

NACIONES UNIDAS
MODELO DE CONVENIO
SOBRE DOBLE IMPOSICIÓN
ENTRE PAÍSES DESARROLLADOS
Y PAÍSES EN DESARROLLO
2021



Naciones Unidas

Departamento de Asuntos Económicos y Sociales

NACIONES UNIDAS
MODELO DE CONVENIO
SOBRE DOBLE IMPOSICIÓN
ENTRE PAÍSES DESARROLLADOS
Y PAÍSES EN DESARROLLO
2021



Naciones Unidas
Nueva York, 2021

Copyright © Septiembre 2021
Naciones Unidas

Todos los derechos reservados

eISBN: 9789210001045

Para mayor información, comuníquese con:

Naciones Unidas
Departamento de Asuntos Económicos y Sociales
Oficina de Financiación para el Desarrollo
Sostenible
Secretaría de las Naciones Unidas
Two UN Plaza, Room DC2-2170
New York, N.Y. 10017, USA
Tel: (1-212) 963-7633 • Fax: (1-212) 963-0443
E-mail: ffdoffice@un.org

INTRODUCCIÓN

A. ORIGEN DEL MODELO DE CONVENIO TRIBUTARIO DE LAS NACIONES UNIDAS

1. El Modelo de Convenio de las Naciones Unidas sobre Doble Imposición entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo (Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas), forma parte de los continuos esfuerzos internacionales que tienen como propósito eliminar la doble imposición. Estos esfuerzos fueron iniciados por la Liga de Naciones y continuados en la Organización Europea para la Cooperación Económica (OEEC) (conocida actualmente como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)) y en foros regionales, así como en las Naciones Unidas, y han encontrado, en general, expresión concreta en una serie de modelos o proyectos de modelos de convenios tributarios bilaterales.

2. Estos modelos, particularmente el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas y el *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Capital* de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE), han tenido una profunda influencia en la práctica de tratados internacionales, y tienen disposiciones comunes significativas. Las similitudes entre estos dos modelos líderes reflejan la importancia de lograr consistencia cuando sea posible. Por otra parte, las áreas importantes de divergencia ejemplifican y permiten centrar la atención en algunas diferencias clave en los enfoques y en el énfasis, como se ejemplifica en la práctica de los países. Tales diferencias se relacionan, en particular, con la cuestión sobre qué tan lejos un país u otro deberían renunciar, bajo un tratado tributario bilateral, a los derechos tributarios a los que tendrían derecho al amparo de la legislación interna, con miras a evitar la doble imposición e incentivar la inversión.

3. Bajo un tratado tributario, el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas favorece generalmente una mayor preservación de los derechos de gravamen del llamado “país fuente” –los derechos de gravamen del país sede de la inversión-, en comparación con aquellos del “país de residencia” del inversionista. Esto ha sido considerado por un largo tiempo como un tema de especial importancia para países en

desarrollo, aunque es una postura que algunos países desarrollados también buscan en sus tratados bilaterales.

4. El deseo de promover mayores flujos de inversión extranjera en países en desarrollo, en condiciones políticamente aceptables, así como económica y socialmente benéficas, ha sido frecuentemente afirmado en resoluciones de la Asamblea General y del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y de la Conferencia sobre Comercio y Desarrollo de las Naciones Unidas. El Consenso de Monterrey sobre Financiamiento para el Desarrollo de 2002 ¹ y la Declaración de Doha sobre Financiamiento y Desarrollo que le dio seguimiento en 2008 ², reconocen conjuntamente la importancia especial de la cooperación tributaria internacional, al fomentar la inversión para el desarrollo y maximizar la movilización de los recursos locales, incluyendo el combate a la evasión fiscal. También reconocen la importancia de apoyar esfuerzos nacionales en estas áreas, al fortalecer la asistencia técnica (en la cual este Modelo juega una parte vital) e incrementar la cooperación y participación internacional para abordar asuntos tributarios internacionales (de los cuales el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas es fruto).

5. El crecimiento de los flujos de inversión entre países depende en gran medida del entorno de inversión prevaleciente. La prevención o eliminación de la doble imposición internacional respecto a la misma renta, cuyos efectos son dañinos para el intercambio de bienes y servicios y el movimiento de capital y de personas, constituye un componente significativo de dicho entorno.

