso a los beneficios de las entidades basado en este concepto se eliminó. Si bien el Comentario OCDE otorga la opción de incluir exclusivamente la prueba de propósito principal del art. 29.9 (art. 29, párr. 1), en ese caso, su aplicación a casos de compra de tratados en dicha circunstancia parece indiscutible en virtud del nuevo preámbulo al Modelo OCDE. En esta situación, podemos prever que la propiedad (respecto personas físicas residentes), los beneficios derivados y la prueba de conducción activa de una empresa van a ser relevantes. Sin embargo, no puede preverse los umbrales que puedan aplicarse a estos criterios ni el tratamiento que se otorgará a las sociedades abiertas.

2.3. Fuente

Si bien el nexo de la residencia puede estar ausente en algunos sistemas impositivos internos, todos los sistemas de imposición a la renta tienen el nexo de la fuente. Las normas de fuente determinan las condiciones bajo las cuales una categoría específica de renta se considera que se genera en un país y entonces se grava.⁶⁶ No hay un concepto sustancial de fuente que pueda extraerse de las normas de fuente en los diferentes sistemas impositivos internos, diferentes normas de fuente son usadas para una misma categoría de renta, aun dentro de un mismo sistema impositivo. COUSIN (2002) observa que “la fuente de la renta puede ser lo que la produce, desde dónde viene o quién la paga” (p. 6), si bien las normas de fuente pueden vincularse a otras circunstancias.⁶⁷

⁶⁵ Véase VAN RAAD, 1992.

⁶⁶ En uno de sus trabajos, SHAVIRO (2014b) utiliza el término ‘fuente’ como comprendiendo “clasificar un elemento de renta bruta como de fuente nacional o extranjera”; “determinar si una deducción reduce renta bruta de fuente nacional o fuente extranjera”; o “para un grupo multinacional de sociedades vinculadas, determinar cómo su renta global se divide a efectos impositivos entre miembros nacionales y extranjeros del grupo”, en virtud de la interrelación entre éstos (p. 36). Nosotros utilizamos el concepto de fuente como comprendiendo solamente la primera y la tercera de las cuestiones, las que veremos de manera separada.

⁶⁷ KEMMEREN (2006) sostiene que la fuente no es un concepto claramente definido, “por ejemplo, se refiere al estado en donde los bienes tangibles o intangibles están situados o son usados, en donde los servicios se desarrollan, que es afectado por

La doctrina ha tratado de encontrar justificaciones teóricas para la imposición en el país de la fuente bajo un impuesto a la renta, principalmente bajo el principio del beneficio y de rentas económicas. El principio del beneficio puede resumirse en la justificación de ADAMS para gravar a las empresas en el país de la fuente, “una gran parte del costo del gobierno se puede identificar con la necesidad de mantener un ambiente empresarial adecuado... Las empresas son responsables de gran parte del trabajo de los tribunales, la policía, los bomberos, el ejército y la marina. Nuevas empresas crean nuevas tareas, implican más gasto público... La relación entre las empresas privadas y los costos del gobierno es indeterminada... Sin embargo, la conexión es real... Las empresas deben ser gravadas porque cuesta dinero mantener el mercado y esos costos deberían distribuirse entre todos los beneficiarios del mercado”.⁶⁸ En relación a la rentas pasivas “el razonamiento es más difícil de ver... si bien sigue existiendo un apoyo en el buen funcionamiento de la sociedad, la voluntad de los tribunales de ejecutar demandas por incumplimiento de deudas, licencias y similares”.⁶⁹ La justificación de la imposición en el país de la fuente basada en el principio del beneficio ha recibido las mismas críticas que cuando fue aplicado a nivel de derecho interno: la imposibilidad de determinar una relación entre la imposición a la renta y los beneficios recibidos,⁷⁰ y de determinar y valorar cómo personas específicas se benefician de “bienes (públicos) que son financiados de rentas generales...” dado que “son de carácter indeterminado y general y su

los servicios, en donde se firma el contrato, en donde el contrato se ejecuta, en base a la ley que rige el contrato, en base al lugar en que se vincula la identidad del contribuyente, al lugar donde se sitúa el contribuyente, desde donde se realizó el pago, o que paga los gastos” (p. 432).

⁶⁸ En GRAETZ y O’HEAR, 1997, p. 1036. MUSGRAVE (2001) considera que la imposición en la fuente “permite a un país participar en las ganancias de los factores de producción que operan dentro de sus fronteras; las ganancias que se generan juntamente con sus propios factores de producción, ya sea en virtud de recursos naturales, de una fuerza laboral educada y/o de bajo costo, o de la proximidad de un mercado. La recaudación así obtenida puede pensarse como un retorno correspondiente al arrendamiento de estos factores complementarios a los inversores no residentes o trabajadores temporarios, o dicha imposición puede pensarse en términos de beneficio, como un pago *quid pro quo* por los costos reducidos, aumento de las ganancias de los servicios provistos por el país receptor” (pp. 1341 y 1342).

⁶⁹ REINHOLD, 2004, p. 666.

⁷⁰ Como manifiesta GREEN (1993) “la renta de una persona jurídica depende significativamente del resultado de los riesgos empresariales que asume, mientras que los costos que la misma impone al país receptor son generalmente independientes de dichos resultados” (p. 30).

influencia en la producción de la renta por el contribuyente no puede medirse directa o indirectamente”, así como la distinción de la parte de los bienes públicos que “se utiliza con fines redistributivos...”.⁷¹

Respecto de la segunda justificación, el no residente puede generar rentas económicas puras, o rentas específicas locativas, rentas que no puede obtener en otros países, “sacando provecho de una característica específica de un país”, tales como recursos naturales o un gran mercado (GREEN, 1993, p. 30). Sin embargo, GREEN observa que “esto no justifica un impuesto a la renta de las sociedades en la fuente” dado que “el impuesto a la renta de las sociedades no distingue entre rentas específicas del lugar y el retorno normal de capital o rentas que son específicas de una multinacional y no de un país” (pp. 30 y 31). Por otro lado, las discusiones de la OCDE en torno a un acuerdo multilateral respecto a la imposición a la economía digital puede verse como parcialmente adoptando esta justificación para distribuir la potestad tributaria entre las jurisdicciones.⁷² Sin embargo, por un lado, la OCDE solo atribuye un porcentaje menor de la ganancia residual al país de mercado, e igualmente importante, la ganancia se computa a nivel global, y, por lo tanto, independientemente de las rentas económicas generadas en un mercado específico. Las razones prácticas para la imposición en la fuente incluyen las siguientes: el país de la fuente está en una mejor posición para hacer cumplir el impuesto a la renta, por ejemplo, mediante impuestos vía retención;⁷³ el país de la fuente tiene la potestad de gravar y hay poco que puedan hacer los no residentes excepto renunciar a las oportunidades comerciales;⁷⁴ y, si los no residentes no fueran gravados, los residentes “percibirían el sistema tributario como injusto...”.⁷⁵

⁷¹ SCHÖN, 2009, p. 76. Defendiendo el principio de capacidad contributiva, SELIGMAN manifestó que “pagamos impuestos no porque obtenemos beneficios del estado, pero porque es tanto nuestro deber apoyar al estado como apoyarnos a nosotros o a nuestras familias; en breve, el estado es una parte de nosotros mismos” (en DAGAN, 2018, pp. 18 y 19). En el mismo sentido, DAGAN (2013) manifiesta que “la idea que subyace a la imposición en virtud de la capacidad contributiva parece ser que el estado ha crecido de forma tan particular y significativa que ya no es factible, y más aun, ya no es importante, medir los niveles de servicios provistos por el estado a cada persona física” y “entonces, los contribuyentes deben pagar su parte (siendo el estándar establecido ‘igual sacrificio’) en financiar al fisco público, simplemente porque son parte de un grupo” (p. 60).

⁷² Véase OCDE, 2020a y 2020b.

⁷³ GREEN, 1993, p. 31.

⁷⁴ REINHOLD, 2004, p. 666.

⁷⁵ Idem. Véase, asimismo, *supra* nota 32.

La imposición en la fuente ha sido criticada por no tener justificación dentro de un impuesto a la renta, dado que el impuesto a la renta debe recaer sobre la totalidad de la renta de una persona, no parcialmente en el lugar donde la renta tiene su fuente.⁷⁶ AULT (2013) manifiesta que “el problema básico es que no hay un contenido económico real a la noción de fuente de la renta; solamente es una obligación tributaria que no está basada en las características personales de quien recibe la renta sino en alguna actividad u operación que tienen alguna conexión con la jurisdicción” (p. 1200). Encontramos este razonamiento problemático porque comienza con un impuesto a la renta ideal que, como vimos en la subsección 2.1, está lejos de la realidad. Adicionalmente, la capacidad contributiva establece una justificación teórica para establecer el monto de la obligación tributaria de una persona, pero no es un principio de distribución de la recaudación impositiva entre los países.⁷⁷

En relación a esto último, como dijo ADAMS, “el impuesto a la renta es en realidad algo dual: en primer lugar, recae sobre las personas

⁷⁶ AULT (2013) considera que “desde el punto de vista teórico, la renta es una característica de las personas” (p. 1200). Continúa manifestando que “uno bien puede argumentar que las normas internacionales aplicables en esta área son más el resultado de preocupaciones relativas a la administración y cumplimiento que a algún principio económico” (idem). Sin embargo, KANE (2015) advierte que “uno puede decir sin problema que la renta tiene su fuente en cierta jurisdicción casi del mismo modo en que una persona física puede ser localizada geográficamente en una jurisdicción para aplicar la norma de la residencia” (p. 315). Considera que “al menos como se interpreta hoy en día, la función básica del principio de fuente (y las normas de fuente que supuestamente reflejan este principio), es coordinar, juntamente con el principio de la residencia, obligaciones tributarias de diversas jurisdicciones” (véase en este sentido *infra* nota siguiente) y de allí que “la incoherencia de la fuente de la renta desde una perspectiva económica no sea una crítica que tenga sentido” (p. 323). BRAUNER (2014b) hace notar que la “fuente nunca trató de exactitudes morales o económicas, sino acerca de legitimidad y practicidad: se consideró justo y por lo tanto aceptable que el país de la fuente gravara la renta generada por un esfuerzo hecho dentro de su jurisdicción” (p. 68).

⁷⁷ “La capacidad contributiva ayuda a definir la torta, pero no ayuda a cortarla” (SCHÖN, 2009, p. 73). En el mismo sentido, KAUFMAN (2001) manifiesta que, si bien está de acuerdo en que “por razones de equidad, un impuesto a la renta debería aplicar a la totalidad de la renta de una persona, independientemente de dónde la obtuvo o generó”, no está de acuerdo “en que la totalidad de la renta de un contribuyente deba necesariamente gravarse por un solo país –el país de la residencia–” (p. 1465). Por su parte, SHAY, FLEMING y PERONI (2002) manifiestan que “dado que una persona no es divisible en partes geográficas, el concepto de renta neta de Schanz-Haig-Simons solamente puede describir la renta mundial de un contribuyente. No puede distribuir esa renta mundial entre los diferentes países cuyas infraestructuras legales y económicas pueden haber contribuido a la producción de la renta” (p. 137).

físicas grosso modo de acuerdo con su capacidad contributiva; y, en segundo lugar, en el lugar donde se obtiene”.⁷⁸ Asimismo, “el derecho de una jurisdicción a gravar toda la renta que se genera dentro de sus límites geográficos es reconocido como un derecho fundamental”.⁷⁹ De hecho, desde una perspectiva práctica, todos los países que gravan la renta mundial de sus residentes, en un mayor o menor grado, eliminan la doble imposición respecto de impuestos en el país de la fuente,⁸⁰ y ningún país ha renunciado a la imposición en base a la fuente, ya sea adoptando como único criterio la residencia u otorgando créditos fiscales ilimitados. En relación a esto último, ADAMS concordó con el límite al crédito por impuestos extranjeros aprobado en 1921 por Estados Unidos, que limitó el crédito fiscal a los impuestos estadounidenses sobre las rentas de fuente extranjera, dado que “[el crédito fiscal ilimitado] por impuestos extranjeros está sujeto... a este abuso bastante grave: si los impuestos en el extranjero son superiores a nuestra alícuota, el crédito puede hacer desaparecer impuestos que equitativamente pertenecen a este país”.⁸¹ GRAETZ (2001) considera que este “comentario refleja la visión generalizada de que cada nación tiene el derecho a gravar la renta producida internamente, un derecho habitualmente ejercido a través de la imposición a la renta en base a la fuente, confirmado en el modelo original de la Sociedad de Naciones de tratados sobre impuestos a la renta, y reconfirmado por los más de 1700 tratados de impuestos a la renta bilaterales hoy en día vigentes” (p. 298). En definitiva, concordamos con SHAY, FLEMING y PERONI (2002), en el sentido de que “el derecho de los países de la fuente de gravar a las personas extranjeras respecto de sus rentas de fuente nacional tiene una base normativa sólida”, aunque “las normas de fuente que sirven como instrumento para implementar la potestad impositiva del país de la fuente y dar efecto a la adaptación de la imposición en dicho país por parte del país de la residencia carecen sorprendentemente de contenido normativo” (p. 83).

⁷⁸ En GRAETZ y O’HEAR, 1997, p. 1036.

⁷⁹ MUSGRAVE, 2001, p. 1341.

⁸⁰ “Bajo la costumbre internacional, se espera en general que el país de la residencia elimine la doble imposición si su jurisdicción en base a la residencia se superpone con la jurisdicción en base a la fuente en otro país” (ARNOLD y MCINTYRE, 2002, p. 21), costumbre, no en un sentido legal. En el mismo sentido, IRISH (1974) considera que en la medida en que todos los países desarrollados unilateralmente eliminan la doble imposición “reconocen la reivindicación primaria del país de la fuente respecto de la jurisdicción sobre la renta” (p. 306).

⁸¹ En GRAETZ, 2001, pp. 297 y 298.

Algunos economistas predijeron que en el marco de la competencia fiscal la imposición en base a la fuente se iba a extinguir, bajo el presupuesto de que, como “el rendimiento esperado por cualquier inversor se encuentra sujeto al rendimiento total en los mercados de capitales mundiales, ningún país (pequeño) ofreciendo un rendimiento inferior a la inversión iba a poder atraer inversores” y “entonces, cualquier impuesto en la fuente que redujera el rendimiento después de impuestos iba a tener que ser compensado por el país que procuraba capitales (y sus sujetos)”.⁸² Sin embargo, SCHÖN (2009) establece los siguientes motivos por los cuales esto no sucedió: “algunos son de naturaleza económica, beneficios locativos específicos en el país de la fuente donde las rentas económicas pueden gravarse sin perder eficiencia; otros son de naturaleza política, que apuntan a presiones internas de evitar la discriminación a favor de capitales (extranjeros)”; y, asimismo percibe, una ‘dependencia de trayecto’, “cualquier cambio hacia la no imposición total de la inversión extranjera en el país de la fuente implicaría una ganancia extraordinaria sin ninguna ganancia en eficiencia para la inversión (atrapada) extranjera” (p. 83).

Sin embargo, considera que el concepto de fuente se está erosionando ya que: “el libre movimiento de capital financiero en ‘tiempo real’ difícilmente alcance cualquier límite legal o tecnológico en el mundo”; “el comercio electrónico ha dejado las suposiciones duraderas acerca de la presencia económica en mayor o menor grado sin sentido”; y, “las actividades de una sola empresa frecuentemente pueden extenderse a través de las fronteras geográficas y políticas, haciendo de ese modo más y más difícil reconocer y valorar las respectivas contribuciones de diferentes unidades (legales o de hecho) de la empresa para llegar a un resultado final”⁸³ (p. 68).⁸⁴ VANN (2014a) considera

⁸² SCHÖN, 2009, p. 82.

⁸³ Debemos aclarar que esto no es una defensa del concepto de residencia, SCHÖN considera que este concepto también se está erosionando (véase *supra* nota 52).

⁸⁴ En el mismo sentido, BARKER (2010) manifiesta que “las normas de fuente son producto de un tiempo donde prácticamente todas las naciones tenían una imposición territorial, la mayoría de las naciones tenían legislación importante restringiendo la exportación de capitales, las economías nacionales eran relativamente cerradas, y la mayor parte de los sistemas de imposición a la renta eran poco sofisticados. La liberación del comercio y del movimiento de los factores ha hecho que las nociones tradicionales de imposición territorial se vuelvan obsoletas, y ha puesto una presión considerable en la capacidad de las naciones de aplicar un impuesto basado en transacciones a un vasto rango de transacciones similares. Los abordajes actuales para establecer la fuente de la renta basados en la ubicación de las cosas y hechos no pueden esperar capturar esos factores que demuestran que la renta pertenece a un país específico. Hay muchos factores que contribuyen a

que, al igual que la imposición en base a la residencia, “la imposición en la fuente está siendo cada vez más difícil de imponer como resultado de la globalización” (p. 4). En relación a las rentas pasivas, “han estado bajo presión desde hace un tiempo... en primer lugar, en general dependen de la residencia del pagador, y en el caso de un intermediario... la residencia es en cierto grado una cuestión de opción ...” y “en un mundo donde los mercados de capitales e inversiones están cada vez más globalizados es posible cambiar la fuente de la renta con un simple cambio de cartera, por ejemplo, sacando dinero de la cuenta del banco local y depositándolo en un banco extranjero” (idem). En el área de rentas activas, “el crecimiento de las empresas multinacionales significa que una parte sustancial de la actividad transfronteriza ocurre dentro del grupo multinacional” y “es entonces posible cambiar el precio o la forma de una operación lo que en general es una cuestión indiferente para el grupo cuando mueve la renta de un país a otro” (idem). De hecho, “el crecimiento de los servicios en el comercio internacional, especialmente las industrias basadas en el conocimiento, comercio electrónico e innovación financiera, ha vuelto difícil identificar dónde se genera el valor, cómo ese valor puede cotizarse y cómo los costos de financiación deberían tratarse a efectos impositivos” (idem).⁸⁵ Respecto de la distribución internacional de la potestad tributaria, que pasaremos a considerar a continuación, GRAETZ (2001) manifiesta que “si las normas de fuente tienen que servir como una

ganar un cierto pago, incluyendo el capital en todas sus formas, el trabajo, y los beneficios otorgados por los gobiernos. Es común que estos factores se encuentren identificados con normas de fuente de diferentes naciones, que se fijan en un solo aspecto de un hecho que produce la renta, necesariamente ignorando la contribución de otros factores. Consecuentemente, las normas de fuente tienen poco que ver con la conexión económica de la renta a un país. Esto ha resultado en muchos abordajes para establecer la fuente de iguales categorías de renta” (p. 672). GRAETZ (2016a) también considera que “las interdependencias entre los lugares de participantes específicos en la renta global de las empresas multinacionales desvirtúan cualquier claridad en la noción de fuente” (p. 264).

⁸⁵ Establece que “la idea subyacente de que la inversión real es relativamente estable en un lugar, de modo que esa prueba implica una norma de fuente sólida es hoy en día de validez dudosa” dado que: “el desarrollo de productos, la producción y el marketing frecuentemente se desarrollan sobre una base global”; “la producción de piezas comunes y las operaciones de ensamblaje en general son contratadas fuera del grupo y por lo tanto pueden situarse casi en cualquier lugar”; “la parte de conocimiento del proceso que en general es la que agrega mayor valor –como la investigación y desarrollo, sistemas de administración, *know how*, publicidad y campañas de venta– pueden realizarse por personas físicas situadas en cualquier lugar del mundo a opción de la multinacional”; y, “finalmente, como resultado del comercio electrónico, hasta las ventas y el marketing no precisan tiendas locales y pueden realizarse en cualquier lugar” (pp. 4 y 5).

manera de atribuir la renta equitativamente entre las naciones e incrementar el bienestar económico nacional y/o el bienestar entre los contribuyentes, deberían revisarse para tener un mejor nexo con el lugar de la actividad económica real, el lugar de los clientes, trabajadores, o activos" (p. 317).

Las normas de fuente pueden verse desde una perspectiva internacional como una manera de distribuir la potestad impositiva entre los países en cuestión, el país de la fuente y el de la residencia, considerando que la práctica internacional es que el país de la residencia elimina la doble imposición, y sin perjuicio de que las reglas de fuente entre los países pueden diferir a esos efectos. HELLERSTEIN (2005) manifiesta que "muchos creen que el propósito de la atribución de la renta es realizar una división equitativa de la renta entre los países" y consideran que no existe una verdadera fuente de la renta, o que no vale la pena intentar buscarla (p. 104). En lo que hace a la discusión entre el prorrateo por fórmulas y precios de transferencia, considera que la superioridad de la última "se basa en una premisa cuestionable, a saber, que el propósito de la atribución de la renta es determinar la 'verdadera' fuente geográfica de la renta" (idem), y que "el caso para el prorrateo por fórmulas se basa en la creencia de que la actividad económica transfronteriza se está volviendo incrementalmente integrada y que los esfuerzos para identificar la fuente de la renta que dicha actividad produce sobre una base transaccional es teóricamente cuestionable y prácticamente inadministrable" (p. 111). Las normas de distribución internacional de la potestad impositiva en general se basan en el principio del origen.

En este sentido, KEMMEREN (2006) considera que, si bien la imposición en base a la fuente quizá no pueda justificarse desde una perspectiva teórica, la imposición en base al origen, sí (p. 433). La potestad impositiva "está basada en una relación económica con el estado en cuestión...", "la renta se produce si una persona utiliza el factor o factores de producción trabajo, o adicionalmente al trabajo, capital" (p. 431). Considera que la pertenencia política "es una base insuficiente para ejercer la potestad impositiva respecto de la producción de la renta y la posesión de capital porque la pertenencia política no produce la renta, ni establece o conserva el capital" (p. 431).⁸⁶ De ese modo, "la imposición a la renta debería vincularse lo más posible con esta utilización y por lo tanto al lugar (territorio) donde esos fac-

⁸⁶ Manifiesta, asimismo, que "como residir es una manera de consumir la renta, pero no de producirla, el estado de la residencia debería tener derecho a imponer un impuesto al consumo, pero no a la renta" (p. 434).

tores se utilizan (principio de la territorialidad)” (idem). A su entender “el lugar de origen de la renta de una persona es el lugar donde desarrolla la actividad que produce la renta” (p. 434).⁸⁷ El lugar del origen de los dividendos, beneficios empresariales y ganancias de capital sobre acciones sería donde “la empresa de la persona desarrolla las actividades empresariales sustanciales” (p. 447); de los intereses y las regalías donde el deudor o licenciataria produce la renta para pagarlos (pp. 449 y 450); y de los servicios “donde la persona física que los presta se encuentra físicamente presente” (p. 447). Sin embargo, como ya se dijo, muchos han notado la dificultad de determinar el país donde se produce la renta por la integración internacional de la actividad empresarial. Además, las normas para establecer la fuente de las rentas pasivas basadas en el lugar donde se desarrolla la actividad tienen dificultades prácticas. Por otro lado, la economía digital implica un uso intensivo de la infraestructura del país de mercado, y, por lo tanto, el lugar del origen puede no reflejar el lugar donde se produce valor, salvo que se considere capital el uso de la infraestructura de comunicaciones y financiera de un país.

En los años cincuenta y sesenta la doctrina latinoamericana sostuvo la imposición exclusiva en el estado de la fuente como principio de Derecho Internacional,⁸⁸ si bien en los años sesenta esto se atenuó.⁸⁹ La justificación de este principio parecería originarse en la perspectiva de que la imposición en base a la residencia favorecía a los países exportadores de capital, mayormente países desarrollados, y generaba perjuicios para los países importadores de capital, mayormente países en vías de desarrollo, dado que aumentaba la imposición para los inversores extranjeros en el país de la fuente, o neutralizaba los incentivos establecidos en dicho país. En cierta medida, las normas de fuente sostenidas por esta doctrina estaban alineadas al principio del origen de KEMMEREN, si bien hay algunas diferencias.⁹⁰ En 1971, se acordó la Decisión N° 40 del Acuerdo de Cartagena, probablemente en reacción al Modelo OCDE 1963, estableciendo un tratado imposi-

⁸⁷ KEMMEREN manifiesta que VOGEL (1997) considera que el ‘origen’ “se refiere a un estado que de algún modo u otro se conecta con la producción de la renta en cuestión, al estado donde se le agrega valor a una mercadería. Contrariamente, el tipo de conexión que establece esa ‘fuente’ de la renta no puede en general definirse” (p. 434).

⁸⁸ VOGEL, 1997, p. 11.

⁸⁹ Véase VALDÉS COSTA, 1978, p. 18.

⁹⁰ La más importante es respecto de los dividendos, dado que se entendía que los dividendos se producían en el país donde se domiciliaba la sociedad que los distribuía (VALDÉS COSTA, 1973, p. 120).

tivo entre los países miembros que atribuye la imposición en forma exclusiva en base al origen (o a la fuente en algunas circunstancias). Originalmente, la potestad impositiva sobre los intereses se otorgaba al país donde se utilizaba el capital, pero en 1974, por consideraciones prácticas, una presunción se introdujo de que la fuente de los intereses era en el país desde donde se paga.⁹¹ De acuerdo con VALDÉS COSTA (1978) las soluciones de este tratado son radicales y rígidas, “son más una declaración de principios que un modelo de tratado” (p. 7).

Las normas de fuente enfocadas en el lugar donde se desarrollan las actividades productivas, es decir, siguiendo el principio del origen, tienen preponderancia en lo que es la distribución internacional de la potestad impositiva en base a los tratados, especialmente en materia de beneficios empresariales. Origen, en el sentido del “lado del suministro de la producción de la renta, donde convergen los factores productivos de capital y trabajo (‘insumos empresariales’)...”⁹² Hay quienes miran a la potestad impositiva sobre servicios técnicos y regalías bajo el Modelo ONU, e intereses bajo ambos modelos, como otorgando potestad impositiva al país de mercado, es decir, al lugar donde se consumen, si bien de acuerdo KEMMEREN, salvo respecto de los servicios técnicos, en estos casos el país de mercado sería el país del origen. En este sentido, una crítica que se le hace al principio del origen es que es una prueba de fuente “inherentemente vaga en muchos casos porque el lugar de origen va a diferir dependiendo de cuán hacia atrás uno decide ir en la cadena de causalidad”.⁹³

Una de las cuestiones consideradas por parte de la doctrina es si la potestad impositiva del país de la fuente debería también basarse en ventas, es decir, si debería otorgarse potestad impositiva sobre el impuesto a la renta a la jurisdicción de mercado independientemente de la existencia de factores productivos propios en la misma, considerando que, en general, los tratados impositivos no se la atribuyen. Existe una propuesta teórica de un impuesto societario basado en el lugar de destino,⁹⁴ cuya “racionalidad económica... es que se piensa

⁹¹ VALDÉS COSTA, 1978, pp. 122 y 123. Hoy en día los intereses y rendimientos financieros pueden gravarse en el país en que el pago se atribuye y registra.

⁹² DE WILDE, 2015b, p. 797.

⁹³ MCINTYRE, en DE WILDE, 2015a, p. 302.

⁹⁴ DEVEREUX y DE LA FERIA (2014) manifiestan que “el impuesto basado en el destino continuaría siendo un impuesto a los beneficios societarios, pero funcionaría de manera similar al impuesto al valor agregado: la diferencia clave entre los dos siendo el tratamiento del trabajo, que es considerado como deducible de los cos-

que el consumidor final es el factor menos móvil”.⁹⁵ A nivel teórico, se justifica en que “si se están realizando ventas en un país, entonces posiblemente ese país es el origen de la renta: es de las ventas que se generan los beneficios, sin ventas no habría impuesto a la renta”.⁹⁶ También el factor ventas se maneja en las propuestas de prorrateo por fórmulas, por ejemplo, en la Unión Europea, y es aplicado por los estados de Estados Unidos a efectos de distribuir la potestad impositiva sobre el impuesto a la renta, así como en otros países.

VANN (2003) considera que “si pensamos en la imposición en la fuente en términos de la teoría del beneficio, entonces el lugar donde se basa la actividad relevante del pagador tiene cierto derecho si la renta del destinatario depende de instituciones en ese lugar” y que “lo que actualmente falta es una justificación detallada o una refutación del factor ventas como un principio de fuente bajo un impuesto a la renta como una cuestión de principio general, dado que ya está aceptado en varios contextos” (p. 145). En un sentido similar, SCHÖN (2009) manifiesta que “a pesar de los problemas prácticos de cumplimiento en dicha situación, no se puede controvertir que la existencia de una base de clientes en un territorio, que lleva a la transferencia de medios financieros de los clientes al contribuyente, constituye una pertenencia económica fuerte” (p. 92).⁹⁷ En ese sentido, la jurisdicción de mercado no solo sostiene el mercado que posibilita el consumo, sino también la infraestructura legal para hacerlo posible. Sin embargo, consideramos que debería valorarse la medida en que la empresa utiliza la infraestructura de un estado a efectos de otorgarle potestad impositiva al país de mercado en los instrumentos internacionales. Por ejemplo, en el caso de los servicios digitales, consideramos que existe una utilización intensiva de la infraestructura del país de mercado para desarrollar el modelo de negocios, y una participación

tos de la empresa bajo el impuesto basado en el destino propuesto, pero no lo son bajo el impuesto al valor agregado” (p. 9).

⁹⁵ GRINBERG, 2020, p. 291.

⁹⁶ DEVEREUX y DE LA FERIA, 2014, p. 11.

⁹⁷ Dice, además, que “la eliminación del umbral del establecimiento permanente no sería contrario a los principios generales de derecho internacional. La provisión de bienes o servicios a clientes en un país determinado forja un ‘vínculo genuino’ entre el proveedor y el territorio y entonces, con la jurisdicción de ese país, cumpliendo con el requisito de ‘pertenencia económica’... En segundo lugar, el ‘abordaje de continuidad’, que se establece para evitar fricciones, generalmente apoyaría la obligación tributaria limitada empezando por el primer contacto de mercado, moviéndose gradualmente hacia arriba a medida que se intensifica la penetración económica. La eliminación del umbral del establecimiento permanente ayudaría a evitar el efecto distorsivo de esa norma de todo o nada” (p. 100).

significativa en la economía de este país. La propuesta de un acuerdo multilateral respecto de la economía digital también puede verse como siguiendo abordaje, y si bien atribuye un porcentaje menor de los 'beneficios residuales' a la jurisdicción de mercado,⁹⁸ el hecho es que cualquier porcentaje en este sentido va a ser arbitrario.

VAN RAAD (2002) manifiesta que "no hay una única norma de fuente que aplique a la totalidad del rango de artículos distributivos... cada artículo distributivo establece –explícita o implícitamente– su propia norma de fuente" (p. 592).⁹⁹ Asimismo, como VOGEL (2005) manifiesta, bajo ciertas circunstancias "el 'estado de la residencia' puede ser 'el estado de la fuente'", en el sentido del país con la potestad impositiva restringida.¹⁰⁰ Sí puede sostenerse que el hecho de que se otorgue potestad impositiva al estado de la fuente, o el principio de precio de mercado, implican el reconocimiento de una norma de fuente a efectos de la distribución de la potestad impositiva, más allá de que los tratados son bilaterales y los conflictos de caracterización de una renta pueden determinar que se aplique una regla distributiva diferente. En las secciones 4 y 5 analizaremos la distribución de la potestad impositiva bajo los tratados. Finalmente, si se considera en forma multilateral, podría argumentarse que los tratados impositivos uniformizan la noción de fuente de las diferentes categorías de renta, a lo que cabría agregar que la red de tratados impositivos está lejos de tener un alcance mundial,¹⁰¹ y las disposiciones de los diferentes tratados no son uniformes.

⁹⁸ Véase OCDE, 2020a y 2020b.

⁹⁹ VOGEL (1997) manifiesta que "los tratados impositivos no introducen simplemente 'normas internacionales de fuente'..." deben "siempre ser complementadas por otras normas estableciendo bajo cuáles condiciones y respecto a cuál estado contratante la renta... en cuestión puede gravarse" (p. 26).

¹⁰⁰ Este sería el caso, bajo ciertas circunstancias, del art. 8 del Modelo OCDE anterior a 2017, de los arts. 19 y 20 del Modelo OCDE y del art. 18 del Modelo ONU.

¹⁰¹ Actualmente, aproximadamente el 10% del número total de tratados necesarios para tener una cobertura mundial plena se encuentran vigentes. FLEMING (2012) considera que Estados Unidos tiene tratados con menos de un tercio de los países del mundo porque "algunos países no están interesados en tener un tratado impositivo con Estados Unidos porque son principalmente importadores netos de capital... otros países imponen en forma unilateral bajas o nulas alícuotas de imposición a los inversores extranjeros para atraer inversiones de capital... finalmente, algunos países llaman tan poco la atención de las empresas e inversores estadounidenses que no es eficiente para Estados Unidos incurrir en los costos de negociar un tratado con ellos" (p. 246).

3. Principios y políticas

3.1. Derecho Internacional Tributario consuetudinario

En esta subsección analizaremos tres cuestiones relativas a la existencia de un Derecho Internacional consuetudinario respecto de la imposición: el principio del nexos, los principios del impuesto único y del beneficio, y la imposición a los miembros de misiones diplomáticas y oficinas consulares. Analizaremos si de hecho existe una costumbre internacional en este sentido y en qué medida se reflejan en los tratados impositivos.

Por un lado, una costumbre internacional ha sido sostenida por parte de la doctrina en el sentido de que un país no puede ejercer su potestad tributaria salvo que “exista una ‘conexión razonable’ entre un estado y el sujeto o el objeto del impuesto”.¹⁰² La existencia de una costumbre en este sentido ha sido rechazada por otros autores.¹⁰³ Aunque cierta conexión pueda de hecho tener que existir para que un país ejerza su potestad tributaria, es difícil, sino imposible, establecer un límite mínimo, o un criterio sustancial de lo que es ‘una conexión razonable’. Como ya mencionamos, residencia puede implicar invertir en un país,¹⁰⁴ y la fuente, celebrar un contrato en un país, pagar la

¹⁰² GADŽO, 2018, p. 198.

¹⁰³ Entre otros, GADŽO (2018) cita a: ARNOLD, “no hay limitaciones bajo el Derecho Internacional a la potestad tributaria de una nación; y en la mayor parte de los países no hay limitaciones constitucionales en ese sentido” (p. 195); QURESHI, “el límite impuesto por el Derecho Internacional es mínimo. De hecho, solo está limitado por una norma importante del Derecho Internacional que limita el poder de ejecución de un estado a su propio territorio” (p. 198); y, MONSENEGO, “como conclusión, no existe una conexión mínima aceptada internacionalmente que sea requerida y obligatoria para los estados para ejercer su jurisdicción en el campo del derecho tributario, pero al mismo tiempo es posible que la jurisdicción no se ejerza ante la falta de alguna conexión” (p. 199).

¹⁰⁴ SHAVIRO (2014b) plantea un caso puramente teórico, en el que podría aplicar este principio, de “gravar a todas las sociedades del mundo respecto de toda la renta que hayan generado en cualquier lugar del mundo”, lo que considera que tiene

renta en una cuenta bancaria en un país, o incluso valores emitidos por países extranjeros en la moneda nacional de un país.¹⁰⁵ En conclusión, entendemos que, si bien puede sostenerse una costumbre internacional en este sentido, la indeterminación de lo que sería una conexión razonable, lleva a que la misma sea de escasa relevancia práctica.

Los principios de la ‘única imposición’ y del beneficio como costumbre internacional fueron sostenidos en su momento por AVI-YONAH.¹⁰⁶ Basa estos dos principios en la uniformidad que observa en el derecho interno respecto de la imposición a la renta y en los tratados impositivos (2007a, pp. 2 y 3). A su entender, estos principios “pueden utilizarse también para determinar los propósitos subyacentes de los tratados” (p. 8). Si bien su teoría establece perspectivas interesantes, consideramos que no existe una costumbre internacional que refleje estos principios. El principio de la imposición única establece que la renta de operaciones transfronterizas debe gravarse una vez, y no menos de una vez (p. 2). Entonces, AVI-YONAH sostiene que existiría una costumbre internacional en el sentido de evitar la doble imposición y la doble no imposición. En primer lugar, los tratados impositivos no resuelven todas las instancias de doble imposición. En segundo lugar, los tratados impositivos no imponen impuestos, la imposición depende del derecho interno de cada país y por lo tanto no tratan de la doble no imposición, salvo en el escenario específico del art. 23.4 A) del Modelo OCDE, o cláusulas antielusivas específicas. El principio del beneficio establece que el país de la fuente tiene la potestad tributaria primaria para gravar las rentas activas y el país de la residencia, las rentas pasivas, y, por lo tanto, en general determina la alícuota máxima de imposición (*idem*). Manifiesta que este principio tiene sentido a nivel teórico porque las rentas de inversiones son obtenidas principalmente por personas físicas, mientras que las rentas empresariales, por sociedades (p. 11). El problema con las rentas activas es que el concepto de establecimiento permanente bajo los

sentido desde el punto de vista del bienestar nacional, dado que haría la imposición en la fuente inevitable y, por lo tanto, desincentivaría mover la renta de fuente nacional al extranjero a través de opciones locativas (p. 21).

¹⁰⁵ SHAY, FLEMING y PERONI (2002) manifiestan que en el último caso “se genera al menos indirectamente una parte de su valor a partir de las acciones y políticas del... gobierno” que emitió la moneda y entonces “como un tema económico abstracto, puede justificar la imposición en la fuente a la renta relacionada con la moneda del valor” (p. 92). Véase, asimismo, *supra* nota 67.

¹⁰⁶ Sin embargo, más recientemente señaló que “mientras que estos dos principios claramente son el origen de los tratados impositivos y también se reflejan en las leyes internas de la mayoría de los países, también es claro que en la práctica existen considerables apartamientos de estos” (AVI-YONAH, 2015, p. 34).

tratados no es uniforme ni tiene una justificación desde el punto de vista teórico. Por otra parte, consideramos que existen fuertes argumentos para sostener que las alícuotas máximas de imposición en el país de la fuente establecidas en los tratados para las rentas pasivas son el resultado de un acuerdo, y no de una costumbre internacional de que deberían gravarse primariamente en el país de la residencia.

El principio de la única imposición es a veces utilizado para justificar políticas tributarias internacionales. De ese modo, la OCDE (2013b) sostiene que “BEPS se relaciona principalmente con instancias donde la interacción de las diferentes normas impositivas lleva a la doble no imposición o a menos de una única imposición” (p. 10). SHAVIRO (2015) considera que el principio del impuesto único puede cegar a los actores y analistas políticos porque deja solo dos opciones al país de la residencia: exonerar la renta de fuente extranjera u otorgar créditos fiscales (p. 7). Respecto de la doble no imposición, considera que “mientras los actores políticos de la OCDE pueden haber deliberadamente tolerado desde hace tiempo el traslado de beneficios –quizá como una manera informal de reducir las alícuotas efectivas de imposición para esos contribuyentes altamente móviles– en cierto punto se convencieron de que habían llegado muy lejos” y “entonces, los que proponen restringir las rentas apátridas quieren inclinar de alguna manera (pero no demasiado) la balanza de vuelta hacia la otra dirección” (p. 3).

Finalmente, el art. 28 del Modelo OCDE protege la imposición de miembros de misiones diplomáticas y oficinas consulares bajo las normas generales de Derecho Internacional o las disposiciones de tratados específicos, esto es, se les da prioridad respecto de los tratados impositivos. Algunos sostienen que existe una costumbre internacional respecto de la exoneración a diplomáticos, sujeta a ciertas condiciones,¹⁰⁷ exoneración establecida en el art. 34 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. En cualquier caso, el artículo de los tratados impositivos no establece nada nuevo referente a la imposición de estas personas físicas porque los tratados impositivos no imponen impuestos.¹⁰⁸

Para concluir, no existe una costumbre internacional respecto de la imposición, a excepción posiblemente del caso de los diplomáticos bajo ciertas condiciones, o una que tenga relevancia práctica.

¹⁰⁷ Véase DENZA, 2016, p. 292.

¹⁰⁸ VANN (2010) considera que este artículo es redundante y debería eliminarse (p. 23).

Obviamente, otras costumbres internacionales pueden impactar en materia impositiva, como la no discriminación en materia de derechos humanos.

3.2. Eficiencia

Desde los años sesenta los economistas han focalizado el debate en relación al sistema internacional de imposición a la renta más conveniente en base a la eficiencia económica, bajo un número de neutralidades, si bien desde comienzos de siglo su utilización ha ido disminuyendo, básicamente: Neutralidad Nacional (“NN”) Neutralidad en la Exportación de Capital (“CEN”), Neutralidad en la Importación de Capital (“CIN”) y, más recientemente, Neutralidad en la Propiedad de Capital (“CON”) y Neutralidad en la Propiedad Nacional (“NON”). El concepto de neutralidad, en general, “requiere que las decisiones acerca de dónde invertir no sean distorsionadas por cuestiones impositivas, sino que sean determinadas por otros factores, como los beneficios geográficos de un lugar”.¹⁰⁹ El objetivo de estas neutralidades es promover el bienestar a nivel nacional (NN y NON) o global (CEN, CIN y CON).

SCHÖN (2009) manifiesta que “los resultados inciertos y poco prometedores a los que se llega aplicando los principios de capacidad contributiva y del beneficio a la atribución internacional de impuestos parecen haber dado lugar a un análisis de pura eficiencia, que trata de distribuir la potestad impositiva de modo que promueva el bienestar global o por lo menos el bienestar nacional desde una perspectiva estrictamente económica” (p. 78). La equidad en la división de los impuestos entre los países se refiere comúnmente como equidad entre naciones.¹¹⁰ Como GRAETZ (2001) lo presenta, “lograr la equidad respecto de la imposición a la renta internacional es complicado... por la cuestión de si la utilización de la ley fiscal para redistribuir la renta debería detenerse en la frontera de una nación” (p. 300). Manifiesta que esto presenta dos problemas: “el primero, la cuestión del derecho mundial a un nivel mínimo de recursos por lo menos a efectos de evitar la inanición, y quizá la malnutrición; el segundo, la cuestión de si las naciones ricas tienen la obligación de reducir la pobreza mundial a un nivel ‘aceptable’” (idem). Existe doctrina que ha sostenido la re-

¹⁰⁹ SCHÖN, 2009, p. 78. Véase, asimismo, *supra* nota 14.

¹¹⁰ LI, 2010, p. 119.

distribución de impuestos a efectos de reducir la inequidad entre los países, tales como EASSON y MUSGRAVE.¹¹¹

Bajo NN los impuestos extranjeros son considerados un costo de invertir el capital nacional en el extranjero, y, por lo tanto, el país de la residencia “permite que los impuestos extranjeros se deduzcan de la base imponible al computar la renta gravada, el mismo tratamiento que otros costos de obtener renta”.¹¹² Se asegura de ese modo que “el rendimiento nacional de la inversión realizada fuera del país (neta de impuestos extranjeros) no caiga por debajo del rendimiento bruto de la inversión nacional”.¹¹³ Esto implica que la política fiscal debería favorecer las inversiones de sus residentes en el país “por encima de inversiones extranjeras que son igualmente productivas”, porque el país “obtendrá el beneficio de la totalidad del rendimiento antes de impuestos de la inversión nacional, ya sea en impuestos o en rendimientos privados después de impuestos...” para los residentes.¹¹⁴ Una crítica a NN es que “obstaculizará que los inversores nacionales extraigan rentas específicas de las empresas organizando estructuras empresariales internacionales...” y a los “inversores extranjeros de sustituir a los inversores nacionales en el país”.¹¹⁵ NN parte de la premisa de que la inversión extranjera de sus residentes sustituye la inversión nacional de éstos, y por ello la desfavorece. Sin embargo, hay estudios que han encontrado que la inversión extranjera puede no estar relacionada o ser complementaria a la inversión interna.¹¹⁶ SHAVIRO (2014) manifiesta que esta crítica solo afecta la premisa de que la renta de fuente extranjera de los residentes debe gravarse a la misma alícuota que la renta de fuente nacional, no la premisa de que los impuestos extranjeros sean un costo para un país, y que sería más conveniente para un país tratar los impuestos extranjeros como deducibles (p. 149). Pocos países siguen esta política en su derecho interno, y ninguno lo hace como política general bajo los tratados impositivos.

CEN es neutral en “la elección de un residente entre una inversión en el país o en el extranjero que produzca la misma tasa de rendi-

¹¹¹ En LI, 2010, pp. 117 y 121. KAUFMAN sostiene que “no puede decirse que exista un sistema impositivo internacional justo hasta tanto cada nación limite el alcance de su base imponible e identifique a sus contribuyentes de modo de dar efecto a la equidad entre naciones” (en GRAETZ, 2003, p. 8).