6. De manera más amplia, los objetivos generales de tratados tributarios bilaterales, incluyen por lo tanto, protección a los contribuyentes contra la doble imposición, con miras a mejorar el flujo del comercio internacional, la inversión y la transferencia de tecnología. También tienen en la mira la prevención de ciertos tipos de discriminación entre inversores extranjeros y contribuyentes internos, y la provisión de un elemento razonable de certeza legal y tributaria como marco dentro del cual tales operaciones internacionales puedan ser llevadas a cabo con confianza. Con este antecedente, los tratados

1 Naciones Unidas 2002, A/CONF.198/11.

2 Naciones Unidas 2008, A/CONF.212/L.1/Rev.1.

tributarios deben contribuir al fomento de los objetivos de desarrollo de los países en desarrollo. Adicionalmente, los tratados buscan mejorar la cooperación entre las autoridades tributarias en el ejercicio de sus funciones, incluyendo el intercambio de información (con miras a prevenir y combatir la elusión o la evasión de impuestos) y la asistencia en la recaudación de impuestos.

7. Finalmente, ha quedado claro que, como resultado de la atención internacional en la erosión de la base y el traslado de beneficios o utilidades, que los tratados no tienen la finalidad de facilitar la triangulación de beneficios (*treaty shopping*) ni otros abusos a los tratados.

8. El deseo de alentar la celebración de tratados tributarios bilaterales entre países desarrollados y países en desarrollo fue reconocido por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) en su resolución 1273 (XLIII), adoptada el 4 de agosto de 1967. Esto llevó al Secretario General a establecer en 1968 el Grupo Ad Hoc de Expertos en Tratados Tributarios entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo. El Grupo estuvo integrado por funcionarios y expertos tributarios tanto de países desarrollados como en desarrollo, designados en su capacidad personal.

9. En 1980, las Naciones Unidas publicaron, como resultado de las deliberaciones del Grupo Ad Hoc de Expertos, el *Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo*, el cual fue precedido en 1979 por el *Manual de Negociación de Tratados Tributarios Bilaterales entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo* (el Manual). Mediante su resolución 1980/13 del 28 de abril de 1980, el Consejo Económico y Social cambió el nombre del Grupo de Expertos a “Grupo Ad Hoc de Expertos en la Cooperación Internacional para Asuntos Tributarios” (Grupo Ad Hoc de Expertos), reconociendo la importancia de la cooperación internacional tributaria para los temas no relacionados con tratados tributarios.

10. En la década de 1990, el Grupo Ad Hoc de Expertos reconoció que se habían producido cambios significativos en el entorno económico, financiero y tributario internacional. Adicionalmente, aumentaba la atención sobre los impactos tributarios de nuevos instrumentos financieros, precios de transferencia, el crecimiento de paraísos fiscales y la globalización, que afectaban las relaciones

económicas internacionales. Las cada vez más frecuentes actualizaciones al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE contribuyeron a la necesidad de una continua revisión al proceso y mayor reflexión en los temas de cooperación tributaria internacional. Por lo tanto, el Grupo Ad Hoc de Expertos procedió a la revisión y actualización del Modelo de Convenio y del Manual. Esto llevó a una nueva versión del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (revisado en 1999 y publicado en 2001³) y a una nueva versión del Manual (publicado de manera electrónica en 2003).

11. En 2005 el Grupo Ad Hoc de Expertos fue promovido mediante conversión a una estructura de Comité, forma en la que permanece actualmente. Los 25 miembros del Comité de Expertos en Cooperación Internacional en Asuntos Tributarios son nominados por los países y elegidos por el Secretario General de las Naciones Unidas para actuar en su capacidad personal por un periodo de 4 años. El Comité le reporta directamente al ECOSOC.

12. En el momento de finalizar esta versión actualizada del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, los miembros del Comité nominados en 2017 eran:⁴

Eric Nii Yarboi Mensah (Ghana) Copresidente del Comité;
Carmel Peters (Nueva Zelanda) Copresidente del Comité;
William Babatunde Fowler (Nigeria) Primer Vicepresidente,
Rajat Bansal (India) Segundo Vicepresidente; Natalia
Aristazabal Mora (Colombia) Tercer Vicepresidente; Cezary
Krysiak (Polonia) Cuarto Vicepresidente; Moussa Arreh
Abdoul-Fatah (Djibouti); Margaret Moonga Chikuba
(Zambia); Mitsuhiro Honda (Japón); Dang Ngoc Minh
(Vietnam); Patricia Mongkhonvanit (Tailandia); Marlene
Nembhard-Parker (Jamaica); George Omondi Obell (Kenya);
Carlos Protto (Argentina); Jorge Antonio Deher Rachid (Brasil);
Aart Roelofsen (Países Bajos); Christoph Schelling (Suiza);

3 Naciones Unidas 2001. E.01. XVI.2.

4 Los países que nominaron a los miembros se enlistan únicamente para efectos informativos, ya que, como se menciona arriba, los Miembros del Comité actúan en capacidad personal, y no como representantes de dichos países.

Alexander Smirnov (Rusia); Stephanie Smith (Canadá); Alfrieda Steward Tamba (Liberia); Titia Stolte-Detring (Alemania); José Troya (Ecuador); Ingela Willfors (Suecia); Yan Xiong (China) y Sing Yuan Yong (Singapur).

B. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL MODELO DE CONVENIO TRIBUTARIO DE LAS NACIONES UNIDAS

13. El Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas representa un compromiso entre el principio de fuente y el principio de residencia, aunque, como se señala arriba, da mayor peso al principio de fuente que el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas no tiene el propósito de ser normativo, sino que busca dar a los responsables de la toma de decisiones la información necesaria para entender las consecuencias de diferentes enfoques, para la situación específica de sus países. Las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario no son ejecutables por sí mismas. Sus disposiciones no son vinculantes y no deben interpretarse como recomendaciones formales de las Naciones Unidas. Más bien, el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas tiene el propósito de facilitar la negociación, interpretación y aplicación práctica de los tratados tributarios bilaterales basados en sus disposiciones.

14. El Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas busca ser balanceado en su forma de abordar los temas. Como corolario al principio de tributación en la fuente, los Artículos del Modelo se basan en que el país fuente reconozca que (a) la aplicación de impuestos a las rentas derivadas de capital extranjero deben considerar los gastos asignados a las ganancias, de tal forma que esas rentas se sometan a imposición de forma neta, (b) la aplicación de impuestos no debe ser tan alta como para desincentivar la inversión, y (c) el reparto de las rentas con el país del que proviene el capital debe ser apropiado. Adicionalmente, el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas personifica la idea de que sería apropiado para el país de residencia adoptar medidas que aminoren el impacto de la doble imposición, ya sea a través de un crédito o una exención tributaria internacional, como es también el caso del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

15. Sobre la base del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, un país debe considerar la importante relación entre

los tratados y la legislación interna, cuya naturaleza puede variar entre países. En general, las disposiciones de los tratados tributarios prevalecen sobre las disposiciones de la legislación interna en caso de conflicto entre ambas provisiones. Más específicamente, los tratados tributarios establecen cuál será el Estado Contratante que tenga jurisdicción para gravar una categoría dada de rentas o capital, y las condiciones y limitaciones bajo las cuales lo puede hacer. Para ese fin, tanto el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas como el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE identifican varias categorías de rentas y precisan en cuál de los Estados Contratantes esa renta “será sometida a imposición únicamente” o “podrá someterse a imposición”. Al respecto, es importante precisar, como lo hace el párrafo 25.1 de la Introducción de la versión de 2017 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, que:

a lo largo del Convenio, las palabras “podrá someterse a imposición en” un Estado Contratante significan que ese Estado tiene el derecho de gravar la renta a la que aplique la disposición correspondiente y que esas palabras no afectan el derecho de gravamen del otro Estado Contratante, excepto a través de la aplicación del Artículo 23A o 23B cuando el otro Estado es el Estado de residencia.

16. Los países que deseen entablar negociaciones de tratados tributarios bilaterales deberían analizar cuidadosamente las disposiciones aplicables de sus leyes tributarias internas, con el objeto de evaluar las implicaciones de aplicar el tratado. También deberían discutir las leyes internas aplicables de sus potenciales socios, como parte de su preparación para el tratado y la negociación del mismo.

17. Las leyes tributarias internas, por su parte, ejercen influencia sustancial sobre el contenido de los tratados tributarios bilaterales. Éstas son una razón importante de las muchas diferencias entre tratados, ya que los países buscan preservar derechos internos de gravamen en su red de tratados. Tales leyes internas y la puesta en práctica de los tratados que las reflejan, forman las bases para las posiciones de políticas que se encuentran en los diferentes modelos. Por el contrario, si los países no imponen ciertos derechos de gravamen en la legislación interna, y no ven que sea probable que esto cambie, en general no buscan retener la posibilidad de imponer dicho derecho de gravamen bajo sus tratados. Si su política cambiara, la legislación interna podría ser introducida posteriormente para ejercer el derecho de gravamen

interno, pero esto solamente operaría hasta donde sea consistente con las relaciones de los tratados.