¹¹² GRAETZ y O’HEAR, 1997, p. 1042.

¹¹³ MUSGRAVE, 2001, p. 1337.

¹¹⁴ GRAETZ y O’HEAR, 1997, pp. 1041 y 1042.

¹¹⁵ SCHÖN, 2009, p. 84.

¹¹⁶ Véase SHAVIRO, 2014, p. 148.

miento antes de impuestos”,¹¹⁷ y, por lo tanto, el país de la residencia elimina la doble imposición otorgando un crédito por los impuestos extranjeros. Teóricamente, se logra de esa manera el bienestar mundial porque los residentes estarán sujetos a la misma imposición independientemente de donde inviertan, y entonces es esperable que dirijan la inversión al país en el que se produzca la mayor tasa de rendimiento. CEN es generalmente preferido porque “las distorsiones en el lugar de las inversiones se consideran más costosas que las distorsiones en el lugar de los ahorros”, y en la práctica, “se considera que la inversión es más sensible a los cambios en los niveles de imposición...”.¹¹⁸ Además, SHAVIRO (2014b) sostiene que CEN es preferida porque: puede lograrse de manera unilateral; la falta de definición y la manipulabilidad de la fuente, mientras que la residencia se encuentra bien definida, en tanto se ignoren a las personas jurídicas; CIN lleva a la competencia por capitales móviles; y algunos académicos consideran que las distorsiones en el ahorro y en el consumo pueden tratarse con un impuesto al consumo progresivo (p. 126).

MUSGRAVE (2001) manifiesta que dos condiciones deben satisfacerse para lograr CEN: créditos por impuestos extranjeros ilimitados¹¹⁹ y el no diferimiento de las rentas de fuente extranjera (p. 1346). Ningún país otorga créditos fiscales ilimitados, y la mayor parte no grava, o permite el diferimiento, de las rentas activas obtenidas por sociedades. Otro problema es que el análisis parte de la base de que la residencia de las personas jurídicas “es obvia y automática”,¹²⁰ cuando, como ya vimos, no lo es.¹²¹ Además, la eficiencia bajo CEN se “de-

¹¹⁷ GRAETZ y O’HEAR, 1997, p. 1042.

¹¹⁸ GRAETZ, 2001, p. 272.

¹¹⁹ En este sentido, MUSGRAVE (2001) considera que CEN “requiere algún sacrificio por parte del país de la residencia, o exportador de capitales, en pos del bienestar mundial” (p. 1347).

¹²⁰ GRAETZ, 2001, p. 320.

¹²¹ VANN (2006a) observa que “la literatura teórica de residencia y fuente aborda dos cuestiones principales –si la imposición exclusiva en el país de la residencia es la política adecuada y cuál es el método adecuado para eliminar la doble imposición en el país de la residencia para la imposición en la fuente–. Los primeros esencialmente asumen que las sociedades no existen mientras que los últimos asumen que los dueños de las sociedades son residentes del mismo país que la sociedad” (p. 7). SCHÖN (2009) manifiesta que “es problemático mirar a la residencia de las sociedades como algo decisivo para aplicar el concepto de CEN cuando los accionistas no están situados en el país de constitución o en el país de la sede central” (p. 79) y que “CEN es extremadamente difícil de aplicar en el caso de contribuyentes societarios que pueden fácilmente mover la sede central de un lugar a otro” (p. 80).

termina en forma separada para residentes de cada país...” y si esta política no es seguida por todos los países, pueden darse ‘efectos de clientela’ que afecten la eficiencia global bajo CEN.¹²² También se ha criticado que favorecer el bienestar mundial es una falacia, dado que las políticas que no refieren a la imposición a la renta se consideran desde una perspectiva de puro bienestar nacional.¹²³ CEN es indiferente respecto de dónde se realiza la inversión, y cuál país recauda el impuesto (GRAETZ, 2001, p. 272). En este sentido, CEN “aborrece las distorsiones de los impuestos extranjeros respecto de la ubicación de las inversiones”, aunque las distorsiones impositivas refieran a impuestos extranjeros, cuando “desde una perspectiva de bienestar nacional, podemos ser indiferentes a la elusión de impuestos extranjeros... De hecho, las operaciones de papel para reducir impuestos extranjeros, al contrario del movimiento de recursos económicos, deberían aumentar nuestro bienestar nacional, al menos hasta tanto las técnicas de elusión de impuestos extranjeros estimulen a los propietarios de capital situar activos en el extranjero en vez de en Estados Unidos” (pp. 325 y 326).

CIN es neutral en la imposición a los inversores en un país determinado, y, por lo tanto, el método de eliminación de la doble imposición es la exoneración. SCHÖN (2009) argumenta que CIN “está fuertemente arraigado en la idea de la tradicional unión entre estado, territorio y mercado, lo que simplemente se ha evaporado con el correr de los años”; este tipo de neutralidad es débil en la economía actual dado que las multinacionales compiten en el mercado mundial, no en un único mercado (p. 81). Adicionalmente, la premisa de que de esta manera el capital se dirigirá “al país donde se obtenga la tasa de rendimiento más alta” no es posible sin la armonización de impuestos, dado que “CIN es después de impuestos” y “la tasa más alta de rendimiento es libre de impuestos...”.¹²⁴ Por otro lado, la premisa de que CIN favorece la competitividad de las multinacionales locales en los mercados extranjeros –bajo el supuesto de que cualquier impuesto adicional en el país de la residencia bajo CEN deberá agregarse al precio de los bienes o servicios– ha sido criticada, porque el impuesto a la renta “recae sobre la renta neta obtenida, en vez de ser un insumo para el costo

¹²² SHAVIRO, 2014b, pp. 123 y 127.

¹²³ SHAVIRO, 2014b, p. 109. GRAETZ (2001) observa que no ha “encontrado a nadie que argumente basar la política impositiva internacional de Estados Unidos en la eficiencia económica mundial (o CEN) que también proponga evaluar la equidad de la política de imposición a la renta estadounidense desde una perspectiva global” (p. 277).

¹²⁴ BARKER, 2010, p. 656.

de la producción”.¹²⁵ Un argumento a favor de CIN es que “puede tener implicancias importantes para la competencia empresarial, si bien el argumento... puede no ser de aplicación general”.¹²⁶ En efecto, las empresas gravadas a una alícuota inferior pueden ser capaces de crecer más rápido, dado que “los fondos generados internamente, como los resultados acumulados, pueden jugar un papel importante en financiar el crecimiento”.¹²⁷

CON trata de evitar las distorsiones en la propiedad de los activos, con el objetivo de que los activos sean propiedad de los inversores más productivos, bajo el presupuesto de que “la propiedad se encuentra probablemente asociada a diferencias productivas significativas” (DESAI y HINES, 2003, p. 16). DESAI y HINES consideran que “los sistemas impositivos promueven la eficiencia si estimulan la propiedad más productiva de los activos en el grupo de posibles inversores” (p. 24). CON puede alcanzarse exonerando la renta de fuente extranjera o “eliminando los impuestos en la fuente o a través de la concesión universal de créditos fiscales ilimitados...” por todos los países.¹²⁸ SHAVIRO (2014) considera que el supuesto de que “la exoneración universal de la renta de fuente extranjera cumpliría con CON... trata de una territorialidad idealizada y no real” (p. 131). Muestra diferentes escenarios en los que las diferencias en las alícuotas pueden causar que los activos terminen en las manos de los inversores equivocados bajo CON (pp. 131 y 132). Por otro lado, DESAI y HINES (2003) consideran que un país que exonera las rentas de fuente extranjera sigue NON, dado que la propiedad es neutral entre propietarios nacionales y extranjeros. NON maximiza el bienestar nacional en los casos en que “la inversión extranjera saliente adicional no reduce la recaudación interna, dado que la reducción en la inversión nacional por empresas nacionales se compensa con una mayor inversión de empresas extranjeras” (p. 27). SHAVIRO (2014) hace dos críticas a NON: puede haber ganancias en la recaudación si se grava la renta de fuente extranjera y gravar la renta de fuente extranjera evita la elusión de renta de fuente nacional a través de la recategorización de la fuente de la renta (p. 153).

Una crítica importante a este debate es que “el ideal de este concepto solía ser la armonización total de las leyes impositivas y de las

¹²⁵ SHAVIRO, 2014b, p. 124.

¹²⁶ P. 124.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ P. 132.

alcuotas en todo el mundo...”, lo que no es una opción realista.¹²⁹ Asimismo, ningún país sigue un sistema de imposición a la renta mundial puro o, en la mayor parte de los casos, un sistema territorial puro. FLEMING, PERONI y SHAY (2008) manifiestan que cuando se habla de sistemas territoriales y mundiales se habla de las características predominantes de un país, y que “es más preciso caracterizar a un sistema de imposición a la renta mundial con diferimiento como un sistema ‘híbrido mundial’ y describir un sistema de exoneración (territorial) que requiere el tratamiento mundial para ciertos tipos de renta y contribuyentes como un sistema de ‘exoneración híbrida’” (p. 37). GRAETZ (2001) considera que “visto desde los doble lentes de CEN y CIN, la política internacional impositiva de los Estados Unidos (y aquella de nuestros mayores socios comerciales) puede razonablemente describirse como un ‘compromiso’, y... un ‘compromiso’ entre CEN y CIN puede justificar prácticamente cualquier resultado político” (p. 324).¹³⁰ Por otra parte, GRUBERT y ALTSHULER (2013) observan que “la evaluación normal de las reformas en relación con estas normas no es de mucha ayuda porque cada estándar propuesto es basado en supuestos muy específicos” y “ninguno de los estándares abordan las cuestiones más importantes al diseñar un sistema internacional impositivo...” (p. 674). SHAVIRO (2018) considera que “cuando un concepto como ‘híbrido’ puede utilizarse para describir prácticamente todos los sistemas existentes o recientes, termina sin aportar información útil acerca de ninguna de ellos” (p. 58). Manifiesta que este abordaje duró tanto tiempo por su conveniencia, “exhortan y le ayudan a dar seguridad a sus defensores, ofreciendo motivos nobles para seguir políticas que también podrían servir propósitos más controversiales” (2014b, p. 136).

Este debate también ha sido criticado porque las soluciones propuestas aplican de la misma manera a los inversores de cartera y a las inversiones directas.¹³¹ Aunque la diferencia entre ambos sea

¹²⁹ SCHÖN, 2009, p. 78.

¹³⁰ En el mismo sentido, KLEINBARD (2007) manifiesta que “toda discusión tradicional concluye afirmando que, cualquiera sea la política que se esté proponiendo, representa un justo balance entre estos dos objetivos irreconciliables, en todos los casos basado mayormente en las intenciones previas del autor” (p. 555).

¹³¹ SCHÖN (2010) manifiesta que “en el debate de política impositiva internacional, el concepto de ‘inversión de cartera’ habitualmente incluye instrumentos de capital y de deuda (por ejemplo, acciones y bonos societarios) dentro de un mismo título y lo opone a la inversión extranjera directa, lo que denota una participación en acciones y otros instrumentos de capital sustancial que le confieren a los accionistas una influencia significativa en las operaciones empresariales de la sociedad” (p. 65).

problemática, los inversores de cartera son principalmente persona físicas, y “buscan diversificación y tasas de rendimiento más altas” y por lo tanto la inversión es más móvil y volátil,¹³² y su ubicación es “altamente formal y manipulable...”.¹³³ Además, “al evaluar los efectos de eficiencia de una cierto grupo de normas impositivas, la propiedad pasiva de activos en general no afecta la productividad de las empresas”.¹³⁴ Por otro lado, la inversión extranjera directa por parte de sociedades típicamente se lleva a cabo cuando las “ventajas específicas de las sociedades de ser propietarias... compensan los costos adicionales de establecer instalaciones en el país extranjero y cualquier desventaja de la empresa en relación a la competencia local, y cuando la sociedad obtiene mayores beneficios de explotar internamente dichas ventajas de propiedad que contratándolas con terceras partes no vinculadas” y “típicamente implica una compromiso a largo plazo del emprendimiento empresarial en el país extranjero”.¹³⁵ Por ello, respecto de los inversores de cartera, GRAETZ (2001) considera que “parece no haber un motivo razonable para gravar de modo más favorable a las personas físicas que diversifican sus riesgos invirtiendo en el extranjero que a las personas físicas que invierten internamente”, dado que los primeros “no parecen producir ninguna ventaja económica o política de importancia...” y por lo tanto la deducción de los impuestos extranjeros debería explorarse en ese caso (p. 333). En el mismo sentido, SHAVIRO (2014b) sostiene la deducibilidad y la imposición total a la alícuota de derecho interno a las inversiones pasivas por parte de residentes en el extranjero, porque el escenario se presenta como uno de sustitución respecto de la inversión nacional (p. 174).

SHAVIRO manifiesta, asimismo, que este debate confunde dos márgenes que deberían tratarse en forma separada para un análisis coherente: “la alícuota de derecho interno a la renta de fuente extranjera...” y el tratamiento de los impuestos extranjeros (p. 14). En efecto, este debate solo admite dos soluciones para gravar la renta de fuente extranjera de sociedades residentes, 0% o la alícuota general de derecho interno, pero “desde la perspectiva del bienestar nacional, la alícuota promedio y marginal óptima para las rentas de fuente extranjera –al menos para un país que, como Estados Unidos, retiene algún poder de mercado respecto de la residencia de sociedades– es proba-

¹³² GRAETZ, 2001, p. 326.

¹³³ SHAVIRO, 2014b, p. 172.

¹³⁴ P. 173.

¹³⁵ GRAETZ, 2001, pp. 326 y 327.

ble que se encuentre en algún lugar entre cero y la alícuota general de derecho interno” (p. 143) y “desde la perspectiva del incentivo de los contribuyentes residentes a reducir sus obligaciones tributarias extranjeras...” la deducción de los impuestos extranjeros es preferible, dado que bajo el crédito fiscal, teóricamente los contribuyentes son indiferentes en incurrir en obligaciones fiscales extranjeras hasta la alícuota de derecho interno (p. 170).

Los tratados impositivos solo establecen la posibilidad de incluir la exoneración o el crédito fiscal para eliminar la doble imposición. Si bien se establece un cambio al crédito fiscal cuando se opta por la exoneración para dividendos, intereses, regalías y servicios técnicos (los últimos dos bajo el art. 23 A) del Modelo ONU), la cuestión se vincula a la distribución de la potestad impositiva,¹³⁶ y no con este debate. En algunas ocasiones la OCDE ha recomendado restringir los sistemas de exoneración¹³⁷ o la introducción de normas CFC,¹³⁸ pero como medidas antielusivas o medidas para combatir prácticas fiscales nocivas. En general, MAISTO (2010) concluye que “aparentemente las declaraciones que se pueden encontrar en los Comentarios a los artículos del Modelo OCDE no muestran concluyentemente una preferencia por uno u otro método” (p. 347). Sin embargo, la deducción no se establece como una posibilidad en el Modelo OCDE, quizá porque se considera que llevaría a la doble imposición (en un sentido formal), y por ello NN no es una opción. Asimismo, adoptar un abordaje a la eliminación de la doble imposición sobre rentas extranjeras que no sea 0% o la alícuota general interna implicaría un incumplimiento de los tratados impositivos celebrados por el país en cuestión.¹³⁹

3.3. Competencia fiscal

La falta de coordinación y armonización de los sistemas impositivos internos puede llevar a situaciones de arbitraje fiscal, competencia fiscal y, dentro de esta última, la denominada competencia fiscal nociva. PÍRVU (2012) considera que “la armonización impositiva debería verse como un proceso de organizar los sistemas impositivos de diferentes países en líneas similares –esto es, ajustar los sistemas nacionales impositivos de conformidad a un grupo de reglas económicas comunes–” (p. 9). Por otro lado, la coordinación impositiva “se

¹³⁶ Comentario OCDE, art. 23, párr. 47.

¹³⁷ 1998a, p. 43.

¹³⁸ 1998a y 2015d.

¹³⁹ SHAVIRO, 2014b, p. 23.

refleja en la acción de ‘compatibilidad’ de los sistemas impositivos nacionales, para evitar cualquier medida impositiva interna que pueda tener un efecto negativo...” (p. 11). A nivel internacional, la armonización impositiva no es una posibilidad realista, “no solo requeriría el consenso total de los gobiernos de todo el mundo respecto de los tratados de doble imposición y otros elementos del orden impositivo internacional; también implicaría la armonización total de las leyes impositivas internas en la medida en que puedan tener un rol en situaciones impositivas internacionales” (SCHÖN, 2009, p. 78). Como manifiesta SCHÖN, “la coordinación internacional debe empezar por el hecho de que diferentes definiciones de la base imponible y diferentes alícuotas existen actualmente y existirán en el futuro en los diferentes países...” (idem).

La falta de coordinación de los sistemas impositivos nacionales, por una parte, puede derivar en situaciones denominadas de ‘arbitraje fiscal internacional’. ROSENBLOOM (2000) lo define como “un concepto ambicioso que refiere a sacar ventaja de las diferencias en los sistemas impositivos de los países, generalmente diferencias a la hora de abordar una cuestión impositiva común” (p. 142). Estrictamente hablando, cuando los contribuyentes utilizan estas asimetrías no están incurriendo en una conducta agresiva o abusiva (p. 143) y “a diferencia de la competencia fiscal, el arbitraje impositivo transfronterizo puede suceder cuando dos países tengan un sistema impositivo sólido y se propongan gravar la actividad económica exhaustivamente”.¹⁴⁰ ROSENBLOOM (2000) considera que “cuando cualquier país adopta una norma que es difícil de replicar o aplicar... o manifiestamente desfasada con lo que los otros países hacen o es esperable que hagan, se crea un caldo de cultivo para el arbitraje” (p. 153). Manifiesta que si hay algún problema con el arbitraje fiscal debería explicarse de manera coherente, y que “invocar al sistema tributario internacional no es una explicación, dado que ese sistema se presenta como imaginario” (p. 166).¹⁴¹

¹⁴⁰ RING, 2002, p. 86.

¹⁴¹ “Si existe alguna justificación... se debería encontrar en el área de la competitividad —específicamente, la relación entre la combinación de beneficios alcanzados a través del arbitraje y el solitario beneficio (estadounidense) disponible para la persona estadounidense que no puede colocarse en una posición que le implique aprovecharse de las posibilidades de arbitraje—” (ROSENBLOOM, 2000, p. 150). En este sentido, RING (2002) establece algunas ineficiencias que el arbitraje fiscal internacional puede causar debido al incentivo de ejecutar dichas operaciones (p. 109). La OCDE (2013a) establece que en los casos de desajustes entre los sistemas tributarios internos que son explotados por los contribuyentes “si bien frecuentemente es difícil determinar cuál de los países involucrados ha perdido

Otra consecuencia de la falta de coordinación y armonización es la competencia fiscal y la denominada 'competencia fiscal nociva'. Tiebout introdujo el concepto de competencia fiscal "basado en la idea de la existencia de un mercado de bienes públicos equivalente al mercado de bienes privados"; "como la ley de la oferta y la demanda aplica al mercado de bienes públicos, los contribuyentes deberían optar por aquellas residencias que le proporcionen la combinación óptima de bienes públicos e impuestos (visto como un precio pagado por los bienes públicos)".¹⁴² La competencia fiscal debe evaluarse en relación a las alícuotas efectivas de imposición que dependen "en la práctica de un rango de factores, incluyendo la alícuota de imposición nominal a las sociedades, la base imponible (especialmente, la depreciación de activos a efectos fiscales), el tipo de eliminación de la doble imposición que opera en el país de la residencia, las oportunidades de planificación fiscal agresiva, y la medida en que las empresas las explotan".¹⁴³ DAGAN (2018) considera que los países compiten por inversiones (especialmente los países en vías de desarrollo), y residentes (especialmente los países desarrollados) y adicionalmente, la competencia fiscal frecuentemente permite a los contribuyentes "descomponer los regímenes y (para aquellos que efectivamente pueden planificar fiscalmente su producción de renta) elegir cuestiones específicas de los regímenes impositivos de los diferentes estados" (pp. 12 y 13).

Muchos argumentos se dieron a favor y en contra de la competencia fiscal, es decir, si la competencia fiscal debería restringirse o no. Los principales argumentos a favor de la competencia fiscal son: el aumento en la eficiencia económica en virtud de las alícuotas bajas de imposición a los factores móviles, que lleva a que los impuestos dependan de factores inmóviles que se consideran menos distorsivos; los ahorros mundiales se dirigen "hacia las áreas donde, se dice, los

recaudación impositiva, es claro que colectivamente los países involucrados han perdido recaudación impositiva" (p. 39).

¹⁴² En PÍRVU, 2012, p. 15. PÍRVU parafrasea a TALPOS y CRASNEAC, quienes "consideran que, en sentido amplio, la competencia fiscal es cualquier contexto fiscal en que varios gobiernos independientes no coordinan sus políticas fiscales. En sentido restringido, la competencia fiscal puede definirse como cualquier contexto fiscal en el que varios gobiernos independientes no coordinan sus políticas fiscales, y la política fiscal de cada gobierno afecta la distribución de la recaudación entre estos países. Generalmente, el fenómeno de la competencia fiscal se asocia a las acciones de los gobiernos para atraer inversión extranjera directa, inversiones pasivas, compradores extranjeros, empleo (especialmente de alta especialización) y bases imponibles" (p. 16).

¹⁴³ OWENS, 2012, p. 109.

ahorros pueden utilizarse de manera más productiva"; y que puede reducir el gasto público que sea ineficiente (si bien no hay certeza de que la parte ineficiente del gasto sea la que se reduzca), o puede forzar a los políticos a repensar el rol económico del estado.¹⁴⁴ Otros argumentos incluyen que bajo la competencia fiscal las inversiones se canalizarán a los países que más las valoran, dado que "los países ofrecerán diferentes impuestos para diferentes servicios basados en cuáles residentes e inversiones desean atraer",¹⁴⁵ y que "opera (al menos en teoría) como una amenaza creíble en la mano de los actores políticos a la hora de negarse a acceder a las demandas de los grupos locales de interés".¹⁴⁶

Contra la competencia fiscal, el argumento principal es la pérdida en la recaudación, que algunos previeron teóricamente como 'una carrera al fondo' hasta una alícuota del 0%, aunque DAGAN (2018) observa que "la prueba empírica no indica inequívocamente que la carrera al fondo sea un problema serio..." (p. 35),¹⁴⁷ y la equidad del

¹⁴⁴ Tanzi, 2005, pp. 9 y 10.

¹⁴⁵ ROIN, parafraseada en DAGAN, 2018, p. 138.

¹⁴⁶ P. 139.

¹⁴⁷ En este sentido, un estudio conducido por el Fondo Monetario Internacional de algunos países emergentes y en vías de desarrollo en el año 2012, "no encontró prueba de una 'carrera al fondo' para los sistemas impositivos generales o siquiera una diferencia significativa en los desarrollos de los sistemas impositivos en nuestra muestra comparados con las economías avanzadas (a excepción del África Subsahariana)", si bien la encontró para el caso de regímenes especiales (ABBAS y KLEM, 2012, p. 22). PLUMPER y TROEGER (2009) manifiestan que "sin duda la predicción de alícuotas de cero a la imposición al capital no estaba alineada con la realidad cuando se formuló por primera vez y desde entonces no se volvió realidad" (p. 762). Consideran que "si seguimos los resultados empíricos, la subsiguiente investigación teórica y quizá hasta el sentido común, los primeros modelos teóricos diferían en cuatro maneras relevantes de la competencia fiscal en el 'mundo real': "primero, el supuesto de la movilidad perfecta del capital sigue siendo poco convincente"; "segundo, los gobiernos no son maximizadores sin restricciones de recaudación... como los votantes pueden vincular las alícuotas de imposición a la recaudación impositiva y la recaudación impositiva al suministro de bienes públicos, y como los gobiernos controlados democráticamente toman en cuenta las preferencias de los votantes, las teorías deben incluir explícitamente en el modelo las limitaciones políticas internas"; "tercero, los países no son idénticos y difieren al menos en el grado de autonomía política y en el tamaño del país"; "y cuarto, el mundo comprende más de dos países" (p. 766). En el mismo sentido, GENSCHEL y SCHWARZ (2011) establecen que "mientras que el modelo de partida supone que la competencia fiscal internacional domina por completo las opciones de alícuotas nacionales, muchos politólogos han notado que los gobiernos del mundo real están sujetos a restricciones institucionales... y 'presiones compensatorias'... que impiden o difieren el ajuste político a las presiones competitivas..." (p. 342).

sistema de imposición a la renta, dado que el impuesto recaerá en factores inmóviles como las rentas del trabajo.¹⁴⁸ Respecto de esto último, DAGAN (2018) sostiene que “en los casos más extremos, reducir las alícuotas de los residentes y los factores de producción móviles trasladará la carga impositiva a los menos móviles (y, en el general, menos acomodados)” (p. 36). Asimismo, sostiene que los países ofrecen “los bienes y servicios públicos que son más atractivos...” para los inversores, quienes “probablemente estén menos interesados... en los servicios estatales dirigidos a asistir a los sectores más vulnerables de la sociedad (como la caridad, salud pública, y, quizá, educación)” (p. 122). A su entender, estas cuestiones implicarán menos redistribución. De hecho, DAGAN sostiene que “es en general reconocido que la competencia fiscal restringe la capacidad de los estados de redistribuir la riqueza internamente” (p. 36).

Sin embargo, sostiene que los países desarrollados tendrán una ventaja en el poder de negociación de cualquier intento de coordinación porque “tienen una posición relativamente superior en la comunidad internacional” (p. 133), con una “tradición más larga en materia de cooperación...”, sus gobiernos “en general parecen más transparentes que aquellos de los países en vías de desarrollo...” (p. 169), y “el recurso por el que compiten (es decir, residentes) es mucho menos móvil que el capital que es procurado por los países en vías de desarrollo” (p. 133). Además, restringir “la competencia fiscal podría tener efectos distributivos perturbadores para los países pobres” dado que “el aumento en la imposición... a la actividad transfronteriza podría reducir la demanda de empleo en países pobres, en el sentido de salarios más bajos” (p. 140).¹⁴⁹ Considera que el beneficio para los países receptores de capital va a depender del escenario poco probable de

¹⁴⁸ Tanzi, 2005, p. 11.

¹⁴⁹ FUEST y HUBER (2001) manifiestan que “se puede mostrar que, si los países difieren en tamaño, los países pequeños pueden estar mejor bajo competencia fiscal que bajo un régimen coordinado de impuestos al capital... como los países pequeños tienen menos poder de mercado en el mercado internacional de capitales que los países grandes (o no tienen poder de mercado alguno), recaudan menos impuestos al capital que bajo la competencia fiscal” (p. 300). GENSCHEL y SCHWARZ (2011) establecen que “si los países difieren en tamaño... el país más pequeño tiene mayores incentivos a recortar las alícuotas de impuestos que el país más grande y sufre menos en el equilibrio de la competencia (competencia fiscal asimétrica). De hecho, si las diferencias en el tamaño de los países son suficientemente grandes, el país más pequeño se encuentra mejor bajo competencia fiscal que en su ausencia. Intuitivamente, esto se da porque para el país pequeño la pérdida de recaudación de un recorte impositivo –esto es, la recaudación renunciada a partir de una (inicialmente pequeña) base imponible interna– es relativamente menor comparada con la mayor recaudación alcanzada del ingreso de

la redistribución de impuestos desde los países de la residencia a los países receptores de capital y en el beneficio potencial de los países pobres “del incremento en la capacidad de gravar sus propios propietarios de capital a pesar de su movilidad y cualquier posibilidad de elusión fiscal que siga disponible” (p. 136). Consideramos, precisamente, que el argumento principal a favor de la competencia fiscal, aunque éste fue aplicado por Negrescu y Comanescu a la reticencia en la armonización de las alícuotas en la Unión Europea, es que la restricción en la competencia fiscal puede ser inadecuada cuando los estados “tienen características específicas (situaciones demográficas, programas sociales, diferentes fuentes de ventajas competitivas), y entonces es necesario que la imposición sea utilizada de diferente manera y en dosis diferentes para alcanzar objetivos económicos y sociales específicos”.¹⁵⁰ En este sentido, SCHÖN (2009) manifiesta que la “competencia fiscal sana, además del respeto por la soberanía impositiva nacional, es en general aceptada como una realidad y como una opción política eficiente” (p. 85).

La última cuestión que mencionaremos en esta subsección es la competencia fiscal nociva. De acuerdo con la OCDE (1998a), la competencia fiscal nociva refiere a prácticas que “no reflejan diferentes juicios acerca del nivel adecuado de impuestos y gastos públicos o la mezcla adecuada de impuestos en una economía determinada, que son aspectos de la soberanía en materia impositiva de todos los países, pero que, de hecho, están diseñadas para atraer inversiones o ahorros originados en otro lugar o para facilitar la elusión fiscal en otros países” (p. 16). Este informe de la OCDE referente, justamente, a la competencia fiscal nociva, dividió a los países en paraísos fiscales (que serán tratados en la subsección 7.3) y regímenes impositivos preferenciales.¹⁵¹ Establece que los paraísos fiscales y los regímenes

una parte de la (inicialmente grande) base imponible extranjera del país mayor” (p. 341).

¹⁵⁰ Parafraseados en PÍRVU, 2012, p. 11.

¹⁵¹ Debe señalarse que las iniciativas de la OCDE muchas veces se justifican en la necesidad de cooperar, y que “si bien el tema de la cooperación es usualmente promovido como no requiriendo justificación alguna, y se espera que los países simplemente cooperen... la cooperación no es –ni debe ser vista como– un bien en sí mismo. El hecho es que frecuentemente se usa (o algunos dirían se abusa) para esconder intereses subyacentes, y entonces, cuando se les pregunte para cooperar con otras iniciativas (en especial de la OCDE), los países BRICS deberían considerar cuidadosamente sus intereses en dicha cooperación” (DAGAN, 2015, p. 15). En este sentido, “cuando la cooperación promueve los intereses de los países de la OCDE se puede describir como un cartel; y mientras que la cooperación de carteles es buena para los actores que cooperan, no es buena ni para su competencia ni

impositivos preferenciales tienen el potencial de ser nocivos: “distorsionando los flujos de inversión financiera, e, indirectamente, real; socavaban la integridad y equidad de las estructuras impositivas; desestimulando el cumplimiento de todos los contribuyentes; rediseñando el nivel deseado y la mezcla de impuestos y gastos públicos; causando traslados indeseados de parte de la carga impositiva a las bases imponibles menos móviles, como trabajo, propiedad y consumo; y, aumentando los costos administrativos y de cumplimiento de las autoridades fiscales y los contribuyentes” (p. 16). La mayoría de estos argumentos no son específicos de la competencia fiscal nociva, son usados contra la competencia fiscal en general. Más allá de lo anterior, este informe estableció que los países pueden diseñar sus sistemas impositivos como quieran “en tanto cumplan con los estándares internacionales aceptados al hacerlo” (p. 15), ‘estándares internacionales aceptados’ que, más allá de su jerarquía normativa indeterminada, no eran aceptados en ese entonces ni siquiera dentro de la OCDE. El informe se focalizó en “actividades geográficamente móviles...”, excluyendo “los incentivos fiscales diseñados para atraer inversión en instalaciones, construcciones y equipamiento...” (p. 8). Los factores clave para identificar un régimen impositivo preferencial eran la baja o nula imposición, delimitación y falta de intercambio de información y transparencia (pp. 26-30), siendo el factor clave la delimitación. Se establecieron muchos factores adicionales entre los cuales se incluyó una definición artificial de la base imponible (p. 30), el acceso a una amplia red de tratados (p. 31) y regímenes que estimulan operaciones o arreglos puramente fiscales (p. 34). Una declaración por parte del Secretario del Tesoro de Estados Unidos en el año 2001, en el sentido de que “tenía problemas con la premisa subyacente de que de alguna manera las alícuotas bajas de imposición estén bajo sospecha y por la noción de que un país, o grupo de países, deban interferir en las decisiones de otros países en relación a cómo estructuran sus propios sistemas impositivos”¹⁵² fue uno de los factores que contribuyó a refofocalizar el proyecto en el intercambio de información, si bien el gobierno de Estados Unidos posteriormente se retractó de esta declaración. Para el año 2004, la OCDE anunció que todos los regímenes impositivos que habían sido identificados se habían eliminado, pero “WEBB

para el mercado en general” (idem). Adicionalmente, “el juego de cooperación de la OCDE no necesariamente funciona para beneficio de otros países no miembros de la OCDE. Específicamente, el acuerdo cooperativo de no competencia está basado en una base distributiva que fue establecida por el régimen de tratados impositivos y está inclinado a favor de los países de la residencia” (p. 25).

¹⁵² U.S. Department of Treasury, 2001.

(2004) muestra que poco había cambiado; en realidad la mayor parte de los estados había reestructurado sus regímenes impositivos preferenciales para obtener la aprobación de la OCDE".¹⁵³

El trabajo de la OCDE en materia de competencia fiscal nociva se retomó en el año 2013 con el Proyecto BEPS (OCDE, 2015c). Se establecieron los mismos factores del informe de competencia fiscal nociva de 1998 para evaluar los regímenes impositivos preferenciales, y también el factor clave fue la delimitación, "el punto clave es que un régimen debe ser preferencial *en comparación con los principios generales de imposición en el país en cuestión*, y no en comparación con los principios generales de imposición en otros países" (pp. 19 y 20).¹⁵⁴ Asimismo, eleva al grado de principal algunos de los factores adicionales del informe de 1998, concretamente el requisito de "actividad sustancial para cualquier régimen preferencial" (p. 23). Estableció que el objetivo era "reducir la influencia distorsiva de la imposición en la localización de las actividades financieras y de servicios móviles, y de ese modo estimular un ambiente donde tenga lugar una competencia justa y libre" (p. 11).¹⁵⁵ Muchas de las justificaciones al Proyecto BEPS son altamente cuestionables, empezando por la justificación del proyecto en sí mismo.¹⁵⁶ La Acción 5 del Proyecto BEPS manifiesta que

¹⁵³ En PALAN, MURPHY y CHAVAGNEUX, 2010, p. 218.

¹⁵⁴ KEEN (2001) manifiesta que los regímenes preferenciales pueden proteger la recaudación porque "al ofrecer regímenes preferenciales los países pueden confinar las partes más intensas de la competencia fiscal a partes específicas del sistema impositivo" (p. 758). Esto sucedió en la Unión Europea, donde algunos países, como Irlanda, fueron obligados a eliminar sus regímenes preferenciales por ser considerados ayuda estatal, y respondieron bajando la alícuota de imposición general.

¹⁵⁵ La OCDE frecuentemente manifiesta que su objetivo es 'nivelar el campo de juego', que muestra que "los estados de alta imposición están procurando una campaña para 'nivelar el campo de juego' en donde los estados de altos impuestos compiten contra los estados de bajos o nulos impuestos" (VLECK, 2006, p. 128). Esta analogía deportiva de un campo de competencia entre los países ha sido criticada por VLECK, dado que no todos los países compiten en una misma posición económica, y entonces "extender esta analogía a los estados de la OCDE sugiere que forzar una nivelación del campo de juego a nivel global, en cualquier sector de mercado, les otorga una ventaja competitiva para mantener su posición de mercado y continuar dominando los esfuerzos económicos de los países más pequeños" (p. 130).

¹⁵⁶ BEPS se presentó como un problema debido a las ventajas competitivas de las empresas que operaban en forma transfronteriza frente a aquellas que operaban mayormente en forma interna, por la ineficiente asignación de recursos, y porque, si los contribuyentes perciben el sistema como injusto, puede afectar su cumplimiento voluntario (OCDE, 2013b, p. 50). Sin embargo, el informe manifiesta que los "estudios relevantes acerca de la existencia y magnitud de BEPS... concluyen

“apoya la soberanía fiscal efectiva de los países en relación al diseño de sus sistemas impositivos” (p. 12), pero como ya fue observado por CHRISTIANS (2009) en relación a un informe del año 2001 vinculado al proyecto de competencia fiscal nociva, implica que “la conducta anticompetitiva puede violar la soberanía de un país, pero se queda corto de declarar expresamente que existe un deber de no impedir la autonomía impositiva” (p. 125).¹⁵⁷ Asimismo, un anuncio reciente del G7 (2021) manifiesta que acordaron un impuesto mínimo global del 15% país por país, lo que derogaría lo declarado en el Proyecto BEPS respecto del respeto por la soberanía fiscal (p. 3). Concordamos con GRAETZ (2016a) en que el esfuerzo de coordinación BEPS “no va a iniciar una nueva era de cooperación internacional en el área de la imposición internacional, en vez de competencia”, sino que “las naciones continuarán compitiendo –especialmente por buenos trabajos y ofrecerán alícuotas bajas e incentivos impositivos especiales en un esfuerzo por obtenerlos–” (p. 276). Asimismo, “el esfuerzo BEPS de vincular las consecuencias impositivas al lugar de las actividades ‘reales’ que ‘aumentan valor’ va a introducir mayores distorsiones de las que existen actualmente en las decisiones de las empresas en relación a dónde ubicar las actividades reales, como personal e instalaciones y equipamiento” (p. 277).¹⁵⁸ En relación a esto último, como las empresas tendrán que mover actividades reales, los ganadores probablemente sean los países desarrollados de baja imposición que cuenten con la infraestructura necesaria a esos efectos.

Los tratados impositivos no cumplen rol alguno en la competencia fiscal o en la competencia fiscal nociva dado que la obligación tri-

que, con la información que actualmente se encuentra disponible, es difícil llegar a una conclusión sólida acerca de cuánto BEPS ocurre en la realidad”, aunque “hay abundante prueba circunstancial de que las conductas BEPS están generalizadas” (p. 15). HINES (2014) concluye que “la prueba empírica es bastante consistente en el sentido de que BEPS es un fenómeno real, pero uno que es significativamente pequeño en magnitud e improbable de socavar la sustentabilidad de las finanzas públicas” (p. 453).

¹⁵⁷ VLECK manifestó en el año 2006 que “debido a la obvia dificultad de lograr la armonización impositiva global, a simple vista parece que la OCDE está abordando este problema forzando a los estados pequeños no miembros a llevar a cabo cambios que son de interés para los miembros de la OCDE presentándolos como problemas globales y su solución como un bien público global” (p. 37).

¹⁵⁸ En el mismo sentido, respecto de las modificaciones en materia de precios de transferencia, JIMÉNEZ (2017) manifiesta que después de BEPS, “la nueva técnica de planificación fiscal va a girar en torno a ubicar a las personas significativas que controlan los riesgos en jurisdicciones de baja imposición, aunque tercericen la mayoría de las funciones (especialmente las rutinarias) a otras partes del grupo multinacional” (p. 427).

butaria se establece por derecho interno. Es decir, “aunque apliquen los límites del tratado, las normas de derecho nacional son las que determinan cuánta renta ingresa a la base imponible, cuántas y cuáles deducciones son permitidas, y cuánto impuesto debe ser pagado... en otras palabras, el repositorio de la política impositiva internacional es en última instancia la ley nacional de cada país”.¹⁵⁹ Por un lado, los tratados pueden utilizarse para explotar oportunidades de arbitraje fiscal.¹⁶⁰ Adicionalmente, se ha manifestado que los tratados impositivos han hecho que algunos países mantengan normas impositivas internas poco comunes para ganar una posición favorable en la negociación de los mismos,¹⁶¹ desfavoreciendo en este sentido la coordinación impositiva. Los tratados impositivos también pueden generar rentas no sujetas a ninguna imposición, al restringir la potestad impositiva del país de la fuente sobre rentas que el país de la residencia no grava.¹⁶² Finalmente, como instrumentos de coordinación para futuros acuerdos no nos parece que los tratados sean adecuados en virtud de su carácter bilateral, la limitada extensión de la red de tratados¹⁶³ y las diferencias en sus disposiciones específicas. Si bien el MLI modificó muchos tratados impositivos con un solo instrumento, se debe tener presente que las disposiciones en general trataban de la elusión fiscal bajo los tratados impositivos, la adición del art. 9.2 en aquellos tratados que no la tuvieran, si bien se discute la relevancia de esta disposición, y cuestiones procedimentales. Nos parece que hoy en día los tratados impositivos siguen siendo difíciles de modificar

¹⁵⁹ ROSENBLOOM, 2009, p. 491.

¹⁶⁰ Como la planificación con híbridos reversos bajo el tratado entre Estados Unidos y los Países Bajos hasta el año 2002 (véase BUZANICH, 2004, pp. 81-83).

¹⁶¹ AVERY JONES (1999) considera que los tratados impositivos no llevan a la armonización debido a la “necesidad de conservar la propia posición en la negociación”, “cuanto más extravagantes las disposiciones de derecho interno, mejor la posición para negociar tratados” (p. 3). Como ejemplo de este tipo de legislación encontramos las alícuotas de retención de Estados Unidos, que reduce bajo los tratados impositivos (ROIN, 1995, p. 1795), y “sirve como una zanahoria para atraer a potenciales contrapartes de tratados (y como un palo para castigar a los inversores de los que no se sientan atraídos)” (p. 1765), y Suiza y Turquía que eliminan la doble imposición por el modo de la deducción bajo derecho interno, pero establecen el crédito fiscal bajo los tratados (DAGAN, 2018, p. 99). THURONYI manifestó en 2001 que “concluir tratados también se ha transformado en algo importante porque los países frecuentemente incluyen en sus leyes impositivas internas disposiciones bastante estrictas para gravar a los no residentes, bajo el supuesto de que éstas serán en su mayoría eliminadas al negociarse los tratados” (p. 1655).

¹⁶² ROIN, 2008, p. 2.

¹⁶³ Véase *supra* nota 101.

sustancialmente.¹⁶⁴ Los esfuerzos más importantes de coordinación fiscal internacional sobre una base mundial se vienen negociando o se han negociado fuera del ámbito de los tratados impositivos, en relación con la imposición a la economía digital¹⁶⁵ y con el intercambio de información.¹⁶⁶

¹⁶⁴ De hecho, como observó THURONYI en 2001, “la red de tratados se ha vuelto compleja e inflexible y, en muchas instancias, ha generado oportunidades de elusión fiscal” (p. 1641), si bien el MLI lidió con estas últimas.

¹⁶⁵ OCDE, 2020a y 2020b.

¹⁶⁶ Véase la subsección 6.2.

4. Atribución de la potestad impositiva

4.1. Estructura de los tratados impositivos

WHEELER (2012) manifiesta que hay dos doctrinas, una que “empieza por la premisa de que el motivo para celebrar tratados impositivos es evitar la doble imposición; la otra que considera que la atribución de la potestad impositiva tiene una función más amplia y que la aplicación de un tratado no está restringida a situaciones de doble imposición” (pp. 9 y 10). En este sentido, cita a COUSIN (2002) quien considera que “los tratados impositivos buscan evitar la doble imposición, pero también atribuyen la potestad tributaria y dicha atribución frecuentemente ocurre en un contexto en el que la doble imposición no se encuentra para nada involucrada” (p. 109). El punto de COUSIN se refiere a rentas respecto de las cuales se restringe la potestad impositiva del país de la fuente, aunque el país de la residencia no las grave (*idem*), y entonces se retiene potestad tributaria exclusiva, aunque no se grave bajo el derecho interno. BROOKS y KREVER (2015) consideran que “el propósito principal de los tratados impositivos es redistribuir la potestad tributaria entre los países de la fuente y de la residencia que son parte de un tratado, removiendo enteramente o topeando la potestad tributaria del país de la fuente” (p. 168).¹⁶⁷ Más

¹⁶⁷ En el mismo sentido, BARTHEL *et al.* (2010) consideran que “uno de los roles originales de los tratados bilaterales, la eliminación de la doble imposición ha retrocedido en forma significativa en las décadas recientes... La mayor parte de las disposiciones de los tratados impositivos bilaterales refieren a la atribución de la potestad tributaria, no a la eliminación de la doble imposición, y para la mayor parte de los contribuyentes, es poco probable que las normas de atribución tengan un impacto significativo en la carga impositiva total. La excepción serán esos contribuyentes que, jugando con las normas a través de la estructuración de sus operaciones, se deslicen hacia el mundo estrecho de la doble no imposición donde la renta es categorizada bajo un tipo que solo es imponible en el país de la residencia y ese tipo particular de renta no es gravado en el país de la residencia. En cualquier evento, estos casos limitados no son el tipo de inversión extranjera directa que los países de la fuente desean atraer y los países de la fuente no van a ver a los tratados como vehículos útiles para atraer esos inversores a su jurisdicción” (p. 6).

allá de lo anterior, los tratados impositivos no codifican un estándar aceptado de distribución de la potestad tributaria.¹⁶⁸

Los tratados impositivos tienen una estructura cedular, atribuyen la potestad tributaria entre los estados contratantes de manera diferente según diferentes categorías de renta. AVERY JONES (1999) considera que esta estructura cedular “se construyó sobre una base poco sólida” y que “no hay una manera práctica de distinguir entre los diferentes tipos de renta bajo un impuesto a la renta”, “lo único que hacen los tratados es incitar la creación de tipos de renta, como ganancias de capital, que el estado de la fuente no puede gravar en cabeza del no residente” (p. 5). VANN (2010) manifiesta que hay explicaciones históricas y administrativas para esta estructura cedular. Históricamente, “en el momento del modelo original de tratado impositivo desarrollado por la Sociedad de Naciones los sistemas impositivos cedulares eran más comunes y diversas razones se sugirieron por las cuales la potestad del país de la fuente respecto de los diversos tipos de renta debía ser diferente” (p. 10).¹⁶⁹ A nivel administrativo, “en la mayoría de los sistemas el cobro de impuestos a no residentes respecto de rentas pasivas se establece por medio de una retención en la fuente...” (idem) y “los tratados impositivos siguen esta práctica administrativa común de cobro y la extienden a un nivel sustancial a efectos internacionales especificando diferentes alícuotas máximas de imposición para diferentes tipos de renta” (p. 11). La recategorización de la renta en los grupos de sociedades es especialmente problemática, porque la “recategorización es mucho más fácil de lograr dado que es indiferente desde una perspectiva comercial cómo los fondos se desvían a lo largo del grupo” (p. 10).

¹⁶⁸ EASSON manifestó que “no hay un acuerdo real acerca de la división adecuada de la base imponible [internacional], ni hay principios obvios de equidad que puedan invocarse para justificar cualquier distribución específica de la recaudación. La distribución actual ha sido un resultado más o menos accidental de la intención de eliminar la doble imposición, y es principalmente el producto de los diversos modelos de tratados de doble imposición que han sido adoptados a lo largo de un período de alrededor de 60 años. Como los principales arquitectos de estos modelos de tratados han sido los países exportadores de capital más grandes, parece razonable suponer que, en la medida en que existen acuerdos que son inequitativos, operan en perjuicio de los países que son principalmente importadores de capital... y como la gran mayoría de los países menos desarrollados entran en esta categoría, existe la consideración subsiguiente de que algo de redistribución a favor de los países de la fuente al final sería deseable y promovería una forma de equidad vertical entre las naciones” (en LI, 2010, p. 117).

¹⁶⁹ Véase también AVERY JONES, 1999, p. 5 y GRAETZ y O’HEAR, 1997, pp. 1069 y 1070.

Salvo en relación a unas pocas disposiciones, los tratados impositivos establecen la potestad tributaria ilimitada del país de la residencia, a excepción de la obligación de eliminar la doble imposición cuando el país de la fuente puede gravar, y restringen la potestad tributaria del país de la fuente.¹⁷⁰ Se ha manifestado que los tratados impositivos podrían implicar una transferencia de recaudación de un país a otro si los flujos de inversión entre los dos países no están balanceados, dado que la recaudación renunciada por el país de la fuente iría al fisco del país de la residencia.¹⁷¹ El argumento es que si los flujos de inversión son similares entre los países, cualquier restricción a la potestad impositiva del país de la fuente bajo un tratado va a ser compensada por más impuestos en su carácter de país de la residencia; si no son similares, no habrá esa imposición compensatoria basada en la residencia en el país que actúa mayormente como país de la fuente. Aunque este supuesto de compensación sea correcto, ZOLT (2018) observa que “la transferencia de potestad tributaria no es igual a la transferencia de recaudación impositiva”, “por diversos motivos, la recaudación impositiva renunciada por los países en vías de desarrollo seguramente resulte en relativamente poca ganancia en recaudación para los países desarrollados” (p. 3).

En ese sentido, si bajo el sistema del crédito fiscal se permite la mezcla de créditos fiscales porque no hay una limitación por país, el país de la residencia probablemente no obtenga la recaudación proveniente de la reducción de la potestad impositiva en el país de la fuen-

¹⁷⁰ IRISH (1974) observa que podría argumentarse que la imposición reducida en el país de la fuente es una manera de compensar a los países de la residencia por la disminución en su capacidad productiva causada por el capital, la tecnología y los servicios exportados (p. 305). Sin embargo, “en general, los empresarios favorecen el mercado interno y frecuentemente recurren a la inversión extranjera de capital y tecnología solamente en caso de ausencia de oportunidades productivas u obsolescencia de la tecnología en su economía interna” y “ciertos tipos de actividades, como las ventas de productos terminados a países en vías de desarrollo, de ningún modo pueden dañar la capacidad productiva de los países desarrollados” (idem).

¹⁷¹ En 1959, THROOP consideró conveniente urgir a los países en vías de desarrollo a celebrar tratados impositivos, pero manifestó que “puede haber una ganancia neta de recaudación inevitable...”, que puede ser vergonzosa por “un eventual sentimiento de que estamos tratando de hacer una negociación fuerte con finalidad recaudatoria, cuando el objetivo real es hacer el uso más pleno de un tratado para facilitar las relaciones económicas internacionales” (p. 322). BROOKS y KREVER (2015) manifiestan que “estos tratados podrían ser un verdadero ‘regalo envenenado’ para los países en vías de desarrollo, transfiriendo perversamente recaudación impositiva desde los países de baja renta a los países de alta renta (y de los países de baja renta a las multinacionales) produciendo beneficios compensatorios limitados o nulos...” (p. 160).

te, sino que sea el contribuyente quien obtenga el beneficio respecto de sus inversiones en países de altas alícuotas de impuesto a la renta, esto es, la reducción beneficiará a las inversiones en terceros países de alta imposición. ROIN (1995) observó que “seguramente el Tesoro de Estados Unidos pierda más dinero por la imposición a la renta en la fuente renunciada respecto de cualquier imposición adicional en base a la residencia” (p. 1767) dado que “por el proceso de mezcla (o ‘cruza de créditos’), las reducciones a la imposición en la fuente establecidas por el tratado redundarán en el beneficio del contribuyente y sus inversiones en países de alta imposición más que del erario del país de la residencia” (p. 1772). Si a través de la planificación fiscal el inversor no puede repatriar la renta sin impuestos adicionales en su país de residencia, no va a existir un beneficio de la baja o nula imposición en el país de la fuente, dado que cualquier beneficio va a desaparecer por la imposición en el país de la residencia, y por lo tanto, los contribuyentes evitarán la aplicación del tratado en la medida en que por otra vía puedan diferir el impuesto en la residencia.¹⁷² Adicionalmente, si la inversión se realiza directamente por el residente, y entonces aplica el tratado, el inversor no obtendrá el beneficio del diferimiento, que se permite bajo la mayor parte de los sistemas que operan bajo el régimen del crédito fiscal, al menos para rentas activas de sociedades (subsidiarias). Respecto de los sistemas territoriales, o aquellos que operan bajo el sistema de la exoneración para ciertas categorías de renta bajo el derecho interno, los tratados son mayormente irrelevantes para la eliminar la doble imposición, y en cualquier caso no existirá transferencia de recaudación impositiva alguna. Encontramos que estos son argumentos fuertes en el sentido de que no existe una transferencia significativa de recaudación causada por los tratados impositivos. Sin embargo, esto no quiere decir que los tratados impositivos no hagan que los países importadores de capital pierdan más recaudación que los países exportadores de capital.¹⁷³

¹⁷² Véase ROIN, 1995, p. 1778.

¹⁷³ ROSENBLOOM y LANGBEIN (1981) manifiestan que “los modelos OCDE y estadounidense son... diseñados principalmente para tratados entre países donde los flujos de renta y de capital son más o menos recíprocos. Las limitaciones a la imposición en el estado de la fuente en estos modelos producen un costo de recaudación para ese estado. Sin embargo, cuando los flujos de inversión son más o menos recíprocos, los sacrificios recaudatorios más o menos se compensan entre sí. En un tratado entre un país desarrollado y uno en vías de desarrollos el flujo va mayormente en una dirección: la renta fluye del país desarrollado al país en vías de desarrollo. De ese modo, un modelo que es formalmente recíproco en los hechos puede imponer una carga recaudatoria sustancial a un país en vías de desarrollo” (pp. 392 y 393). La OCDE (1984) manifestó que ya en 1965 había reconocido que “el ‘criterio de la residencia modificada’ que es adecuado para el Modelo OCDE,

En un seminario del año 2002, algunos participantes consideraron que el propósito más importante de los tratados impositivos era la distribución de la potestad tributaria, dado que ésta no se podía hacer de forma unilateral, ni “sobre la misma base para todos los países con los cuales un país tiene relaciones comerciales”.¹⁷⁴ Consideramos que esta visión no es acertada en lo que refiere a la práctica, donde corresponde hablar de modelos de tratados,¹⁷⁵ más que de tratados adaptados al caso, y, como veremos, la eliminación de la doble imposición bajo los tratados en la mayor parte de los casos es la misma que la establecida bajo el derecho interno. Adicionalmente, VANN (2009) observa que “hoy en día las operaciones a gran escala necesariamente involucran contribuyentes de muchos países y es necesario hacer que el sistema internacional impositivo funcione para todos ellos” (p. 208), y no de modo bilateral como lo hacen los tratados.

Finalmente, debe señalarse que la distinción entre rentas activas y pasivas no es correcta bajo los tratados impositivos, ni puede definirse en forma precisa de manera teórica. Nuestro propósito es analizar los artículos que mayormente implican una actividad en la subsección 4.2, en especial los beneficios empresariales y las rentas de servicios, y aquellos que mayormente no implican dicha actividad bajo la subsección 4.3, en especial dividendos, intereses, regalías y ganancias de capital respecto de la venta de acciones. No examinaremos los artículos que otorgan una potestad tributaria ilimitada al país de la fuente,

no es necesariamente así para tratados celebrados por países en vías de desarrollo dado que su aplicación implicaría un sacrificio de recaudación para el país en vías de desarrollo con inversiones y flujos de rentas relacionados desbalanceados” y que en 1980 la ONU “desarrolló un modelo de convención para tratados entre los países de la OCDE y en vías de desarrollo que intenta tomar en consideración las preocupaciones de algunos países en vías de desarrollo en este sentido” (p. 7).

¹⁷⁴ ARNOLD, Sassesville y ZOLT, 2002, p. 69.

¹⁷⁵ SASSEVILLE (2002) observó que uno de los problemas más conocidos de los tratados impositivos es la estandarización, porque “hace difícil que los países puedan justificar disposiciones específicas, aunque sea obvio que éstas son necesarias por razones bilaterales. También hace difícil enfrentar nuevas cuestiones hasta que la mayoría o grupo central de países haya obtenido experiencia en estas cuestiones... También es difícil adoptar cambios menores de redacción por la inferencia negativa que un cambio en el modelo o en un tratado específico puede crear respecto de todos los tratados existentes” (p. 95). Por otro lado, VANN (2010) manifiesta que un problema de los tratados impositivos es que “requieren reciprocidad... aunque los sistemas tributarios de las contrapartes sean bastante diferentes y la reciprocidad efectiva no se logre a través de la reciprocidad formal” (p. 1).

a saber, los arts. 6 y 13, este último respecto de las ganancias de capital sobre la propiedad inmueble,¹⁷⁶ y 17 del Modelo OCDE.

4.2. Rentas activas

Los artículos que mayormente tratan de rentas activas son los arts. 7, beneficios empresariales, 8, transporte internacional marítimo y aéreo, 15, renta del trabajo dependiente, y 16, honorarios de directores, del Modelo OCDE, y los arts. 14, servicios personales independientes, y 12A, honorarios por servicios técnicos, del Modelo ONU. Las limitaciones establecidas en el art. 15.2 del Modelo OCDE en relación a las rentas del trabajo dependiente son adecuadas, considerando las cargas de cumplimiento que puede generar la actividad temporal en un país, salvo que a nuestro criterio la norma de los 183 días es muy alta. De hecho, la norma de los 183 días es en general utilizada por los países para determinar la residencia de las personas físicas. Por otro lado, el artículo de honorarios de directores considera que la actividad se lleva a cabo en el país donde la sociedad es residente, o, si es en un tercer país, en general, bajo los arts. 7, 15 o 21 del Modelo OCDE en el país de la residencia del director. El motivo por el cual se establece la potestad tributaria del país donde la sociedad es residente es la dificultad de determinar dónde el director realiza su actividad, de allí que se presume que la realiza en dicho país.¹⁷⁷ Finalmente, consideramos que una 'base fija' bajo el art. 14 del Modelo ONU es prácticamente igual a un 'lugar fijo de negocios' bajo el art. 5.1 y por lo tanto no lo analizaremos en forma separada al concepto de establecimiento permanente.

Las rentas del transporte internacional marítimo y aéreo son una excepción a la norma del establecimiento permanente, porque estas empresas probablemente configuren establecimientos permanentes en muchos países y por lo tanto la distribución de la potestad tributaria sería compleja. VANN (2014a) manifiesta que "en cierto sentido las rentas de empresas marítimas no tienen fuente o quizá, más

¹⁷⁶ El 'principio del sitio', esto es, la potestad tributaria primaria del país donde la propiedad inmueble se encuentra situada ha sido reconocido desde el trabajo de la Sociedad de Naciones (1923, p. 29). La aplicación de este principio puede presentar dificultades bajo los arts. 6 y 13 del Modelo OCDE cuando la renta o la ganancia de capital de la propiedad inmueble en el país de la residencia son atribuibles a un establecimiento permanente de la empresa del país de la residencia en el país de la fuente, pero no analizaremos dicha cuestión específica en este artículo (véase, en general, PÖTGENS y BOSMAN, 2008).

¹⁷⁷ Comentario OCDE, art. 16, párr. 1. Para un análisis crítico de la distribución de la potestad tributaria bajo este artículo véase DE JAEGER, 2013.

precisamente, tienen su fuente principalmente en alta mar...” (p. 9). Esto fue reconocido por Estados Unidos en 1921 cuando exoneró a las empresas marítimas extranjeras por derecho interno sujeto a reciprocidad,¹⁷⁸ legislación que al poco tiempo fue seguida por “virtualmente todas las naciones marítimas...”¹⁷⁹ En los modelos de la Sociedad de Naciones de 1928 se dispuso la imposición exclusiva en el país del centro de dirección efectiva y se cambió en los modelos de México y Londres al lugar del domicilio fiscal.¹⁸⁰ El Modelo OCDE 1963 estableció la imposición exclusiva en el país de la dirección efectiva y en 2017 se cambió al país de la residencia porque la mayoría de los países lo preferían.¹⁸¹ La modificación al Modelo OCDE 2017 respecto de la norma de los barcos que navegan por aguas internas, que ahora se encuentran comprendidos en el artículo de beneficios empresariales, es razonable. Respecto del Modelo OCDE anterior a 2017, VANN (2014a) manifestó que “la intención de los creadores del sistema internacional de imposición a las rentas de empresas marítimas... fue que la renta fuera gravada en el país donde la empresa tenía sus operaciones principales...” por “la dificultad de distribuir los beneficios de la empresa marítima entre los muchos países que podían estar involucrados si otros países podían gravar y la mayor posibilidad de doble imposición internacional que podría resultar (especialmente en un mundo donde eran comunes métodos elementales y efectivos de gravar a las empresas marítimas, tales como un porcentaje de la ganancia de llevar pasajeros o mercadería)” (p. 9). Como no se establece ninguna norma de establecimiento permanente, y “las de residencia/dirección efectiva para sociedades tienen poca sustancia en relación con las pruebas del tipo de establecimiento permanente en establecer dónde ocurren las operaciones reales... era fácil establecer una residencia/lugar de dirección efectiva para una empresa marítima donde quiera que se quisiera” (idem). Esto resultó en el desarrollo de “paraísos marítimos (donde poca o ninguna de las operaciones reales de la empresa marítima estaban situadas)... que en general terminaron siendo países sin redes de tratados impositivos porque el mismo resultado se lograba a través del derecho interno de muchos países” (idem). Esto “implicó que países que previamente tenían una gran flota mercante terminaran con poco más que una industria de navegación costera” (idem).

¹⁷⁸ MAISTO, 2003, p. 232.

¹⁷⁹ GRAETZ y O’HEAR, 1997, p. 1095.

¹⁸⁰ Sociedad de Naciones, 1928 y 1946.

¹⁸¹ OCDE, 2011, p. 2.

Un establecimiento permanente bajo los tratados impositivos significa el umbral que debe alcanzar una actividad empresarial en el país de la fuente para que una empresa del país de la residencia pueda ser gravada en el país de la fuente respecto de los beneficios empresariales atribuibles al establecimiento permanente. Bajo el derecho interno, este umbral a veces se utiliza para determinar la fuente de los beneficios empresariales en un país, para distinguir la forma de imposición, por ejemplo, imposición bruta o neta, alícuotas aplicables, imposición por medio de retención, aplicación de la normativa en materia de precios de transferencia, etcétera, y a veces implica la imposición mundial de los beneficios atribuibles al establecimiento permanente. Su carácter de cuasirresidencia, o de soporte a la residencia de sociedades, nada indica acerca de su razonabilidad como un umbral para gravar los beneficios empresariales, el mismo resultado se alcanzaría aunque se le otorgue al país de la fuente una potestad impositiva ilimitada en relación a los beneficios empresariales.

Se han dado tres justificaciones apoyando la necesidad del umbral del establecimiento permanente bajo los tratados impositivos que consideramos relevantes. En primer lugar, los costos de cumplimiento para contribuyentes que obtienen poca renta en un país pueden tener efectos negativos en el comercio y la inversión internacional.¹⁸² Asimismo, dificultades de recaudación, en el sentido de que “muchos no residentes con cantidades de renta relativamente bajas probablemente ignoren sus obligaciones de presentar declaraciones juradas y pagar impuestos” y esto podría a su vez “debilitar la integridad del sistema tributario”.¹⁸³ ARNOLD (2003) reconoce que estas dificultades de cumplimiento y recaudación podrían tratarse bajo un impuesto final vía retención, si bien considera que esto no es adecuado porque recae sobre la renta bruta (p. 482). Por otro lado, como manifiestan BROOKS y KREVER (2015), esta es “una concesión que si fuera a adoptarse sería mejor que lo fuera a través de medidas unilaterales que establecieran límites basados en la capacidad real de administración del país de la fuente, no una definición estándar de establecimiento permanente bajo los tratados” (p. 170).

Finalmente, se justifica como una norma “diseñada para asegurar-se de que las actividades empresariales no sean gravadas en un esta-

¹⁸² ARNOLD, 2003, p. 482 y REIMER, 2011, p. 13.

¹⁸³ ARNOLD, 2003, p. 482. Los países tendrán “dificultades para identificar a todos los no residentes que obtienen rentas empresariales en el país, para obtener información suficiente para verificar la cantidad de renta gravada, y para cobrar el impuesto de los no residentes” (idem).

do salvo y hasta tanto no hayan generado lazos económicos sustanciales entre la empresa y ese estado".¹⁸⁴ En este sentido, muchas veces se han levantado contra el umbral del establecimiento permanente en el ambiente actual de negocios.¹⁸⁵ Hoy en día "es posible estar muy involucrado en la vida económica de otro país, por ejemplo, haciendo

¹⁸⁴ VOGEL, 1997, p. 280. Sin embargo, VOGEL observa que "cuando los flujos de inversión de capital y comercio se encuentran desbalanceados, una definición del concepto de 'establecimiento permanente' muy estrecha favorecerá unilateralmente a las empresas del Estado de la residencia" (idem).

¹⁸⁵ En 1991, Skaar observó que "los cambios en las comunicaciones y tecnologías han creado nuevas industrias donde la realización de actividades empresariales amplias y lucrativas no requieren maquinaria o equipamiento sustancial, o un establecimiento en un punto geográfico determinado por un largo período de tiempo... más que proteger la base imponible en el estado de la fuente... el principio [del establecimiento permanente] hoy en día se ha vuelto instrumental para asegurar la elusión de la imposición en la fuente para operaciones empresariales económicamente importantes... [y] el futuro probablemente demuestre que el principio [del establecimiento permanente] ha perdido su fuerza para las industrias nuevas y móviles..." (en SCHINDEL y ATCHABAHIAN, 2005, p. 51). En este sentido, GRAETZ (2001) considera que el concepto de establecimiento permanente "que sirvió razonablemente bien desde la década de los 1920 para establecer un umbral para los países que establecen una imposición en la fuente para la renta empresarial, también se está enfrentando a presiones del comercio electrónico, nuevas técnicas financieras y nuevas formas de arreglos y combinaciones empresariales" (p. 319). Establece que, si bien algún umbral podría ser necesario, "como mínimo, la modernización del concepto de establecimiento permanente parece esencial" (idem). VANN (2003) considera que "lo que se necesita es un balance entre una potestad tributaria más amplia en la fuente para gravar sobre una base neta, más que debates acerca de establecimientos permanentes", y que "la imposición a los establecimientos permanentes... no es la manera de abordar la distribución de recaudación entre los países desarrollados y en vías de desarrollo" (p. 148). JIMÉNEZ (2017) establece que "en una economía basada en factores inmóviles, parecía que había más alineación entre las pruebas de establecimientos permanentes y la presencia económica en el estado de la fuente; hoy en día, sin embargo, los cambios en la economía, comunicación o modelos de negocios (especialmente la economía digital) han contribuido a hacer más aguda la falta de alineación entre la presencia económica y los establecimientos permanentes" (p. 406) y que "la alineación plena de la presencia económica en el país de la fuente y la potestad tributaria solo puede lograrse a través de cambios relevantes y sustanciales al concepto de establecimiento permanente, o utilizando otras herramientas..." (p. 408). ROCHA (2017) manifiesta que "el corazón del 'Régimen Impositivo Internacional de los Países en vías de Desarrollo' sería la eliminación del actual artículo 7", que "sería reemplazado por una disposición que atribuya la potestad tributaria al país de la fuente, aun sin la presencia de un establecimiento permanente" (p. 196). SCHÖN (2009) manifiesta que "desde la perspectiva de opciones de inversión, es difícil concebir al establecimiento de un lugar fijo 'a través' del cual la empresa se lleva a cabo en el país huésped como un paso cualitativo que justifica el límite entre la imposición total en el estado de la residencia y el inicio de la imposición a la renta en el país de la fuente" (p. 102).

negocios con clientes ubicados en dicho país a través de internet, sin tener una presencia gravable allí o en otro país que aplique un impuesto a los beneficios”.¹⁸⁶ En este sentido, JIMÉNEZ (2017) manifiesta que “el establecimiento permanente ha creado una disociación entre la idea de que el estado de la fuente debería gravar la ‘participación sustancial’ en su vida económica y la potestad tributaria que puede reclamarse en base a dicha participación: si no hay un lugar fijo de negocios o un agente dependiente con la autoridad para concluir contratos habitualmente, no habrá imposición en la fuente para los beneficios empresariales, independientemente del nivel de penetración económica en el estado de la fuente” (p. 406). El concepto básico de un lugar de negocios geográficamente fijo, o de una ubicación geográfica y comercialmente coherente,¹⁸⁷ no se sostiene hoy en día si el concepto está diseñado para capturar una participación económica significativa en un país.¹⁸⁸ Hoy en día una empresa puede tener una participación significativa en la economía de un país, o puede hacer un uso intensivo de la infraestructura para desarrollar su actividad empresarial sin tener un lugar fijo de negocios.

El establecimiento permanente de construcción del Modelo OCDE solamente es una excepción al aspecto temporal del establecimiento

¹⁸⁶ OCDE, 2013a, p. 7.

¹⁸⁷ Los ejemplos establecidos en el Comentario OCDE que corresponden a una ‘ubicación geográfica y comercialmente coherente’ son muy limitados, minas, diferentes oficinas en el mismo hotel, un lugar en una calle peatonal, un pintor de un edificio bajo un único contrato, un consultor que se mueve por diferentes oficinales en la misma sucursal y actividades empresariales a bordo de un barco restringido a un área específica (art. 5, párrs. 23 a 25).

¹⁸⁸ Entre otros, la norma de ‘por establecimiento permanente’ y el art. 5.7 del Modelo OCDE, que impiden que se evalúe la presencia total del no residente en el país, también han sido criticados bajo el fundamento de que el umbral puede evitarse fragmentando actividades. VANN (2006b, p. 368) y JIMÉNEZ (2017, pp. 397 y 398) observan que existen sentencias que llegaron al resultado opuesto, pero aparentemente la norma de ‘por establecimiento permanente’ es favorecida por el Comentario OCDE. VANN (2016) considera que “la independencia como el límite de la empresa puede ser utilizada para responder a esta pregunta... en la medida en que los establecimientos permanentes son o forman parte de una empresa... que es independiente en el sentido de agencia, deberían ser tratados como establecimientos permanentes separados y sus beneficios calculados acordemente, aunque bajo el derecho interno se agreguen al beneficio total de la empresa” (p. 368), agencia usada en un sentido legal y económico. Asimismo, observa que en los proyectos originales de la Sociedad de Naciones el concepto de establecimiento permanente incluía a las subsidiarias, lo que indica que la intención era mirar a la presencia de un grupo en un país (2014b, 9:47). Esto puede verse en el art. 5.2 del Modelo OCDE donde se incluye como ejemplos de establecimientos permanentes ‘un lugar de dirección’.

permanente. El Modelo ONU no solo establece el elemento temporal ‘acordado’, sino que no requiere un lugar fijo geográficamente para verificar un establecimiento permanente de construcción por ser una disposición autónoma. El establecimiento permanente de servicios del Modelo ONU es fácil de eludir y la atribución de beneficios es difícil debido a las funciones de personas significativas,¹⁸⁹ si bien puede incluir ciertos servicios digitales que deben llevarse a cabo a través de empleados o proveedores de servicios independientes en el país de la fuente.¹⁹⁰ Bajo el Modelo ONU un establecimiento permanente se verifica si una empresa cobra premios o asegura riesgos en un país contratante a través de una persona en ese país. El Comentario OCDE reconoció el hecho de que las agencias de empresas aseguradoras a veces no alcanzaban los requerimientos del establecimiento permanente de agencia, pero consideró que no era recomendable incluir dicha disposición (art. 5, párr. 114). Esta disposición ha perdido bastante relevancia después de las modificaciones al establecimiento permanente de agencia de la Acción 7 del Proyecto BEPS, que incluye a una persona que “habitualmente juega un rol principal que lleva a la celebración de contratos que son rutinariamente celebrados sin una modificación sustancial por la empresa... para la provisión de servicios por parte de esa empresa...”. Adicionalmente, algunos países tienen restricciones para la instalación de empresas aseguradoras extranjeras.

En relación con la Acción 7 del Proyecto BEPS,¹⁹¹ se “concentró en los casos más extremos de elusión artificial de establecimientos permanentes”.¹⁹² Por un lado, ahora las actividades de la lista negativa no están más excluidas de por sí del umbral de establecimiento permanente, además deben tener carácter auxiliar o preparatorio.¹⁹³ Una razón para haber establecido esta lista fue “que es particular-

¹⁸⁹ JIMÉNEZ, 2017, p. 449. El Comentario OCDE tiene un establecimiento permanente opcional bajo líneas similares al del art. 5.3 b) del Modelo ONU (art. 5, párr. 144).

¹⁹⁰ Por ejemplo, tribunales del Reino Unido y de Uruguay han considerado que un conductor de pasajeros que utilizaba una plataforma digital para contactar a sus pasajeros era empleado de la empresa propietaria de la plataforma.

¹⁹¹ OCDE, 2015f.

¹⁹² JIMÉNEZ, 2017, p. 375.

¹⁹³ Uno de los motivos principales para modificar el carácter de esta lista fue la situación de empresas que realizan ventas por internet manteniendo un stock de mercadería en el estado en el que realizan las ventas (ejemplo establecido en el Comentario OCDE, art. 5, párr. 62). Cabe señalar que el art. 5.4 del Modelo ONU nunca incluyó en la lista negativa el uso de instalaciones para entregar ‘bienes o mercadería propiedad de la empresa’. Adicionalmente, desde el primer Modelo ONU, se incluye en el establecimiento permanente de agencia del art. 5.5, el man-

mente difícil y problemático determinar la parte de los beneficios empresariales que es atribuible a dichas actividades auxiliares".¹⁹⁴ Este problema no se ha resuelto todavía, y entonces es incierto cuántos beneficios puedan atribuirse a estos nuevos establecimientos permanentes.¹⁹⁵ Adicionalmente, una nueva norma antifragmentación se estableció en el art. 4.1 del Modelo OCDE, que permite agregar actividades de la empresa del país de la residencia a aquellas de empresas vinculadas a los efectos de evaluar el carácter auxiliar o preparatorio de la actividad y siempre y cuando "constituyan funciones complementarias que sean parte de una operación empresarial única". La norma establece que una de las empresas debe tener un establecimiento permanente, o la actividad total de ambas no debe tener el carácter de preparatoria o auxiliar. Sin embargo, esta prueba debe hacerse respecto de dos empresas, esto es, si por ejemplo existen tres empresas vinculadas con operaciones en el país de la fuente, el análisis debe llevarse a cabo de a dos.

La Acción 7 del Proyecto BEPS también modificó el establecimiento permanente de agente dependiente, que suprimió de esa manera la convincente interpretación histórica de AVERY JONES y WARD (1993), interpretación que había sido seguida por la mayor parte de los tribunales que lidiaron con el asunto, y estableciendo la sostenida en su momento por ROBERTS (1993). Básicamente, la interpretación de AVERY JONES y WARD establecía que el establecimiento permanente de agencia solo se configuraba en caso de que el agente obligara al principal, es decir, que actuara en nombre de la empresa, como mandatario (p. 178). Si éste no era el caso, porque el agente actuaba en nombre propio, es decir, era quien se obligaba frente al cliente, entonces no se configuraba el establecimiento permanente de agencia, independientemente de cualquier grado de dependencia con el principal. Por su parte, el art. 5.6 del Modelo OCDE era una excepción al art. 5.5, para casos en que se obligaba al principal, pero que el agente "actuaba en el curso normal de sus negocios", lo que era común en los países de *common law* (pp. 178 y 179). ROBERTS (1993) interpretó, basado en el Comentario al Modelo OCDE, que ambas disposiciones eran

tenimiento de un stock de bienes o mercaderías que son habitualmente entregados en nombre de la empresa.

¹⁹⁴ VOGEL, 1997, pp. 318 y 319.

¹⁹⁵ En relación a las discusiones acerca de si un servidor podía configurar o no un establecimiento permanente llevadas a cabo por la OCDE a comienzos de siglo, VANN (2003) encontró que es "quijotesco" tener un debate prolongado al respecto y "otro debate prolongado paralelo que concluye que normalmente no se van a atribuir beneficios a este establecimiento permanente" (p. 165).

independientes, y por lo tanto a efectos de configurar un establecimiento permanente de agencia debía verificarse una de las siguientes condiciones: que el agente celebre contratos que obliguen al principal (art. 5.5) o que el agente sea económicamente dependiente del principal (art. 5.6) (p. 398). Sin embargo, se siguen analizando por parte de la OCDE cuestiones relativas a la atribución de rentas a establecimientos permanentes de agencia.¹⁹⁶ En general, respecto de la Acción 7 del Proyecto BEPS, como manifiesta JIMÉNEZ (2017), “es difícil hablar de ‘elusión artificial del estatus de establecimiento permanente’: si el concepto de establecimiento permanente, un elemento central de la imposición internacional, no es del todo claro, es difícil establecer los contornos de la elusión artificial del establecimiento permanente” (p. 366). Concluye que “si los países en vías de desarrollo quisieran abordar cuestiones de erosión de la base imponible, probablemente sea más productivo focalizarse en la elusión del estatus de establecimiento permanente y en los métodos de abordarla que concentrarse en la elusión ‘artificial’ del establecimiento permanente como lo hace la Acción 7” (idem).

Una preocupación específica de los países en vías de desarrollo es la imposición a los servicios, dado que se encuentra cubierta por el artículo de beneficios empresariales y por lo tanto sujeta a la norma del establecimiento permanente bajo el Modelo OCDE. Las autoridades tributarias brasileñas interpretaron que la renta de servicios se encontraba incluida en el artículo de ‘otras rentas’ y que por lo tanto podía gravarla bajo el art. 21.3 del Modelo ONU, si bien la Corte Suprema de Justicia rechazó esta interpretación.¹⁹⁷ Muchos tratados establecen una potestad tributaria restringida para el país de la fuente respecto de los servicios técnicos, incluyéndolos bajo la definición de regalías en la disposición del Modelo ONU. En el año 2015, el Modelo ONU incluyó el art. 12A que otorga potestad impositiva al país de la fuente respecto de los servicios técnicos, de manera similar a los arts. 11 y 12 del Modelo ONU. Adicionalmente, la ONU aprobó en el año 2021 el art. 12B que otorga al país de la fuente una potestad impositiva restringida para pagos por servicios digitales, bajo la modalidad de una alícuota reducida sobre la renta bruta. Asimismo, bajo este artículo, el beneficiario efectivo puede optar por que la imposición en el país de la fuente se realice sobre una base imponible preestablecida, a la alícuota de imposición general del país de la fuente. Por su parte, si bien la OCDE analizó la inclusión de un establecimiento permanente

¹⁹⁶ Véase *supra* nota anterior.

¹⁹⁷ Calich y Rolim, 2017, pp. 874-876.

de presencia digital significativa bajo la Acción 1 del Proyecto BEPS, descartó esta posibilidad porque requeriría “apartamientos sustanciales de los estándares existentes para atribuir los beneficios de una multinacional que opera en muchas jurisdicciones”.¹⁹⁸ Sin embargo, esta declaración se revocó rápidamente cuando, luego de concluido el Proyecto BEPS, empezaron las discusiones acerca de un acuerdo para la imposición a la economía digital fuera de los ‘estándares existentes’. De hecho, la OCDE (2020a) manifiesta que “en virtud de la globalización y la digitalización de la economía, las empresas pueden, con o sin el beneficio de operaciones físicas locales, participar de un modo activo y sostenido en la vida económica de la jurisdicción del mercado, a través de una participación que se extiende más allá de la mera celebración de ventas, para aumentar el valor de sus productos, sus ventas, y, entonces, sus beneficios” (p. 19). Sin embargo, las discusiones aún se basan fuertemente en los conceptos de residencia y precios de transferencia.

Para concluir, la mayor restricción a la potestad tributaria del país de la fuente bajo los tratados impositivos es el umbral del establecimiento permanente. No hay justificaciones para mantener este umbral hoy en día. El origen del concepto viene de una época en que la presencia física era esencial para llevar a cabo una actividad empresarial y donde la libertad de comercio e inversión estaba muy alta en la agenda internacional. En 1959, THROOP manifestó que “la mayor variedad de actividades que se puedan realizar sin que ingresen en la definición de establecimiento permanente, las menores barreras al comercio internacional” (p. 320). Recordar cómo cambió el mundo desde ese entonces es innecesario. La ONU y la OCDE parecen estar trabajando en líneas diferentes en lo que refiere a los servicios digitales, si bien la propuesta de la OCDE incluye solamente a las grandes empresas digitales. En este sentido, nos parece más conveniente la línea de la ONU, dado que los servicios digitales implican un uso intensivo de la infraestructura de la jurisdicción de mercado, y, en muchos casos, una participación significativa en la economía de dicha jurisdicción, compitiendo con servicios que se llevan a cabo a través de medios tradicionales o digitales dentro del país, por lo que un porcentaje menor del beneficio residual calculado sobre una base global no parece suficiente.¹⁹⁹

¹⁹⁸ OCDE, 2015a, p. 112.

¹⁹⁹ Recientemente, el G7 (2021) declaró, respecto de las empresas digitales, que “se comprometían a llegar a una solución equitativa respecto de la distribución de la potestad tributaria, donde los países de mercado obtendrían un 20% de los bene-

4.3. Rentas pasivas

En esta subsección analizaremos las rentas de dividendos, intereses, regalías, ganancias de capital en acciones, y el artículo de “otras rentas”. Omitiremos del análisis las rentas de jubilaciones y pensiones, más allá de la complejidad de este tipo de renta, dado que existen diferentes maneras de relacionar la deducibilidad de las contribuciones especiales de seguridad social y la imposición a estas rentas.

Uno de los propósitos comúnmente establecidos de los tratados es la reducción de las alícuotas de imposición vía retención en el país de la fuente, especialmente respecto de rentas pasivas, dado que en general se aplican sobre la renta bruta, si bien a alícuotas inferiores a la general, y, al no imponerse sobre la renta neta, pueden resultar excesivas.²⁰⁰ Las justificaciones para establecer impuestos vía retención por pagos a no residentes “parece estar esencialmente basada en cuestiones administrativas relacionadas a la determinación y cobro del impuesto”.²⁰¹ Los tratados impositivos no imponen impuestos y entonces la imposición en el país de la fuente puede ser más baja que la alícuota máxima de retención establecida en el tratado.²⁰²

Las razones para gravar la renta de dividendos en vez de aumentar la alícuota de imposición a la renta de las sociedades puede obedecer a un intento de estimular la reinversión de los beneficios en el país, si bien nada asegura que no se reinviertan en el extranjero, la

ficios que excedieran un margen del 10% de las empresas multinacionales más grandes y rentables” (p. 3).

²⁰⁰ En el año 2017, el Comentario OCDE se modificó y ahora establece que “otra consideración de política fiscal que es relevante para la celebración de un tratado impositivo es el riesgo de una imposición excesiva que puede resultar por impuestos vía retención altos en el estado de la fuente. Aunque los mecanismos para evitar la doble imposición normalmente asegurarán que dichos impuestos altos vía retención no resulten en doble imposición, en la medida en que dichos impuestos que se imponen en el estado de la fuente excedan la cantidad de impuesto normalmente establecidos sobre los beneficios en el estado de la residencia, pueden tener un efecto perjudicial para el comercio y la inversión transfronterizo” (Introducción, párr. 15.4).

²⁰¹ AULT y SASSEVILLE, 2010, p. 115. Manifiestan que “esto refleja la contraposición entre un cobro fácil y efectivo del impuesto y una aproximación más justa al impuesto que hubiera pagado el contribuyente si fuese residente” y que “una cuestión importante de esta discusión es si esta contraposición es el mejor abordaje en términos políticos, teniendo en cuenta la evolución en la asistencia transfronteriza entre las administraciones tributarias, específicamente respecto del intercambio de información y la asistencia en el cobro de obligaciones impositivas” (idem).

²⁰² IRISH, 1974, p. 303. Véase asimismo las subsecciones 7.1 y 7.2.

necesidad de integrar el impuesto a la renta personal de los accionistas con el impuesto a la renta de las sociedades, bajo la teoría de que la renta solo se realiza por el accionista una vez que se distribuye, o por considerarlo un tipo de renta independiente. Más allá de otras críticas ya vistas respecto de esta 'doble imposición',²⁰³ también se critica este impuesto porque favorece la acumulación de poder en manos de los administradores de sociedades, dado que constituye una excusa para retener utilidades. El informe de la Sociedad de Naciones de 1923 consideraba que el país del domicilio del accionista tenía un derecho como país de origen dado que los accionistas "eligen el directorio y el administrador" y entonces "la personalidad del propietario tiene una importancia considerable" (p. 36). También manifestó que el país de origen entendido como "el lugar donde se obtenían los dividendos..." sería complejo de determinar, dado que las sociedades podían tener actividades en muchos países (idem). Por ello, el domicilio se consideró el lugar con la potestad tributaria más fuerte sobre la imposición a esta renta (p. 37). En este sentido, desde 1963 el Comentario OCDE establece que la imposición exclusiva en el país de la residencia "estaría más acorde con la naturaleza de los dividendos que son rentas de inversiones, pero sería poco realista suponer que existe cualquier perspectiva de que se acuerde que toda imposición a los dividendos en la fuente sea renunciada" (art. 10, párr. 6). Sin embargo, la imposición exclusiva en el país del domicilio no se siguió en ningún modelo, a excepción de los proyectos de modelos de la Sociedad de Naciones de 1928, 1B y 1C. Por otro lado, no hubo ningún intento en los modelos de la Sociedad de Naciones, ni en los modelos subsiguientes, ni siquiera en el Pacto Andino, de atribuir la potestad tributaria de acuerdo con el lugar donde se lleva a cabo la actividad subyacente, como lo indicaría el principio de origen de acuerdo al informe mencionado, la residencia de la sociedad que paga los dividendos se consideró en todos los casos como la fuente de la renta.

Como vimos en la subsección 3.2, frecuentemente se distingue entre inversión de cartera y directa.²⁰⁴ En el caso de inversión de cartera, GRAETZ y GRINBERG (2016) consideran que el derecho del país de la residencia "que costó los servicios públicos que proveen el bienestar del inversor de cartera parece merecer prioridad en la distribución de la recaudación impositiva entre las naciones" (p. 306). En este sentido, LI (2010) considera que "la reivindicación del derecho de imposición en el país de la fuente sobre la renta de inversión no es tan fuerte como

²⁰³ Véase *supra* nota 29.

²⁰⁴ Véase *supra* 131.

sobre los beneficios empresariales –de hecho, el país de la residencia del inversor tiene una reivindicación mucho más fuerte–” (p. 128). Sin embargo, el Modelo OCDE adopta una solución diferente, las alícuotas máximas de imposición en la fuente bajo el art. 10 son menores en el caso de sociedades controladas. Esta alícuota máxima de imposición más baja se establece “para evitar la imposición en cascada y para facilitar la inversión internacional”.²⁰⁵ SCHÖN (2010) manifiesta que “el propósito de evitar la imposición en cascada justificaría el beneficio impositivo tanto para dividendos de accionistas controlantes y de cartera y no explica totalmente la división entre estas dos opciones” (p. 68). Otra razón para esta distinción podría ser una aproximación al tratamiento bajo los tratados impositivos de los establecimientos permanentes (p. 69), cuyas utilidades no pueden sujetarse a un doble nivel de imposición. BROOKS y KREVER (2015) consideran que “el único argumento plausible para reducir la imposición vía retención es que ello resultaría en una inversión extranjera directa adicional en el país”, pero que “es poco probable que los beneficios hipotéticos se verifiquen en la práctica”, dado que “el impuesto vía retención no es un impuesto a los beneficios actuales” y entonces “se puede diferir indefinidamente por parte de las empresas que quieran reinvertir en la jurisdicción a efectos de aumentar sus beneficios actuales; en cualquier caso, alícuotas vías retención más altas pueden estimular más inversión, no menos, por parte de las empresas que hacen la incursión inicial a un país” (p. 173).

En el caso de intereses, el Comentario OCDE no favorece la imposición en la residencia o en la fuente, solamente establece que “no podía asegurarse que una fórmula estableciendo la imposición exclusiva de los intereses en un estado... recibiera aprobación general” (art. 11, párr. 3). BROOKS y KREVER (2015) manifiestan que “el razonamiento que más comúnmente se hace para reducir la alícuota de imposición vía retención a los intereses pagados desde un país de la fuente a través de los tratados es que la reducción es necesaria para reducir los costos de financiación de los prestatarios locales” (p. 171). Uno de los aspectos más problemáticos del impuesto a la renta es la distinción entre capital y deuda, ya que en general se tratan de manera diferente en los sistemas impositivos internos; los dividendos generalmente son exentos de imposición en el país de la residencia y no deducibles de la base imponible en el país de la fuente, mientras que los intereses generalmente son gravados en el país de la residencia y deducibles

²⁰⁵ Comentario OCDE, art. 10, párr. 10.

del impuesto a los beneficios empresariales en el país de la fuente.²⁰⁶ En relación a este problema, en el año 1992 el Comentario OCDE estableció una guía a los efectos de diferenciar deuda y capital (art. 10, párr. 25), especialmente considerando las normas de subcapitalización, que son normas antielusivas que recharacterizan la deuda como capital bajo ciertas condiciones, en general en base a un coeficiente deuda-capital. La aplicación de estas normas bajo los tratados presenta al menos dos problemas. Por un lado, si bien la definición de dividendos se remite a la ley del país de la fuente, debe ser 'renta de otros derechos societarios', y no existe una prioridad entre los artículos de intereses y dividendos.²⁰⁷ Por ello, consideramos que la recharacterización de intereses como dividendos sería contraria al tratado, salvo ante una situación de sustancia sobre forma en el sentido legal.²⁰⁸ A pesar de la guía ya mencionada del Comentario OCDE, éste considera, respecto de las normas de subcapitalización, que "las normas antielusivas específicas de derecho interno... frecuentemente se redactan con referencia a hechos objetivos, como la existencia de un cierto nivel de participación en el capital o un cierto coeficiente deuda-capital", y ello puede resultar contrario al tratado (párr. 74, art. 1).