**C. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA TRIBUTARIA
RELEVANTES EN LA DECISIÓN DE SUSCRIBIR O MODIFICAR
UN TRATADO TRIBUTARIO**

18. En 2017, el Comité estableció el Subcomité de Negociación de Tratados Tributarios el cual preparó una actualización al *Manual de las Naciones Unidas para la Negociación de Tratados Tributarios Bilaterales entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo*, el cual fue adoptado por el Comité y publicado en 2019.⁵ El objetivo del Manual es proporcionar una guía en todos los aspectos de la negociación de tratados, incluyendo una breve descripción de los Artículos del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas para los negociadores de tratados tributarios. Si bien cada país debería formar sus propias políticas y definir sus objetivos respecto a los tratados tributarios, el Manual busca proporcionar una guía práctica sobre todos los aspectos de las negociaciones de tratados, incluyendo cómo preparar y conducir las negociaciones. El Manual examina a profundidad las razones más comunes por las cuales un país celebraría un tratado tributario con otro país, por ejemplo, la facilitación de la entrada y salida de inversión al eliminar o reducir la doble imposición o la excesiva aplicación de impuestos del país fuente, la reducción de la elusión y la evasión tributaria transfronteriza a través del intercambio de información y asistencia mutua para la recaudación de impuestos, o por razones políticas. Los negociadores de tratados de países en desarrollo son alentados a usar el Manual para la preparación de las negociaciones de tratados tributarios, a la luz del marco de las políticas de su país y los resultados que desean lograr.

19. El Manual sirvió de base para el desarrollo, por la Plataforma para la Colaboración Fiscal,⁶ del Instrumental para la Negociación de

5 Nueva York: Naciones Unidas, 2019, disponible en [manual-bilateral-tax-treaties-update-2019.pdf](https://www.un.org/publications/Manual_Bilateral_Tax_Treaty_Negotiations_Update_2019.pdf) (un.org), consultado el 10 de mayo de 2021.

6 Plataforma para la Colaboración Fiscal, Instrumental para la Negociación de Tratados Tributarios (*Toolkit on Tax Treaty Negotiations*) (*Versión en línea*), disponible en https://www.tax-platform.org/publications/PCT_Toolkit_Tax_Treaty_Negotiations_Online_Version, consultado el 10 de mayo de 2021. La Plataforma para la Colaboración Fiscal, la cual es

Tratados Tributarios (*Guía práctica para la negociación de acuerdos fiscales*), el cual incluye una sección que examina los propósitos de los tratados tributarios, sus potenciales costos y beneficios, y si existen formas alternativas para lograr los mismos objetivos.

20. Adicionalmente, el Manual hace referencia a la Introducción del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE que aborda las consideraciones de política tributaria que son relevantes para decidir si se celebra un tratado tributario, se modifica un tratado tributario existente o, si como último recurso, se da por terminado un tratado.⁷ El Comité tomó nota de las consideraciones identificadas por la OCDE y sugiere tomarlas en cuenta en adición a la asesoría incluida en el Manual. La parte relevante de la Introducción al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE es la siguiente:

15.1 En 1997, el Consejo de la OCDE adoptó una recomendación para que los Gobiernos de los países miembros dediquen sus esfuerzos a celebrar tratados tributarios bilaterales con aquellos países miembros y, cuando sea apropiado, con países no miembros, con los cuales no hayan celebrado aún dichos convenios. En tanto que la cuestión de si celebrar o no un tratado tributario con otro país pertenece a cada Estado, en base a distintos factores, incluyendo consideraciones tributarias y no tributarias, las consideraciones sobre política tributaria jugarán generalmente un rol clave en esta decisión. Los siguientes

un esfuerzo conjunto del IMF, la OCDE, las Naciones Unidas y el WBG, fue instaurada con el principal objetivo de “enmarcar mejor la asesoría técnica a los países en desarrollo en la medida que buscan tanto un mayor apoyo a su capacidad, como una mayor influencia en el diseño de normas internacionales”. Véase <https://www.worldbank.org/en/programs/platform-for-tax-collaboration>, consultado el 12 de marzo de 2021.

7 Esa parte de la Introducción al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE fue adicionada en 2017 como resultado del trabajo sobre la Acción 6 del Proyecto G20/OCDE para la Erosión de la Base Tributaria y el Traslado de Beneficios (BEPS). Véase OECD, “Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales”, Acción 6- Informe Final 2015 (*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*), OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (Paris: OECD, 2015), disponible en <http://www.oecd.org/tax/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm>, consultado el 10 de mayo de 2021.

apartados describen algunas de estas consideraciones sobre política tributaria, las cuales son relevantes no solo para la cuestión de si un tratado debe ser celebrado con un Estado, sino también para la cuestión de si un Estado debe buscar modificar o reemplazar un tratado existente e, incluso, como último recurso, denunciar un tratado (considerando el hecho de que la terminación o denuncia de un tratado frecuentemente tiene un impacto negativo en un alto número de contribuyentes que no tienen incumbencia en las situaciones que resultaron en la terminación o denuncia del tratado).