SCHÖN (2010) considera que la distribución internacional de la renta de propiedad intelectual es complicada por el hecho de que

²⁰⁶ Teóricamente, como manifiesta SCHÖN (2010), "desde un punto de vista legal, la distinción tradicional entre capital y deuda se origina en el hecho de que el capital... es 'propiedad' de la sociedad y sus accionistas" mientras que "cualquier instrumento de deuda es de naturaleza contractual –es 'propiedad' de los tenedores de instrumentos de deuda y el rendimiento de la deuda se devenga por estos contribuyentes sin ninguna intervención decisoria por parte de la dirección de la sociedad o sus accionistas–", por lo cual "la sociedad y sus accionistas están obligados a pagar el precio de la deuda, mientras que son libres de decidir el destino de los beneficios" (p. 80). Sin embargo, observa que "desde el punto de vista económica, la distinción entre la participación total del accionista bajo el derecho societario y la mera posición contractual de un tenedor de deuda es mayormente de irrelevancia material, dado que la mayor parte de los 'derechos de accionistas' se pueden imitar por contrato... y algunos derechos contractuales se pueden imitar por el derecho societario..." (idem). Por ello, sostiene que "el límite entre deuda y capital no se revocó, pero se cambió de distinciones formales entre posiciones societarias y contractuales hacia la dirección de criterios sustanciales de la situación de 'riesgo y control' del financista" (p. 81).

²⁰⁷ Algunos consideran que existe una prioridad respecto del artículo de dividendos basados en el Comentario OCDE que fue incluido en 1992 (art. 11, párr. 19). Sin embargo, consideramos que, si bien el Comentario OCDE es una referencia inevitable y que puede tener valor a los efectos de una interpretación histórica de las disposiciones del tratado, no tiene ninguna otra jerarquía jurídica.

²⁰⁸ Esto es, donde los hechos demuestran que lo que legalmente sucedió fue una distribución de dividendos.

“hasta cuatro países diferentes pueden estar involucrados: el país donde el derecho de propiedad intelectual se desarrolló (esto es, donde se encuentra el departamento de investigación y desarrollo –si bien ya es una simplificación asumir que la investigación y desarrollo solo se desarrolla en un país–); el país donde reside el ‘propietario’ del derecho de propiedad intelectual (no necesariamente la sociedad controlante del grupo, pero seguramente una sociedad tenedora de propiedad intelectual en un paraíso fiscal); el país donde se realiza la producción; y el país donde las mercaderías finales se venden a intermediarios comerciales (independientes) o a consumidores finales” (p. 92), y concluye que “uno debe aceptar el hecho de que no existe una respuesta única para la distribución de la potestad tributaria en relación a la renta de regalías” (p. 94). El Modelo OCDE 1963 adoptó la solución que actualmente se establece, la imposición exclusiva en el país de la residencia. Desde su inclusión en el Modelo OCDE 1963, no se establece en el Comentario justificación para la imposición exclusiva de las regalías en el país de la residencia, solo que los principios del proyecto de Londres se siguieron por parte de la mayoría de los países de la OCDE.²⁰⁹ Sin embargo, “la intención parece haber sido que la renta fuera gravada en el lugar donde la propiedad intelectual es creada (donde el autor o inventor hizo la obra que dio lugar al derecho de autor o patente)”.²¹⁰ Al respecto, VANN (2003) se plantea la siguiente pregunta, “¿no es extraño sostener que ninguna renta de un intangible tiene su fuente en un país cuando el dueño del intangible está dispuesto a gastar grandes cantidades de dinero en el país para establecer o defender sus derechos exclusivos?” (p. 145).

La imposición exclusiva en el estado de la residencia no es el único problema con la disposición del Modelo OCDE, a esto debe agregarse que en muchas circunstancias el contribuyente puede optar entre el artículo de beneficios empresariales y de regalías, en el sentido de explotar directamente el intangible en el país de la fuente o ceder el uso del intangible a una subsidiaria, y “la justificación de esta distinción debería ser explicada”.²¹¹ A diferencia de los intereses, los impuestos a las regalías no son necesariamente pasados económicamente al cesionario porque “simplemente no es posible trasladar la licencia a otra jurisdicción como es el caso con la deuda si el rendimiento después de impuestos se reduce... si el propietario del intangible quiere obtener renta en una jurisdicción específica, el propietario no tiene

²⁰⁹ Comentario OCDE 1963, art. 12, párr. 6.

²¹⁰ VANN, 2014a, p. 10.

²¹¹ SCHÖN, 2009, p. 97.

otra opción que cargar con el impuesto en la jurisdicción si se gravan las regalías”.²¹² BROOKS y KREVER (2015) concluyen que “considerando que no hay ninguna prueba de que las empresas locales paguen regalías más altas si se establecen impuestos vía retención sobre las mismas y el riesgo importante de erosión de la base imponible en el caso de reducción de impuestos sobre las regalías fuera de los tratados, la reducción a la imposición en la fuente de pagos de regalías no parece ser un movimiento sensato” (p. 173). Más allá de lo anterior, el Modelo ONU otorga potestad tributaria restringida al país de la fuente sobre las regalías y es la disposición que se sigue comúnmente en los tratados impositivos.²¹³

MAISTO y MALHERBE (2013) manifiestan que hay dos teorías acerca de la imposición a las ganancias de capital, aquella que considera que la renta debe provenir de una fuente permanente, y aquella que considera que “la renta es el aumento neto en el poder económico de una persona física entre dos puntos en el tiempo”, por lo que de acuerdo con la primera las ganancias de capital no son renta, y de acuerdo con la segunda, sí (p. 1). La imposición a las ganancias de capital sobre la venta de acciones es complicada porque “la ganancia de capital en general refleja las reservas existentes en la sociedad de la cual se venden las acciones o la capitalización de renta futura que será distribuida bajo la forma de dividendos y será gravada al momento de la distribución” (idem). Respecto de lo primero, la contracara es que el hecho de que el estado de la fuente no pueda gravar las ganancias de capital sobre las acciones puede implicar que se distribuyan dividendos ocultos mediante la venta de acciones, que el estado de la fuente no va a poder gravar bajo el Modelo OCDE, pero que sí podría gravar en el caso de que se hubiera distribuido un dividendo. Otra cuestión es que las acciones pueden reflejar aumentos de valor que no se relacionan con las cuestiones señaladas.

El problema principal del art. 13 del Modelo OCDE es que la venta de acciones no sigue el mismo tratamiento que la venta de los activos subyacentes, a excepción, bajo ciertas circunstancias, del caso de la propiedad inmueble. En efecto, en el año 2003, el art. 13.4 se incluyó al Modelo OCDE, que se volvió a modificar en el año 2017, para evitar hasta cierto punto que la venta de propiedad inmueble se efectuara indirectamente como una venta de acciones, afectando la potestad

²¹² BROOKS y KREVER, 2015, p. 172.

²¹³ En este sentido, el concepto de regalías bajo el Modelo ONU también comprende los arrendamientos de equipamiento, los que actualmente se encuentran comprendidos en el artículo de beneficios empresariales del Modelo OCDE.

impositiva del país de la fuente. Por lo tanto, hasta cierto punto, se alineó el tratamiento bajo el art. 13.1 de la venta de inmuebles con el caso en que la venta se lleva a cabo indirectamente a través de la venta de acciones de una sociedad propietaria del inmueble, en la medida en que se cumplan ciertas condiciones. Una disposición similar ya se había agregado al Modelo ONU 2002, pero más importante, el Modelo ONU también incluyó una disposición que otorga potestad impositiva ilimitada al país de la fuente respecto de la venta de acciones de una sociedad residente en ese país, siempre que supere cierto umbral de participación. Por un lado, deben venderse las acciones de una sociedad residente, no de una no residente, y, por otro lado, la venta totalmente indirecta de acciones de una sociedad residente no se contempla. VANN (2013) considera que “dos activos de referencia se encuentran disponibles cuando se considera la ganancia de capital sobre acciones: las acciones mismas emparejadas con la renta de dividendos de ellas, y los activos subyacentes de la sociedad emparejado con la renta de aquellos activos” (p. 245). Establece que el abordaje de la ONU “adopta políticas conflictivas: el abordaje de la venta de los activos subyacentes en el caso de sociedades ricas en tierra, pero el abordaje de la equivalencia a un dividendo para las subsidiarias” (p. 244). Concluye que “cuando a esta cuestión política se le agregan los problemas internacionales de diferentes sistemas impositivos internos de imposición a los accionistas societarios, cadenas de sociedades, etcétera que parecen ser considerados solo en el contexto de dividendos, no es sorprendente que la política pierda su camino y el abuso (frecuentemente involucrando tratados) se vuelve la solución alternativa para la imposición internacional sobre las ganancias de acciones” (p. 245).

Finalmente, el art. 21 regula las rentas no comprendidas en el resto de las disposiciones distributivas de los tratados impositivos. Presenta una diferencia en ambos modelos, el Modelo ONU establece una potestad tributaria ilimitada en el país de la fuente respecto de rentas que surjan de ese país, mientras que el Modelo OCDE establece la imposición exclusiva en el país de la residencia. El problema que genera la disposición del Modelo ONU es que no se define cuándo la renta surge de un Estado. La relevancia de este artículo incluye pagos relacionados a instrumentos financieros derivados que pueden quedar cubiertos bajo esta disposición.

En conclusión, los artículos presentan la problemática de que mediante operaciones económicamente similares pueden alcanzarse resultados impositivos diferentes bajo los tratados, especialmente en-

tre entidades vinculadas donde el resultado comercial es irrelevante. Algunas de estas operaciones son opciones permitidas para los contribuyentes bajo los tratados impositivos, esto es, no pueden impugnarse bajo la nueva cláusula de propósito principal. La insistencia del Modelo OCDE en la potestad impositiva exclusiva en el país de la residencia respecto de las regalías es, a nuestro criterio, injustificada, debería concederse potestad impositiva al país donde el intangible es explotado.

5. Eliminación de la doble imposición

5.1. Doble imposición jurídica

Probablemente el propósito más promocionado de los tratados impositivos sea, conjuntamente con el incentivo a la inversión extranjera, la eliminación de la doble imposición internacional. De hecho, la Introducción al Modelo OCDE establece que los efectos nocivos de la doble imposición jurídica internacional “en el intercambio de bienes y servicios y los movimientos de capital, tecnología y personas son tan bien conocidos que es innecesario remarcar la importancia de remover los obstáculos que la doble imposición presenta para el desarrollo de las relaciones económicas entre países” (párr. 1). La doble imposición jurídica internacional refiere a situaciones donde existe una imposición por dos o más países con impuestos similares, respecto de un período similar, sobre una materia imponible similar y sobre el mismo contribuyente, mientras que la doble imposición económica internacional se diferencia en que recae sobre contribuyentes diferentes. Las causas de la doble imposición jurídica internacional pueden ser conflictos residencia-fuente, residencia-residencia y fuente-fuente. Los conflictos fuente-fuente no son directamente resueltos bajo los tratados impositivos. Los tratados impositivos pueden resolver conflictos residencia-residencia, si bien el Modelo OCDE 2017 restringe severamente la resolución de estos conflictos para personas jurídicas a través de la nueva norma de desempate. Ahora la doble residencia se resuelve a través del procedimiento amistoso que, si bien se redactó de manera obligatoria, no establece criterios claros para resolver un eventual conflicto.²¹⁴ El motivo para adoptar esta disposición fue que, “fuera del caso de personas físicas, las situaciones de doble residencia de entidades eran relativamente raras...” y “había habido una

²¹⁴ Si bien la disposición establece algunos criterios para llegar a un acuerdo, en realidad no establece nada nuevo, el lugar de dirección efectiva, de constitución y cualquier otro criterio relevante. Respecto del último, el Comentario OCDE establece los mismos factores que ya se establecían para determinar el lugar de dirección efectiva (art. 4, párr. 24.1).

serie de casos de elusión fiscal que involucraron sociedades con doble residencia...".²¹⁵

A nivel teórico, SHAVIRO (2014b) cuestiona el rechazo hacia la doble imposición y considera que confunde dos puntos: "¿Cuánto?" y "¿Cuántas veces?" (p. 6), en el sentido de que la mayoría de los contribuyentes preferirían estar gravados más de una vez a una alícuota total inferior, que una vez a una superior. Manifiesta tres razones para este rechazo: una especie de "intuición moral rudimentaria...",²¹⁶ si bien es "incoherente y formal"; los tratados impositivos que "invariablemente usan el concepto de evitar la doble imposición (o la no imposición) como un mecanismo de coordinación entre sistemas impositivos sobrepuestos"; y que, en algunos escenarios, puede desincentivar la inversión transfronteriza (p. 5). Manifiesta que la razón por la cual la prevención de la doble imposición y la doble no imposición se enfatiza por los tratados impositivos puede ser por el hecho de que, "con la homogeneidad entre los países, el principio de que todo debe ser gravado exactamente una vez combina características atractivas de eficiencia global con un mecanismo cooperativo que puede asegurar una ganancia mutua" (p. 115). Sin embargo, la realidad es que los sistemas impositivos no son homogéneos, y "la heterogeneidad socava y puede eventualmente destruir ambos elementos" (idem).

En el origen de los trabajos acerca de la doble imposición internacional, primero, por la Cámara Internacional de Comercio y, después, por la Sociedad de Naciones, la doble imposición era una cuestión relevante. De hecho, Estados Unidos fue el primer país en establecer en forma general el crédito por impuestos extranjeros por derecho interno en el año 1918, y en el año 1921, limitó el crédito fiscal a los impuestos estadounidenses sobre la renta de fuente extranjera. En ese entonces, ADAMS señaló que "la doble imposición bajo las alícuotas pesadas de la guerra no solo puede causar una injusticia, sino que también llevar al contribuyente a la quiebra".²¹⁷ Adicionalmente, GRAETZ y O'HEAR (1997) observan que luego de la Primera Guerra Mundial, "se le debían a Estados Unidos once mil millones de dólares

²¹⁵ Comentario OCDE, art. 4, párr. 23.

²¹⁶ ADAMS, quien propuso el crédito fiscal a impuestos extranjeros en Estados Unidos, manifestó que "hay algo en la mente legislativa que reconoce que, si un contribuyente está siendo gravado dos veces mientras que la mayoría de los hombres situados en una posición similar están siendo gravados solo una vez, por el mismo impuesto, se está haciendo algo mal o injusto que, siendo el resto de las cosas iguales, el legislador debería corregir si puede" (en GRAETZ y O'HEAR, 1997, p.1048).

²¹⁷ En GRAETZ y O'HEAR, 1997, p. 1047.

por los gobiernos aliados por préstamos de guerra...” (p. 1051), y la manera de que se le devuelvan era a través de la inversión privada, que era difícil bajo estas alícuotas de impuestos altas sin la eliminación de la doble imposición (p. 1052). Los mecanismos más usuales para eliminar la doble imposición internacional son la exoneración y el crédito fiscal, si bien algunos países adoptan el sistema de la deducción por derecho interno. La posición de un país respecto a los tratados se ha visto tradicionalmente como basada en la exoneración o el crédito fiscal dependiendo de su estatus de país importador o exportador de capital.²¹⁸ Sin embargo, VANN (2010) observa que esta posición está fuera de época, “incrementalmente, todos los países son importadores y exportadores de capital” (p. 24). En efecto, “si bien siempre va a terminar en que un país es un importador neto de capital o un exportador neto de capital, esta relación en general no se mantendrá respecto de cada uno de los otros países con los que el país en cuestión se relaciona” y “la posición de un país... va a cambiar a lo largo del tiempo” (idem).²¹⁹

Hoy en día, la mayor parte de los países que gravan la renta de fuente extranjera otorgan un crédito fiscal bajo el derecho interno.²²⁰ Se han dado algunas razones para justificar esta propagación de la eliminación de la doble imposición internacional bajo el método del crédito fiscal. Por un lado, “el crédito por impuestos extranjeros mitiga la posibilidad de que el contribuyente que gana renta en el extranjero sea sujeto a una alícuota de imposición efectiva total más alta que la del contribuyente que gana la misma renta en forma interna”,²²¹ que probablemente se consideró justo desde una perspectiva de igualdad del sistema tributario interno. Otra razón que se ha dado es la teoría de la reciprocidad, esto es, que los países otorgan un crédito fiscal de modo unilateral “como un ‘contrato implícito’ entre los gobiernos de todo el mundo construyéndose sobre una red cada vez más grande que asegura la reciprocidad global”.²²² Sin embargo, en el derecho interno los créditos fiscales no se sujetan a reciprocidad, ni el crédito fis-

²¹⁸ VANN, 2010, p. 24.

²¹⁹ Véase, sin embargo, *supra* nota 2.

²²⁰ Como observa CHRISTIANS (2005), “una de las razones originales para celebrar tratados fue que antes de que existieran, no había un estándar internacional para eliminar la doble imposición: Estados Unidos estaba solo en otorgar un crédito comprensivo por impuestos en el extranjero, que eliminaba de manera unilateral la imposición basada en la residencia” (pp. 651 y 652).

²²¹ GRAETZ, 2003, p. 14.

²²² SCHÖN, 2009, p. 84.

cal se introdujo en Estados Unidos sujeto a reciprocidad.²²³ También podría sostenerse que el crédito por impuestos extranjeros se establece a efectos de lograr el bienestar mundial bajo CEN, pero este no es el caso; como ya se mencionó, CEN requiere créditos fiscales ilimitados, lo que ningún país está dispuesto a otorgar, y el no diferimiento. Finalmente, se argumenta que los países otorgan créditos fiscales por la influencia de las multinacionales, pero SHAVIRO (2014) observa que las multinacionales preferirían la exoneración (p. 110).

El Modelo OCDE 2017 reconoció el hecho de que “un gran número de casos causados por la doble imposición jurídica internacional residencia-fuente se pueden eliminar a través de disposiciones internas que eliminan la doble imposición (comúnmente en la forma de una exoneración o un crédito fiscal) que operan sin la necesidad de tratados impositivos” (Introducción, párr. 15.3). Sin embargo, establece que estas disposiciones de derecho interno “no van a cubrir todos los casos de doble imposición, especialmente si hay diferencias significativas en las normas de fuente de los dos Estados ...” (idem). Además de los conflictos de fuente, por tener el país de la residencia normas de fuente diferentes a las del país de la fuente a los efectos de eliminar la doble imposición, la doble imposición jurídica también podría resultar de diferencias en el derecho interno de los países respecto del concepto de impuesto, la caracterización de la renta, la atribución de rentas al establecimiento permanente, la base imponible y el aspecto temporal de impuesto.²²⁴ Los tratados impositivos no resuelven estas últimas dos cuestiones.

La doctrina ha argumentado que los tratados impositivos pueden de hecho coordinar las normas de fuente²²⁵ para eliminar la doble imposición, dado que el país de la residencia puede no eliminar la doble imposición por derecho interno si su norma de fuente es diferente a

²²³ SHAVIRO, 2014b, p. 110.

²²⁴ Blanluet y Durand, 2011, pp. 30-50

²²⁵ “Los tratados impositivos tratan estos problemas llegando a normas mutuamente aceptadas en relación a la fuente de la renta y la atribución de la renta” (SURREY en DAGAN, 2018, pp. 105 y 106); “Considerados de manera general, los tratados impositivos buscan, en primer lugar, reducir a conceptos comunes, o por lo menos a conceptos acordados, la noción de imposición basada en la fuente, de modo de que cada país tenga un claro entendimiento de cómo el otro gravará bajo la teoría de que representa el origen de la base imponible” (ROSENBLUM, 1983, p. 770); “El tratado típicamente identificará dónde existe el derecho primario a gravar una categoría específica de renta, si en el lugar del sitio donde surge la renta o en la jurisdicción de residencia... En este proceso el tratado puede identificar el lugar de la fuente de la renta para una categoría específica de renta” (STRENG, 2006, p. 857).

la del país de la fuente. Sin embargo, la coordinación de la fuente en este sentido solo será relevante si el alcance de la potestad tributaria del país de la fuente bajo el tratado en cuestión incluye rentas que no tienen su fuente en dicho país de conformidad al derecho interno del país de la residencia. Esto va a ser el caso, en general, de las disposiciones que se aparten del Modelo OCDE, tales como los servicios técnicos y servicios digitales, es decir, casos en que se elimina la doble imposición por parte del país de la residencia en situaciones en las que no se eliminaría por derecho interno por considerar que las rentas son de fuente nacional.

Por otra parte, DAGAN (2018) considera que los tratados pueden “codificar acuerdos que determinan cuáles impuestos se consideran sujetos al crédito fiscal” (p. 106), pero consideramos que esto no es un problema de gran relevancia, dado que el concepto de impuesto a la renta es similar en la mayor parte de los sistemas tributarios.²²⁶ Los tratados impositivos no definen impuestos a la renta,²²⁷ por lo que dejan suficiente margen para cubrir impuestos que hayan sido omitidos en la enumeración del art. 2.3 del Modelo OCDE.²²⁸ Impuestos a la renta de carácter dudoso pueden ser expresamente incluidos en la lista y la lista da seguridad en relación a los impuestos sujetos al crédito fiscal, más allá de que a nuestro entender el problema se presenta como menor. Actualmente, el problema se ha presentado respecto de países que diseñan impuestos con el propósito de excluirlos de la aplicación de los tratados. En este sentido, la administración tributaria del Reino Unido tomó la posición de que el Impuesto a las Ganancias Eludidas no estaba alcanzado por los tratados impositivos, si bien gran parte de la doctrina considera que es sustancialmente similar a un impuesto a la renta,²²⁹ y el Comité de India de Imposición al Comercio Electrónico, también consideró que el Gravamen de Equiparación

²²⁶ VOGEL, 1997, p. 147.

²²⁷ El Comentario OCDE solo establece que los impuestos a la renta “comprenden impuestos a la renta global o impuestos a categorías de rentas...”, incluyendo ganancias de capital e impuestos salariales, y excluyendo las contribuciones especiales de seguridad social o cualquier otro tributo fuera de los impuestos (art. 2, párr. 2.3).

²²⁸ Si bien ha habido cierta discusión sobre este punto, concordamos con LANG (2005) quien, remitiéndose a los trabajos preparatorios, concluye que “si no hay prueba específica estableciendo que se pretendió excluir del alcance del tratado bilateral a determinado impuesto, será difícil que las autoridades tributarias puedan alegar frente a un tribunal que ese impuesto específico no se encuentra alcanzado” (p. 221).

²²⁹ Véase Tomazela, 2016 e ISMER y JESCHECK, 2017. Sin embargo, BAKER (2015), quien asesoró al gobierno del Reino Unido en esta cuestión, considera que este

para las operaciones digitales no estaba alcanzado por los tratados, aunque su estructura es similar a la del impuesto a la renta.²³⁰ En relación a la caracterización de la renta, la mayor parte de las categorías del Modelo OCDE se basan en la definición de derecho interno bajo la remisión del art. 3.2, una disposición que ha generado diferentes perspectivas acerca de su interpretación, y que entonces no garantiza la resolución de estos conflictos. Como ya se dijo anteriormente, los problemas de caracterización de la renta pueden generar conflictos de fuente, y bajo los tratados impositivos doble imposición o doble no imposición.

En lo que hace a la atribución de rentas al establecimiento permanente, al igual que se verá más adelante en materia de precios de transferencia, el art. 7 del Modelo OCDE no puede leerse como conteniendo las guías de la OCDE al respecto. SCHÖN (2009) observa que este abordaje comienza con las funciones de personas significativas y entonces “se da por sentado que la existencia de un establecimiento permanente no refiere a un punto específico en el territorio del estado huésped y al capital invertido en ese punto, pero a una ‘función’ o a una ‘actividad’ (en el sentido de una parte delimitable del negocio total de la empresa) que se lleva a cabo por ciertas personas físicas en el territorio del estado huésped” (p. 103). Considera que “es difícil decir si la ubicación de ciertas personas en una jurisdicción realmente importa. En primer lugar, el concepto básico de ‘tomar decisiones’ como punto de partida para atribuir la renta es defectuoso. Las decisiones son procesos mentales que no se prestan a una fijación territorial... Además, en su mayor parte estas decisiones implican riesgos y oportunidades cuyo efecto económico será sostenido por la empresa como un todo... Asimismo, las decisiones empresariales más importantes se toman en un proceso de múltiples etapas, incluyendo personas ubicadas dentro y fuera del territorio del estado huésped. Finalmente, es difícil ver por qué dicha toma de decisiones debe estar conectada a un ‘lugar fijo de negocios’, ‘a través’ del cual se lleva a cabo el negocio en una jurisdicción” (idem).

Por lo tanto, la eliminación de la doble imposición jurídica internacional no parece relevante desde una perspectiva práctica,²³¹ excepto

impuesto no se encuentra alcanzado por los tratados, porque es una medida anti-elusiva específica, y no es similar al impuesto a la renta de las sociedades.

²³⁰ Véase ISMER y JESCHECK, 2017.

²³¹ Esto ha sido remarcado por gran parte de la doctrina. AVI-YONAH (2009) manifiesta que los tratados impositivos “no son en general necesarios para evitar la doble imposición, si bien pueden ayudar en situaciones límite, tales como en casos

respecto de ciertos países, y de la atribución de rentas al establecimiento permanente, más allá de que los tratados impositivos dicen poco al respecto. MAISTO (2010) observa que “algunos países que han adoptado el método del crédito bajo el derecho interno... prefieren hacer uso del método de la exoneración en sus tratados” (Hungría y Alemania), si bien excluyen ciertas categorías de renta del método de la exoneración, pero “existen muchos países de crédito... cuya política de tratados es total (o principalmente) consistente con la opción que se hizo bajo el derecho interno, dado que adoptan el método del crédito en todos o la mayor parte de sus tratados” (pp. 348 y 349). Adicionalmente, ya hemos mencionado la situación de Suiza y Turquía, que establecen la deducción bajo el derecho interno, pero otorgan un crédito fiscal bajo los tratados.²³²

Si bien las cláusulas de créditos ficticios no se relacionan directamente con el propósito de los tratados impositivos, frecuentemente se presentan como un asunto relevante para los países en vías de desarrollo y, por lo tanto, las trataremos brevemente. A través de las cláusulas de crédito ficticio “un país desarrollado otorga un crédito no solo por el impuesto pagado, sino también por el impuesto no pagado en virtud de legislación de incentivo en el país en vías de desarrollo”.²³³ Teóricamente, en ausencia de disposiciones de crédito ficticio, la renta sería totalmente gravada por los países de la residencia y por lo tanto el beneficio otorgado por el derecho interno del país de la fuente se

donde existe conflicto acerca de las normas de fuente” (p. 99). BROOKS y KREVER (2015) consideran que los mecanismos para resolver la doble imposición en los tratados impositivos “son mayormente redundantes, replicando las medidas de exoneración o crédito que ya se encuentran en las leyes impositivas internas de la mayoría de los países” y que “de manera algo irónica, más allá del propósito alegado, los tratados impositivos son marcadamente inefectivos para abordar las causas más importantes de doble imposición, la caracterización inconsistente de la renta y la inconsistencia en las normas de fuente” (p. 168). DAGAN (2018) manifiesta que los tratados impositivos “frecuentemente replican el mecanismo que los países utilizan unilateralmente para evitar la doble imposición” (p. 7). ZOLT (2018) considera que “existen argumentos fuertes de que los países no precisan los tratados impositivos para evitar la doble imposición que resulta de la mayoría de los conflictos fuente-residencia (los tratados aún son necesarios para resolver desacuerdos entre los países de normas diferentes para determinar la fuente de la renta o el estatus de residente)” (p. 10).

²³² *Supra* nota 161. Canadá establece el crédito fiscal bajo el derecho interno para rentas activas, y las exonera bajo los tratados impositivos. Sin embargo, desde el año 2007, la exoneración se encuentra sujeta a un acuerdo de intercambio de información con el país respectivo (BROOKS, 2010, p. 202) y por lo tanto la diferencia de tratamiento posiblemente se debía a cuestiones de elusión fiscal.

²³³ Comentario ONU, art. 23, párr. 4.

perdería, yendo a parar al erario del país de la residencia. En este sentido, algunos manifiestan que respeta la soberanía de los países, porque de otro modo éstos no serían libres de otorgar incentivos dado que la imposición en el país de la residencia neutralizaría el incentivo. BROOKS (2009b) establece una serie de razones por las cuales considera que este enunciado no es correcto: es poco probable que por no otorgar créditos ficticios los países se vean forzados a no utilizar incentivos, ayuda a los países a tomar decisiones independientes respecto de su política impositiva internacional porque las cláusulas de crédito ficticio estimulan la competencia fiscal internacional, y que la soberanía de los países de la residencia también debería respetarse (p. 19). Compartimos el primer argumento porque, como veremos, los beneficios del crédito ficticio pueden obtenerse por otros medios fuera del ámbito de aplicación de los tratados impositivos. Respecto del segundo argumento, del deber de los países desarrollados de mitigar la competencia fiscal entre los estados en vías de desarrollo, ello no se ve en otras áreas del derecho tributario internacional, específicamente respecto de los tratados impositivos. Idéntica consideración cabe para el tercer argumento, si fuese utilizado, debería aplicarse a otras áreas del derecho tributario internacional, tales como la competencia fiscal nociva e intercambio de información, donde el argumento de la soberanía se aplica de manera unilateral. Otro argumento a favor del crédito ficticio es que evita el paternalismo de la ayuda exterior,²³⁴ dado que algunos ven a los créditos ficticios como un mecanismo internacional de redistribución²³⁵ o como un tipo de ayuda exterior.²³⁶ También se sostiene que nivela la cancha de juego para las multinacionales de sistemas de imposición a la renta global que compiten en el país de la fuente,²³⁷ si bien pueden hacerse a este argumento las mismas críticas que a CIN.

El Comentario ONU establece que “cuando el país del inversor aplica el principio del crédito por impuestos extranjeros, el método más efectivo para preservar el efecto de los incentivos y concesiones impositivas otorgados por los países en vías de desarrollo es el crédito ficticio de impuestos” (art. 23, párr. 6). Contrariamente, la OCDE en 1998b publicó un informe de créditos ficticios en el que advirtió a sus miembros acerca de su inclusión en los tratados impositivos y las conclusiones de este informe se incluyeron en el Comentario OCDE (art.

²³⁴ BROOKS, 2009b, p. 19.

²³⁵ LI, 2010, p. 129.

²³⁶ OCDE, 1998b, p. 19.

²³⁷ BROOKS, 2009b, p. 19.

23, párrs. 72-78.1).²³⁸ En primer lugar, el Comentario OCDE establece que las disposiciones de crédito fiscal ficticio son muy vulnerables al abuso (art. 23, párr. 76). Sin embargo, en el año 2013, SCHOUERI observó que “en este momento no existe prueba empírica de ‘malos resultados’ por créditos ficticios” (p. 113). Otro argumento es que las disposiciones de créditos ficticios pueden favorecer la repatriación de los beneficios en vez de su reinversión en el extranjero,²³⁹ si bien la reinversión en el extranjero no asegura que sea efectuada en el país de la fuente. El informe de la OCDE (1998b) dice que también afecta la neutralidad en el caso de países con crédito fiscal, al hacer “más favorable invertir en el extranjero que en el país respecto de la imposición” (p. 19). Otro argumento utilizado por la OCDE es que “los incentivos impositivos son vistos por un número cada vez más grande de países como altamente distorsivos y una herramienta inadecuada para el desarrollo económico...” (1998b, p. 25).²⁴⁰ Adicionalmente, “es

²³⁸ El Comentario anterior establecía que el método del crédito fiscal podía anular los incentivos asegurando para el país de la residencia “lo que puede ser denominado una ganancia no acordada para su propio Erario Público” (Comentario OCDE 1977, art. 23, párr. 73).

²³⁹ Comentario OCDE, art. 23, párr. 77.

²⁴⁰ Contrariamente, ZOLT (2017) considera que “si se diseñan e implementan de manera adecuada, los incentivos impositivos son una herramienta útil para atraer las inversiones que no se hubieran hecho sin las disposiciones de beneficios impositivos”; “es mucho más fácil establecer beneficios impositivos que corregir las deficiencias en el sistema legal o mejorar de forma dramática el sistema de comunicaciones de un país” (p. 535). EASSON dio tres explicaciones por las cuales los países seguían otorgando incentivos impositivos a pesar de la literatura contra éstos: “los gobiernos sienten presión de conceder incentivos y mantener un ambiente impositivo hospitalario para inversores extranjeros porque ‘todos los demás lo hacen’”; “los actores políticos no siguen las perspectivas de los expertos porque no los convencen muchos de los supuestos problemas asociados a los incentivos impositivos” y los “funcionarios, que son responsables de promover la inversión extranjera directa, a menudo se llevan el crédito de haber asegurado inversiones a través de los incentivos que ofrecen”; y, finalmente, “muchos gobiernos perciben a los incentivos impositivos como una de las pocas opciones para atraer inversores extranjeros”, en particular los países en vías de desarrollo (parafraseado en LI, 2010, p. 24). La OCDE (1998b) criticó los incentivos porque “la mayor parte de la prueba empírica sugiere que la recaudación impositiva renunciada excede el aumento en la inversión esperado”; “es difícil asegurar que las empresas a las que está dirigido el uso de los incentivos puedan hacerlo con cualquier grado de certeza”; la “complejidad que introducen al sistema impositivo”; “el uso de incentivos fiscales también tiene la potencialidad de disparar la competencia, en especial entre países de una misma región o entre países que tienen estructuras industriales similares”; “al momento de planificar y tomar decisiones de inversión, las empresas basan sus decisiones en un rango amplio de factores diferentes, como la estabilidad política, el tamaño y ubicación del mercado, la rentabilidad, los derechos de propiedad, la disponibilidad y costo de trabajo especializado y de

posible que la imposición en el país de la residencia nunca suceda o suceda después de un número de años”, ya sea por la inversión a través de una subsidiaria con diferimiento, o compensando impuestos en un sistema de crédito fiscal (pp. 23 y 24).²⁴¹ Finalmente, dice que la imposición es solo uno de los factores entre los muchos en relación a la decisión de hacer una inversión (p. 28).²⁴² Lo curioso de los últimos tres argumentos es que pueden utilizarse para adoptar una postura contraria a la celebración de tratados impositivos.

En la mayoría de los casos los tratados impositivos no son necesarios para eliminar la doble imposición jurídica dado que los mecanismos establecidos en el derecho interno para eliminar la doble imposición se replican en los tratados impositivos. No hay un beneficio para los “países de la fuente” si este es el caso. Respecto del crédito ficticio, consideramos que es conveniente incluirlo en los tratados impositivos, pero en la mayoría de los casos, no valdrá la pena celebrar un tratado para obtener esta disposición u otorgar concesiones en la negociación de tratados para obtenerlo, dado que es probable que

las materias primas, regulaciones de control de cambio de moneda, disponibilidad de rutas, vías férreas, puertos y otras instalaciones de transporte, un servicio civil capacitado y eficiente y las consecuencias tributarias de la inversión... por lo que la imposición es solo uno de los muchos factores que afectan la conducta de inversión de las empresas”; y “su introducción en un sistema impositivo lleva a la presión de otros sectores que merecen un tratamiento especial” (pp. 26-28).

²⁴¹ En este sentido, BROOKS (2009b) observa que las disposiciones de créditos ficticios son innecesarias en la mayoría de los casos porque “los incentivos impositivos otorgados por los países de baja renta en la mayoría de los casos van a ser efectivos sin la necesidad de una disposición de crédito ficticio por estas razones: van a beneficiar a todas las multinacionales residentes de países que gravan las rentas internacionales sobre una base territorial (como lo hacen muchos países europeos); también beneficiarán a todas las multinacionales residentes de países con sistemas de exoneración..., si dichas multinacionales constituyen una subsidiaria en el país de baja renta; y le otorgarán un diferimiento a todas las multinacionales residentes de países (como Estados Unidos) que difieren la imposición sobre rentas extranjeras hasta tanto la renta se repatriá” (p. 21). AULT y ARNOLD (2017) manifiestan que “en general, el crédito ficticio solo es un problema cuando el no residente invierte en el país en vías de desarrollo en forma directa a través de una sucursal. Si la inversión se hace a través de una subsidiaria establecida en el país en vías de desarrollo, el país de la residencia en general no grava los beneficios cuando se obtienen por la subsidiaria, y muchos países desarrollados exoneran los dividendos de subsidiarias extranjeras” (p. 48). En virtud de esto, debe tenerse en cuenta que “para obtener la concesión del crédito ficticio en un tratado impositivo, los países de baja renta pueden debilitar su posición en la negociación respecto de otros aspectos del tratado...” (BROOKS, 2009b, p. 22).

²⁴² Véase *supra* nota 239. Como dice SCHOUERI (2013), “si uno fuera a tomar este argumento en serio, sin embargo, uno necesitaría saber cuál es el efecto total de los tratados impositivos en las decisiones acerca de la inversión extranjera” (p. 114).

los inversores extranjeros puedan mantener los incentivos fiscales a través de mecanismos que no impliquen la aplicación del tratado impositivo.

5.2. Doble imposición económica

En esta subsección analizaremos las disposiciones del Modelo OCDE que evitan la doble imposición económica, principalmente el art. 9. También analizaremos las entidades transparentes, así como las normas CFC, especialmente su interacción con las reglas de precios de transferencia. La mayor parte de las consideraciones respecto de los precios de transferencia también pueden aplicarse a la atribución de beneficios al establecimiento permanente, si bien este último es un caso de doble imposición jurídica.

Consideramos que el propósito principal de los tratados impositivos hoy en día es la resolución de casos de doble imposición económica internacional en relación a precios de transferencia y, en menor medida, de doble imposición jurídica internacional respecto de la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes, o estandarizar los abordajes de la OCDE al respecto. En efecto, la metodología del precio de mercado es un consenso implícito construido alrededor de las guías de la OCDE (2017). Estamos de acuerdo con VANN (2003), quien junto con otra parte de la doctrina,²⁴³ manifiesta que “claramente las ‘guías’ actuales respecto de transacciones, precios, y métodos

²⁴³ VOGEL (1997) manifiesta que el “método de beneficios comparables como un método estándar de precios no cumple con el art. 9 del Modelo OCDE...”, dado que se comparan beneficios, no precios (pp. 533 y 534). AVI-YONAH (2007) observa que la “división de beneficios no se basa en comparables, sino que se basa fundamentalmente en los resultados del propio contribuyente. En este sentido es similar al prorrateo por fórmulas, si bien se sigue aceptando como un método de precios de transferencia porque está en las guías de la OCDE” (p. 117). Manifiesta que “lo más alejado que estás del precio comparable no controlado, lo menos preciso se vuelven tus comparables. Los comparables del precio comparable no controlado son los más comparables. El método de beneficios comparables es menos comparable, y la división de beneficios no es para nada comparable” (idem). Respecto del método de división de beneficios, “una vez que abandonas la búsqueda de comparables, se vuelve un sinsentido llamar al método ‘precio de mercado’, porque sin comparables nadie puede saber qué hubieran hecho las partes no vinculadas” (pp. 6 y 7). AVI-YONAH y HALABI (2012) manifiestan que “el artículo 9 en sí mismo no logra mucho más que discutiblemente consagrar el muy problemático estándar de precio de mercado bajo los tratados... Todo el trabajo real de precios de transferencia se lleva a cabo por las guías de la OCDE, que no son parte del tratado” (p. 3). Por su lado, SCHÖN (2009) considera que el método del margen neto de la transacción y de división de beneficios que están substituyendo a los métodos tradicionales son “herramientas arbitrarias...” (p. 68).

de beneficios no tienen ninguna base en el texto del artículo aunque se expresen en términos obligatorios” (pp. 150 y 151).²⁴⁴ Sin embargo, considera que “frecuentemente no va a ser importante cuál es el contenido preciso del artículo 9” dado que “en una avalancha de actividad desde 1995 muchos países han aprobado normas más específicas de derecho interno que siguen las guías en un mayor o menor grado de especificidad o aprobado reglamentaciones indicando la intención de seguir las guías” (p. 151). Por otro lado, “es poco probable que los contribuyentes impugnen la naturaleza obligatoria de las guías, sino que más bien argumenten en base a las mismas, considerando el margen que dan para la planificación fiscal” (idem). La importancia de los precios de transferencia se puede ver en la exclusión del art. 9 del Modelo OCDE de la cláusula LOB. Por lo tanto, las entidades residentes de los estados contratantes van a tener acceso a los beneficios del art. 9 aunque no cumplan con ninguno de los criterios de la cláusula LOB.

La doctrina ha hecho críticas importantes a la metodología del precio de mercado.²⁴⁵ VANN (2010) considera que “en los tiempos en que

²⁴⁴ Excedería nuestros propósitos enumerar todos los cambios de criterio en la metodología del precio de mercado que se realizaron desde que se condujeron los primeros estudios sobre el tema por la OCDE. En este sentido, las palabras del director de la OCDE en relación a los cambios a las Guías de Precios de Transferencia (OCDE, 2017) son ilustrativas, “nuestras reglas de precios de transferencia, que parecen tan sofisticadas... son muy primitivas, no contemplaban la mayor parte de los casos en los que simplemente tenías discrepancia entre las actividades reales y los contratos... tenemos un principio que es bastante débil pero que puede funcionar si reconciliamos la realidad con los contratos... solo espero que tengamos reglas un poco más sofisticadas, que sean un poco menos primitivas, y que solamente... hagan sentido. Porque lo que teníamos hasta ahora era un sinsentido” (SAINT-AMANS, 2015, 41:10).

²⁴⁵ GRAETZ (2001) manifiesta que “muchos han cuestionado si el precio de mercado es una manera teóricamente adecuada de distribuir los beneficios producidos conjuntamente, pero cualesquiera sean sus méritos teóricos, la atribución en base a precios de mercado, que fue introducida en los años 20 por la Sociedad de Naciones, siempre ha sido una ficción difícil de hacer cumplir” (p. 318). ROSENBLOOM (2011) considera entre los desarrollos adecuados para la política impositiva internacional de Estados Unidos “la reducción del ‘método de precio de mercado’ como un medio de controlar los precios de transferencia a favor de presunciones, salvaguardas regulatorias, y otros normas de ahorro de recursos de justicia aproximada; el método del precio de mercado se ha revelado hoy en día como un producto de pensamiento superficial; Estados Unidos está bien en el camino de abandonarlo pero se niega a admitirlo” (pp. 10 y 11). De acuerdo con SHAVIRO (2014b), el concepto de precios de transferencia “es suficientemente malo en la teoría, y peor aun en la práctica actual” (p. 20). Manifiesta, asimismo, que “en la práctica... los precios de transferencia es a la vez un enigma sin una solución correcta y un sumidero de planificación fiscal, cumplimiento, y gastos

se formuló, el método del precio de mercado era razonable y práctico. La mayoría de las transacciones en cuestión involucraban bienes tangibles, las empresas vinculadas en diferentes países (ya sea formalmente parte de la misma sociedad o sociedades separadas) eran relativamente autónomas y el volumen de comercio dentro de una sociedad o grupo transnacional era suficientemente limitado y del tipo que permitía encontrar precios de mercado genuinos para transacciones comparables” (pp. 12 y 13). Sin embargo, hoy en día, “las transacciones de intangibles están aumentando y quizás dominando sobre las transacciones de tangibles (especialmente, porque muchas transacciones de bienes son acompañadas por transacciones relacionadas de intangibles tales como una licencia de uso de las características patentadas o con derechos de autor de los bienes), las comunicaciones son instantáneas por lo que es factible controlar las diversas partes de la sociedad o grupo transnacional en todo el mundo, y el volumen de comercio dentro de las sociedades o grupos transnacionales ha crecido al punto en el que hay muchas transacciones que son únicas de dicho ambiente” (p. 13).

LEBOWITZ (1999) considera que la causa subyacente de la insatisfacción con el método del precio de mercado es que es “ilógico desde el punto de vista económico y, por esta razón y otras, inherentemente inadministrable” (p. 1201). Manifiesta que “dado que operar con entidades relacionadas y operar con entidades no relacionadas constituyen diferentes modos de organización económica, ver las partes relacionadas como si no fuesen relacionadas no va a llevar a resultados razonables” (p. 1202). En este sentido, establece que las operaciones dentro de los grupos pueden implicar costos más bajos de transacción y sinergias, esto es, beneficios adicionales, que “no se pueden cubrir con las reglamentaciones actuales de precios de transferencia porque su existencia incumple la suposición básica que subyace al principio del precio de mercado” (idem).²⁴⁶ DURST (2010) sostiene que los mé-

administrativos sustanciales (aunque provee empleo beneficioso para muchos abogados, economistas y contadores)” (p. 40).

²⁴⁶ DURST (2010) manifiesta que “los intentos incrementales de reforma están destinados a fracasar porque la imposibilidad de aplicar el estándar del precio de mercado no deriva de los detalles de su implementación, sino de sus premisas centrales” (p. 249). Observa que “la teoría económica ha reconocido desde hace tiempo que los grupos societarios integrados, incluyendo las grandes empresas multinacionales, se forman porque los costos de hacer negocios de una manera diferente a la forma integrada, conjuntamente controlada, son muy grandes para que una empresa no integrada sea competitiva” y “el hecho es que en muchas industrias en muchos mercados, solo empresas integradas, multinacionales, bajo control común, están activas en el mercado, porque una estructura no integrada

todos basados en beneficios “no buscan establecer parámetros de precios para transacciones específicas... contra precios supuestamente comparables, sino que en general buscan encontrar los parámetros de los beneficios del grupos contra los beneficios de empresas no controladas posiblemente comparables” y “dado que los posibles comparables que pueden encontrarse son siempre muy aproximados, los métodos en las reglas aplicables generan rangos de supuestos precios de mercado que son tan amplios como inútiles” (250).²⁴⁷ Critica algu-

es muy costosa para sobrevivir” (2012, p. 124). Manifiesta que “no se requiere un análisis sofisticado... para reconocer que los grupos multinacionales bajo control común surgen precisamente porque existen transacciones que no ocurren de manera económicamente eficiente entre partes no vinculadas” (2010, p. 249). En el mismo sentido, VANN (2015) establece que el precio de transferencia no se basa “en la teoría muy adecuadamente porque usa un paradigma de mercado desintegrado para aplicarlo a un animal que existe porque el mercado desintegrado no funciona tan bien como éste lo hace para producir valor adicional” (36:30). Establece tres razones por las cuales las empresas existen, y crean este valor adicional que no podrían obtener en el mercado desintegrado: costos de transacción, es más barato controlar la producción que buscar precios en el mercado; los intangibles, que requieren que sean guardados dentro de la empresa, si se revelan, en general, pierden su valor; y la aptitud empresarial, se precisa un aparato de mando y control para explotar una idea (29:00). Otras razones son el caso en el que hay “‘especificidad de activos’, grandes inversiones en activos que son específicas del proceso productivo en cuestión” y “el riesgo de degradación de calidad; la integración facilitará el control de calidad” (LANGBEIN, 1991, p. 12). BRAUNER (2014a) considera que “cualquiera que no sea un completo novato debe reconocer que el precio de mercado en sí mismo no puede ser ‘correcto’ dado que usa transacciones de mercado como un sustituto de transacciones que no son de mercado. Lo mejor que quienes proponen el precio de mercado pueden argumentar es que es el más deseable entre los sustitutos incorrectos que tenemos disponibles para evitar el abuso de las normas impositivas por parte de las empresas multinacionales. Los precios de transferencia... están ahí para evitar el abuso en la atribución de bases imponibles que surge de las condiciones fuera del mercado que aplican a las transacciones correspondientes. Y a la fecha han fracasado miserablemente en hacerlo. La única cosa de la que no se tratan los precios de transferencia: no se tratan de respuestas ‘correctas’” (pp. 121 y 122).

²⁴⁷ Manifiesta, asimismo, que “cualquiera que haya participado en una controversia de precios de transferencia, ya sea desde el lugar del contribuyente o del gobierno, puede ver claramente que el sistema no logra los resultados que pretende de una norma razonablemente clara para la base imponible de una sociedad de acuerdo con un estándar claramente articulado y, por lo tanto, aplicable en la práctica. Se arrojan palabras y números por parte de los contribuyentes y los representantes del gobierno, pero las palabras y los números tienen poca conexión con la realidad económica. Las controversias se resuelven a través del cansancio de ambos lados, usando las formas de acuerdo más groseras, más que en base a un estándar que pueda asegurar resultados razonablemente similares en casos similares. Por décadas el sistema que opera se ha caracterizado por el caos” (pp. 249 y 250). Este caos se puede ver en los casos que se hacen públicos, donde las posiciones entre las partes acerca del precio de transferencia adecuado están muy alejadas (idem).

nas de las declaraciones del párr. 1.9 de las Guías de la OCDE (2017), como la que se ha encontrado que el principio del precio de mercado “ha funcionado efectivamente en la gran mayoría de los casos”, dado que en su experiencia “el estándar del precio de mercado raramente, si alguna vez, funciona efectivamente” (2012, p. 125).

Considerando lo dicho anteriormente, la disponibilidad del procedimiento amistoso, o incluso el arbitraje dentro de éste, para las controversias de precios de transferencia no constituye una ventaja de los tratados impositivos. No surge de las disposiciones del tratado la base sobre la cual las autoridades competentes deben acordar un determinado precio de transferencia, o la base sobre la cual una comisión arbitral debe resolver el precio de transferencia adecuado, y de allí que, en este último caso, el Modelo OCDE 2017 haya adoptado como método principal el ‘arbitraje del baseball’, bajo el cual la decisión de la comisión arbitral no debe fundamentarse. Si bien dentro del alcance del procedimiento amistoso las autoridades competentes pueden acordar con el contribuyente en forma bilateral o multilateral acuerdos anticipados de precios de transferencia, esto puede hacerse de forma unilateral, por la legislación interna de los estados contratantes, sin la necesidad de un tratado impositivo que establece poca información acerca del precio de mercado correcto. Adicionalmente, el número de acuerdos anticipados de precios de transferencia bilaterales o multilaterales celebrados por países en vías de desarrollo probablemente sea bajo.²⁴⁸

Finalmente, respecto del Proyecto BEPS, más allá de lo que ya se dijo al respecto, RING (2016) observa que “los países en vías de desarrollo, así como los BRICS en algunos casos, han identificado una serie de preocupaciones con el sistema impositivo internacional...” como “el alcance de la imposición al establecimiento permanente, y los precios de transferencia (precio de mercado versus prorrateo por fórmulas)” que no fueron abordadas (p. 1766). La cuestión de los precios de transferencia puede ser particularmente importante para los países en vías de desarrollo porque les puede ser “difícil combatir la planificación por las multinacionales a través de los precios de transferencia” dado que “bajo el método del precio de mercado, una

²⁴⁸ A finales de 2018, el número total de acuerdos anticipados de precios de transferencia multilaterales o bilaterales vigentes entre países miembros de la Unión Europea eran 116 y con países no miembros, 155 (Comisión Europea, 2019). Por otro lado, desde 2013 a 2019, India concluyó 31 acuerdos anticipados de precios de transferencia bilaterales (Central Board of Direct Taxes, 2019, p. 7) y China, desde 2005 a 2019, 76 acuerdos bilaterales y renovaciones (State Taxation Administration, 2019, p. 23).

autoridad fiscal buscando hacer valer una deficiencia debe evaluar cantidades sustanciales de hechos e información económica, analizar los comparables y los análisis económicos preparados por el contribuyente, y aplicar uno o más de los complejos métodos de precios a las transacciones del contribuyente”, y “las jurisdicciones con recursos administrativos limitados encuentran este proceso especialmente abrumador” (p. 1767).²⁴⁹

Otra cuestión relacionada a los precios de transferencia son las normas CFC. Las normas CFC atribuyen la renta de las sociedades extranjeras, en general rentas pasivas y de ventas y servicios, o establecen una distribución ficta de dividendos sobre resultados derivados de estas rentas al accionista controlante residente,²⁵⁰ con dos finalidades principales: evitar el diferimiento del impuesto bajo un sistema de renta mundial, y/o evitar el vaciamiento de la base imponible de la sociedad controlante en el país de residencia de ésta como un respaldo a las normas de precios de transferencia.²⁵¹ Algunas normas CFC, incluso cuando operan en un sistema de imposición territorial, también abordan la elusión fiscal entre sociedades extranjeras, esto es, rentas que se desvían de un país extranjero a otro. La OCDE (2015d) favorece este abordaje dado que considera que “puede no ser posible

²⁴⁹ PICCIOTTO (2013) considera que el principio del precio de mercado “lejos de ofrecer una base clara y fácil de administrar para la imposición, es una receta para el desacuerdo. Su amplio grado de latitud interpretativa significa que la resolución de casos frecuentemente depende de la negociación, y su campo para juicios discrecionales deja espacios para la arbitrariedad o la corrupción. La OCDE ha intentado apoyar la propagación de este abordaje a través del desarrollo de capacidades. Sin embargo, no parece un buen uso de los recursos capacitar especialistas para administrar un sistema que es disfuncional. Capacitar especialistas para inspeccionar precios de transferencia mediante la búsqueda de comparables bajo el principio del precio de mercado parece un desperdicio de los escasos recursos, y de hecho podría ser contraproducente” (p. 23).

²⁵⁰ Una cuestión que ya ha sido observada por AVI-YONAH y CLAUSING (2007) es que las normas CFC en general hacen una distinción arbitraria entre sociedades controladas por nacionales y sociedades controladas por extranjeros, dado que solo aplican a las primeras, y hoy en día “esta distinción es menos y menos significativa” (p. 4). Una técnica de planificación con esto era utilizada por las sociedades estadounidenses, donde éstas ‘invertían’ la residencia de la sociedad estadounidense controlante a una jurisdicción extranjera para evitar las normas CFC, si bien hoy en día esta práctica está bastante restringida.

²⁵¹ Las normas CFC se introdujeron por primera vez en Estados Unidos en 1962 y frecuentemente se mencionan como implementando CEN porque su propósito sería prevenir el diferimiento de la imposición a las rentas de fuente extranjera. Sin embargo, GRAETZ (2016b) concluye que “en última instancia, no se puede determinar un razonamiento claro del Congreso acerca de qué constituía un abuso a partir de la historia de la Ley Impositiva de 1962” (p. 79).

determinar la base imponible del país que fue vaciada...” y “el Plan de Acción BEPS está dirigido a prevenir la erosión de todas las bases imponibles, incluso aquellas de terceros países” (p. 16).²⁵² SHAVIRO (2018) critica este tipo de normas CFC porque, como ya se dijo, desde el punto de vista del bienestar nacional, la elusión de impuestos extranjeros por parte de multinacionales nacionales debería ser bienvenida, dado que las personas físicas utilizan los impuestos eludidos, si bien esto “puede ser complementario a reducciones de impuestos nacionales...” (p. 67). Las normas CFC “pueden venir con el costo no solo de inducir a las sociedades multinacionales residentes a aceptar impuestos extranjeros más altos que son solo un costo desde el punto de vista interno, sino también de desfavorecer la inversión por estas sociedades multinacionales respecto de aquella de sociedades no residentes (que no están sujetas a las normas internas CFC)” y por lo tanto “el nivel óptimo de uso de esta herramienta es ambiguo y difícil de juzgar” (pp. 67 y 68).²⁵³

Históricamente, la OCDE ha considerado que las normas CFC no son contrarias a los tratados impositivos. En este sentido, un informe de 1986 observó, por un lado, que a nivel político los tratados impositivos no aseguran el diferimiento indefinido,²⁵⁴ y, por otro lado, que “sería contrario a los principios generales que subyacen al Modelo OCDE y al espíritu de los tratados impositivos en general, si las medidas de combate se extendieran a actividades como producción, prestaciones normales de servicios o comercio de sociedades dedicadas a actividades comerciales e industriales reales, cuando están claramente relacionadas con el ambiente económico del país del cual son residentes, en la situación en que estas actividades son desarrolladas de una manera en la que no existe sospecha de elusión fiscal”.²⁵⁵ El primer enunciado ignora la utilización de normas CFC como un respaldo a las normas de precios de transferencia, el uso principal soste-

²⁵² Dourado (2015) critica la recomendación de la Acción 3 de extender las normas CFC a casos de vaciamiento entre países extranjeros dado que “benefician principalmente a los países de la residencia” (p. 356). Sostiene que este tipo de normas solo se encuentra justificado en el caso de entidades utilizadas para evitar las normas CFC y si solo aplican a rentas pasivas (p. 355).

²⁵³ La OCDE (2015d) observó la desventaja competitiva para las multinacionales propiedad de sociedades residentes de jurisdicciones con normas CFC o normas CFC más estrictas, de aquellas de jurisdicciones sin estas normas o con normas menos estrictas, y propuso como alternativa que todos los países adoptaran normas CFC similares (pp. 15 y 16).

²⁵⁴ OCDE, 2014, p. 1434.

²⁵⁵ Pp. 1434 y 1435. Esto se incluyó en el Comentario OCDE 1992 (art. 1, párr. 26) y se eliminó en el año 2003.

nido por el Proyecto BEPS.²⁵⁶ El segundo no tiene sentido a no ser que las normas CFC se consideren normas antielusivas, y por lo tanto el problema se vuelve determinar la relación entre las normas antielusivas internas y los tratados impositivos, no la interacción teórica de estas normas específicas con los tratados impositivos. Concordamos con VANN (2010) en que las normas CFC contradicen “los bloques estructurales fundamentales del Modelo OCDE” dado que el Modelo “reconoce la existencia separada de las subsidiarias y... supone la imposición separada de las sociedades de un grupo...” en los arts. 5.7, 9, 10 y 24 (p. 19). VANN considera que “la legislación impositiva interna procura traer de nuevo en línea el tratamiento impositivo con el tratamiento contable, pero el efecto es hacer que se vuelvan irrelevantes el artículo de sociedades asociadas, y en ese sentido el artículo de dividendos” (pp. 19 y 20). Adicionalmente, establece que “el uso incremental de más y más legislación en el área de CFC inevitablemente va a llevar a la doble imposición económica de la misma renta” y concluye que “las suposiciones básicas y los objetivos primarios de los tratados impositivos están siendo subvertidos por los miembros principales de la OCDE” (idem).

WHEELER (2012) observa que “uno de los aspectos de los tratados que a veces da lugar a discusión es si el alcance de los artículos distributivos se limita estrictamente a la doble imposición jurídica, o si también se puede extender a la doble imposición económica”, que “surge naturalmente de la consideración acerca de si, en este sentido, las normas distributivas de los tratados son de naturaleza subjetiva u objetiva” (p. 35) (por supuesto, a excepción de las disposiciones que tratan específicamente de la doble imposición económica). El art. 7 del Modelo OCDE se refiere a los “beneficios de empresas de un estado contratante” y por lo tanto las normas CFC serían contrarias a este artículo bajo una perspectiva objetiva si no hubiese un establecimiento permanente en el país que aplica estas normas. Adicionalmente, el art. 10.5 del Modelo OCDE prohíbe la imposición de los beneficios no distribuidos. La OCDE manifiesta en su Comentario que las normas CFC no son contrarias al art. 7 (art. 7, párr. 14). Respecto del art. 10.5, manifiesta que “el numeral se limita a la imposición en la fuente y, por lo tanto, no tiene repercusión en la imposición en la residencia...” (art. 10, párr. 37). Consideramos que las normas CFC son contrarias al art. 10.5, y aunque la cuestión pueda ser discutible cuando la legislación CFC se implementa bajo el mecanismo de un dividendo ficto, y, por lo tanto, no grava directamente los beneficios, una interpretación

²⁵⁶ OCDE, 2015d.

acorde al propósito de los tratados, como la OCDE lo ha hecho respecto de otras disposiciones, debería llevar a esta conclusión. La OCDE ha finalizado esta discusión incluyendo la cláusula de salvaguarda en el Modelo OCDE 2017, que permite la aplicación de normas del tipo de las CFC. La cláusula de salvaguarda permite la imposición en el país de la residencia de forma ilimitada excepto en aquellos casos en que los tratados impositivos expresamente limitan la imposición en el país de la residencia. Esta cláusula se introdujo por primera vez en la Convención Modelo sobre Impuestos a la Renta de Estados Unidos (“Modelo de Estados Unidos”) con el propósito de gravar a los nacionales no residentes.²⁵⁷ Respecto de la potencial doble imposición jurídica que puede causar la aplicación de las normas CFC bajo los tratados impositivos, el Comentario OCDE manifiesta que “los contribuyentes que recurren a arreglos artificiales están tomando riesgos de los cuales las autoridades fiscales no pueden resguardarlos totalmente” (art. 10, párr. 39).

Respecto de la interacción entre las normas CFC y los precios de transferencia, VANN (2010) observa que el principio de precio de mercado “constituye la imposición separada a las sociedades dado que los ajustes se hacen de manera separada respecto de la renta de diversas sociedades, si bien en forma indirecta se reconoce la asociación del grupo societario”, mientras que las normas CFC implican “un abordaje de consolidación a los grupos societarios dado que la renta de una sociedad se atribuye directamente a otro miembro del grupo societario y las transacciones intragrupo se eliminan” (p. 4). La OCDE (2015d) manifiesta que “las normas CFC pueden tener como objetivo la misma renta que las normas de precios de transferencia en algunas situaciones, pero es poco probable que, ya sea las normas CFC o las normas de precios de transferencia, en la práctica eliminen la necesidad del otro conjunto de normas” (p. 14). Sin embargo, es claro que las normas CFC diseñadas para evitar el vaciamiento de la base imponible interna (por ejemplo, en el caso de países territoriales) se superponen en muchas instancias con las normas de precios de transferencia. De hecho, VANN (2010) considera que “una de las razones comúnmente dadas para introducir legislación CFC es evitar los precios de transferencias por parte de residentes” y es “esperable que la técnica diferente adoptada para manejar el problema de precios de transferencia por parte de la legislación CFC se pueda generalizar en los países y, por lo tanto, usarse para sustituir el principio del precio del mercado” (p. 5).

²⁵⁷ “Quizás, el efecto más importante de la cláusula de salvaguarda sea preservar los derechos de Estados Unidos de gravar a sus nacionales no residentes” (The American Law Institute, 1991, p. 231).

Finalmente, respecto de las entidades transparentes, los nuevos arts. 1.2 y 1.3 incluidos en el Modelo OCDE 2017 establecen los mismos resultados que aquellos establecidos para el Informe de Sociedades Transparentes de la OCDE (1999). En este sentido, parte de la doctrina no estaba de acuerdo con la solución establecida en este informe,²⁵⁸ que básicamente establece que el país de la fuente sigue la clasificación de ‘persona’ de acuerdo a la legislación del país de la residencia. Esta disposición resuelve conflictos de clasificación de una persona a los efectos de eliminar la doble imposición, así como para otorgar los beneficios del tratado. Sin embargo, la nueva disposición no resuelve los conflictos de doble imposición económica en el caso en que existan residentes en ambos estados, establecidos en los ejemplos 16 a 18 del Informe OCDE de Sociedades Transparentes.²⁵⁹

Como hemos señalado, el propósito principal de los tratados impositivos es resolver conflictos de doble imposición económica de entidades vinculadas, y conflictos de doble imposición jurídica en la atribución de beneficios al establecimiento permanente, o estandarizar los respectivos abordajes de la OCDE al respecto. Sin embargo, como observamos, los tratados impositivos establecen poco acerca de la metodología del precio de mercado, y el artículo no puede interpretarse como conteniendo las guías de la OCDE en la materia. Por otro lado, las normas CFC no solo van en contra de la estructura básica de los tratados impositivos, sino que también se superponen con el art. 9 del Modelo OCDE, más allá de que su aplicación sea indiscutible bajo la nueva disposición del Modelo OCDE 2017.

5.3. Casos no previstos

El art. 25.3 del Modelo OCDE permite a las autoridades competentes consultarse respecto de la eliminación de la doble imposición en casos no previstos por el tratado impositivo. El procedimiento amistoso entre autoridades competentes para resolver casos no establecidos en el tratado es inconstitucional en muchos países, dado que, en general, el Poder Legislativo no puede delegar estas facultades en las autoridades competentes. Reconociendo esto, el Comentario OCDE establece que el tratado podría complementarse con un protocolo a los efectos de incorporar el eventual acuerdo (art. 25, párr. 55). Los casos que podrían lidiarse bajo esta disposición son conflictos fuente-fuente, o casos que involucran dos establecimientos permanentes de

²⁵⁸ Véase *supra* nota 43.

²⁵⁹ OCDE, 1999, pp. 45-50.

una entidad residente en un tercer país (*idem*). El último ejemplo se encuentra en el Comentario OCDE desde la versión de 1963 (art. 25, párr. 7). En cualquier caso, existen pocos acuerdos de este tipo.

6. Recaudación de impuestos

6.1. Evasión y elusión fiscal

La evasión fiscal se refiere a situaciones en las que un contribuyente intencionalmente evita el pago del impuesto a través de un acto ilegal, tales como transacciones simuladas, no declaración, etcétera. El carácter ilegítimo de la conducta del contribuyente depende de cada sistema tributario interno. La elusión fiscal es el campo de aplicación de las normas generales antielusivas, es decir, normas subjetivas que determinan la verificación del hecho generador por parte de un contribuyente dependiendo de su propósito, o el propósito de la transacción o la ley. Mientras que en el caso de la evasión fiscal el hecho generador se verifica, en el caso de la elusión fiscal la verificación del hecho generador depende de consideraciones subjetivas establecidas en las diferentes normas generales antielusivas o doctrinas judiciales de cada sistema impositivo. Finalmente, la sustancia sobre forma, en el sentido legal, implica que los arreglos formales del contribuyente no se corresponden con la sustancia legal de los mismos, lo que no necesariamente implica evasión fiscal. Concordamos con VAN WEEGHEL (2010) en que la sustancia sobre forma es la única doctrina de alcance universal (p. 55).

El propósito de los tratados impositivos no es evitar la evasión y elusión fiscal, solo la disposición de intercambio de información puede evitarlas. La mejor manera de evitar la elusión fiscal bajo los tratados impositivos es no celebrarlos, dado que los problemas de elusión fiscal de los tratados impositivos son causados por éstos, ya sea impidiendo la aplicación de normas antielusivas internas u otorgando beneficios en circunstancias bajo las cuales 'no se pretendían' originalmente por las partes, y sin perjuicio de que este último concepto es relativo fuera del ámbito de aplicación de normas antielusivas generales. Los tratados impositivos han sido criticados por promo-

ver la elusión fiscal,²⁶⁰ si bien esto probablemente cambie después del Proyecto BEPS. Por otra parte, el art. 9 del Modelo OCDE no es una disposición antielusiva. El art. 9 solo distribuye la potestad tributaria respecto de empresas vinculadas, pero la imposición actual se determina por el derecho interno, restringida por este artículo. La única manera en que el Modelo OCDE impide abusos en materia de precios de transferencia, como lo hace en general, es a través de la disposición de intercambio de información.

La OCDE trató el tema de la elusión fiscal bajo los tratados impositivos por mucho tiempo, modificando el Comentario y no las disposiciones del Modelo OCDE, hasta el Proyecto BEPS. En efecto, en el año 2017 incluyó en el Modelo OCDE una batería de disposiciones antielusivas, entre otras, las cláusulas LOB y de propósito principal, así como la cláusula de salvaguarda para disposiciones antielusivas internas. La cláusula de propósito principal es incongruente con la estructura de los tratados impositivos, dado que en la mayor parte de los casos será ‘razonable concluir’ que obtener los beneficios del tratado es uno de los propósitos principales del arreglo o transacción, dado que los tratados impositivos conceden beneficios.²⁶¹ Por otro lado, determinar “que otorgar los beneficios en esas circunstancias sería acorde al objeto y propósito de las disposiciones relevantes...” será en muchas ocasiones difícil de demostrar. Especialmente difícil es el caso de una operación a la que ya se aplicó una cláusula antielusiva específica del Modelo OCDE, si en ese caso se cumplió con el objeto y propósito del tratado impositivo o, incluso, si la cláusula de propósito principal puede volver a aplicarse sobre esos casos, más allá de la referencia a “sin perjuicio de las otras disposiciones de esta convención” establecida en la misma. Por ello, consideramos que esta disposición agrega un grado importante de inseguridad a la aplicación de los tratados impositivos, donde las divergencias probablemente se resuelvan agregando pruebas fácticas circunstanciales para intentar acreditar el propósito de la operación.

²⁶⁰ Por ejemplo, SHAY, en un evento del Banco Mundial, manifestó que “mientras que los tratados originalmente tenían la intención de mitigar la doble imposición, ahora son principalmente usados por las multinacionales que incurrir en elusión fiscal y procuran rentas. Urgió a los países en vías de desarrollo a ser escépticos hasta que se pueda mostrar que los costos de celebrar tratados impositivos –incluyendo los costos de la recaudación que se renuncia y los administrativos– compensan los beneficios” (en DAGAN, 2018, p. 118).

²⁶¹ La incongruencia de esta disposición puede verse en el Comentario OCDE donde es necesario “un ambiente económico y político similar...” entre los lugares potenciales para establecer una planta industrial (art. 29, párr. 182, ejemplo C).

Las principales acciones contra la elusión fiscal internacional se están llevando a cabo por fuera de los tratados impositivos, básicamente a través del Proyecto BEPS,²⁶² y el proyecto de intercambio de información. En conclusión, salvo la disposición de intercambio de información que veremos en la próxima subsección, los tratados impositivos no impiden la evasión y elusión fiscal.

6.2. Intercambio de información

La disposición de intercambio de información bajo los tratados impositivos es un mecanismo de cooperación entre los estados contratantes respecto de la administración de impuestos. El intercambio de información puede ser a solicitud, espontáneo o automático, y la cooperación también puede incluir fiscalizaciones impositivas en el extranjero, fiscalizaciones impositivas simultáneas e inspecciones conjuntas. Además de los tratados impositivos el intercambio de información en asuntos tributarios se establece, entre otros, en el Modelo de la OCDE de Acuerdo de intercambio de información en asuntos fiscales (“Modelo de TIEA” o “TIEA”), la Convención de Asistencia Administrativa Mutua en Asuntos Tributarios (“CMAA”), varias directivas de la Unión Europea, acuerdos bilaterales bajo la Ley de Cumplimiento Impositivo de Cuentas Extranjeras (“FATCA”), así como en algunos acuerdos bilaterales específicos y organizaciones internacionales.²⁶³

Ya la Sociedad de Naciones había publicado un borrador de tratado bilateral de cooperación administrativa que establecía el intercambio de información a solicitud y automático, pero nunca se implementó.²⁶⁴ El Modelo OCDE 1963 incluyó la disposición de intercambio de información, pero estaba limitada al alcance subjetivo y objetivo del tratado, es decir, solo aplicaba a los residentes de los estados contra-

²⁶² De hecho, la OCDE (2013a) manifestó que las cuestiones BEPS “en general no se han tratado en los estándares OCDE o en las disposiciones de los tratados impositivos” y que “si bien los tratados impositivos bilaterales han sido efectivos en evitar la doble imposición, existe la preocupación de que frecuentemente fracasan en evitar la doble no imposición que resulta de las interacciones entre más de dos países” (p. 13).

²⁶³ Por ejemplo, la organización denominada *Joint International Tax Shelter Information and Collaboration Network*.

²⁶⁴ OBERSON, 2015, p. 15. En 1845, los primeros tratados impositivos estableciendo el intercambio de información tributaria se celebraron entre Bélgica y los Países Bajos, y Bélgica y Luxemburgo (GANGEMI, 1990, p. 19). Era común que se estableciera la asistencia mutua en los tratados impositivos celebrados después de la Primera Guerra Mundial (idem).

tantes y a los impuestos alcanzados por éstos. El Modelo OCDE 1977 excluyó la disposición de intercambio de información del alcance subjetivo del tratado, y en el año 2000, esta disposición se excluyó del alcance objetivo. Algunos países efectuaron reservas y acordaron en sus tratados una cláusula de intercambio de información limitada a la aplicación del tratado, no para la aplicación del derecho interno.²⁶⁵ Finalmente, como veremos, la disposición respecto de la imposibilidad de negarse al intercambio de información basado en el secreto bancario se agregó en el año 2005. No todos los tratados han sido actualizados con estas cuestiones, y entonces la disposición actual del art. 26 del Modelo OCDE puede no reflejar las disposiciones establecidas en varios tratados impositivos.

La extensión mundial del intercambio de información resultó de la continuación del trabajo de la OCDE (1998a) de competencia fiscal nociva. En primer lugar, en el año 2000 se creó el Foro global de transparencia e intercambio de información en materia tributaria (“Foro Global”). En el año 2002, la OCDE publicó el Modelo de TIEA. Para el año 2004, el proyecto de competencia fiscal nociva estaba enfocado en la transparencia e intercambio de información en materia tributaria. En el año 2000, la OCDE (2000a) emitió un informe respecto de la mejora en el acceso a la información bancaria a efectos impositivos, que resultó en la inclusión del art. 26.5 del Modelo OCDE 2005, bajo el cual no se puede negar información motivado en que la tiene una institución financiera o un testafierro. Sin embargo, Austria, Bélgica, Luxemburgo y Suiza, cuatro países miembros de la OCDE, reservaron sus posiciones respecto de este numeral, reserva que retiraron en 2009 por los desarrollos que veremos.²⁶⁶

En el año 2005 se dio un desarrollo importante en la Unión Europea, la Directiva de Ahorros.²⁶⁷ Esta directiva establecía el intercambio automático de información respecto de ciertas cuentas bancarias. Cuando

²⁶⁵ OBERSON, 2015, p. 5.

²⁶⁶ Párrs. 23-26, art. 26, Modelo OCDE 2005.

²⁶⁷ Directiva 2003/48/EC, revocada el 10 de noviembre de 2015. Como antecedente, en un encuentro del Consejo Europeo del año 2000 se acordó que “el intercambio de información, con la extensión máxima posible, debe ser el objetivo final de la Unión Europea” y que “para preservar la competitividad del mercado financiero europeo, se iban a iniciar conversaciones con ciertos terceros países (Estados Unidos, Suiza, Liechtenstein, Mónaco, Andorra y San Marino) y territorios dependientes y asociados de los países miembros (las Antillas Holandesas, Aruba, Jersey, Guernsey, la Isla de Man, Anguila, las Islas Vírgenes Británica, las Islas Caimanes, Montserrat y Turcos y Caicos) para que se implementen medidas equivalentes en dichos países” (en OBERSON, 2015, p. 82).

se celebró la Directiva de Ahorros, “medidas similares se introdujeron en diez territorios dependientes y asociados de países miembros de la Unión Europea, y medidas similares se aplicaron a cinco países no miembros (Suiza, Liechtenstein, San Marino, Mónaco y Andorra)”.²⁶⁸ Sin embargo, esta directiva estaba limitada por el hecho de que solo aplicaba si cuatro condiciones se cumplían simultáneamente: “(i) intereses de ahorros; (ii) pagados por un agente pagador; (iii) el agente pagador era residente de un país de la Unión Europea, y (iv) el beneficiario directo era una persona física residente en otro país de la Unión Europea”.²⁶⁹ Adicionalmente, Austria, Bélgica y Luxemburgo estaban excluidos del intercambio de información bajo esta directiva. Se dispuso respecto de éstos una obligación de retención respecto de estas cuentas, sin la obligación de revelar ninguna información de los titulares. Estos países tomaron la “firme posición de que solo acordarían con la propuesta si tanto centros bancarios pequeños como Liechtenstein y las Islas del Canal, como grandes centros financieros fuera de la Unión Europea, como Suiza y Estados Unidos, acordaban adoptar medidas equivalentes”.²⁷⁰

Una serie de acontecimientos en los años 2007 y 2008 dieron un nuevo impulso al proyecto. En primer lugar, en el año 2008 la crisis financiera aumentó la presión contra la evasión y elusión fiscal internacional.²⁷¹ Por otro lado, tres casos importantes de evasión fiscal internacional se hicieron públicos en los años 2008 y 2009. En el año 2008, Estados Unidos comenzó a investigar la evasión fiscal a través de cuentas bancarias suizas, que reveló un gran esquema de evasión fiscal. Los otros dos casos involucraron empleados de bancos en Liechtenstein y Suiza, quienes robaron y vendieron a las autoridades alemanas y francesas, respectivamente, una lista con los titulares de las cuentas en los bancos en que trabajaban que reveló esquemas de evasión fiscal. En virtud de esto, en abril de 2009, el G20²⁷² acordó

²⁶⁸ OBERSON, 2015, p. 88.

²⁶⁹ P. 171.

²⁷⁰ GRINBERG, 2012, p. 328.

²⁷¹ OBERSON, 2015, p. 58. El director de la OCDE, SAINT-AMANS (2016), manifestó que “si hay un lado positivo de la crisis financiera de 2008, es que fue un catalizador para el progreso sin precedentes que hemos hecho en construir estándares internacionales sólidos para la economía global interconectada del siglo veintiuno”.

²⁷² Cabe señalar que el G20 no representa en general a los países en vías de desarrollo. Excepto Argentina, Indonesia y Arabia Saudita, todos los países son miembros de la OCDE y/o BRICS. Respecto de estos últimos, BROOKS (2015) observa que “en muchas instancias, los países BRICS son exportadores de capital en los tratados” (p. 451).

“tomar acción contra las jurisdicciones que no cooperan, incluyendo los paraísos fiscales” y manifestó: “Estamos prontos para emplear sanciones para proteger nuestras finanzas públicas y el Sistema financiero. La era del secreto bancario se acabó” (p. 4).²⁷³ Ese mismo día, la OCDE publicó una lista de países, evaluando su cumplimiento con el nuevo estándar de tener al menos doce tratados impositivos con una cláusula de intercambio de información equivalente a la del Modelo OCDE, o al Modelo de TIEA. En mayo de 2009, todas las jurisdicciones se habían comprometido con este estándar, incluso Austria, Bélgica, Luxemburgo y Suiza.²⁷⁴

²⁷³ CHRISTIANS (2010b) observó que “el foco del G20 en los paraísos fiscales puede verse..., en el mejor de los casos, como un esfuerzo modesto e inadecuado de contrarrestar la decreciente recaudación impositiva nacional, y quizás como una cuestión sobre la cual los países pueden elegir unirse para crear una base para más cooperación en materia de política impositiva. Pero, en el peor de los casos, priorizar a los paraísos fiscales es una manera de arrastrar un foco existente en un objetivo político seguro, mientras que se evitan discusiones más difíciles sobre la reforma impositiva fundamental, especialmente en el contexto de países con diferencias significativas de recursos” (p. 28). En el mismo sentido, el director de la OCDE dijo en el año 2015 que, durante la crisis financiera de 2008, “los gobiernos no sabían cómo manejar la crisis y usaron a los paraísos fiscales como chivos expiatorios” (SAINT-AMANS, 2015, 13:10).

²⁷⁴ Como observa GRINBERG (2012), antes de esto, “las declaraciones acerca de la importancia del intercambio de información, y cumplimiento con los estándares internacionales no podía esconder el hecho de que no existía un verdadero consenso entre los gobiernos desarrollados acerca de cómo manejar a sus propios disidentes (como Austria y Suiza) en esta cuestión” (p. 315). En este sentido, “las mayores economías desarrolladas y la OCDE estaban atadas de manos en sus esfuerzos por conseguir un intercambio de información comprensivo a solitud” (p. 314), dado que “desencadenaba entendibles reclamos de hipocresía...” (p. 315). De hecho, el informe de la OCDE de 1998a manifestó que “estas jurisdicciones que son paraísos fiscales no permiten a las administraciones tributarias acceso a la información bancaria para los propósitos críticos de detectar e impedir la elusión fiscal que, desde la perspectiva de recaudar impuestos y controlar la erosión de la base imponible de actividades financieras y de otros servicios, es importante para contener el fraude fiscal. Entonces, la ausencia de intercambio de información efectivo es uno de los factores clave para identificar a un paraíso fiscal dado que limita a las autoridades fiscales el acceso a la información requerida para la aplicación correcta y oportuna de las leyes impositivas” (p. 24). Este enunciado no aplicaba a los países miembros de la OCDE, dado que ninguno fue considerado un paraíso fiscal por el informe, por más que en ese entonces muchos países miembros de la OCDE estaban en la misma posición al respecto que los ‘paraísos fiscales’. Después de este compromiso, Suiza trató de mantener el secreto bancario concluyendo acuerdos bilaterales (‘Acuerdos Rubik’), pero solo concluyó dos, con Austria y el Reino Unido, y un tercero con Alemania que no fue ratificado por el parlamento alemán. Bajo estos acuerdos, en general, Suiza imponía un impuesto vía retención, y lo transfería a su contraparte, respecto de activos no declarados y ciertos tipos de renta sin revelar los nombres de los titulares de

El informe de 2009 clasificó a estas jurisdicciones, arbitrariamente a nuestro entender, como centros financieros deslocalizados, mientras que solo los países no miembros de la OCDE fueron clasificados como paraísos fiscales.²⁷⁵ Este informe avivó la celebración de muchos TIEAs y tratados impositivos por parte de los países en vías de desarrollo, que de allí en más continuaron con el proyecto de transparencia e intercambio de información de la OCDE sin mayor resistencia.²⁷⁶ En el año 2010, la CMAA fue abierta a países no miembros de la OCDE, y Estados Unidos aprobó FATCA. Siguiendo la iniciativa de FACTA, en el año 2013, el G8 emitió el comunicado de Lough Erne estableciendo que: “estamos comprometidos a establecer el intercambio automático de información entre las autoridades fiscales como el nuevo estándar global y trabajaremos con la OCDE para desarrollar rápidamente un modelo de tratado multilateral que hará más fácil a los gobiernos encontrar y castigar a los evasores” (p. 1). La propuesta de intercambio de información se alineó fuertemente con FATCA. Como manifiesta PANAYI (2015), “en cierta medida, se reconoció que la proliferación de modelos diferentes e inconsistentes impondría costos de cumplimiento significativos, tanto para los gobiernos como para las instituciones financieras. La uniformidad y la simplificación se traducirían en una mayor eficiencia y costos menores para todas las partes involucradas” (p. 22).

En relación al Modelo de TIEA de la OCDE, publicado en el año 2002, “al principio solo unos pocos... se firmaron” pero “la situación

las cuentas bancarias. Sin embargo, esta alternativa no progresó ya que todos estos países se han comprometido con el intercambio automático de información financiera, y los dos acuerdos celebrados fueron terminados.

²⁷⁵ OCDE, 2009.

²⁷⁶ En el año 2015, el gobierno de Panamá emitió un comunicado en el que manifestó que seguiría el abordaje estadounidense al intercambio automático de información (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2015). Sin embargo, tras los Papeles de Panamá, fue obligado a seguir el liderazgo de la OCDE después de una fuerte declaración de esta organización: “las revelaciones de los ‘Papeles de Panamá’ han dado luz a la cultura y práctica de secreto de Panamá. Panamá es el último reticente importante que sigue permitiendo que los fondos se escondan de las autoridades fiscales y del orden público en lugares deslocalizados” (GURRÍA, 2016). Sin embargo, debe señalarse que los Papeles de Panamá trataban principalmente de lavado de activos e involucraban a muchas jurisdicciones, incluso a bancos de países miembros de la OCDE. En este sentido, en el año 2016, una comisión independiente del Reino Unido manifestó que “los Papeles de Panamá han revelado una fuerte conexión con el Reino Unido, dado que cerca de la mitad de las entidades legales mencionadas están registradas en centros financieros deslocalizados de territorios de ultramar del Reino Unido y dependencias de la Corona” (Independent Commission for Aid Impact, p. 6).

cambió drásticamente luego del *big bang* de marzo 2009”.²⁷⁷ De hecho, “la OCDE informó en 2016 que el Modelo de TIEA había sido usado como base para la negociación de más de 1600 TIEA” y “se cree que la mayoría de los TIEA se firmaron entre los años 2009 y 2013, mientras que algunas jurisdicciones reportadas tienen todavía una práctica de expandir su red de TIEA”.²⁷⁸ En relación a la CMAA, al 16 de marzo de 2021, está vigente respecto de 129 jurisdicciones.²⁷⁹ FALCÃO y LARA YAFFAR (2020) observan que los TIEA y la CMAA “han sido cruciales para consolidar el empuje hacia una aplicación extendida del estándar de intercambio de información...” (p. 201).

El intercambio de información a solicitud se establece en el art. 26 del Modelo OCDE, la CMAA, el Modelo de TIEA, la Directiva Europea de Cooperación Administrativa en el Campo de Imposición (“Directiva Europea”),²⁸⁰ entre otros. Esta era la forma más común de intercambio de información hasta el año 2017, donde el intercambio de información automático fue ampliamente implementado. El Modelo OCDE, la CMAA y el Modelo de TIEA tienen algunas diferencias en el intercambio de información a solicitud. Por un lado, el Modelo de TIEA (art. 9) y la CMAA (art. 26) tienen una disposición respecto de la carga de los costos.²⁸¹ Por otro lado, la CMAA establece que el estado requerido no se encuentra obligado a “proveer asistencia administrativa si el Estado requirente no ha procurado todas las medidas disponibles que sean razonables bajo sus leyes o práctica administrativa, excepto cuando dichas medidas darían lugar a dificultades desproporcionadas” (21.2g). Este principio de subsidiariedad ha sido establecido en el Comentario OCDE (art. 26, párr. 9a), si bien la disposición no lo menciona. DEBELVA y DIEPVENS (2016) consideran que “trata de evitar que cuando la información sea requerida por un estado, no haya una investigación previa por ese estado, de modo que el estado requerido tenga que incurrir en costos innecesarios” (p. 303). Consideramos que este principio se puede derivar del principio de buena fe. Asimismo, el Modelo de TIEA establece que el país requirente debe proporcionar “la identidad de la persona bajo fiscalización o investigación”

²⁷⁷ OBERSON, 2015, pp. 57 y 58.

²⁷⁸ FALCÃO y LARA YAFFAR, 2020, pp. 209 y 210.

²⁷⁹ OCDE, 2021b.

²⁸⁰ Directiva 2011/16/EU. No aplica a impuestos al valor agregado, tributos aduaneros e impuestos específicos internos, que se encuentran cubiertos por otras directivas.

²⁸¹ OGUTTU (2014) manifiesta que esta disposición presenta un desafío por su carácter abierto, dado que el intercambio de información puede verse impedido si los países no alcanzan un acuerdo respecto de los costos (p. 12).

(art. 5.5). Esto puede restringir las solicitudes de grupo bajo este modelo, esto es, solicitudes que involucran a un grupo de contribuyentes no identificados que están bajo investigación por un esquema común. El Comentario OCDE admite las solicitudes de grupo bajo el art. 26, sujeto al requisito de previsiblemente relevante (art. 26, párr. 5.2), con lo que concordamos. Otra diferencia es que el art. 7.1 del Modelo de TIEA solo establece que el país requerido puede negarse a una solicitud si el país requirente se encuentra impedido de obtenerla bajo su derecho interno, mientras que el art. 26 del Modelo OCDE, el art. 21.2 de la CMAA y el art. 17 de la Directiva Europea establecen que la solicitud se puede negar si es contraria a las leyes o prácticas administrativas (respecto del último, no en el caso de la Directiva Europea) de cualquiera de los países.²⁸² Existen limitaciones en la CMAA y el Modelo de TIEA respecto de los impuestos alcanzados, dado que bajo el primero los países pueden hacer una reserva en ese sentido, excepto para los impuestos a la renta y al capital, y bajo el último, especifica los impuestos alcanzados, mientras que el art. 26 del Modelo OCDE tiene un alcance más amplio, al aplicar a “impuestos de toda clase y descripción”. La CMAA incluye dentro de los tributos sujetos a reserva, las contribuciones especiales de seguridad social.

El hecho de que la información requerida bajo todos estos instrumentos (con ciertas especificidades en el caso del Modelo de TIEA²⁸³) deba ser previsiblemente relevante, esto es, no se permiten las solicitudes aleatorias,²⁸⁴ ha sido criticado por parte de la doctrina,²⁸⁵ por la

²⁸² OBERSON (2013) observó, sin embargo, que bajo el art. 26 del Modelo OCDE “los países parecen no prestar mucha atención al principio de reciprocidad para el mismo tipo de información o la posibilidad de obtener el mismo tipo de información bajo el derecho interno del otro estado contratante, excepto unos pocos países como Italia y Estados Unidos” (p. 50).