15.2 Dado que uno de los objetivos principales de los tratados tributarios es evitar la doble imposición para reducir los obstáculos para servicios, comercio e inversión transfronterizos, la existencia de riesgos de doble imposición resultantes de la interacción de los sistemas tributarios de los dos Estados involucrados será la preocupación principal de la política tributaria. Tales riesgos de doble imposición serán generalmente de mayor importancia donde haya un nivel significativo de comercio existente o proyectado e inversión transfronteriza entre dos Estados. La mayoría de las disposiciones de los tratados bilaterales buscan aminorar la doble imposición al asignar derechos de gravamen entre los dos Estados, y se asume que cuando un Estado acepta disposiciones de tratados que restringen su derecho a gravar ciertas categorías de rentas, generalmente lo hace bajo el entendimiento de que dichas categorías están sujetas a imposición en el otro Estado. Cuando un Estado no aplica impuestos sobre las rentas o los aplica a tasas bajas, otros Estados deberían considerar si existen riesgos de doble imposición que justificarían por sí mismos un tratado tributario. Los Estados también deberían considerar si existen elementos de un sistema tributario del otro Estado que pudieren incrementar los riesgos de no tributación, lo cual podría incluir ventajas tributarias delimitadas fuera de la economía nacional (*ring-fenced*).

15.3 En base a ello, dos Estados que consideren celebrar un tratado tributario deberían evaluar hasta qué punto existe en realidad el riesgo de doble imposición en situaciones transfronterizas que involucren a sus residentes. Un gran número de casos de doble imposición jurídica de residencia-fuente pueden ser eliminados a través de disposiciones internas para reducir la doble imposición (ordinariamente en forma del método de exención o de crédito de impuestos) que operan sin la necesidad de tratados tributarios. En tanto estas disposiciones internas muy probablemente abordarán la mayoría de las formas de doble imposición jurídica de residencia-fuente, éstas no cubrirán todos los casos de doble imposición, especialmente si hay diferencias

significativas en las reglas de fuente de los dos Estados, o si la legislación interna de estos Estados no permite la reducción unilateral de la doble imposición económica (por ejemplo, en el caso de un ajuste de precios de transferencia hecho en otro Estado).

15.4 Otra consideración de política tributaria que es relevante para la celebración de un tratado bilateral es el riesgo de una tributación excesiva que puede resultar de altas retenciones de impuestos en el país fuente. Si bien los mecanismos para la reducción de la doble imposición normalmente asegurarán que dicha tributación excesiva no resulte en doble tributación, en la medida en la que tales impuestos aplicados en el Estado fuente excedan el monto de impuestos normalmente aplicado a las utilidades en el Estado de residencia, éstos podrían tener un efecto negativo en el comercio e inversión transfronterizas.

15.5 Consideraciones tributarias adicionales que deberían tomarse en cuenta cuando se contemple celebrar un tratado tributario incluyen las diversas características de los tratados tributarios que incentivan y promueven los lazos económicos entre países, tal como la protección contra el tratamiento tributario discriminatorio a la inversión extranjera que ofrecen las reglas sobre no discriminación del Artículo 24, la mayor certeza del tratamiento tributario para contribuyentes que tienen derecho de beneficiarse del tratado y el hecho de que los tratados tributarios establecen, a través del procedimiento de acuerdo mutuo, junto con la posibilidad de que los Estados Contratantes lleguen a un arbitraje, un mecanismo para la resolución de controversias tributarias transfronterizas.

15.6 Siendo un objetivo importante de los tratados tributarios la prevención de la elusión y la evasión fiscal, los Estados deberían considerar también si sus potenciales socios de tratados tienen la voluntad y capacidad de implementar de manera efectiva las disposiciones de los tratados tributarios con respecto a la asistencia administrativa, tal como la capacidad de intercambiar información tributaria, la cual es un aspecto clave a tener en consideración cuando se tome la decisión de celebrar o no un tratado tributario. La capacidad y la voluntad de un Estado de proporcionar asistencia para la recaudación de impuestos también sería un factor relevante por considerar. Hay que resaltar, sin embargo, que ante la ausencia de algún riesgo real de doble imposición, estas disposiciones administrativas no proporcionarían, por sí mismas, una base de política tributaria suficiente para la existencia de un tratado tributario, ya que dicha asistencia administrativa también podría lograrse a través de acuerdos alternativos

con objetivos más específicos, tal como la celebración de un acuerdo para el intercambio de información tributaria, o la participación en el *Convenio Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Asuntos Tributarios*.