²⁸³ Éste establece la información que el país requirente debe entregar a los efectos de cumplir con el requisito de previsiblemente relevante, y entonces este requisito no se sujeta a la evaluación del país requerido.

²⁸⁴ El Comentario OCDE define las solicitudes aleatorias como “solicitudes especulativas sin ningún nexo aparente con una indagación o investigación abierta” (art. 26, párr. 5).

²⁸⁵ GRINBERG (2012) considera que “el intercambio de información a solicitud es, en sí mismo, inadecuado para combatir la evasión fiscal en lugares deslocalizados”, dado que “una administración fiscal tradicionalmente debía nombrar al contribuyente, saber a cuál jurisdicción solicitarle la información, saber en cuál institución financiera el contribuyente podía tener su cuenta, y tener una sospecha creíble de evasión fiscal. De otro modo, la solicitud podía llegar a negarse como una solicitud aleatoria” (p. 316). Considera que “las acciones recientes de los legisladores, administraciones fiscales, y fiscales de las economías más desarrolladas del mundo demostraron su creencia de que el intercambio de información a solicitud

carga de la información y documentación que se le impone al país requirente para probar que se cumple con esta condición. Sin embargo, como observan DEBELVA y DIEPVENS (2016), “permitir las solicitudes aleatorias transferiría todos los costos de la investigación al estado requerido sin ningún tipo de restricción” (p. 302). Por otra parte, estos instrumentos no establecen la posibilidad de negarse a una solicitud si los costos exceden la ventaja de obtener la información para el país requirente. Desde los años noventa se ha observado la ausencia de información estadística acerca del intercambio de información.²⁸⁶ FALCÃO y LARA YAFFAR (2020) observan que “la información cuantificando el uso del intercambio de información es escasa o indisponible, con raras excepciones” y que “en algunos casos, esto puede ser un verdadero detrimento para el sistema en su totalidad, dado que los países, en especial los países en vías de desarrollo, no pueden verificar los abordajes políticos y mejorar el marco del intercambio de información de su propia administración fiscal” (p. 202). Concluyen que “parece haber una falta de transparencia general respecto de los tipos de información intercambiada, y cómo la información se recolecta...” (idem).

El intercambio espontáneo de información es la entrega de información por un país a otro país que el primero supone que es de interés para el último.²⁸⁷ OBERSON (2015) considera que, aunque pueda ser “más efectivo que el intercambio automático porque implica cuestiones detectadas y seleccionadas por los funcionarios impositivos durante una investigación... la efectividad y eficiencia del sistema depende en gran medida de la iniciativa y motivación de los funcionarios del país proveedor” (p. 28). El art. 26 del Modelo OCDE

era inadecuado para combatir la evasión fiscal en lugares deslocalizados. Varios gobiernos del G7 han comprado información de cuentas robada por informantes dentro de los bancos, compartido la información robada entre ellos y utilizado la misma para procesar a evasores fiscales, requerido que bancos extranjeros informen o cierren las cuentas de sus residentes, abierto investigaciones y procesado instituciones financieras con negocios importantes de manejo de activos deslocalizados, celebrado acuerdos requiriendo impuestos vía retención anónimos de sus residentes en cuentas deslocalizadas, exigido el intercambio automático de información, y establecido sanciones agravadas para sus ciudadanos en el caso de evasión fiscal en lugares deslocalizados vinculándolas a la transparencia fiscal del territorio en el que surge la renta o ganancia” (pp. 316 y 317). OGUTTU (2014) manifiesta que “en virtud de la restricción inherente de este abordaje... los intercambios de información a solicitud son bastante raros o basados en la reciprocidad” (p. 11), dado que las “autoridades fiscales deben saber qué es lo que están buscando antes de que puedan preguntar por ello” (p. 5).

²⁸⁶ Véase GANGEMI, 1990, p. 53.

²⁸⁷ Comentario OCDE, art. 26, párr. 9c.

no establece expresamente el intercambio espontáneo de información, si bien el Comentario OCDE considera que se encuentra dentro del alcance de éste (art. 26, párr. 9). Consideramos que el intercambio espontáneo de información no se encuentra alcanzado por el art. 26 del Modelo OCDE, dado que no cumple con el requisito de previsiblemente relevante, salvo que se tome la posición de que los tratados impositivos deben interpretarse de acuerdo con el Comentario OCDE.²⁸⁸ La CMAA y el Modelo de TIEA establecen el intercambio espontáneo obligatorio bajo ciertas circunstancias (arts. 7 y 5B²⁸⁹), así como también la Directiva Europea.

El intercambio automático de información, o rutinario, “implica una transmisión sistemática y periódica de información ‘en masa’ de contribuyentes por el país de la fuente al país de la residencia respecto de diversas categorías de renta...”²⁹⁰ El intercambio automático de información se establece en el art. 6 de la CMAA y en el art. 5a del Modelo de TIEA, así como en la Directiva Europea, y no se establece en forma expresa en el art. 26 del Modelo OCDE, si bien el Comentario OCDE considera que se encuentra alcanzado por este artículo (art. 26, párr. 9). En este sentido, son aplicables las mismas consideraciones efectuadas al intercambio espontáneo de información bajo el art. 26 del Modelo OCDE. El intercambio automático de información bajo los TIEA y la CMAA está sujeto a un acuerdo entre las autoridades competentes. En este sentido, bajo la CMAA, se redactó un Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes de Intercambio de Información Financiera y, a marzo de 2021, existen 2.900 relaciones de intercambio automático de información entre 89 signatarios.²⁹¹ Otro instrumento importante de intercambio automático de información bajo la CMAA es el Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes de Intercambio de Declaraciones País-por-País, de acuerdo a la Acción 13 del Proyecto BEPS.²⁹² En este sentido, FALCÃO y LARA YAFFAR

²⁸⁸ Véase VOGEL, 1997, p. 1407.

²⁸⁹ Sin embargo, un art. 5B alternativo del Modelo de TIEA establece el intercambio espontáneo de información de manera facultativa.

²⁹⁰ OCDE, 2006, p. 3.

²⁹¹ OCDE, 2021a.

²⁹² OCDE, 2015h. En este sentido, RING (2016) observa las ventajas y los riesgos y limitaciones para los países en vías de desarrollo respecto de estas declaraciones de precios de transferencia. Las ventajas son que: las limitaciones en el cumplimiento tributario y recursos para las inspecciones pueden ser superadas recibiendo automáticamente esta información, su uniformidad facilitará su uso, y pueden confiar en la exactitud de la información; puede establecer un marco para implementar obligaciones de presentación de declaraciones; y, las autoridades im-

(2020) manifiestan que “mientras los acuerdos bilaterales entre autoridades competentes han sido instrumentales para la implementación de los primeros intercambios automáticos de información, parece que en la última década esta práctica fue reemplazada por instrumentos multilaterales” (p. 212). La excepción son los acuerdos bilaterales de Estados Unidos de intercambio de información financiera y de declaraciones país-por-país, dado que la CMAA no está vigente respecto de Estados Unidos. Otras iniciativas bajo la CMAA que se están considerando incluyen el Acuerdo Multilateral de Autoridades Competentes de Intercambio Automático de Arreglos de Elusión de CRS y Estructuras Opacas Deslocalizadas,²⁹³ de acuerdo con la Acción 12 del Proyecto BEPS.²⁹⁴ OBERSON (2013) observa que, en su momento, algunos países preferían el intercambio de información a solicitud porque “es la técnica más comprobada y balanceada, específicamente en términos de derechos de privacidad y protección de información”, “es el método más compatible con las leyes internas y, por lo tanto, puede ser fácilmente implementado”, y “el cumplimiento del intercambio de información espontáneo y automático requieren mayores recursos humanos y técnicos” (p. 37).

De acuerdo con el Comentario OCDE “una fiscalización simultánea es un acuerdo entre dos o más partes para fiscalizar simultáneamente, cada una en su propio territorio, los asuntos fiscales de (un) contribuyente(s) en el cual tienen un interés en común o relacionado, con la perspectiva de intercambiarse cualquier información relevante que puedan obtener” (art. 26, párr. 9.1). El art. 6 del Modelo de TIEA, el art. 9 de la CMAA, el art. 26.8 del Modelo de Estados Unidos y la Directiva Europea establecen expresamente esta posibilidad, mientras que el art. 26 del Modelo OCDE no lo establece expresamente, sí lo establece el Comentario OCDE (art. 26, párr. 9.1). Las fiscalizaciones impositivas en el extranjero permiten “la posibilidad de obtener información a través de la presencia de representantes de la autoridad

positivas pueden quedar en la posición de poder solicitar más recursos de cumplimiento si la información es útil (pp. 1811-1814). Los riesgos y limitaciones son que: podría esconder otros desafíos que enfrentan los países en vías de desarrollo que permanecen sin abordar; si los inspectores impositivos obtienen experiencia en estas cuestiones no sería extraño que las multinacionales los contrataran; y, es probable que esta acción reciba menos apoyo de los países desarrollados que otras, y los países en vías de desarrollo precisarán implementar esta obligación en su derecho interno y ser capaces “de hacer una evaluación de la importancia de la información recibida” (pp. 1814-1815).

²⁹³ OCDE, 2019.

²⁹⁴ OCDE, 2015f.

competente del estado contratante solicitante...”.²⁹⁵ Los representantes autorizados del estado contratante solicitante ingresan “al otro Estado Contratante para obtener declaraciones de personas físicas o fiscalizar los libros y registros de una persona –o para estar presentes durante dichas declaraciones o fiscalizaciones llevadas a cabo por las autoridades competentes del primer Estado Contratante–...”.²⁹⁶ La CMAA y la Directiva Europea son los únicos instrumentos que expresamente establecen la posibilidad de fiscalizaciones simultáneas. Otra forma de cooperación son las inspecciones conjuntas, que “pueden ser descritas como dos o más países uniéndose para formar un solo equipo inspectivo para fiscalizar un(as) cuestión(es)/transacción(es) de uno o más contribuyentes relacionados (tanto entidades legales como personas físicas) con actividades empresariales transfronterizas”,²⁹⁷ si bien ninguno de los instrumentos aquí señalados establece en forma expresa esta posibilidad. Finalmente, “un intercambio de información de un sector de actividad es el intercambio de información que refiere específicamente a todo un sector económico (por ejemplo, la industria petrolera o farmacéutica, el sector bancario, etcétera) y no a contribuyentes específicos”.²⁹⁸

Los promotores principales del intercambio de información y transparencia son “los países más desarrollados y fuertes económicamente”,²⁹⁹ especialmente la Unión Europea y Estados Unidos. No es claro si los beneficios que muchos países en vías de desarrollo obtendrán del intercambio de información justificarán los costos.³⁰⁰ DAGAN (2018) manifiesta que en los casos de flujos asimétricos, “la mejora en el cumplimiento u obtención de información es mucho más significativa para un país de la residencia que procura gravar a sus residentes que invierten en el extranjero que para un país huésped” y “como este último busca reducir la carga impositiva

²⁹⁵ Comentario OCDE, art. 26, párr. 9.1.

²⁹⁶ Idem.

²⁹⁷ OCDE, 2010, p. 7.

²⁹⁸ Comentario OCDE, art. 26, párr. 9.1.

²⁹⁹ RING, 2016, p. 1791.

³⁰⁰ OGUTTU (2014) manifiesta que “frecuentemente va a ser el país en vías de desarrollo más pequeño y pobre (como una jurisdicción que es un paraíso fiscal) el que será requerido suministrar información al país desarrollado rico, de modo que esos países ricos puedan proteger su base imponible” (p. 12). Asimismo, establece que “se ha criticado que muchos países que son paraísos fiscales parecen haber sido obligados a firmar acuerdos de intercambio de información por miedo a ser catalogados de no cooperantes” y en la práctica “no es claro cómo estos países se benefician del intercambio de información” (idem).

de los inversores extranjeros, tiene el incentivo de asistirlos en eludir sus impuestos en el país de la residencia” (p. 113).³⁰¹ El beneficio del intercambio de información va a depender de las características específicas del país, principalmente, el nivel de su inversión saliente y su capacidad administrativa. Quizá la crítica más importante que puede hacerse a esta iniciativa es que no se pudo hacer una evaluación de los costos y beneficios, o ni siquiera de la capacidad administrativa para procesar la información recibida, o su utilidad, dado que el requisito fue impuesto por las economías más importantes con corto aviso.

En definitiva, la mayor parte del intercambio de información hoy en día se lleva a cabo, o puede llevarse a cabo, fuera del alcance de los tratados impositivos, bajo la CMAA, FATCA y las directivas de la Unión Europea. La única ventaja de los tratados impositivos es que pueden tener un alcance objetivo más amplio que la CMAA, estableciendo que aplican a impuestos de todo tipo, lo que dependerá de las eventuales reservas a la CMAA. Sin embargo, como mencionamos, el intercambio de información bajo los tratados impositivos puede estar sujeto a limitaciones, dado que el art. 26 del Modelo OCDE ha sido modificado a lo largo del tiempo y puede que los tratados no se hayan actualizado. En este sentido, el Comentario OCDE 2017 reconoció el hecho de la posibilidad de realizar intercambios de información fuera de los tratados impositivos, estableciendo que “en ausencia de cualquier riesgo real de doble imposición, estas disposiciones administrativas, en sí mismas, no establecen una base de política impositiva suficiente para la existencia de un tratado impositivo porque dicha asistencia administrativa puede asegurarse a través de acuerdos alternativos

³⁰¹ PANAYI (2015) considera que el intercambio automático de información tiene los siguientes beneficios, la mayor parte de los cuales corresponden al país de la residencia: “le sirve al estado de la residencia para determinar la obligación tributaria de sus residentes cuando la obligación depende de la renta o activos mundiales de sus residentes”; “también ayuda a determinar la exactitud de la renta declarada por el contribuyente residente o la exactitud de las afirmaciones o las pruebas sostenidas por el contribuyente residente al fundamentar la declaración tributaria”; “se cree que es una herramienta muy útil para contrarrestar el no cumplimiento en lugares deslocalizados” dado que “puede proporcionar información oportuna del no cumplimiento cuando el impuesto se ha evadido, ya sea respecto del rendimiento de una inversión o el monto del capital subyacente” y “puede ayudar a detectar casos de no cumplimiento aunque las autoridades tributarias no tengan indicios previos”; y, tiene “efectos disuasorios, aumentando el cumplimiento voluntario y estimulando a los contribuyentes a declarar toda la información tributaria relevante de la renta de fuente extranjera en sus estados de residencia” (p. 5).

más específicos...” como la celebración de un TIEA o la participación en la CMAA (Introducción, párr. 15.6).³⁰²

6.3. Asistencia en el cobro de obligaciones impositivas

La asistencia en el cobro de obligaciones impositivas se introdujo al Modelo OCDE en el año 2003. También se establece bajo los arts. 11 a 16 de la CMAA, la Directiva de la Unión Europea de asistencia en el cobro de obligaciones impositivas, tributos aduaneros y otras medidas,³⁰³ entre otras.³⁰⁴ El Modelo OCDE y la CMAA permiten que los países excluyan esta disposición. Básicamente, esta disposición establece que la autoridad fiscal de un país cobrará las obligaciones tributarias del otro estado contratante, realizando las medidas necesarias a nivel administrativo y judicial en este último país. Se establece expresamente que la autoridad impositiva requerida puede rechazar la solicitud si los costos son desproporcionados en relación con los beneficios obtenidos por el país requirente.

La relevancia de esta disposición es, por un lado, que en general las autoridades tributarias no comparecen ante tribunales extranjeros para ejecutar obligaciones tributarias. Por ello, la ejecución por parte de la autoridad extranjera en su propio país constituye en muchos casos la única posibilidad de cobrar la obligación tributaria. Por otro lado, principalmente desarrollada en los países de *common law*, la ‘norma de recaudación’ “impide a un estado demandar en un tribunal extranjero impuestos que se le adeuden; también impide que una sentencia de un tribunal de un estado por el pago de impuestos sea ejecutada en el otro estado” (BAKER, 1993, p. 313),³⁰⁵ salvo que exis-

³⁰² Por el contrario, el informe de competencia fiscal nociva de 1998a establecía que “si la disposición de intercambio de información de un tratado impositivo con un paraíso fiscal puede usarse efectivamente para obtener información, si no pueden usarse otros mecanismos (como un acuerdo restringido al intercambio de información) para obtener la información y si el tratado incluye resguardos para evitar que se use en detrimento de otros países, visto como un todo, el beneficio del tratado respecto del intercambio de información puede compensar las desventajas de ese tratado para los países” (p. 50).

³⁰³ Directiva 2010/24/EU.

³⁰⁴ Véase OBERSON, 2013, p. 25.

³⁰⁵ ATIK (1981) manifiesta que “cuando se articuló por primera vez hace más de doscientos años, la norma era racional. Los países estaban envueltos en rivalidades comerciales importantes y no querían asistir a sus competidores internacionales en el cobro de impuestos” (p. 156). Sin embargo, “la norma es una carga inaceptable a la comunidad actual de naciones. La evasión fiscal internacional amenaza ahora la integridad de todos los sistemas impositivos nacionales. La reticencia judicial para asistir en el cobro transnacional de impuestos se ha vuelto una ano-

ta un tratado con la disposición correspondiente. De hecho, BAKER considera que es una “norma ampliamente reconocida de Derecho Internacional Privado...”, y que ha sido reconocida por los tribunales de Australia, Canadá, Estados Unidos, Irlanda y Sudáfrica (idem).³⁰⁶ Hasta donde sabemos, la aceptación general de la imposibilidad de ejecutar sentencias extranjeras derivadas de obligaciones tributarias por parte de los tribunales nacionales fuera de la aplicación de un tratado, excepto en algunos países específicos, es hoy en día poco clara. MALLANICK (2006) manifiesta que en los Estados Unidos “la vitalidad de la norma de recaudación puede demostrarse con la reticencia de Estados Unidos y el Departamento de Estado de celebrar acuerdos que deroguen la norma de recaudación y que establezcan el cobro de obligaciones impositivas, excepto bajo circunstancias limitadas y no contra nacionales de los Estados Unidos con obligaciones impositivas adeudadas a países extranjeros”. De hecho, el Modelo de Estados Unidos actual no establece dicha disposición. Por otro lado, en el Reino Unido, la vigencia de la norma se confirmó en 2013 por la Corte Suprema.³⁰⁷ Finalmente, debe observarse que una obligación impositiva ejecutable en un país puede no ser susceptible de ejecución en el país requerido si no proviene de una sentencia definitiva dictada por un tribunal, en virtud de limitaciones constitucionales.

Más allá de lo relevante de esta disposición, OBERSON (2013) manifestó que “excepto unos pocos países... que incluyen este artículo en la mayoría de sus tratados impositivos, la tendencia general de los estados es a no incluir el art. 27 para nada o incluirlo muy de vez en cuando en sus tratados bilaterales” (pp. 24 y 25). Observa dos razones para esto: “la asistencia en el cobro de impuestos es principalmente

malía legal; la cooperación internacional en otras áreas del derecho (como la ejecución de sentencias privadas y la extradición de criminales procesados) son hoy en día la regla más que la excepción” (idem).

³⁰⁶ Johnson, NIRENSTEIN y WELLS (1980) manifiestan que las razones más comúnmente establecidas para esta norma son: “(1) los esfuerzos de un soberano de ejecutar sus impuestos en el territorio de otro constituyen una intromisión extraterritorial. (2) puede que la ejecución no sea recíproca. (3) la ejecución lleva a un análisis de las políticas detrás de los impuestos. (4) puede haber efectos adversos en las relaciones exteriores como resultado de una defensa exitosa contra la ejecución. (5) las obligaciones impositivas son similares a las exacciones sancionatorias que no pueden ejecutarse por un tribunal extranjero. (6) los tribunales locales no deberían soportar la carga de ejecutar las obligaciones impositivas extranjeras, de las cuales no tienen antecedentes ni experiencia” (470). Consideran que probablemente el fundamento más importante de esta norma sea la perspectiva de que los impuestos son similares a las sanciones, si bien consideran que esta comparación “ha perdido mucha de fuerza” (p. 472).

³⁰⁷ Véase SCHWARZ, 2014, p. 20.

implementada de manera multilateral, permitiendo por ende la coordinación necesaria entre los países que más frecuentemente cooperan y eliminando la necesidad de más regulación para esta cuestión"; y "el artículo 27 requiere de un alto nivel de cooperación entre las administraciones impositivas y algunos países tienen problemas de implementación" (p. 25). Por otro lado, la asistencia en el cobro de impuestos puede estar disponible bajo la CMAA.

7. Propósitos económicos

7.1. Comercio e inversión internacional

SASSEVILLE (2002) manifiesta que “mientras los ‘objetivos’ y ‘propósitos’ frecuentemente se utilizan en forma intercambiada, puede decirse que los tratados impositivos tienen diferentes propósitos con el objetivo último de eliminar los obstáculos impositivos transfronterizos para los contribuyentes y las autoridades fiscales, de modo de asegurar un comercio e inversión internacional menos distorsionado” (pp. 95 y 96). Las maneras en las que los tratados impositivos supuestamente eliminan las barreras al comercio y la inversión internacional son similares a aquellas por las que se dice que promueven la inversión extranjera que veremos en la próxima subsección.

Cuando se redactaron los primeros modelos de tratados impositivos, la eliminación de las barreras al comercio e inversión internacional era una prioridad, “primero, después de la Primera Guerra Mundial y la Gran Depresión; y segundo, después de la Segunda Guerra Mundial y en el contexto del GATT y, en ese entonces, la incipiente Comunidad Económica Europea”.³⁰⁸ Sin embargo, VANN (2010) observa que los tratados impositivos se han vuelto desconectados con la política comercial, hay más tratados que intereses comerciales (pp. 22 y 23). Manifiesta que, como ya vimos, “muchos países establecen sus alícuotas de imposición a los no residentes más altas que las de las disposiciones de los tratados impositivos solamente para tener una carta de negociación en las negociaciones de los tratados impositivos que siempre se concederá”, y entonces, “la red de tratados impositivos en sí misma ha causado obstáculos al comercio y la inversión (en la medida en que las alícuotas más altas que aplican en ausencia de un tratado puedan caracterizarse de esta manera) y cualquier argumento de que los tratados impositivos son necesarios para remover estos obstáculos es circular” (p. 23).

³⁰⁸ JIMÉNEZ, 2017, pp. 389 y 390.

ARNOLD (2003) considera que “el propósito principal de los tratados impositivos es facilitar el comercio y la inversión transfronterizo”, y “si bien un país tiene el derecho de imponer impuestos a todas las categorías de renta que tengan su fuente en el país, ejercer su potestad tributaria con un alcance total... puede impedir actividades empresariales transfronterizas por las cargas de cumplimiento” (p. 483). Como veremos en la próxima subsección, no nos parece que el tratado impositivo sea un mecanismo conveniente para reducir la imposición en la fuente. Tampoco nos parece acertada la perspectiva teórica de que las normas impositivas internas deban valorarse de acuerdo con las disposiciones de los tratados impositivos dado que, como ya se dijo, su estructura fue diseñada para un mundo diferente al actual.

7.2. Inversión extranjera

Existen varias maneras a través de las cuales se dice que los tratados impositivos promueven la inversión extranjera, si bien los estudios económicos relativos al impacto de los tratados en la inversión extranjera no son concluyentes. Las maneras a través de las cuales los tratados impositivos pueden promover la inversión extranjera son: eliminando la doble imposición, reduciendo los impuestos en la fuente, otorgando seguridad y simplicidad y como función simbólica. La disposición de intercambio de información es generalmente vista como teniendo un efecto negativo en la inversión extranjera, dado que reduce las oportunidades de planificación fiscal agresiva. Sin embargo, considerando que la mayoría de los países han acordado el intercambio de información bajo otros instrumentos, nos parece que esta observación no es aplicable hoy en día. Los países exportadores e importadores de capital pueden perseguir objetivos diferentes, los primeros la expansión de sus multinacionales, y los últimos “atraer la inversión extranjera directa que implique la transferencia de capacidades y tecnologías y de esa manera estimular el crecimiento económico”.³⁰⁹ El propósito de estimular la inversión extranjera es especialmente importante para los países importadores de capital, categoría en la que en general ingresan los países en vías de desarrollo en sus tratados con países desarrollados.

³⁰⁹ BRAUN y ZAGLER, 2014, pp. 244 y 245. En el mismo sentido, ZOLT (2018) manifiesta que “en el ambiente económico actual, los tratados impositivos tratan menos de normas distributivas entre los países, y más acerca de la asistencia por parte de los países desarrollados a sus empresas multinacionales en reducir sus obligaciones impositivas extranjeras y de la utilización de los tratados por los países en vías de desarrollo para atraer inversión extranjera” (p. 3).

Para eliminar la doble imposición, como ya hemos visto, en general, los países establecen en los tratados impositivos los mismos métodos que establecen por derecho interno, y el precio de mercado se construye fuera de las disposiciones de los tratados. La reducción en la inseguridad para los inversores del eventual cambio en el método unilateral de eliminar la doble imposición por parte del país de la residencia es mayormente irrelevante, considerando la extensión de la eliminación de la doble imposición bajo el derecho interno. Adicionalmente, como vimos, la mayor parte de los países adoptan la exoneración o permiten el diferimiento de las rentas activas de fuente extranjera, que es la inversión extranjera que le interesa atraer a los países en vías de desarrollo.

Las reducciones en la imposición en la fuente es otra manera a través de la cual los tratados impositivos pueden estimular la inversión extranjera. ZOLT (2018) considera que es más útil ver a los tratados impositivos como incentivos fiscales, y que en este sentido “los países en vías de desarrollo tienen diversas opciones para establecer las alícuotas efectivas de imposición a la inversión extranjera, incluyendo un régimen impositivo general (aplicable tanto a los inversores nacionales como extranjeros), incentivos fiscales (como exoneración de impuestos), normas de cumplimiento tributario laxas (ignorar los abusos de precios de transferencia), y los tratados impositivos” (p. 23). Manifiesta que “mientras las comparaciones de los méritos relativos de usar tratados o incentivos fiscales tradicionales dependen mucho de las especificidades del tratado o el régimen de incentivo, varios factores inclinan la balanza a favor de los incentivos fiscales tradicionales” (p. 28). Por un lado, “los actores políticos son capaces de apuntar mejor los incentivos fiscales tradicionales a los tipos específicos de proyectos o inversores en vez de ofrecer subsidios impositivos para todos aquellos que califiquen a los efectos de los beneficios del tratado” (idem). Por otro lado, los incentivos internos, “también pueden diseñarse con una duración limitada, tanto para el régimen de incentivo general o para inversores específicos, mientras que los tratados impositivos en general tienen un plazo largo, frecuentemente indefinido” (idem), y tienen “mayor flexibilidad para modificar o revocar las normas que se muestran desventajosas...” (p. 10). Adicionalmente, el argumento de una mayor supervisión y transparencia en virtud del mayor involucramiento del Poder Legislativo (idem), dado que los tratados impositivos en general se negocian por el Poder Ejecutivo sin la “accesibilidad o transparencia del derecho interno para los

legisladores y ciudadanos del país de la fuente”.³¹⁰ Esto puede verse también como una ventaja de los tratados impositivos, dado que permiten otorgar beneficios exclusivamente a los no residentes con menos costos políticos que si se otorgaran bajo incentivos de derecho interno, al estar menos sujetos al examen público,³¹¹ si bien esto ha sido restringido por las disposiciones anticompra de tratados del Modelo OCDE 2017. Finalmente, “es probable que los incentivos impositivos tradicionales sean más fáciles de supervisar y evaluar que los tratados, especialmente si tienen un alcance limitado y cuando se imponen requisitos sustanciales de declaración a los beneficiarios de los subsidios impositivos” (p. 29). Los beneficios de los tratados impositivos son que permiten a los países “la flexibilidad de discriminar entre los países y establecer un tratamiento favorable cuando los beneficios justifican la renuncia de recaudación impositiva” y que bajo los tratados impositivos los residentes pueden obtener beneficios recíprocos (p. 10). Respecto del primero, como indica PISTONE (2010), los “tratados impositivos son negociaciones en paquete” (p. 422),³¹² y respecto del último, puede no ser significativo si los flujos de inversión entre los dos países son desbalanceados. Adicionalmente, HEARSON (2016a) observa que “como una herramienta para atraer la inversión entrante, los tratados impositivos son una herramienta extraña, porque tienen el efecto distorsivo de reducir los costos impositivos para los inversores extranjeros de un país en comparación a aquellos de otros países del mercado del país huésped” (p. 103).

Se considera que las reducciones a la imposición en la fuente bajo los tratados impositivos dan seguridad a los inversores, porque los beneficios otorgados por los tratados impositivos son más estables que aquellos establecidos por el derecho interno, es más difícil modificar un tratado y en general se encuentran vigentes por más tiempo.³¹³

³¹⁰ BROOKS y KREVER, 2015, p. 176.

³¹¹ ZOLT, 2018, p. 14.

³¹² PISTONE (2010) manifiesta que “los países en vías de desarrollo tratan de ser consistentes con sus objetivos de política impositiva internacional, pero se enfrentan a los estándares internacionalmente aceptados de los tratados impositivos que en general no toman esos objetivos en cuenta. Por supuesto que dichos países son libres de incluir en sus tratados impositivos solo disposiciones que sean consistentes con su propia política impositiva, pero en la práctica esto solo sucede cuando su poder de negociación es suficientemente fuerte para imponerlas, lo que en general no es el caso” (p. 414).

³¹³ THURONYI (2010) manifiesta que “frecuentemente uno escucha declaraciones acerca del gran valor de la seguridad jurídica por tener un tratado, pero yo creo que su importancia se exagera. La vida está llena de incertidumbres y si las empresas exigieran seguridad absoluta no podrían operar en ningún lado. Los trata-

La contracara, como manifiesta PISTONE (2010), es que “en la escena internacional, las normas actuales de atribución de la potestad tributaria y de eliminación de la doble imposición en los tratados impositivos, de hecho hacen que dicho estado ya no sea soberano sobre sus propias decisiones de política impositiva, dejándolas a los objetivos de política impositiva internacional perseguidos por el otro estado contratante para determinar si dichas medidas mantienen sus efectos o no” (p. 418). Adicionalmente, los tratados impositivos establecen un mecanismo para resolver las controversias entre las autoridades competentes, mecanismo que no se encuentra disponible bajo el derecho interno, si bien la utilización de este mecanismo en la mayoría de los países en vías de desarrollo no es común, sin perjuicio del impacto que pueda tener la Acción 14 del Proyecto BEPS.³¹⁴ La cláusula de no discriminación también se refiere como otorgando certeza a los contribuyentes, y adicionalmente la disposición no está limitada por el alcance objetivo del tratado, aplica a impuestos de todo tipo. Sin embargo, el art. 24 del Modelo OCDE no es una cláusula general de no discriminación, la no discriminación se establece bajo circunstancias específicas. Adicionalmente, como sostienen BROOKS y KREVER (2015) y AVI-YONAH y HALABI (2012) la manera más segura de lograr este resultado, si se desea, es incluyendo a los impuestos en el alcance de los tratados bilaterales de inversión (pp. 167 y 3, respectivamente).

La simplicidad se alcanzaría bajo los tratados impositivos porque los inversores extranjeros están familiarizados con el lenguaje de los tratados y por lo tanto pueden determinar su obligación impositiva.³¹⁵ Sin embargo, los tratados impositivos no imponen impuestos, los inversores solo pueden determinar las potenciales restricciones al impuesto a la renta en el país de la fuente. Al llevar a cabo una inversión,

dos no establecen seguridad absoluta. Pueden dejarse sin efecto o terminarse. Las administraciones impositivas pueden ser recalcitrantes al aplicarlos y los tribunales internos pueden interpretarlos de maneras en las que los contribuyentes no habían anticipado. Puede haber cambios en las normas impositivas internas que el tratado no impide. Entonces, mientras el tratado vale algo, no es una protección acorazada” (pp. 445 y 446).

³¹⁴ OCDE, 2015e. BARTHEL *et al.* (2010) manifiestan que “si la inversión se hace en forma directa, los beneficios limitados de un tratado desde la perspectiva del inversor, mayormente limitados a la disponibilidad de procedimientos de resolución de controversias, son improbables de ser un factor determinante en uno u otro sentido” y “la disponibilidad de los acuerdos anticipados de precios de transferencia para evitar la doble imposición en reliquidaciones de precios de transferencia es atractiva, pero es improbable que solamente esto determine el destino de los fondos de la inversión extranjera directa” (p. 5).

³¹⁵ DAGAN, 2018, p. 106.

el inversor debe analizar el derecho interno del país de la fuente para determinar su eventual obligación tributaria. La simplicidad, juntamente con la certeza, solo otorgan al inversor la máxima obligación impositiva potencial en el país de la fuente. También se ha manifestado que los tratados impositivos cumplen una función simbólica, que “celebrar tratados impositivos actúa como una señal de que el país desea adoptar las normas internacionales”, lo que “puede estimular la entrada de flujos de inversión desde los países exportadores de capital”.³¹⁶ Sin embargo, BROOKS y KREVER (2015) manifiestan que existe “poca prueba empírica de que celebrar un tratado impositivo comprensivo es una señal significativa” y en la medida en que “celebrar tratados sea una señal de adhesión a normas esperadas por los inversores extranjeros, puede verse como verdaderamente trivial comparado con las señales más importantes de que un país sigue las normas internacionales impositivas mediante la contratación de una administración tributaria efectiva (y no corrupta) y haciendo cumplir legislación sólida de un modo consistente con el principio de legalidad” (pp. 167 y 168).³¹⁷

Los estudios empíricos acerca del impacto de los tratados impositivos en la inversión extranjera directa no son concluyentes. Algunos encuentran efectos positivos, otros negativos, y otros un cambio no en el nivel, sino en la estructura de la inversión.³¹⁸ ZOLT (2018) considera

³¹⁶ VANN, 1998, p. 726. En el mismo sentido, BARTHEL *et al.* (2010) manifiestan que “desde la perspectiva de un país de la fuente, la función más importante de los tratados impositivos puede ser su rol como un dispositivo de señalización, indicando a los potenciales inversores que la nación importadora de capital está jugando de acuerdo con las reglas convencionales de inversión internacional y es parte del ‘club’ de la economía global. Entre otras cosas, esto puede reducir el premio requerido por los inversores extranjeros directos para compensar los riesgos soberanos percibidos de un cambio normativo por el gobierno de la fuente después de que se hace una inversión. Si los tratados impositivos son efectivos en este sentido, la potencial pérdida de recaudación de celebrar múltiples tratados bilaterales puede ser ampliamente superada por la incremental deseabilidad de la jurisdicción como destino de la inversión extranjera directa dado que logra una legitimidad cada vez mayor y las preocupaciones respecto del riesgo soberano disminuyen” (p. 5).

³¹⁷ En el mismo sentido, CHRISTIANS (2005) observó que “la señalización es un concepto escurridizo porque es difícil medir si la señalización está ocurriendo, y si lo está, sí y en qué medida está impactando en los inversores” (p. 707).

³¹⁸ BARTHEL *et al.* (2010) establecen el siguiente resumen: “Los estudios se dividen en dos campos. Un grupo se compone de lo que se conoce como ‘estudios diádicos’ o estudios de dos partes que buscan los cambios en el estatus de los tratados bilaterales y cambios en la cantidad de inversión extranjera directa sobre una base jurisdicción por jurisdicción. El segundo grupo de estudios es conocido como ‘monódicos’ o de una parte, que comienzan con los números absolutos de

que los resultados no concluyentes de los estudios económicos no son sorprendentes en virtud de dos limitaciones de estos estudios: “es difícil aislar el efecto del tratado impositivo en la inversión de otros factores exógenos que influyen ya sea el número de tratados o el nivel de inversión” y, “estos estudios consideran la cuestión binaria de si los países celebraron tratados impositivos o no; no consideran las disposiciones específicas de los tratados” (p. 30).³¹⁹ Otro problema es que la mayor parte de los estudios no controlan la variable de compra de tratados,³²⁰ y “pocos estudios combinan una buena cobertura de los países en vías de desarrollo en sus datos con metodologías que aislen los efectos de estimulación de la inversión de los tratados impositivos”.³²¹

Parte de la doctrina ha cuestionado la relevancia de los beneficios otorgados bajo los tratados impositivos para la inversión extranjera en los países en desarrollo, en comparación con otros factores que se

tratados de un país huésped o de la fuente y analizan si un número mayor de tratados se asocia a una inversión extranjera directa mayor en el país de la fuente. Los estudios que se basan en información de inversión extranjera directa bilateral en general concluyen que los tratados impositivos no tienen efecto positivo en la inversión extranjera directa, mientras que los estudios que se basan en la información de la inversión extranjera directa total llegan a la conclusión opuesta: los tratados impositivos aumentan la inversión extranjera directa. Una diferencia importante entre los dos grupos de estudios, además de las diferentes bases de datos que utilizan, es el tamaño de la muestra. Los estudios diádicos se basan en muestras pequeñas y no representativas mientras que los estudios que se basan en información de la inversión extranjera total usan muestras grandes y representativas” (p. 7).

³¹⁹ Por ejemplo, BARTHEL *et al.* (2010) encuentran una “correlación fuerte entre la existencia de un tratado y el aumento en la inversión extranjera directa”, pero la cuestión de un aumento en la inversión extranjera directa causado por los tratados impositivos “va a depender de si el vínculo entre los tratados y la inversión extranjera directa es uno de causa y efecto o si ambos son efectos de una variable separada independiente, comúnmente llamada en el análisis de regresión del tipo de este estudio como un factor ‘endógeno’” (pp. 15 y 16). Adicionalmente, manifiesta que un examen más detenido debería realizarse acerca de “cuáles características específicas de los tratados impositivos se asocian con una mayor inversión extranjera directa” (p. 18). BRAUN y ZAGLER (2014) concluyen que “para Colombia y Uruguay el análisis sugiere que en los años posteriores a los que los países empezaron a celebrar tratados impositivos la parte de la recaudación de impuesto a la renta de las sociedades en el producto bruto interno creció más lentamente, o incluso bajó en el caso de Colombia. Si bien este enlentecimiento no necesariamente está causado por la celebración de tratados impositivos, puede ser una indicación de que pueden haber impactado negativamente en la recaudación de impuestos societarios” (pp. 265 y 266).

³²⁰ HEARSON, 2017, p. 3.

³²¹ HEARSON, 2018, p. 9.

toman en consideración a la hora de invertir. Como ya se vio en la subsección 5.1, la OCDE en 1998 cuestionó esto respecto de las disposiciones de créditos ficticios, lo que consideramos que perfectamente podría aplicarse a los tratados impositivos. CHRISTIANS (2005) manifiesta que “un tratado impositivo típico no va a otorgar beneficios impositivos significativos a los inversores actuales o potenciales” (p. 644) y puede tener “poco impacto en el comportamiento de las multinacionales respecto de la inversión, frente a las características no impositivas de los países en vías de desarrollo, como una infraestructura inadecuada” (p. 679).³²² Por su parte, ZOLT (2018) considera que “si bien muchos factores influyen las decisiones acerca de dónde invertir (como la calidad de la infraestructura, la estabilidad política, la productividad laboral, el principio de legalidad y los niveles de producción), los impuestos juegan un rol importante” (p. 9). A su entender “los tratados impositivos pueden tener un impacto mayor en el nivel de inversión extranjera en países con una historia de inestabilidad política y económica, donde los inversores perciben que el régimen impositivo no está acorde con las normas globales...” (idem). Sin embargo, considera que aun en países donde “los tratados agregarían más valor para crear un ambiente impositivo amigable para los inversores”, los países en vías de desarrollo “no precisan tratados para mejorar el ambiente impositivo para la inversión extranjera” ya que en muchos de ellos “se puede hacer bastante para mejorar la legislación impositiva interna y la administración tributaria para proveer un sistema impositivo más efectivo para todos los inversores, no solo para aquellos de países con tratado” (p. 10). LANG y OWENS (2014) manifiestan que las “encuestas a las empresas sugieren que las multinacionales miran si hay un tratado y cuáles son sus disposiciones cuando deciden dónde ubicarse” y concluyen que “si las otras cosas son iguales, las empresas multinacionales van a tender a favorecer al país con una buena red de tratados” pero “cuán importante sea esto va a depender de la estructura económica de cada país, la relación entre el tratado y el derecho interno, y las actitudes de la administración y los tribunales en la aplicación del tratado” (p. 7).

7.3. Paraísos fiscales de tratados

El título de esta subsección es equívoco, dado que cualquier definición de paraíso fiscal es relativa. PALAN, MURPHY y CHAVAGNEUX

³²² En el mismo sentido, PICKERING (2013) observa que “los tratados impositivos por sí mismos no aseguran un aumento en la inversión extranjera si la infraestructura legal y económica subyacente no respalda efectivamente dicha inversión” (p. 19).

(2010) sugieren una definición de paraísos fiscales como “lugares o países (no todos ellos estados soberanos) que tienen suficiente autonomía para redactar sus propias leyes y regulaciones tributarias, financieras y otras” y “sacan partida de esta autonomía, creando legislación diseñada para asistir a personas o sociedades no residentes en evitar las obligaciones regulatorias a las que están sujetas en los lugares donde esas personas no residentes desarrollan la sustancia de sus operaciones económicas” (p. 8). Sin embargo, reconocen que la definición es “inevitablemente subjetiva” (p. 45). Establecen tres etapas en el desarrollo de los paraísos fiscales: “aproximadamente desde finales del siglo diecinueve hasta los años 1920, se presencié el surgimiento de los instrumentos más comunes de los paraísos fiscales”; “en la segunda etapa, después de la Primera Guerra Mundial hasta los comienzos de los 1970, un número pequeño de países, liderados por Suiza, empezaron a establecer regímenes de paraísos fiscales como una estrategia intencional de desarrollo”; y, “en la tercer etapa, desde comienzos de los 1970 hasta finales de los 1990 el número de paraísos fiscales aumentó de forma drástica, así como el alcance, planificación y volumen absoluto de activos financieros que pasaban por ellos” (p. 108).

El concepto de paraíso fiscal, en general, incluye la disponibilidad de regulaciones laxas que pueden ser usadas para evitar otras regulaciones de jurisdicciones localizadas, como en materia financiera, de seguros, societaria, etcétera. Como PALAN, MURPHY y CHAVAGNEUX (2010) manifiestan, cualquier actividad “que se vuelva móvil por los desarrollos tecnológicos instantáneamente se vuelve un objetivo para los paraísos fiscales más ágiles... los impuestos fueron un primer objetivo obvio, y aun la razón principal para establecer estos espacios legislativos” (p. 22). En este sentido, los paraísos fiscales a veces se distinguen de los centros financieros deslocalizados. PALAN, MURPHY y CHAVAGNEUX manifiestan que el concepto de centro financiero deslocalizado es más reciente y es “comúnmente utilizado para describir a los centros financieros que se especializan en operaciones financieras de no residentes, en especial aquellas conocidas como operaciones del euromercado” (p. 24),³²³ y lo definen como un “centro financie-

³²³ El centro financiero deslocalizado original se “desarrolló en setiembre de 1957 en Londres, cuando el Banco de Inglaterra creó, quizás sin saberlo, el concepto regulatorio de deslocalizado al aceptar que las operaciones que se llevaban a cabo en Londres pero se realizaban entre dos partes residentes fuera del Reino Unido no estaban sujetas a la regulación financiera del Reino Unido”, el Euromercado (PALAN, MURPHY y CHAVAGNEUX, 2010, pp. 38 y 39), y fue seguido en 1981 por los Centros Bancarios Internacionales de Estados Unidos y en 1986 por el Mer-

ro ubicado en cualquier país que ofrece servicios financieros a clientes no residentes con la finalidad de evitar algún tipo de regulación” (p. 250). VAN FOSSEN (2015) considera que un paraíso fiscal es una jurisdicción que permite a los no residentes o extranjeros minimizar el pago de sus impuestos y “un centro financiero deslocalizado es un paraíso fiscal que tiene al menos una institución importante orientada a aceptar depósitos y fondos de inversión y, donde la política gubernamental intencionalmente se orienta a atraer las actividades empresariales de los extranjeros creando entidades legales y estructuras, o facilitando la inmigración, naturalización, residencia, o adquisición de pasaportes para permitir que los extranjeros minimicen sus impuestos, regulación, pérdida de activos, divulgación financiera no deseada y ejecución forzada de bienes” (p. 157). En este sentido, “todos los centros financieros deslocalizados son empresas soberanas y todos son paraísos fiscales”, pero “no todos los paraísos fiscales son centros financieros deslocalizados” (idem). En el año 2007, un estudio del Fondo Monetario Internacional estableció la siguiente definición, “*un centro financiero deslocalizado es un país o jurisdicción que proporciona servicios financieros a no residentes en una escala desproporcionada con el tamaño y la financiación de su economía interna*”, donde el Reino Unido cumplía con esta definición de centro financiero deslocalizado.³²⁴ En el año 2008, el Fondo Monetario Internacional abandonó su programa de centros financieros deslocalizados, “reconociendo las dificultades semánticas y conceptuales asociadas con el término”.³²⁵

La relatividad del concepto de paraíso fiscal ha sido reconocida por la OCDE, sin perjuicio de que aun entrado el siglo veintiuno continuó utilizando el concepto para promover políticas impositivas internacionales. En este sentido, un informe de 1984 consideró que “ciertamente ‘paraísos fiscales’ es un concepto relativo, dado que cualquier país puede ser un paraíso en relación a una operación o situación específica” pero “grandes diferencias en los niveles de imposición entre países de ‘alta imposición’ y paraísos fiscales, conjuntamente con algunas características especiales de los paraísos fiscales, como las normas de secreto y la negativa a cooperar con las administraciones fiscales extranjeras, abren oportunidades para usar los paraísos fiscales para evadir o eludir impuestos, lo que no es aceptable desde

cado Deslocalizado japonés (pp. 139 y 140). Al mismo tiempo, un ambiente regulatorio atractivo para operaciones financieras empezó a desarrollarse en otros centros financieros deslocalizados.

³²⁴ ZOROMÉ, 2007, p. 7.

³²⁵ PALAN, MURPHY y CHAVAGNEUX, 2010, p. 30.

la perspectiva de los países de altos impuestos” (p. 4). Manifestó que los “intentos de definir paraísos fiscales están destinados a no ser exitosos” (p. 6) y que “a estos efectos, el ‘paraíso fiscal clásico’ puede describirse como una jurisdicción que procura activamente hacerse disponible como un paraíso para eludir impuestos que de otro modo se pagarían en ‘países de altos impuestos’” (p. 7). En el mismo sentido, la razón establecida en el informe de la OCDE (1998a) de competencia fiscal nociva para clasificar a una jurisdicción como paraíso fiscal fue su utilidad, dado que era menos probable que “los países que pueden financiar sus servicios públicos sin impuestos a la renta o con impuestos nominales a la renta y se ofrecen como lugares para ser utilizados por no residentes para escapar la imposición en su país de residencia...” cooperaran (p. 20).³²⁶ Ningún país miembro de la OCDE fue catalogado como paraíso fiscal. El informe de 1998a reconoció que “los paraísos fiscales en general se basan en la existencia de una infraestructura financiera global y que tradicionalmente han facilitado los flujos de capitales y mejorado la liquidez financiera del mercado”³²⁷ pero manifestó que “hoy en día que los países que no son paraísos fiscales han liberado y desregulado sus mercados financieros, cualquier beneficio potencial que traigan los paraísos fiscales en este sentido está más que superado por los efectos impositivos adversos”.³²⁸ KUDRLE (2008) manifiesta que un promotor importante de este proyecto fue la Unión Europea, dado que no podía lograr un acuerdo para solucionar su competencia fiscal interna si no se impo-

³²⁶ El informe establece, asimismo, que “la no imposición o la imposición nominal combinada con el hecho de que el país se ofrece como un lugar, o es percibido como un lugar, para ser utilizado para que los no residentes escapen la imposición en su país de residencia pueden ser suficientes para clasificar una jurisdicción como un paraíso fiscal” (OCDE, 1998a, p. 21). Este informe se basa en el informe presentado ante ciertas autoridades estadounidenses que dio características similares de los paraísos fiscales y manifestó que “el concepto de ‘paraíso fiscal’ también puede definirse a través de una prueba de ‘olor’ o reputación: un país es un paraíso fiscal si parece uno y si es considerado tal por aquellos a quienes les importa” (GORDON, 1981, p. 14). Este informe establecía, asimismo, que se precisaba un abordaje multilateral dado que las medidas tomadas “en forma unilateral situarán a las empresas estadounidenses en una desventaja competitiva frente a las empresas establecidas en otros países de la OCDE” (p. 10).

³²⁷ PALAN, MURPHY y CHAVAGNEUX (2010) establecen como un ejemplo de los desarrollos beneficiosos atribuidos a las jurisdicciones deslocalizadas, las estaciones de radio deslocalizadas que se establecieron para evitar las pesadas regulaciones de radiodifusión local (p. 6).

³²⁸ OCDE, 1998a, p. 21.

nían las mismas normas en los ‘paraísos fiscales’ fuera de la unión (p. 5).³²⁹

Orlov (2004) distingue entre ‘paraísos fiscales de calidad’, que tienen políticas más discretas, como Suiza, Mónaco, Liechtenstein, el Reino Unido y Luxemburgo y otros que no tienen las ventajas de éstos, “por ejemplo, una situación económica o política estable, comunicaciones desarrolladas, proximidad a los centros financieros mundiales...” y, por lo tanto, “se ven forzados a bajar sus estándares tanto en términos de imposición como de regulación legal” (p. 101).³³⁰ Manifiesta que una de las razones por las cuales el informe de 1998a atacó solamente a los ‘paraísos fiscales clásicos’ “pudo ser que, si se aplicaba ampliamente, el ataque pudo haber incluido a algunos miembros de la OCDE...” y que “otro defecto del abordaje de la OCDE fue que... supone que los paraísos fiscales deben ser un Estado o un cuasi-Estado y entonces de forma automática excluyó los regímenes impositivos especiales que aplican localmente dentro de los países que en lo demás son de ‘alta imposición’...” (pp. 106 y 107). Adicionalmente, arbitrariamente para nosotros, el informe de 1998a vincula el lavado de activos solo a las jurisdicciones que se clasifican como paraísos fiscales (p. 24). Si bien la OCDE creó una lista de paraísos fiscales en el año 2000,³³¹ para el año 2004 solo había cinco jurisdicciones en la lista, porque todas las otras se comprometieron con el proyecto “condicionado al hecho de que todos los estados (sean

³²⁹ VLECK (2006) manifiesta que “se puede sugerir que las raíces del proyecto de la OCDE brotaron de la campaña de Armonización Fiscal de la Unión Europea” (p. 109).

³³⁰ Eden y KUDRLE (2005) distinguieron entre paraísos fiscales que “son verdaderos forasteros del régimen tributario internacional...” y los renegados internos que “son parte del régimen tributario internacional pero no cumplen con sus prácticas”, tales como Suiza, Luxemburgo e Irlanda. Adicionalmente, observan que “cerca de la mitad de todos los paraísos fiscales tienen un estatus de cuasiforasteros porque están vinculados con algún país miembro de la OCDE ya sea como antigua colonia o dependencia, posesión, asociación libre, o tratado impositivo...” (p. 109). Los llaman cuasiforasteros porque “disfrutaban de los beneficios del régimen internacional...” a través de estos vínculos (p. 110). Por otro lado, PALAN, MURPHY y CHAVAGNEUX (2010) observan que “hay un premio para aquellos paraísos fiscales con una reputación de solidez y con por lo menos una apariencia de un ambiente regulado” (p. 160).

³³¹ Este informe no solo enumera una serie de medidas impositivas ‘defensivas’ que podían adoptarse contra los paraísos fiscales, también ‘invitaba’ a los gobiernos “a tener en cuenta si una jurisdicción está establecida como un Paraíso Fiscal No Cooperativo para determinar el envío de asistencia económica no esencial a la jurisdicción” (OCDE, 2000b, pp. 25 y 26).

miembros o no de la OCDE) aceptaran idénticas condiciones de transparencia e intercambio efectivo de información”.³³²

Si bien, como ya mencionamos, el concepto de paraíso fiscal es subjetivo, consideramos que son “paraísos fiscales de tratados” las jurisdicciones que celebran tratados, o utilizan los tratados a los que accedieron por extensión, con el propósito de hacerse atractivos para inversiones de beneficiarios no residentes en terceros países. En primer lugar, algunas jurisdicciones son simplemente usadas como conductos para la obtención de los beneficios del tratado respecto de inversiones en terceros países.³³³ Probablemente la sentencia más citada respecto de conductos sea la de la Suprema Corte de India relativa a la aplicación del tratado entre India y Mauricio, que comparó la compra de tratados con otros incentivos impositivos y consideró que la

³³² VLECK, 2006, p. 142. De hecho, Suiza y Luxemburgo se abstuvieron de votar el informe de la OCDE de competencia fiscal nociva. Luxemburgo manifestó que no “compartía la creencia implícita del informe de que el secreto bancario es necesariamente un fuente de competencia fiscal nociva”, no podía “aceptar que un intercambio de información que se circunscribe al respeto de las leyes internacionales y las leyes nacionales correspondientes sea un criterio para identificar a un régimen impositivo preferencial nocivo y a un paraíso fiscal”, y que le preocupaba que el informe diera “crédito al llamado criterio de la reputación –criterio que no tiene ninguna base objetiva–” (OCDE, 1998, p. 74). Suiza consideró que “era legítimo y necesario proteger la información confidencial de una persona” y entonces, el informe, “en ciertos aspectos, era contrario al sistema legal suizo” (p. 77). Como manifiesta Persaud, “los objetivos del proyecto de competencia fiscal nociva excedían cualquier cosa que los estados de la OCDE hubieran alcanzado entre ellos mismos en el campo de la cooperación impositiva” (parafraseado en VLECK, 2006, p. 136). Otro factor que hizo que el proyecto de competencia fiscal nociva fracasara fue la creación de una organización por parte de los ‘paraísos fiscales’ contra la campaña, la Organización de Imposición e Inversión Internacional. Finalmente, “algunos paraísos fiscales alegaron, correctamente, que habían sido asesorados por instituciones como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, así como por sus países madre (en el caso de las dependencias inglesas y holandesas), para que se especializaran en servicios financieros” (PALAN, MURPHY y CHAVAGNEUX, 2010, p. 217). En este sentido, VLECK (2006) manifiesta que “al leer el correo interno del gobierno británico durante ese período pronto se vuelve claro que había dos puntos de vista acerca de la creación de paraísos fiscales en los territorios dependientes. Por un lado, estaban aquellos en oficinas como la autoridad tributaria y el tesoro que estaban preocupados con las consecuencias financieras para el Reino Unido en sí mismo por la existencia de paraísos fiscales. Y, por el otro lado, estaban aquellos funcionarios que consideraban que el establecimiento de un paraíso fiscal ofrecía beneficios económicos a los territorios dependientes pequeños, así como el potencial de reducir el requisito de ayuda de Londres y su dependencia de la misma” (pp. 80 y 81).

³³³ PALAN, MURPHY y CHAVAGNEUX (2010) llaman a estas jurisdicciones ‘conductos de entrada a mercados’ (p. 38).

compra de tratados era un factor válido para atraer inversiones.³³⁴ El tratado impositivo entre Estados Unidos y las Antillas Holandesas es otro ejemplo de compra de tratados ‘consentida’. La emisión de eurobonos por parte de empresas estadounidenses se realizaba a través de subsidiarias en las Antillas Holandesas para evitar la retención de impuestos sobre los intereses pagados a través del tratado impositivo. En 1963, Estados Unidos modificó el tratado, pero mantuvo las mismas alícuotas de retención, conociendo el esquema de compra de tratados. La razón para no modificar el tratado y terminar con esta práctica fue “proteger la balanza de pagos internacionales de Estados Unidos estimulando la inversión extranjera de cartera hacia Estados Unidos”.³³⁵ Esto resultó en 1984, junto a la denuncia del tratado, en la revocación “de la alícuota de imposición vía retención sobre intereses recibidos por extranjeros no residentes por endeudamiento de cartera de deudores estadounidenses”,³³⁶ y por lo tanto la solución de compra de tratados se generalizó mediante el derecho interno.

En este sentido, ZOLT (2018) observa que “para la mayoría de los países en vías de desarrollo, las jurisdicciones de baja imposición (frecuentemente un paraíso fiscal) sirven como un punto de entrada para la inversión al país –con un tratamiento impositivo favorable por el tratado impositivo entre el país en vías de desarrollo y la jurisdicción de baja imposición–” y “si estos paraísos fiscales son beneficiosos para los países en vías de desarrollo... depende de la contrapartida

³³⁴ “Muchos países desarrollados toleran o estimulan la compra de tratados por otras razones no fiscales, aunque sea no deseado, incorrecto o injustificado, salvo que lleve a una pérdida significativa de recaudación impositiva. Además, muchos de ellos permiten el uso de su red de tratados para atraer empresas extranjeras y actividades deslocalizadas. Algunos de ellos favorecen la compra de tratados para la inversión saliente, para reducir los impuestos extranjeros de sus residentes, pero no les gusta la pérdida de su recaudación impositiva respecto de la inversión entrante o el comercio de no residentes. En los países en vías de desarrollo, la compra de tratados en general se mira como un incentivo impositivo para atraer el escaso capital extranjero o tecnología. Pueden otorgar concesiones impositivas exclusivamente a los inversores extranjeros superiores a las de las disposiciones de las leyes impositivas internas. En este sentido, no difiere mucho de otros incentivos impositivos que se otorgan por ellos como exoneraciones impositivas, subsidios, etcétera. Los países en vías de desarrollo precisan la inversión extranjera, y las oportunidades de compra de tratados pueden ser un factor adicional para atraerlas... En los años recientes, India se ha beneficiado de fondos extranjeros significativos a través del ‘conducto de Mauricio’” (Corte Suprema de India (2003), *Union of India vs. Azadi Bachao Andolan*, <https://indiankanoon.org/doc/1960330/>).

³³⁵ CRANDALL, 1988, p. 362.

³³⁶ P. 366

entre la mayor inversión extranjera y la recaudación impositiva perdida” (p. 14). Entonces, al igual que los tratados impositivos en general, los tratados con paraísos fiscales permiten mantener un régimen impositivo más favorable para los no residentes, con el agregado de la baja o nula imposición en el país de la residencia, que sería difícil de justificar políticamente si se llevara a cabo a través del derecho interno (*idem*). Sin embargo, esta práctica ha sido severamente restringida con las limitaciones a la compra de tratados del Modelo OCDE 2017, ya que los residentes de terceros países que quieran obtener los beneficios del tratado deberán cumplir con los requisitos de la Cláusula LOB, si bien la versión abreviada de ésta no contempla las sociedades trampolín,³³⁷ y la aplicación de la cláusula de propósito principal a la compra de tratados, al menos cuando no se establece la cláusula LOB, parece indiscutible en el contexto del nuevo preámbulo al Modelo OCDE. Asimismo, muchos países han ido terminando sus tratados impositivos con jurisdicciones de baja o nula imposición.

Otro tipo de “paraísos fiscales de tratados”, y si bien las sociedades de esos países pueden también funcionar como conductos, son aquellos que atraen actividades más sustanciales, esto es, actividades que implican personal y activos en el país correspondiente, referidos generalmente como ‘regímenes de sede social’.³³⁸ VANN (2009) considera que “mientras algunas veces se ven en forma adecuada en el marco de la competencia fiscal (y referidos peyorativamente como regímenes de ‘sede social’), y frecuentemente teniendo las caracterís-

³³⁷ Esto es donde “la sociedad conducto recibe la renta y la paga a los accionistas o beneficiarios residentes de un tercer estado mediante un pago deducible de la base imponible” (VIANA, 2017, 764). Respecto de la aplicación del requisito de beneficiario efectivo véase pp. 767 y 768. En el caso de que se establezca la versión abreviada de la cláusula LOB y también la cláusula de propósito principal, la aplicación de esta última a situaciones de sociedades trampolín es discutible, considerando que “el contribuyente podría argumentar que otorgar los beneficios del tratado a una transacción que se encuentra en el ámbito de aplicación de una cláusula antiabuso específica del tratado no es contrario al objeto y propósito de la disposición correspondiente” (pp. 787 y 788, parafraseando a LANG, 2014, p. 658).

³³⁸ KUDRLE (2003) distingue entre los paraísos de producción, “donde la atracción impositiva de la jurisdicción induce un cambio real significativo en el valor agregado del paraíso...”, paraísos de sede social, que “bajan los impuestos societarios otorgando ventajas impositivas a las empresas que se constituyan en dicha jurisdicción, sin importar dónde se localicen los accionistas”, paraísos fiscales de simulación que “hospedan intermediarios financieros con impuestos societarios bajos que pueden ser poco más que un domicilio para la actividad de inversión dirigida desde otro lugar” y los paraísos de secreto, que “se especializan en permitir la evasión del impuesto a la renta personal a través de la reinversión de fondos que se entregan sin el conocimiento de las autoridades de su hogar” (p. 4).

ticas de los regímenes de sociedades conducto, generalmente la intención es atraer o retener operaciones empresariales sustanciales, no sociedades vacías que contribuyen poco a los objetivos nacionales como empleo, inversión real, etcétera” (p. 262). Manifiesta que “si bien los regímenes pueden llevar a la imposición reducida de la renta de fuente extranjera de una sociedad residente bajo el derecho interno, de hecho, contribuyen con los propósitos de la definición de residencia de sociedades... de ser fuente de la renta empresarial y asegurar que la renta no sea gravada a medida que se mueve dentro del grupo, antes de ser pagada al accionista final” y que entonces debería otorgárseles los beneficios de los tratados (idem). Sin embargo, establece que por las mismas razones los establecimientos permanentes deberían tener los beneficios del tratado (idem) y, por lo tanto, si bien uno puede concordar a nivel teórico, como él lo plantea, el argumento difiere del concepto de residencia como es entendido por el Modelo OCDE. Este tipo de regímenes ha sido restringido por el Modelo OCDE 2017, dado que la conducción activa de una empresa bajo el art. 29 excluye las sociedades tenedoras, sociedades que proveen servicios de supervisión o administración dentro de un grupo, el financiamiento intragrupo y la realización y administración de inversiones, a excepción del caso de instituciones financieras, empresas aseguradoras y corredores de bolsa. La cláusula LOB³³⁹ tiene sí una disposición de sede social donde, bajo ciertas condiciones, estas sociedades pueden calificar para los beneficios respecto de intereses y dividendos bajo un tratado. Esta disposición tiene varios umbrales dirigidos a asegurarse que la sociedad sea una multinacional, cuya actividad empresarial en el país de la fuente no sea desproporcionada y que no se beneficie, directa o indirecta, de un régimen impositivo especial en su país de residencia. Desde la perspectiva BEPS, esta inclusión es difícil de justificar, dado que la jurisdicción de sede social es mayormente opcional, el único requisito en el país de la residencia es que ese sea el lugar de dirección y control.

³³⁹ Debe observarse que la política detrás de esta disposición puede cumplir otro propósito además de proteger la potestad tributaria del país de la fuente. ROSENBLUM y Brothers (2015) consideran que la política estadounidense “contra la compra de tratados es una extensión lógica del favoritismo de Estados Unidos por la imposición basada en la residencia, porque el esfuerzo de Estados Unidos de procurar las máximas reducciones de impuestos en la fuente es probable que produzca resultados dispares en las negociaciones actuales” (p. 761). Si la compra de tratados es una opción, los terceros países no van a estar tan entusiasmados en celebrar un tratado con Estados Unidos o en reducir sus alícuotas de impuestos vía retención.

8. ¿Por qué los países en vías de desarrollo celebran tratados impositivos?

8.1. Razones adicionales

Hay algunas razones adicionales por las cuales los países en vías de desarrollo pueden encontrar conveniente celebrar tratados, si bien muchas también aplican a los países desarrollados. Pueden celebrarlos por ignorancia o extensión, presiones de organizaciones internacionales o países, beneficios estratégicos no impositivos, competencia fiscal causada por los propios tratados impositivos y efectos de red.

EASSON observó en 1988 que “inicialmente, los países en vías de desarrollo no apreciaron las desventajas del tipo de tratado estándar que se había comenzado a emplear por las naciones desarrolladas... ni aparentemente se dieron cuenta, en la mayoría de los casos, que podrían tener suficiente poder de negociación para asegurar un apartamiento del modelo consolidado” y “en muchas circunstancias los países recién independizados simplemente heredaron los tratados que habían sido celebrados por sus amos coloniales, y los primeros tratados poscoloniales tendían también a seguir el modelo consolidado” (p. 514).³⁴⁰ DAGAN (2004) considera que una explicación de por qué los países huéspedes celebran tratados impositivos puede ser que “por alguna razón (falta de información, funcionarios que buscan intereses propios, etcétera) no actúan de manera racional en esta cuestión” (p. 68). HEARSON (2017) concluye que al revisar los tratados de los países en vías de desarrollo “hay un efecto significativo y consistente de aprendizaje... cuantos más tratados ha celebrado un país, mejores resultados obtiene de la negociación a lo largo de todos los

³⁴⁰ En el mismo sentido, IRISH (1974) manifestó que “probablemente la razón principal para que los tratados impositivos con un sesgo hacia la residencia se asumieran al momento de la independencia de los poderes coloniales es que los países recién independizados no estaban totalmente al tanto de la naturaleza adversa de dichos tratados impositivos” y “en algunas instancias esa también fue la razón por la cual continuaron aceptando tratados impositivos con un sesgo hacia la residencia” (p. 300)

tipos de disposiciones” (p. 21). Adicionalmente, su estudio concluye que “los países en vías de desarrollo que dependen más del impuesto a la renta societaria en su base impositiva tienen más probabilidad de celebrar tratados impositivos con países más ricos, y más probabilidad de negociar alícuotas de impuestos vía retención más altas en esos tratados impositivos, pero no más probabilidad de obtener mejores resultados en su totalidad”, y argumenta que “los actores políticos en los países que dependen más del impuesto a la renta societaria están dispuestos a apoyar la política de celebrar tratados impositivos, en la medida en que se negocien alícuotas de impuestos vías retención más altas, mientras que ignoran otras partes, menos entendibles, de los tratados”, como el establecimiento permanente (idem). Asimismo, “los países en vías de desarrollo que recaudan más impuestos en su totalidad tienen más probabilidad de negociar mejores cláusulas en un área que sea menos fácil de entender por los que no son especialistas, el establecimiento permanente, así como un mejor balance total a lo largo de todas las disposiciones del tratado” y “las cláusulas más oscuras tienen menos probabilidad de favorecer a los países en vías de desarrollo cuando la relación entre la inversión extranjera directa entre los dos países es más unilateral, donde el país en vías de desarrollo es más un importador neto de capital respecto de la contraparte del tratado” (idem). Finalmente, concluye que “esto sugiere que la decisión de negociar y el contenido eventualmente negociado corresponde a la función de variables de poder y basadas en el conocimiento, tales como, cuán importantes las pérdidas del tratado son para los actores políticos de un país, la capacidad técnica, el conocimiento y experiencia de los negociadores, así como el poder relativo de negociación” (idem). En su tesis, HEARSON (2016a) “apoya la afirmación de que los actores políticos de los países en vías de desarrollo con una comprensión limitada de los costos y beneficios probables de los tratados impositivos empujados por la negociación se basaron en la idea de que los tratados atraerían inversión” y “lo hicieron sin evaluar toda la información disponible en forma pareja y a veces contra el asesoramiento de especialistas que estaban más familiarizados con los impactos probables” (p. 16). Manifiesta, asimismo, que “esto no solo resultó en tratados impositivos celebrados en circunstancias donde el impacto en la inversión era incierto, pero también resultó en mayores concesiones de las que hubieran sido necesarias para asegurar un acuerdo con las contrapartes” (idem).³⁴¹

³⁴¹ Por el contrario, BRAUNER (2003) concluye que “los países en vías de desarrollo se han beneficiado inmensamente de la práctica actual de tratados impositivos...” porque “nunca fueron obligados, ni han declarado que fueron obligados, a cele-

La presión de celebrar tratados impositivos resultó del requisito del año 2009 de la OCDE de que los países celebraran por lo menos doce tratados impositivos estableciendo el intercambio de información amplio o TIEA y las exigencias posteriores.³⁴² Muchos países exigieron tratados impositivos, pensando probablemente que ganarían algo. Los países continuaron celebrando tratados después de haber alcanzado el umbral, probando lo dicho por AVERY JONES (1999) de que “la desventaja de la ruta del tratado impositivo es que se auto-perpetúa... solo lleva a más tratados” (p. 3). Por otro lado, PICKERING (2014) manifiesta que “frecuentemente los países en vías de desarrollo empiezan las negociaciones de un tratado principalmente porque se sienten presionados a hacerlo por otro país” (p. 19). En este sentido, HEARSON (2016a) establece que “existe prueba sustancial de que el lobby de las empresas multinacionales guía las prioridades de negociación de los países exportadores de capital, que los tratados impositivos forman una parte de las estrategias de promoción de inversiones salientes de estos países” y que “en general, dicho lobby ha seguido la decisión de invertir en un país, más que precederla, por lo que existe poco respaldo a la suposición de que los tratados impositivos influyen las decisiones de los inversores en forma positiva” (p. 16).³⁴³ Otras formas de coerción son “el liderazgo político entre

brar un tratado bilateral con un país desarrollado... de hecho, en muchos casos los países en vías de desarrollo desean celebrar tratados con los países desarrollados que frecuentemente rechazan su propuesta” (p. 308).

³⁴² FALCÃO y LARA YAFFAR (2020) observan respecto del intercambio automático de información financiera que “la presión internacional de cumplir con estas obligaciones parece ser alta, cuando se observa que algunos países van tan lejos como eludir sus sistemas legales internos, o crear doctrinas interpretativas para establecer ciertas obligaciones internacionales, aunque no exista una base legal bajo el derecho interno para hacerlo” (p. 202). PISTONE (2010) observó que “con los desarrollos recientes de transparencia fiscal global... algunos sistemas territoriales, que tradicionalmente no precisaban tratados impositivos y por lo tanto no tenían una red de tratados adecuada, fueron urgidos a enmendarlo y celebrar varios tratados impositivos de forma bastante rápida para no ser incluidos en la lista de jurisdicciones que no cooperan” (p. 420).

³⁴³ EASSON (1988) observó que “los beneficiarios principales de cualquier tratado impositivo con un país en vías de desarrollo tienen que ser las empresas de los países desarrollados que invierten o hacen negocios allí. Dichas empresas, entonces, tenían el incentivo de ejercer presión sobre sus propios gobiernos para negociar tratados con países en vías de desarrollo en los cuales pensaban invertir. Esto aumentó mucho la posición en la negociación de los países en vías de desarrollo...” (p. 515). ARNOLD, SASSEVILLE y ZOLT (2002) manifestaron que “las redes de tratados de la mayoría de los países exportadores de capital probablemente estén dirigidas por sus empresas multinacionales. Si una multinacional residente hace o propone hacer una inversión sustancial en un país, eso puede ser una justificación suficiente para celebrar un tratado impositivo con ese país” (p. 69).

los países de la OCDE que genera el incentivo para que otros países celebren tratados que son compatibles con el abordaje de los primeros a la imposición internacional y la 'idea hegemónica' del mito de los tratados impositivos..." (p. 103), esto es, "la idea de que los estados deben cooperar para eliminar la doble imposición, que de otro modo impediría el comercio y la inversión internacional" (p. 55), "o incluso que celebrar tratados es lo que hacen los países avanzados" (p. 103).

Los beneficios estratégicos no impositivos que se persiguen a través de los tratados incluyen beneficios económicos estratégicos, como que "una mejor relación con la contraparte del tratado aumentará la relación de seguridad o comercial, o que resultará en otros beneficios económicos, como el suministro de asistencia" y "beneficios estratégicos políticos como crear la imagen de un gobierno jugando un rol proactivo en la internacionalización de la economía o simplemente usando el tratado impositivo como un medio indirecto de dar una señal de reconocimiento de la contraparte del tratado de independencia o legitimidad".³⁴⁴ DAGAN (2018) manifiesta que los tratados "frecuentemente sirven como un marco para establecer relaciones internacionales armoniosas" y que Estados Unidos "a veces celebra un tratado impositivo con otro país como un primer paso hacia el establecimiento de relaciones diplomáticas más amplias" (p. 106). ARNOLD, SASSEVILLE y ZOLT (2002) establecen que hay quienes consideran que "desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo, los tratados impositivos son un símbolo importante de buenas relaciones comerciales entre los dos países" (p. 69).

BAISTROCCHI (2008) considera que "celebrar un tratado impositivo parece ser la mejor opción disponible para que un país en vías de desarrollo representativo atraiga la inversión extranjera directa a su jurisdicción si todas las otras condiciones son iguales" (p. 378). En primer lugar, considera que los países en vías de desarrollo se enfrentan a un dilema de prisioneros respecto de los tratados impositivos, porque si no celebran un tratado impositivo, un país en vías de desarrollo que compite con éste puede llegar a hacerlo. En segundo lugar, manifiesta que los países en vías de desarrollo obtienen externalidades positivas de ser parte de la red de tratados, como "la minimización en los costos de información y cumplimiento...",³⁴⁵ "el establecimiento de varios procedimientos para minimizar la doble imposición inter-

³⁴⁴ BROOKS y KREVER, 2015, pp. 174 y 175.

³⁴⁵ DAGAN (2018) considera que "la accesibilidad, familiaridad, y un conjunto compartido extensivo de interpretaciones establecidas por la OCDE generan el reconocimiento y la reputación que caracteriza la membresía a una red" (p. 172).

nacional, como los acuerdos anticipados de precios y el procedimiento de ajuste secundario..." y "un compromiso fidedigno de la previsibilidad y estabilidad legal" (p. 383). Sin embargo, también existen externalidades negativas, como las ganancias de cartel para los países desarrollados³⁴⁶ y los efectos de encierro.³⁴⁷ Adicionalmente, manifiesta que los países en vías de desarrollo prefieren el Modelo OCDE por esas dos razones: el miedo a alejar la inversión a otro país si no se sigue el Modelo OCDE y el trabajo de la OCDE que reduce los costos de información y cumplimiento (p. 385). BARTHEL y NEUMAYER (2012) consideran que "aunque los países importadores de capital estarían colectivamente mejor sin celebrar tratados impositivos, todavía tienen un incentivo individual para celebrar tratados impositivos porque si otros países focales lo han hecho, entonces es probable que pierdan aun más si ellos mismos no han celebrado un tratado impositivo" (p. 645). Su estudio encuentra "pruebas sólidas de que la celebración de un tratado entre dos países es de hecho influenciada por la existencia de tratados impositivos con estos países focales" (p. 659), esto es, países que exportan productos similares, y en un grado menor, países que están en la misma región (p. 654).³⁴⁸ En cualquier caso, es

³⁴⁶ DAGAN, 2018, p. 173.

³⁴⁷ Debido a la incorporación de la red de tratados en las disposiciones de derecho interno (DAGAN, 2018, p. 176) y a la posibilidad de hacer que estándares competidores converjan o sean destruidos una vez que se establece el estándar (BAISTROCCHI, 2008, p. 384).

³⁴⁸ Las variables de control son las siguientes: "dos países con mayor población siempre tienen mayor probabilidad de celebrar un tratado impositivo, mientras que dos países más ricos algunas veces tienen mayor probabilidad"; "hay prueba de que el comercio bilateral aumenta la tendencia a celebrar un tratado impositivo"; "los países que ya han firmado un tratado bilateral de inversiones tienen mayor probabilidad de también firmar un tratado impositivo"; "una díada, en la que uno o ambos países estén clasificados como un centro financiero deslocalizado por la OCDE, es estadísticamente menos probable de celebrar un tratado impositivo con todas las especificaciones del modelo"; "si dos países tienen representaciones diplomáticas, enfrentan un riesgo mayor de firmar un tratado impositivo, que puede ser ya sea por los lazos políticos más cercanos en general o por la reducción en los costos de la operación"; "países más distantes tienen menor probabilidad de firmar un tratado impositivo"; "la estabilidad política de los sistemas... muestra un influencia positiva y altamente significativa en el riesgo de firmar un tratado impositivo"; "díadas que consisten de dos países de la OCDE no tienen mayor probabilidad de celebrar un tratado impositivo, mientras que díadas con un miembro de la OCDE y un no miembro tienen menor probabilidad de celebrar un tratado impositivo comparado a díadas de dos no miembros de la OCDE", pero "una vez que se remueven los controles de población, tamaño y producto bruto interno *per capita*, así como de su historia de tratados impositivos, la simulación para una díada OCDE-OCDE se vuelve positiva y altamente significativa"; "los países recién independizados tienen una mayor tendencia a

claro que esto no es un llamado a la celebración genérica de tratados, sino a evaluar la celebración de ciertos tratados con países específicos.

Concordamos con BAISTROCCHI en que la competencia entre los países en vías de desarrollo puede ser un motivo por el cual celebran tratados impositivos, aunque las eventuales ganancias del tratado, como se mostró, sean inciertas. EASSON ya notó esta competencia para atraer inversión extranjera directa a través de los tratados impositivos en 1988 (p. 515). Sin embargo, también observó que “había competencia entre los países desarrollados, y específicamente entre las empresas de esos países para asegurar contratos lucrativos en el mundo en vías de desarrollo”, lo que favoreció la posición de los países en vías de desarrollo en la negociación (idem).

8.2. Costos de los tratados impositivos

Los tratados impositivos tienen varios costos para los países que deberían tomarse en cuenta a la hora de definir la política en materia de tratados impositivos o de celebrar un tratado específico. Algunos de estos costos son específicos de los países en vías de desarrollo, mientras que otros son aplicables a todos los países.

En primer lugar, los tratados tienen un costo de recaudación impositiva por la limitación en la potestad tributaria del país de la fuente y también pueden “afectar o limitar la operación de ciertas leyes de derecho tributario interno”, como las “normas para determinar los beneficios de las empresas vinculadas” y de los establecimientos permanentes, “las normas de no discriminación” y las “opciones polí-

celebrar tratados”; “cuánto más alto es el número máximo de tratados impositivos celebrados por cualquiera de los dos miembros de la diada, más baja es la probabilidad de celebrar un tratado impositivo...”; y, “una mayor tendencia a celebrar tratados impositivos, capturada de acuerdo al número acumulado de tratados impositivos celebrados por cualquiera de los miembros de la diada, aumenta la probabilidad de que esta diada también celebre un tratado impositivo” (pp. 652 y 654). Otros estudios encontraron que los lazos económicos fuertes, el “tamaño del país y también los gastos del gobierno huésped como un porcentaje del producto bruto interno...”, y “compartir un mismo pasado colonial y lenguaje...” aumentan la probabilidad de que los países celebren un tratado impositivo, mientras que la distancia tiene un efecto negativo (véase BRAUN y ZAGLER, 2014, pp. 246 y 247). BRAUN y ZAGLER (2014) concluyen que “el tamaño del mercado y la búsqueda de mercados (a través de la inversión extranjera directa) en el caso de tratados entre países industrializados y economías en desarrollo” y “el tamaño de mercado y el mercado potencial (medido por la apertura) en el caso de tratados impositivos entre países en vías de desarrollo” aumentan la probabilidad de un tratado impositivo (p. 266).

ticas futuras".³⁴⁹ Estos costos de recaudación impositiva pueden ser compensados por un aumento en la recaudación impositiva de la mayor inversión extranjera, u otros beneficios que ésta pueda traer, si bien, como ya se mencionó, no existe certeza de dicho aumento o que las ganancias de la inversión extranjera compensarán totalmente los costos. Adicionalmente, como manifiesta PICKERING (2013), "no existe una metodología precisa para predecir los beneficios futuros de recaudación que pueden resultar de los tratados impositivos" (p. 21). HEARSON (2018) analizó los tratados impositivos entre países asiáticos y africanos y países de la Unión Europea, y encontró que "si bien mucha atención se focaliza correctamente en los límites que los tratados impositivos imponen en las alícuotas de impuestos vía retención a los países en vías de desarrollo, es en las otras partes de los tratados donde encontramos la mayor brecha entre los tratados entre miembros de la Unión Europea y aquellos de otros estados", en particular en el umbral del establecimiento permanente (p. 3).³⁵⁰ Otro estudio de HEARSON (2016b) encontró que "mientras los tratados entre los países en vías de desarrollo y los países de la OCDE están disminuyendo la potestad tributaria del país de la fuente más que en el pasado, la tendencia se revierte para el creciente número de tratados celebrados por países en vías de desarrollo con países fuera de la OCDE, que están dejando más potestad tributaria del país de la fuente intacta" (p. 36). DAURER y KREVER (2014) encuentran que "como regla general, las economías más grandes y económicamente más avanzadas tienden a retener más potestad tributaria en los tratados que las economías más pequeñas, menos avanzadas" (p. 21).

PICKERING (2013) menciona como un costo el riesgo de compra de tratados (p. 21), pero estas estrategias ya fueron abordadas por

³⁴⁹ PICKERING, 2013, p. 21. HEARSON (2016a) manifiesta que "ciertamente, las declaraciones generales de los beneficios de los tratados impositivos para los países en vías de desarrollo frecuentemente vistas en la literatura política parecen difíciles de sustentar" (p. 66) y que "los tratados impositivos son... un caso más difícil que los tratados bilaterales de inversión para las teorías que están limitadas a la racionalidad, porque los costos son más inmediatos y ciertos que cualquier beneficio potencial y entonces se puede esperar que la información de los costos esté más 'disponible' para los actores políticos" (p. 78).

³⁵⁰ HEARSON (2018) manifiesta que esto se aparta de la recomendación del Parlamento Europeo al Consejo y a la Comisión de 2017 que "llama a los Estados Miembros a asegurar adecuadamente un trato justo para los países en vías de desarrollo cuando negocian tratados impositivos, tomando en cuenta su situación particular y asegurando una distribución justa de la potestad tributaria entre el país de la fuente y el de la residencia; llama, en este sentido, a adherirse al Modelo ONU y a asegurar la transparencia en relación a la negociación de tratados" (p. 8).

el Modelo OCDE 2017. Adicionalmente, “se pueden requerir ciertos cambios o clarificaciones de derecho interno para asegurarse de que el tratado sea adecuadamente aplicado y administrado” (p. 22). Por otro lado, los tratados impositivos también pueden llevar a costos para la administración tributaria. En efecto, “la negociación de tratados impositivos es una tarea prolongada, que consume muchos recursos”, y “la negociación, interpretación y administración de tratados impositivos requiere personal altamente especializado” (p. 23). BARTHEL y NEUMAYER (2012) manifiestan que los costos de negociación de los tratados impositivos no son solo un problema para los países en vías de desarrollo, citan una declaración de 2006 del Departamento del Tesoro de Estados Unidos que estableció que “la principal dificultad en el tamaño de nuestra red de tratados impositivos puede ser la complejidad de las negociaciones en sí mismas. Asegurarse de que las diversas funciones que deben realizar los tratados impositivos se tomen adecuadamente en consideración hace que el proceso de negociación sea exigente y prolongado”.³⁵¹ Los países en vías de desarrollo también pueden precisar recursos adicionales y asistencia técnica, “un sistema de reglamentaciones obligatorias para asegurar la aplicación e interpretación consistente de los tratados” y eventualmente llevar a cabo procedimientos amistosos.³⁵² Los tratados impositivos son irrelevantes hoy en día en relación a los costos de intercambio de información y asistencia en el cobro de impuestos, dado que la mayoría de los países ya se encuentran obligados por otros instrumentos.

8.3. Comentarios finales

Queríamos profundizar en dos ideas que encontramos a nivel de los actores políticos de los países en vías de desarrollo respecto de la conveniencia de los tratados impositivos: que son necesarios para eliminar la doble imposición y que atraen la inversión extranjera directa. Durante la investigación, encontramos otros propósitos o discusiones a nivel de derecho tributario internacional que consideramos que debíamos abordar para dar un panorama más acabado del tema.

En primer lugar, vimos que la justificación del impuesto a la renta como medición de la capacidad contributiva presenta problemas en la implementación práctica de los diferentes sistemas de derecho interno, en especial en lo que hace al impuesto a la renta de las personas jurídicas. A la hora de analizar los tratados impositivos y la

³⁵¹ U. S. Department of Treasury, 2006, p. 648.

³⁵² PICKERING, 2013, p. 21.

capacidad contributiva uno debe tener presente que básicamente se limita a aquellas disposiciones que aplican a personas físicas, que son las menos importantes en lo que hace al comercio y la inversión internacional. Adicionalmente, si bien el concepto de fuente ha sido históricamente criticado por ser indeterminado e injustificado, lo mismo puede decirse del concepto de residencia implementado en la práctica de los sistemas impositivos, siendo ambos criterios internacionalmente reconocidos de ejercicio de la potestad tributaria sobre la renta, y en cualquier caso estos conceptos no indican cómo la potestad tributaria debe distribuirse entre los estados.

Vimos que no existe una costumbre impositiva internacional que los tratados impositivos cristalicen, no existen principios generalmente aceptados acerca de cómo o dónde la renta debe ser gravada, a excepción, quizás, de la imposición a los diplomáticos bajo ciertas circunstancias, y la restricción a la potestad tributaria sobre renta que no tenga una conexión razonable con un país, si bien esta última restricción se presenta como sumamente laxa e indeterminada. Suficientes razones se dieron para rechazar cualquier argumento relacionado al debate de las neutralidades, especialmente que trata de la residencia como algo fijo, su análisis bilateral y la realidad de que la mayor parte de los países tienen sistemas impositivos 'híbridos', debate relevante dado que llevó a muchos a sostener la imposición exclusiva en el estado de la residencia en aplicación de CEN. Finalmente, los tratados impositivos no evitan la competencia fiscal internacional ni la competencia fiscal nociva, sino que de hecho la pueden promover en muchas instancias, y son utilizados como elementos fundamentales en algunos esquemas de arbitraje impositivo.

En la sección 4 describimos, en primer lugar, las normas de distribución de la potestad tributaria bajo los tratados. En este sentido, no estamos de acuerdo en que la recaudación impositiva renunciada por el país de la fuente bajo los tratados impositivos necesariamente vaya al erario del país de la residencia. Sin embargo, una cuestión diferente es que los tratados impositivos restringen más la potestad tributaria del país en la posición de importador de capitales, dado que éste se encontrará más veces en la posición de estado de la fuente. El elemento más cuestionable de los tratados impositivos es el umbral del establecimiento permanente, dado que se formuló para un tiempo diferente, donde la participación en una economía implicaba una presencia tangible. Los modelos de negocios de la economía digital pueden implicar un uso intensivo de la infraestructura del país de mercado y una participación significativa en la economía de éste.

Por ello, el factor ventas para atribuir potestad tributaria debería explorarse, en línea con la dirección que está llevando el Modelo ONU respecto de la imposición a los servicios técnicos y digitales bajo los tratados impositivos. Adicionalmente, el Modelo OCDE actual tiene soluciones diferentes para operaciones que son equivalentes desde el punto de vista económico (y comercialmente irrelevantes para las empresas vinculadas).

La eliminación de la doble imposición jurídica no es el propósito principal de los tratados impositivos, ya que en la mayoría de los casos se obtiene el mismo resultado bajo el derecho interno. Adicionalmente, la mayor parte de los países exoneran, no incluyen o permiten el diferimiento indefinido respecto de las rentas activas de sociedades, lo que vuelve a los tratados impositivos mayormente innecesarios desde el punto de vista de la inversión extranjera directa, a excepción de inversiones de empresas, como los bancos, donde a veces se prefiere la forma del establecimiento permanente por cuestiones regulatorias. En efecto, en el caso del crédito fiscal, la vía del tratado impositivo implicará para los contribuyentes quedar gravados a la alícuota de su país de residencia, por lo cual los contribuyentes procurarán evitarla en la medida en que puedan diferir la obligación tributaria fuera del tratado impositivo. Los tratados impositivos pueden eliminar la doble imposición en casos de conflictos respecto de la fuente de la renta, la clasificación de una persona y la caracterización de un impuesto como impuesto a la renta, más allá de que estas no son cuestiones que consideramos muy relevantes. Por otro lado, si bien la eliminación de la doble imposición económica respecto de empresas vinculadas y, en menor medida, la atribución de rentas al establecimiento permanente, o la generalización de los abordajes de la OCDE al respecto, son las cuestiones principales por las cuales consideramos que los tratados impositivos se siguen promocionando, la metodología del precio de mercado y la atribución de rentas al establecimiento permanente se construyen a través de un consenso entre las autoridades fiscales y los contribuyentes alrededor de las guías y abordajes de la OCDE, sin una base en las disposiciones correspondientes de los tratados impositivos.