D. MODELO DE CONVENIO TRIBUTARIO DE LAS NACIONES UNIDAS

21. Esta última revisión del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas continúa con una revisión en proceso tendiente a asegurar que el contenido del Modelo se mantenga a la par de los avances, incluso en la práctica de los países, las nuevas formas de hacer negocios y los nuevos desafíos.

22. Este proceso de revisión llevó al Comité a abordar preocupaciones expresadas tanto por países en desarrollo como por países desarrollados con respecto al tratamiento tributario en los tratados de los servicios digitalizados. Para ello, el Comité estableció un Subcomité en Retos Fiscales relacionados con la Digitalización de la Economía, el cual redactó un nuevo Artículo sobre Rentas por Servicios Digitales Automatizados, en conjunto con sus Comentarios. Ese artículo (Artículo 12B) y sus Comentarios, los cuales fueron adoptados en la vigésimo segunda sesión del Comité (abril 2021) constituyen una parte fundamental de los cambios incluidos en esta nueva versión del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas.

23. Otra parte importante de estos cambios lo constituyen los nuevos apartados 6 y 7, que fueron adicionados al Artículo 13 (Ganancias de Capital) con el objeto de abordar preocupaciones manifestadas por países en desarrollo con respecto a los obstáculos en los tratados tributarios para gravar las ganancias sobre la transmisión directa de algunas clases de propiedades que están inextricablemente vinculadas a sus territorios, así como de las ganancias sobre las llamadas “transferencias indirectas transnacionales” (*offshore indirect transfers*)⁸ en situaciones en las que otras disposiciones del Artículo 13 permitirían

8 Estas preocupaciones se describen en la Plataforma Para la Colaboración Fiscal, *The Taxation of Offshore Indirect Transfers—A Toolkit*, 2020, disponible en <https://www.imf.org/~media/Files/Miscellaneous/OIT.ashx?la=en>, consultado el 10 de mayo de 2021.

gravar las ganancias derivadas de transferencias directas de dichas propiedades.

24. Otros cambios sustantivos realizados a los artículos del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas en esta última revisión son los siguientes:

- Cambios a los Artículos 1, 3, 4 y 29 derivados del trabajo realizado respecto a la aplicación del Modelo a los vehículos de inversión colectivos y fondos de pensiones.
- La eliminación, al final del Artículo 7, de una nota previa relativa a beneficios atribuibles a un establecimiento permanente por razón de la sola adquisición por ese establecimiento permanente de bienes y mercancías para la empresa a la que pertenece.
- Cambios al apartado 2 de los Artículos 10, 11 y 12 que abordan la situación de cuando un intermediario que recibe pagos cubiertos por estos Artículos sea residente de un Estado diferente.
- La eliminación de la excepción para las asociaciones de personas (partnerships) previamente incluida en el apartado 2(a) del Artículo 10.
- Cambios a los Artículos 23A, 24 y 29 que son consecuencia de la adición del Artículo 12B (Rentas por Servicios Digitales Automatizados).

25. También se han introducido una serie de cambios en los Comentarios a los artículos del Modelo. En primer lugar, se incluyen cambios que reflejan las adiciones antes mencionadas y los cambios a los artículos. Así mismo, se incluyen las modificaciones resultantes del trabajo sobre asuntos técnicos relacionados con la interpretación y aplicación de los artículos, entre los más notables la definición de establecimiento permanente en el Artículo 5, el concepto de beneficiario efectivo en los Artículos 10, 11, 12, 12A y 12B, y la aplicación de las disposiciones del Modelo a los vehículos de inversión colectiva, fondos de pensiones y fideicomisos de inversión de bienes inmuebles (*REITs*).

26. Si en un futuro así lo decide el Comité, cualquier conclusión sobre los cambios al Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas que pudieran resultar de utilidad podrá ser presentada como

un informe de Comité el cual pudiera dar forma a la siguiente revisión del Modelo. El trabajo del Comité, incluido su propio trabajo sobre el Modelo, podrá ser seguido a través del sitio web del Comité.⁹

E. LOS COMENTARIOS

27. Los Comentarios a los Artículos se consideran parte del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, en conjunto con los mismos Artículos. Los Comentarios frecuentemente incluyen citas de los Comentarios a los Artículos del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, las cuales aparecen en apartados sangrados y con un tamaño de letra más pequeño para el caso de citas largas. Las citas de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE son generalmente identificadas como citas de la versión de 2017 de ese Modelo. Sin embargo, en algunos casos las citas pertenecen a versiones previas del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE; en dichos casos la versión correspondiente también se identifica.