Como vimos en la subsección 6, el propósito de los tratados impositivos no es evitar la evasión y elusión fiscal internacional, la única disposición que puede evitarlas es la de intercambio de información. Respecto de esta última, el intercambio de información se lleva a cabo, o se puede llevar a cabo, a través de otros instrumentos, principalmente la CMAA, FATCA y las directivas de la Unión Europea, que

en muchos casos pueden tener un alcance más amplio, en especial respecto de los tratados impositivos celebrados hasta el año 2010. La asistencia en el cobro de impuestos también se establece en la CMAA, y muchos países no la incluyen en sus tratados impositivos.

Por otro lado, en la mayoría de los casos los tratados impositivos no eliminan grandes barreras al comercio e inversión internacional. De hecho, hay quienes sostienen que han impuesto mayores barreras, haciendo que los estados adopten normas internas más estrictas de lo necesario para tener una ventaja a la hora de negociarlos. Es incierto, al menos desde el punto de vista de los estudios económicos llevados a cabo a la fecha, que los tratados impositivos vayan a aumentar la inversión extranjera directa. Las maneras en que los tratados impositivos pueden atraer la inversión extranjera, además de la eliminación de la doble imposición que ya se mencionó, es a través de la reducción de los impuestos en el país de la fuente y la seguridad, y otras que consideramos secundarias como la simplicidad, no discriminación, procedimiento de resolución de controversias, en especial en materia de precios de transferencia y atribución de rentas al establecimiento permanente (en la medida en que, como se dijo, estos se construyen a partir de las guías y abordajes de la OCDE), y como una función simbólica. Respecto de la reducción de impuestos, es cuestionable por qué deba hacerse esta reducción en forma bilateral para residentes de un país, o por qué un país deba evaluar sus impuestos a la renta en base a las disposiciones de los tratados impositivos. Por otro lado, los tratados impositivos implican renunciaciones a recaudación impositiva, por lo que el eventual aumento en la inversión extranjera directa debe compensar dicha renuncia. La única ventaja de los tratados frente a los incentivos impositivos de derecho interno es que proveen mayor certeza que las disposiciones de derecho interno porque en general duran más tiempo y son más difíciles de modificar. A nivel de política impositiva internacional, la ventaja de los tratados impositivos es que permite a los países otorgar un tratamiento impositivo más favorable a los no residentes sin tanta visibilidad pública como las disposiciones de derecho interno, sin perjuicio de las restricciones a la compra de tratados introducidas al Modelo OCDE 2017. En lo que hace a los paraísos fiscales de tratados, a partir del Modelo OCDE 2017, aquellos que no puedan adaptarse a los nuevos requisitos de sustancia, por no tener la infraestructura necesaria a efectos de sostener actividades ‘sustanciales’, van a tender a desaparecer.

Consideramos que, en la mayoría de los casos, la justificación principal para que los países en vías de desarrollo celebren tratados es la

competencia por tratados impositivos entre países en vías de desarrollo con características similares, pero, como dijimos, esto no puede interpretarse como un llamado general a celebrar tratados, sino tan solo a analizar la celebración de tratados impositivos con algunos países específicos. La actividad de la OCDE sin duda ha influido en la celebración de tratados impositivos por parte de los países en vías de desarrollo, y bajo el ámbito del Foro Global y el marco inclusivo del Proyecto BEPS, ha ganado un rol de líder mundial en la política impositiva internacional. Adicionalmente, la expectativa de algunos países en vías de desarrollo en volverse parte de esta organización, como lo han hecho Colombia y Costa Rica el año pasado, no solo puede tener consecuencias importantes desde el punto de vista de aceptación de políticas contrarias a los intereses de los países en vías de desarrollo, sino que consideramos que implica una fragmentación regional que va a dificultar aun más cualquier acción colectiva.

Bibliografía

- ALI ABBAS, S. M. y KLEM, A. (2012). *A partial race to the bottom: Corporate tax developments in emerging and developing economies*. IMF working paper. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2012/wp1228.pdf>.
- DENZA, E. (2016). *Diplomatic law. Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations* (4ta ed.). Oxford.
- ALTSHULER, R., SHAY, S. y TODER, E. (2015). *Lessons the United States can learn from other countries' territorial systems for taxing income of multinational corporations*. Urban Institute & Brookings Institution Tax Policy Center. <https://dash.harvard.edu/handle/1/13839265>.
- ARNOLD, B. J. (2003). Threshold requirements for taxing business profits under tax treaties. *Bulletin for International Taxation*, 57(10), 476-492.
- ARNOLD, B. J. y MCINTYRE, M. J. (2002). *International tax primer* (2da. ed.). Kluwer Law International.
- ARNOLD, B. J., SASSEVILLE, J. y ZOLT, E. (2002). Summary of the proceedings of an invitational seminar on tax treaties in the 21st century. *Canadian Tax Journal*, 50(1), 64-92.
- ATIK, J. C. (1981). The Problem of reciprocity in transnational enforcement of tax judgments. *Yale Journal of International Law*, 8(1), 156-170.
- AULT, H. J. (2013). Some reflections on the OECD and the sources of international tax principles. *Tax Notes International*, 70(12), 1195-1201.
- AULT, H. J. y ARNOLD B. J. (2017). Protecting the tax base of developing countries: An overview. En A. Trepelkov, H. Tonino y D. Halka [eds.], *United Nations handbook on selected issues in protecting the tax base of developing countries* (2da. ed., pp. 1-59). ONU.
- AULT, H. J. y SASSEVILLE, J. (2010). Taxation and non-discrimination: A reconsideration. *World Tax Journal*, 22, 101-125.
- AVERY JONES, J. F. (1999). The David R. Tillinghast Lecture: Are tax treaties necessary? *Tax Law Review*, 53(1), 1-38.
- AVERY JONES, J. F. y WARD, D. A. (1993). Agents as permanent establishments under the OECD Model Tax Convention. *European taxation*, 33(5), 154-181.

-
- AVI-YONAH, R. S. (2004). Corporations, society, and the state: A defense of the corporate tax. *Virginia Law Review*, 90(5), 1193-1255.
- (2007a). *International tax as International Law. An analysis of the international tax regime*. Cambridge University Press.
- (2007b). *Tax competition, tax arbitrage, and the international tax regime*. Law & Economics Working Papers. <https://repository.law.umich.edu/articles/1161>.
- (2009). Double tax treaties: An introduction. En K. P. Sauvant y L. E. Sachs [eds.], *The effect of treaties on foreign direct investment: Bilateral investment treaties, double taxation treaties and investment flows* (pp. 99-106). Oxford University Press.
- (2015). A perspective of *supra*-nationality in tax law. En Y. BRAUNER y P. PISTONE, *BRICS and the emergence of international tax coordination* (pp. 33-38). IBFD.
- (2016). Hanging together: A multilateral approach to taxing multinationals. *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review*, 5(2), 137-159.
- AVI-YONAH, R. S. y CLAUSING, A. K. (2007). *Business income (article 7 OECD MC)*. University of Michigan, Law & Economics Working Papers, borrador del 24 de setiembre de 2007. https://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art74/.
- AVI-YONAH, R. S. y HALABI, O. (2012). *Double or nothing: A tax treaty for the 21st Century*. University of Michigan Law & Economics Working Papers, borrador del 14 de noviembre de 2012. https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1176&context=law_econ_current.
- BAISTROCCHI, E. A. (2008). The use and interpretation of tax treaties in the emerging world: Theory and implications. *British Tax Review*, 45, 352-391.
- BAKER, P. (1993). The transnational enforcement of tax liabilities. *British Tax Review*, 5, 313-318.
- (2015, 13 de enero). Diverted Profits Tax conference: Philip BAKER QC. *Centre for Business Taxation*. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=XNntHAjmASA>.
- BAKER, P. y COLLIER, R. S. (2006). General report. En Cahiers de Droit Fiscal International, *The attribution of profits to permanent establishments* (vol. 91b, pp. 21-67). International Fiscal Association.
- BARKER, W. B. (2010). International tax reform should begin at home: Replace the corporate income tax with a territorial expenditure. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 30(3), 647-698.
- BARTHEL, F. y NEUMAYER, E. (2012). Competing for scarce foreign capital: Spatial dependence in the diffusion of double taxation treaties. *International Studies Quarterly*, 56, 645-660.
-

-
- BARTHEL, F. *et al.* (2010). The relationship between double taxation treaties and foreign direct investment. En M. LANG *et al.* [eds.], *Tax treaties: Building bridges between law and economics* (pp. 3-18). IBFD.
- BENSHALOM, I. y STEAD, K. (2011). Realization and progressivity. *Columbia Journal of Tax law*, 3(43), 43-85.
- BERMAN, D. M. y VÉLEZ DELGADO, N. (2012). Limitation on benefits clauses in U.S. income tax treaties. *International Taxation*, 7(5), 500-521.
- BIRD, R. M. (1996). *Why tax corporations?* University of Toronto, International Centre for Tax Studies, WP 96-2. <https://www.ecn.ulaval.ca>.
- BLANLUET, G. y DURAND, J. D. (2011). General report. En Cahiers de Droit Fiscal International, *Key practical issues to eliminate double taxation of business income* (vol. 96b, pp. 17-57). International Fiscal Association.
- BLONINGEN, B. A. y DAVIES, R. B. (2009). Do bilateral tax treaties promote foreign direct investment? En K. P. Sauvant y E. S. Sachs [eds.], *The effect of treaties on foreign direct investment: Bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows* (pp. 461-484). Oxford University Press.
- BRADFORD, D. F. (1986). *Untangling the income tax*. Harvard University Press.
- BRAUN, K. y ZAGLER, M. (2014). An economic perspective on double tax treaties with(in) developing countries. *World Tax Journal*, 6(3), 242-281.
- BRAUNER, Y. (2003). An international tax regime in crystallization. *Tax Law Review*, 56, 259-328.
- (2008). The non-sense tax: A reply to new corporate income tax advocacy. *Michigan State Law Review*, 591, 591-636.
- (2014a). Daniel N. SHAVIRO's Fixing U.S. international taxation. *Jerusalem Review of Legal Studies*, 9(1), 116-124.
- (2014b). What the BEPS. *Florida Tax Review*, 16(2), 55-115.
- BROOKS, K. (2007). Tax treaty treatment of royalty payments from low-income countries: A comparison. *eJournal of Tax Research*, 5(2), Michigan Issue, 168-197.
- BROOKS, K. (2009a). Canada. En G. MAISTO [ed.], *Residence of companies under tax treaties and EC Law* (pp. 407-440). IBFD.
- (2009b). Tax sparing: A needed incentive for foreign investment in low-income countries or an unnecessary revenue sacrifice? *Queen's Law Journal*, 34(2). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434069.
- (2010). Canada's evolving tax treaty policy toward low-income countries. En A. J. Cockfield [ed.], *Globalization and its tax discontents. Tax policy and international investments. Essays in honour of Alex EASSON* (pp. 189-211). University of Toronto Press.
-

-
- (2015). International tax policy: The counter-story presented by the BRICS. En Y. BRAUNER y P. PISTONE, *BRICS and the emergence of international tax coordination* (pp. 447-468). IBFD.
- BROOKS, K. y KREVER, R. (2015). The troubling role of tax treaties. En G. M. M. Michielse y V. THURONYI [eds.], *Tax design issues worldwide* (pp. 159-178). Kluwer Law International.
- (1998). Individual income tax. En V. THURONYI [ed.], *Tax law design and drafting* (vol. 2, pp. 495-563). Fondo Monetario Internacional.
- BUZANICH, H. (2004). A comparison between the U.S. and OECD approaches to hybrid entities. *Tax Notes International*, 36, 71-94.
- CALICH, I. y ROLIM, J. D. (2017). Tax treaty disputes in Brazil. En E. BAISTROCCHI [ed.], *A global analysis of tax treaty disputes* (pp. 858-904). Cambridge University Press.
- CENTRAL BOARD OF DIRECT TAXES (2019). *Advance Pricing Agreement (APA) Programme of India. Annual report (2018-19)*. https://www.incometaxindia.gov.in/Lists/Latest%20News/Attachments/360/FINAL_ANNUAL_REPORT_29_11_19.pdf.
- CHRISTIANS, A. (2005). Tax treaties for investment and aid to Sub-Saharan Africa: A case study. *Brooklyn Law Review*, 71(2), 639-713.
- (2009). Sovereignty, taxation, and social contract. *Minnesota Journal of International Law*, 18(1), 99-153.
- (2010a). Networks, norms, and national tax policy. *Washington University Global Studies Law Review*, 9(1), 1-37.
- CHRISTIANS, A. (2010b). Taxation in a time of crisis: Policy leadership from the OECD to the G20. *Northwestern Journal of Law & Social Policy*, 5(1), 19-40.
- COOPER, G. S. (1994). An optimal or comprehensive income tax? *Federal Law Review*, 22, 414-447.
- COOPER, G. S. y GORDON, R. K. (1998). Taxation of enterprises and their owners. En V. THURONYI [ed.], *Tax law design and drafting* (vol. 2, pp. 811-894). Fondo Monetario Internacional.
- COUSIN, R. (2002). *Corporate residence and international taxation*. IBFD.
- DAGAN, T. (2004). The costs of international tax cooperation. En E. Benvenisti, G. Nolte y D. Barak-Erez, *The welfare state, globalization, and international law* (pp. 49-77). Springer.
- (2013). The tragic choices of tax policy in a globalized economy. En Y. BRAUNER y M. Stewart, *Tax, law and development* (pp. 57-76). Edward Elgar.
- (2015). BRICS – The potential of cooperation. En Y. BRAUNER y P. PISTONE, *BRICS and the emergence of international tax coordination* (pp. 15-32). IBFD.
-

-
- (2018). *International tax policy. Between competition and cooperation*. Cambridge University Press.
- DAURER, V. y KREVER, R. (2014). Choosing between the UN and OECD tax policy models: An African case study. *African Journal of International and Comparative Law*, 22(1), 1-21.
- DE JAEGHER,, C. (2013). International taxation of directors' fees: Article 16 of the OECD Model or how to reconcile disagreement among neighbors. *World Tax Journal*, 5(2), 215-268.
- DE WILDE, M. F. (2015a). 'Sharing the pie'; Taxing multinationals in a global market. Erasmus Universiteit Rotterdam. <https://repub.eur.nl/pub/77496/>.
- (2015b). Tax jurisdiction in a digitalizing economy; Why 'online profits' are so hard to pin down. *Intertax*, 43 (12), 796-803.
- DEBELVA, F. y DIEPVENS, N. (2016). Exchange of information. An analysis of the scope of article 26 OECD Model and its requirements: In search for an efficient but balanced procedure. *Intertax*, 44(4), 298-306.
- DESAL, M. A. y HINES, J. R. (2003). *Economic foundations of international tax rules*. American Tax Policy Institute. http://www.americantaxpolicyinstitute.org/wp-content/uploads/2017/02/economic_foundation_internal.pdf.
- DEVEREUX, M. y DE LA FERIA, R. (2014). *Designing and implementing a destination-based corporate tax*. Oxford University, Centre for Business Taxation, WP 14/07. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3481360.
- DOURADO, A. P. (2015). The role of CFC rules in the BEPS initiative and in the EU. *British Tax Review*, 3, 340-363.
- DURST, M. C. (2010). It's not just academic: The OECD should reevaluate transfer pricing laws. *Tax Notes International*, 18(1), 247-256.
- DURST, M. C. (2012). OECD guidelines: Causes and consequences. En W. SCHÖN y K. A. Conrad [eds.], *Fundamentals of international transfer pricing in law and economics* (pp. 123-136). Springer.
- EASSON, J. E. (1988). The evolution of Canada's tax treaty policy since the Royal Commission on Taxation. *Osgoode Hall Law Journal*, 26(3), 495-536.
- EDEN, L. y KUDRLE, R. T. (2005). Tax havens: Renegade states in the international tax regime? *Law & Policy*, 27(1), 100-127.
- EUROPEAN COMMISSION (2019). *EU Joint Transfer Pricing Forum. Statistics on APAs in the EU at the End of 2018*. https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/apa-and-map-2019-3.pdf.
- FALCÃO, T. y LARA YAFFAR, A. (2020). General report. En *Cahiers de Droit Fiscal International, Exchange of information: Issues, use and collaboration* (vol. 105b, pp. 201-246). International Fiscal Association.
-

-
- FLEMING, J. C. (2012). Searching for the uncertain rationale underlying the US treasury's anti-treaty shopping policy. *Intertax*, 40(4), 245-253.
- FLEMING, J. C., PERONI, R. J. y SHAY, S. E. (2001). Fairness in international taxation: The ability-to-pay case for taxing worldwide income. *Florida Tax Review*, 5(4), 299-354.
- (2008). Some perspectives from the United States on the worldwide taxation vs. territorial taxation debate. *Journal of the Australasian Tax Teachers Association*, 3(2), 35-86.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (2014). *Spillovers in international corporate taxation*. IMF policy paper. <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>.
- FUEST, C. y HUBER, V. (2001). Why is there so little tax coordination? The role of majority voting and international tax evasion. *Regional Science and Urban Economics*, 31, 299-317.
- G7(2021). *G7 Finance Ministers & Central Bank Governors communiqué*. 5 June 2021, London, United Kingdom. <https://www.gov.uk/government/publications/g7-finance-ministers-meeting-june-2021-communiqué/g7-finance-ministers-and-central-bank-governors-communiqué>.
- G8 (2013). 2013. *Lough Erne*. http://www.g7.utoronto.ca/summit/2013lougherne/Lough_Erne_2013_G8_Leaders_Communique.pdf,
- G20 (2009). *London Summit – Leaders' statement*. 2 April 2009. https://www.imf.org/external/np/sec/pr/2009/pdf/g20_040209.pdf.
- GADŽO, S. (2018). The principle of 'nexus' or 'genuine link' as a keystone of international income tax law: A reappraisal. *Intertax*, 46(3), 194-209.
- GANGEMI, B. (1990). General report. En *Cahiers de Droit Fiscal International, International mutual assistance through exchange of information* (vol. 75b, pp. 21-99). International Fiscal Association.
- GENSCHEL, P. y SCHWARZ, P. (2011). Tax competition: a literature review. *Socio-Economic Review*, 9, 339-370.
- GORDON, R. A. (1981). *Tax havens and their use by United States taxpayers - An overview. A report to the Commissioner of Internal Revenue, the Assistant Attorney General (Tax Division) and the Assistant Secretary of the Treasury (Tax Policy)*. <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uc1.31210024820498&view=1up&seq=18>.
- GRAETZ, M. J. (2001). Taxing international income – Inadequate principles, outdated concepts, and unsatisfactory policy. *Tax Law Review*, 54, 261-336.
- (2003). *Foundations of international income taxation*. Foundation Press.
- (2016a). Can a 20th century business income tax regime serve a 21st century economy? En M. J. GRAETZ [ed.], *Follow the money. Essays*
-

-
- on international taxation* (pp. 259-278). Lillian Goldman Law Library (artículo original publicado en el año 2015).
- (2016b). Historical perspective on Subpart F. En M. J. GRAETZ [ed.], *Follow the money. Essays on international taxation* (pp. 61-81). Lillian Goldman Law Library.
- GRAETZ, M. J. y GRINBERG, I. (2016). Taxing international portfolio income. In M. J. GRAETZ [ed.], *Follow the money. Essays on international taxation* (pp. 281-321). Lillian Goldman Law Library, (artículo original publicado en el año 2003).
- GRAETZ, M. J. y O'HEAR, M. M. (1997). The "original intent" of U.S. international taxation. *Duke Law Journal*, 46, 1021-1109.
- GRAETZ, M. J. y SCHENCK, D. H (1995). *Federal income taxation. Principles and policies* (3ra. ed.). The Foundation Press, Inc.
- GRAU RUIZ, M. A. (2000). Mutual assistance for the collection of tax claims. *Intertax*, 28(6-7), 241-249.
- GREEN, R. A. (1993). The future of source-based taxation of the income of multinational enterprises. *Cornell Law Review*, 79(18), 18-86.
- GRINBERG, I. (2012). The battle over taxing offshore accounts. *UCLA Law Review*, 60, 304-383.
- (2020). Formulating the international tax debate: Where does formulary apportionment fit? En R. KREVER y F. Vaillancourt [eds.], *The allocation of multinational business income: Reassessing the formulary apportionment option* (pp. 277-296). Wolters Kluwer.
- GRUBERT, H. y ALTSHULER, R. (2013). Fixing the system: An analysis of alternative proposals for the reform of international tax. *National Tax Journal*, 66(3), pp. 671-712.
- GURRÍA, A. (2016). *Statement from OECD Secretary-General Angel GURRÍA on the "Panama Papers"*. OCDE. <https://www.oecd.org/tax/statement-from-oecd-secretary-general-angel-gurria-on-the-panama-papers.htm>.
- HEARSON, M. (2016a). *Bargaining away the tax base: The North-South politics of tax treaty diffusion*. The London School of Economics and Political Science. <http://etheses.lse.ac.uk/3529/>.
- (2016b). *Measuring tax treaty negotiation outcomes: The ActionAid tax treaties dataset*. International Centre for Tax and Development, working paper 47. <https://www.ictd.ac/publication/measuring-tax-treaty-negotiation-outcomes-the-actionaid-tax-treaties-dataset/>.
- (2017). *What makes countries negotiate away their corporate tax base?* WIDER, working paper 2017/122. <https://www.wider.unu.edu/publication/what-makes-countries-negotiate-away-their-corporate-tax-base>.
-

-
- (2018). *The European Union's tax treaties with developing countries. Leading by example?* GUE/NGL. <https://www.guengl.eu/issues/publications/the-eus-tax-treaties-with-developing-countries-leading-by-example/>.
- HELLERSTEIN, W. (2005). International income allocation in the twenty-first century: The case for formulary apportionment. *International Tax Planning Journal*, 12, 103-111.
- HELLERSTEIN, W., KOFLER, W. K. y MASON, R. (2008). Constitutional restraints on corporate tax integration. *Tax Law Review*, 62, 1-66.
- HINES, J. R. (2014). How serious is the problem of base erosion and profit shifting? *Canadian Tax Journal*, 62(2), 443-453.
- HJI PANAYI, C. (2015). Current trends on automatic exchange of information. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2692057.
- HOLMES, K. (2001). *The concept of income. A multi-disciplinary analysis*. IBFD.
- INDEPENDENT COMMISSION FOR AID IMPACT (2016). *UK aid's contribution to tackling tax avoidance and evasion. A learning review*. Reino Unido. <https://icai.independent.gov.uk/wp-content/uploads/ICAI-Review-UK-aids-contribution-to-tackling-tax-avoidance-and-evasion.pdf>
- ISMER, R. y JESCHECK, C. (2017). The substantive scope of tax treaties in a post-BEPS world: Article 2 OECD MC (taxes covered) and the rise of new taxes. *Intertax*, 45(5), 382-390.
- IRISH, C. R. (1974). International double taxation agreements and income taxation at source. *The International and Comparative Law Quarterly*, 23(2), 292-316.
- JIMÉNEZ, A. M. (2017). Preventing avoidance of permanent establishment status. En A. Trepelkov, H. Tonino y D. Halka [eds.], *United Nations handbook on selected issues in protecting the tax base of developing countries* (2da. ed., pp. 365-477). ONU.
- JOHNSON, A. R., NIRENSTEIN, L. y WELLS, S. E. (1980). Reciprocal enforcement of tax claims under tax treaties. *The Tax Lawyer*, 33(2), 469-487.
- KANE, M. A. (2015). A defense of source rules in international taxation. *Yale Journal on Regulation*, 32(2), 311-361.
- KAUFMAN, N. H. (2001). Equity considerations in international taxation. *Brooklyn Journal of International Law*, 26(4), 1465-1470.
- KEEN, M. (2001). Preferential regimes can make tax competition less harmful. *National Tax Journal*, 54(4), 757-762.
- KEMMEREN, E. (2006). Source of income in globalizing economies: Overview of the issues and a plea for an origin-based approach. *Bulletin for International Taxation*, 11, 430-452.
- KLEINBARD, E. D. (2007). Throw territorial taxation from the train. *Tax Notes*, 114(5), 547-564.
-

-
- KUDRLE, R. T. (2003). *The campaign against tax havens: Will it last? Will it work?* https://www.researchgate.net/publication/228970442_Campaign_against_Tax_Havens_Will_It_Last-Will_It_Work_The.
- (2008). The OECD's harmful tax competition initiative and the tax havens: From bombshell to damp squib. *Global Economy Journal*, 8(1), 1-23.
- 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*. Kluwer Law International.
- (2005). "Taxes covered" – What is a "tax" according to article 2 of the OECD Model? *Bulletin for International Taxation*, 59(6), 216-223.
- (2014). BEPS Action 6: Introducing an antiabuse rule in tax treaties. *Tax Notes International*, 74(7), 655-664.
- LANG, M. y OWENS, J. (2014). *The Role of tax treaties in facilitating development and protecting the tax base*. WU International Taxation Research Paper Series. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2398438.
- LANGBEIN, S. (1991). *A modified fractional apportionment proposal for tax transfer pricing*. Michigan Ross School of Business, WP 1990-17. <https://www.bus.umich.edu/otpr/papers/1990-17.PDF>.
- LEBOWITZ, B. E. (1999). Transfer pricing and the end of international taxation. *Tax Notes International*, 19(13), 1201-09.
- LI, Y. (2010). Improving inter-nation equity through territorial taxation and tax sparing. En A. J. Cockfield [ed.], *Globalization and its tax discontents. Tax policy and international investments. Essays in honour of Alex EASSON* (pp. 117-137). University of Toronto Press.
- MAISTO, G. (2003). The history of article 8 of the OECD model treaty on taxation of shipping and air transport. *Intertax*, 31(6/7), 232-247.
- (2010). Credit versus exemption under domestic tax law and treaties. En M. LANG *et al.* [eds.], *Tax treaties: Building bridges between law and economics* (pp. 319-361). IBFD.
- MAISTO, G. y MALHERBE, J. (2013). General report. En G. MAISTO [ed.], *Taxation of companies on capital gains on shares under domestic law, EU Law and tax treaties* (pp. 1-31). IBFD.
- MALLANICK, B. (2006). The revenue rule: A common law doctrine for the twenty-first century. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 16, 79-124.
- MILL, J. S. (2004). *Principles of political economy with some of their applications to social philosophy. Abridged.* (Nathanson, S., Ed.). Hackett Publishing Company, Inc., (libro original publicado en el año 1848).
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2015). *Comunicado aclaratorio sobre aplicación de intercambio de información automática*. Panamá. <https://>
-

mire.gob.pa/comunicado-aclaratorio-sobre-aplicacion-de-intercambio-de-informacion-automatica/.

- MINTZ, J. (1998). *The role of allocation in a globalized corporate income tax*. Fondo Monetario Internacional, WP/98/134. <https://www.imf.org>.
- MUSGRAVE, P. B. (2001). Sovereignty, entitlement, and cooperation in international taxation. *Brooklyn Journal of International Law*, 26(4), 1335-1356.
- MUSGRAVE, R. A. (1967). In defense of an income concept. *Harvard Law Review*, 81(1), 44-62.
- NORR, M. (1982). *The taxation of corporations and shareholders*. Springer Science+Business Media.
- OBERSON, X. (2013). General report. En *Cahiers de Droit Fiscal International, Exchange of information and cross-border cooperation between tax authorities* (vol. 105b, pp. 17-57). International Fiscal Association.
- (2015). *International exchange of information in tax matters. Towards global transparency*. Edward Elgar.
- OCDE (1984). *Tax havens*. WP8/SG/84.7. <https://www.taxtreaties.history.org/>.
- (1988). *International tax avoidance and evasion. Four related studies*. OCDE.
- (1998a). *Harmful tax competition. An emerging global issue*. OCDE.
- (1998b). *Tax sparing. A reconsideration*. OCDE.
- (1999). *The application of the OECD Model Tax Convention to partnerships*. OCDE.
- (2000a). *Improving access to bank information for tax purposes*. OCDE.
- (2000b). *Towards global tax co-operation. Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and recommendations by the Committee on Fiscal Affairs. Progress in identifying and eliminating harmful tax practices*. OCDE.
- (2006). Automatic (or routine) exchange of information. En OCDE, *Manual on information exchange*. <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/cfaapprovesnewmanualoninformationexchange.htm>.
- (2009). *A progress report on the jurisdictions surveyed by the OECD Global Forum in implementing internationally agreed tax standards. Progress made as of 2nd April 2009*. OCDE. <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/42497950.pdf>.
- (2010). *Sixth meeting of the OECD Forum on Tax Administration. Istanbul, 15-16 September 2010. Joint audit report*. OCDE. <http://www.oecd.org/tax/administration/45988932.pdf>.
- (2011). *Proposed changes to the OECD Model Tax Convention dealing with the operation of ships and aircraft in international traffic*. OCDE. ht-
-

[tps://www.oecd.org/tax/treaties/Discussion-draft-international-taffic.pdf](https://www.oecd.org/tax/treaties/Discussion-draft-international-taffic.pdf).

- (2013a). Action plan on base erosion and profit shifting. OCDE.
- (2013b). *Addressing base erosion and profit shifting*. OCDE.
- (2014). Double taxation conventions and the use of base companies. En OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital. Full version* (pp. 1419-1452). OECD Publishing, (Informe original publicado en el año 1986).
- (2015a) *OECD/G20 base erosion and profit shifting project. Addressing the tax challenges of the digital economy. Action 1 - 2015 final report*. OCDE. <https://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>.
- (2015b). *OECD/G20 base erosion and profit shifting project. Aligning transfer pricing outcomes with value creation. Actions 8-10: 2015 final reports*. OCDE. <https://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>.
- (2015c). *OECD/G20 base erosion and profit shifting project. Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance. Action 5: 2015 final report*. OCDE. <https://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>.
- (2015d). *OECD/G20 base erosion and profit shifting project. Designing effective controlled foreign company rules. Action 3: 2015 final report*. OCDE. <https://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>.
- (2015e). *OECD/G20 base erosion and profit shifting project. Making dispute resolution mechanisms more effective. Action 14 - 2015 final report*. OCDE. <https://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>.
- (2015f). *OECD/G20 base erosion and profit shifting project. Preventing the artificial avoidance of permanent establishment status. Action 7: 2015 final report*. OCDE. <https://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>.
- (2015g). *OECD/G20 base erosion and profit shifting project. Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances. Action 6: 2015 final report*. OCDE. <https://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>.
- (2015h). *OECD/G20 base erosion and profit shifting project. Transfer pricing documentation and country-by-country reporting. Action 13: 2015 final report*. OCDE. <https://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>.
- (2017). *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*. OCDE.
- (2020a). *OECD/G20 base erosion and profit shifting project. Tax challenges arising from digitalisation – Report on pillar one blueprint. Inclusive framework on BEPS*. OCDE. <https://www.oecd-ilibrary.org>.
-

-
- (2020b). *OECD/G20 base erosion and profit shifting project. Tax challenges arising from digitalisation – Report on pillar two blueprint. Inclusive framework on BEPS*. OCDE. <https://www.oecd-ilibrary.org>.
- (2021a). *Activated exchange relationships for Country-by-Country reporting*. <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/country-by-country-exchange-relationships.htm>.
- (2021b). *Jurisdictions participating in the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters. Status – 15 June 2021*. https://www.oecd.org/tax/exchange-of-taxinformation/Status_of_convention.pdf.
- OGUTTU, A. W. (2014). A critique on the effectiveness of “exchange of information on tax matters” in preventing tax avoidance and evasion: A South African perspective. *Bulletin for International Taxation*, 68(1), 2-25.
- ORLOV, M. (2004). The concept of tax haven: A legal analysis. *Intertax*, 32(2), 95-111.
- OWENS, J. (2012). The David H. Tillinghast Lecture. Tax competition: To welcome or not? *Tax Law Review*, 65, 101-126.
- PALAN, R., MURPHY, R. y CHAVAGNEUX, C. (2010). *Tax havens. How globalization really works*. Cornell University Press.
- PICCIOTTO, S. (2013). Is the international tax system fit for purpose, especially for developing countries? ICTD Working Paper 13. <https://www.ictd.ac/publication/is-the-international-tax-system-fit-for-purpose-especially-for-developing-countries/>.
- PICKERING, A. (2014). Why negotiate tax treaties? En A. Trepelkov, H. Tonino y D. Halka [eds.], *Papers on selected topics in negotiation of tax treaties for developing countries* (pp. 1-27). ONU.
- PÍRVU, D. (2012). *Corporate income tax harmonization in the European Union*. Palgrave Macmillan.
- PISTONE, P. (2010). Tax treaties with developing countries. A plea for new allocation rules and a combined legal and economic approach. En M. LANG *et al.* [eds.], *Tax treaties: Building bridges between law and economics* (pp. 413-439). IBFD.
- PLUMPER, T. y TROEGER, V. E. (2009). Why is there no race to the bottom in capital taxation? *International Studies Quarterly*, 53, 761-786.
- PÖTGENS, F. y BOSMAN, A. (2008). Discussion of Alexander Rust’s paper on article 21 OECD Model Convention. En M. LANG, P. PISTONE, J. Schuch y C. Staringer [eds.], *Source versus residence: Problems arising from the allocation of taxing rights in tax treaty law and possible alternatives* (pp. 347-355). Kluwer Law International.
- REIMER, E. (2011). Permanent establishments in the OECD Model Tax Convention. En E. REIMER, N. Urban y S. Schmid [eds.], *Permanent*
-

- establishments: A domestic taxation, bilateral tax treaty and OECD perspective (pp. 3-103). Kluwer Law International.
- REINHOLD, R. L. (2004). Some things that multilateral tax treaties might usefully do. *The Tax Lawyer*, 57(3), 661-708.
- RING, D. M. (2002). One nation among many: Policy implications of cross-border tax arbitrage. *Boston College Law Review*, 44(1), 79-175.
- (2016). Transparency, disclosure and developing countries. *Brigham Young University Law Review*, 6, 1767-1835.
- ROBERTS, S. (1993). The agency element of permanent establishment: The OECD commentaries from the civil law view (part one). *Intertax*, 21(9), 396-420.
- ROCHA, S. A. (2017). The other side of BEPS: “Imperial taxation” and “international tax imperialism”. En S. A. ROCHA y A. CHRISTIANS [eds.], *Tax sovereignty in the BEPS era* (pp. 179-200). Kluwer Law International.
- ROIN, J. (1995). Rethinking tax treaties in a strategic world with disparate tax systems. *Virginia Law Review*, 81(7), 1753-1799.
- (2008). Tax treaties and tax competition. Columbia Law School Tax Policy Colloquium. <https://web-stage.law.columbia.edu>.
- ROSENBLOOM, H. D. (1983). Tax treaty abuse: Policy and issues. *Law & Policy in International Business*, 15(763), 763-831.
- (1994). Derivative benefits: Emerging US treaty policy. *Intertax*, 22(2), 83-86.
- (2000). The David R. Tillinghast Lecture. International tax arbitrage and the “international tax system”. *Tax Law Review*, 53, 137-166.
- (2004). Banes of an income tax: Legal fictions, elections, hypothetical determinations, related party debt. *The Sydney Law Review*, 26, 17-35.
- (2009). Policy forum: Where’s the pony? Reflections on the making of international tax policy. *Canadian Tax Journal*, 57(3), 489-502.
- (2011). *International tax policy. A current view from the United States*. The University of Melbourne. <https://law.unimelb.edu.au>.
- ROSENBLOOM, H. D. y BROTHERS, J. P. (2015). Reflections on the intersection of U.S. tax treaty policy, U.S. tax reform, and BEPS. *Tax Notes International*, 78, 759-769.
- ROSENBLOOM, H. D. y LANGBEIN, S. (1981). United States tax treaty policy: An overview. *Columbia Journal of Transnational Law*, 19, 359-406.
- SAINT-AMANS, P. (2015, 13 de octubre). 20th Annual David R. Tillinghast Lecture on International Taxation. *NYU School of Law*. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=K8V_6j1gx-k.

-
- (2016). *Global tax and transparency: We have the tools, now we must make them work*. OCDE. <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/news/global-tax-transparency-we-have-the-tools.htm>.
- SASSEVILLE, J. (2002). The Role of Tax Treaties in the 21st Century. En B. J. ARNOLD, J. SASSEVILLE y E. ZOLT [eds.], *Summary of the Proceedings of an invitational seminar on tax treaties in the 21st century* (pp. 93-107). *Canadian Tax Journal*, 50(1), pp. 65-144.
- SCHINDEL, A. y ATCHABAHIAN, A. (2005). General report. En *Cahiers de Droit Fiscal International, Source and residence: A new configuration of their principles* (vol. 90a, pp. 21-99). International Fiscal Association.
- SCHOUERI, L. E. (2013). Tax sparing: a reconsideration of the reconsideration. En Y. BRAUNER y M. Stuart [eds.], *Tax, law and development* (pp. 106-124). Edward Elgar.
- SCHÖN, W. (2003). General report. En W. SCHÖN (ed.), *Tax competition in Europe* (pp. 1-39). IBFD.
- (2009). International tax coordination for a second-best world (Part I). *World Tax Journal*, IFA Congress issue, 67-114.
- (2010). International tax coordination for a second-best world (Part II). *World Tax Journal*, 2(1), 65-94.
- SCHWARZ. (2014). Tax treaty interpretation after *Ben Nevis (Holdings) Ltd v. Her Majesty's Revenue and Customs* (2013). *Bulletin for International Taxation*, 68(1), 20-25.
- SHAVIRO, D. N. (2011). The David R. Tillinghast Lecture. The rising tax-electivity of U.S. corporate residence. *Tax Law Review*, 64, 377-430.
- (2014a). Evaluating the case for 1986-style corporate tax reform. *Tax Notes*, 145, 1267-1278.
- (2014b). *Fixing U.S. international taxation*. Oxford University Press.
- (2014c). Response to comments on *Fixing U.S. international taxation*. *Jerusalem Review of Legal Studies*, 9(1), 1-11.
- (2015). *The crossroads versus the seesaw: Getting a 'fix' on recent international tax policy developments*. NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 15-20. <https://ssrn.com/abstract=2605144>.
- (2018). The new non-territorial U.S. international tax system. Part 1. *Tax Notes*, 160(1), 57-72.
- SHAY, S. E., FLEMING, J. C. y PERONI, J. P. (2002). The David R. Tillinghast Lecture. "What's source got to do with it?" Source rules and U.S. international taxation. *Tax Law Review*, 56, 81-155.
- SOCIEDAD DE NACIONES (1923). *Report on Double Taxation*. E.F.S.73.F.19. <https://adc.library.usyd.edu.au>.
- (1928). *Double taxation and tax evasion*. C.562.M.178.1928.II. <https://www.taxtreatieshistory.org>.
-

-
- (1946). *London and Mexico Model Tax Conventions commentary and text*. C.88.M.88.1946.II.A. <https://www.taxtreatieshistory.org>.
- STATE TAXATION ADMINISTRATION (2019). *2019 China advance pricing arrangement annual report*. China. <http://www.chinatax.gov.cn/chinatax/n810214/n810606/c5157990/5157990/files/2c57f30f874b404186444d529ad62f61.pdf>
- STRENG, W. P. (2006). U.S. tax treaties: Trends, issues, & policies in 2006 and beyond. *SMU Law Review*, 59(2), 853-878.
- TANZI, V. (2005). *Globalization, tax system, and the architecture of the global economic system*. <https://publications.iadb.org/en/publication/globalization-tax-system-and-architecture-global-economic-system>.
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE (1991). *Federal income tax project. International aspects of United States income taxation II. Proposals on United States income tax treaties*. The American Law Institute.
- THROOP SMITH, D. (1959). The functions of tax treaties. *National Tax Journal*, 12(4), 317-327.
- THURONYI, V. (2001). International tax cooperation and a multilateral treaty. *Brooklyn Journal of International Law*, 26(4), 1641-1681.
- (2010). Tax treaties and developing countries. En M. LANG *et al.* [eds.], *Tax treaties: Building bridges between law and economics* (pp. 441-455). IBFD.
- TOMAZELA SANTOS, R. (2016). The United Kingdom's diverted profits tax and tax treaties: An evaluation. *Bulletin for International Taxation*, 70(7), 399-405.
- U.S. DEPARTMENT OF TREASURY (2001). *Statement of Paul H. O'Neill before the Senate Committee on Governmental Affairs, Permanent Subcommittee on Investigations, OECD harmful tax practices initiative*. treasury.gov/press-center/press-releases/pages/po486.aspx.
- VALDÉS COSTA, R. (1978). *Estudios de derecho tributario internacional*. Rosgal.
- VAN FOSSEN, A. (2015). Law and political economy in Vanuatu's tax haven. *Journal de droit comparé du Pacifique*, 18, 157-178.
- VAN RAAD, K. (1992). Triangular cases: The 1992 OECD Model Treaty. *European Taxation*, 33(9), 298-301.
- (2002). Five fundamental rules in applying tax treaties. En L. Hinnekens [ed.], *Liber amicorum Luc Hinnekens* (pp. 587-597). Bruylant.
- VAN WEEGHEL, S. 2010. General report. En *Cahiers de Droit Fiscal International, Tax treaties and tax avoidance: Application of anti-avoidance provisions* (vol. 95a, pp. 17-55). International Fiscal Association.
- VANN, R. (1998). International aspects of income tax. En V. THURONYI [ed.], *Tax law design and drafting* (pp. 718-810). Fondo Monetario Internacional.
-

-
- (2003). Reflections on business profits and the arm's-length principle. En B. J. ARNOLD, J. SASSEVILLE y E. M. ZOLT [eds.], *The taxation of business profits under tax treaties* (pp. 133-169). Canadian Tax Foundation.
- (2006a). Problems in international division of the business income tax base. https://ccl.yale.edu/sites/default/files/files/VANN_Paper.pdf.
- (2006b). Tax treaties: The secret agent's secrets. *British Tax Review*, 3, 345-382.
- (2009). "Liable to tax" and company residence under tax treaties. En G. MAISTO [ed.], *Residence of companies under tax treaties and EC Law* (pp. 197-271). IBFD.
- (2010). *A model tax treaty for the Asian-Pacific region?* Sydney Law School, legal studies research paper 10/122. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1705765.
- (2013). Transfer of shares and anti-abuse under the OECD Model Tax Convention. En G. MAISTO [ed.], *Taxation of companies on capital gains on shares under domestic law, EU Law and tax treaties* (pp. 219-245). IBFD.
- (2014a). *Current trends in balancing residence and source taxation*. Sydney Law School, legal studies research paper 14/107. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538269.
- (2014b, 17 de octubre). Emerging issues in international taxation: Part I. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=UVsuZbiTGfw>.
- VIANA, H. B. (2014). El impuesto a las sucursales. *Revista Tributaria*, 242, 841-873.
- (2017). El modelo OCDE y su comentario en la acción 6 del proyecto BEPS. *Revista Tributaria*, 260, 755-812.
- VLECK, W. B. (2006). *Small states and the challenge of sovereignty: Commonwealth Caribbean offshore financial centers and tax competition*. University of London. <http://etheses.lse.ac.uk/869/>.
- VOGEL, K. (1997). *Klaus Vogel on double taxation conventions* (3ra. ed.). Kluwer Law International.
- (2005). "State of residence" may as well be "state of source" - there is no contradiction. *Bulletin for International Taxation*, 59(10), 420-423.
- WARD, D. A. *et al.* (1996). A resident of a contracting state for tax treaty purposes: A case comment on Crown Forest Industries. *Canadian Tax Journal*, 44(2), 408-424.
- WATTEL, P. J. y MARRES, O. C. R. (2003). Characterization of fictitious income under OECD-patterned tax treaties. *European Taxation*, 43(3), 66-79.
- WHEELER, J. C. (2012). *The missing keystone of income tax treaties*. IBFD.
-

- ZOLT, E. M. (2017). Tax incentives in developing countries: Maximizing the benefits and minimizing the costs. En A. Trepelkov, H. Tonino y D. Halka [eds.], *United Nations handbook on selected issues in protecting the tax base of developing countries* (2da. Ed.) (pp. 523-569). ONU.
- (2018). *Tax treaties and developing countries*. UCLA School of Law, Law & Economics Research Paper Series, research paper 18-10. <https://ssrn.com/abstract=3248010>.
- ZOROMÉ, A. (2007). *Concept of offshore financial centers: In search of an operational definition*. IMF working paper. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2007/wp0787.pdf>.