28. Al citar los Comentarios de la OCDE, en algunas ocasiones se han omitido partes de algunos apartados o apartados enteros por no ser aplicables, por la razón que sea, para la interpretación del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas. En tales casos, la omisión se señala con tres puntos en cursivas (*[...]*). No se puede asumir necesariamente que la no inclusión en sí representa algún desacuerdo con el contenido de parte de la cita omitida, y el contexto de la omisión debería ser considerado para determinar si las palabras omitidas fueron consideradas como irrelevantes para la interpretación del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas por un lado, o fueron dejadas para futura consideración. En algunos casos, se citan los Comentarios de la OCDE con cambios o adiciones que aparecen en cursivas entre corchetes (*[cambios/adiciones]*). Estos cambios y adiciones han sido insertados con el objeto de proveer explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas y las del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, tal como las referencias

9 <https://www.un.org/development/desa/financing/what-we-do/ECOSOC/tax-committee/tax-committee-home>.

al concepto de la “base fija” la cual es utilizada en el primero más no en el segundo. Las notas a pie de página contenidas dentro de partes citadas de los Comentarios de la OCDE han sido omitidas, con excepción de cuando el significado o propósito de la cita estaría incompleta o no sería clara sin la nota de pie de página. En esos casos, la nota al pie de página se conserva con su número original de pie de página y se ubica directamente debajo de la parte citada, separada por una línea corta.

29. Al citar los Artículos y Comentarios del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE se resalta que varios Estados Miembros de la OCDE han expresado “reservas” sobre ciertos Artículos y han hecho “observaciones” sobre aspectos particulares de los Comentarios y que algunos Estados No Miembros de la OCDE han expresado “posiciones” sobre ciertos Artículos y Comentarios. Dichas expresiones formales de diferencias de puntos de vista a aquellas del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE están contenidas en el texto del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, según se revisa de tiempo en tiempo. El Comité, al preparar esta actualización al Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, ha reconocido que dichas expresiones de punto de vista de los países son un aspecto útil del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE para entender cómo se interpreta y es aplicado por los países que expresan esos puntos de vista, aún y cuando no han sido agregados al texto del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas por razones prácticas.

30. Esta versión 2021 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, refleja un enfoque actualizado hacia posiciones minoritarias adoptado por el Comité en su vigésima primera sesión en octubre de 2020. El Comité considera que una amplia expresión de puntos de vista y formas de abordar temas pudieran ser de ayuda para la interpretación y aplicación de los tratados tributarios bilaterales. Sin embargo, no debe asumirse que ningún miembro individual del Comité haya adoptado una opinión particular con respecto a una cuestión concreta tratada en este Modelo. Adicionalmente, en algunos casos, los puntos de vista reflejados en los Comentarios se refieren a discusiones sostenidas por el anterior Grupo de Expertos o por el Comité, antes o después de que determinados individuos fueran

miembros. Para aumentar la transparencia y coherencia de las posiciones minoritarias, el Comité decidió en 2020 introducir un proceso para el registro de opiniones minoritarias, desarrollar una terminología consistente para reflejar los diferentes niveles de apoyo a una determinada posición minoritaria y sellar la fecha de las opiniones. Cualquier miembro puede hacer que se registre una posición minoritaria. Todo miembro que proponga una posición minoritaria debe comunicar al Subcomité de Actualización al Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (y/o al subcomité correspondiente) su intención de incluir una posición minoritaria y proporcionar un borrador de la posición minoritaria propuesta. Esto permitirá al subcomité correspondiente debatir el punto de vista minoritario y, según proceda, hacer sugerencias para promover la coherencia en la redacción de las posiciones minoritarias y garantizar la claridad de la posición expresada antes de que la posición minoritaria sea discutida por el Comité. El proceso aumentará la transparencia y consistencia de las posiciones minoritarias, pero en consistencia con prácticas previas, no restringirá el derecho de cualquier miembro para registrar una posición minoritaria. La posición minoritaria será fechada con la identificación de la sesión del Comité y con el mes y año en la que fue incluida. Adicionalmente, el Comité acordó la siguiente terminología para reflejar los diferentes niveles de apoyo a una posición minoritaria (la referencia a los números está basada en 25 miembros del Comité):

- un miembro solo (cuando la posición es sostenida por un solo miembro);
- una pequeña minoría de miembros (cuando la posición es sostenida por dos a cuatro miembros o por más de un solo miembro, pero por menos del 15 por ciento de los miembros presentes y votantes);
- una mediana minoría de miembros (cuando la posición es sostenida por cinco miembros o por el 15 por ciento o más pero menos del 35 por ciento de los miembros presentes y votantes); y
- una gran minoría de miembros (cuando la posición es sostenida por 10 o 12 miembros o por el 35 por ciento o más pero menos del 50 por ciento de los miembros presentes y votantes).

31. Deseamos reconocer la colaboración de la Secretaria de la Oficina de Financiación al Desarrollo de Naciones Unidas en la preparación de esta nueva versión del Modelo, incluyendo la colaboración de Irving Ojeda Álvarez, Patricia Brown, Michael Lennard, Silvia y Jacques Sasseville. La asistencia técnica de Brian Arnold y el apoyo a la edición de Leah McDavid también se reconocen.¹⁰

10 También deseamos reconocer la colaboración de la Secretaría de Naciones Unidas en la traducción de esta versión del Modelo, incluyendo la contribución de Irving Ojeda Alvarez y Carolina Vaca Bohorquez y la asistencia técnica proporcionada por Armando Lara Yaffar y Eduardo López, Carlos Protto, Enrique Bolado, Alvaro Romano y Gisel Mercado. Agradecemos también la asistencia editorial de Diana Kassem-Rios, Manuel Stefano Castano y Leah McDavid.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	iii
A. Origen del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas.....	iii
B. Características especiales del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas.....	vii
C. Consideraciones de política tributaria relevantes en la decisión de suscribir o modificar un tratado tributario	ix
D. Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas	xiii
E. Los Comentarios.....	xv

Primera Parte

Artículos del Modelo de Convenio de las Naciones Unidas sobre Doble Imposición entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo

ÍNDICE DEL CONVENIO	3
TÍTULO DEL CONVENIO.....	5
PREÁMBULO DEL CONVENIO	5
I ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO (Artículos 1 y 2).....	6
II DEFINICIONES (Artículos 3 a 5).....	8
III TRIBUTACIÓN SOBRE LAS RENTAS (Artículos 6 a 21).....	15
IV TRIBUTACIÓN SOBRE EL CAPITAL (Artículo 22) ..	37
V MÉTODOS PARA ELIMINAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN (Artículo 23).....	38
VI DISPOSICIONES ESPECIALES (Artículos 24 a 29) ...	40
VII DISPOSICIONES FINALES (Artículos 30 a 31).....	62

Segunda Parte

Comentario a los Artículos del Modelo de Convenio de las Naciones Unidas sobre Doble Imposición entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo

Comentario al Capítulo I: ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO	65
Artículo 1: Personas comprendidas	65
Artículo 2: Impuestos comprendidos	161
Comentario al Capítulo II: DEFINICIONES	165
Artículo 3: Definiciones generales	165
Artículo 4: Residente	182
Artículo 5: Establecimiento permanente	197
Comentario al Capítulo III: TRIBUTACION SOBRE LAS RENTAS	283
Artículo 6: Rentas de bienes inmuebles	283
Artículo 7: Beneficios empresariales	287
Artículo 8: Transporte internacional marítimo y aéreo	317
Artículo 9: Empresas asociadas	331
Artículo 10: Dividendos	339
Artículo 11: Intereses	368
Artículo 12A: Honorarios por servicios técnicos	430
Artículo 12B: Rentas provenientes de servicios digitales automatizados	481
Artículo 13: Ganancias de capital	530
Artículo 14: Servicios personales independientes	559
Artículo 15: Servicios personales dependientes	564
Artículo 16: Remuneraciones de los miembros de juntas directivas y de los directivos de alto nivel	594

Artículo 17:	Profesionales del espectáculo y deportistas	597
Artículo 18:	Pensiones y pagos por seguridad social	605
Artículo 19:	Servicios oficiales.	630
Artículo 20:	Estudiantes.	636
Artículo 21:	Otras rentas	643
Comentario al Capítulo IV: TRIBUTACIÓN SOBRE		
	EL CAPITAL	651
Artículo 22:	Capital.	651
Comentario al Capítulo V: MÉTODOS PARA ELIMINARLA		
	DOBLE IMPOSICIÓN	655
Artículo 23:	Métodos para eliminar la doble imposición	655
Comentario al Capítulo VI: DISPOSICIONES ESPECIALES. . .		
Artículo 24:	No discriminación.	709
Artículo 25:	Procedimiento de acuerdo mutuo.	742
Artículo 26:	Intercambio de información	834
Artículo 27:	Asistencia en la recaudación de impuestos .	889
Artículo 28:	Miembros de misiones diplomáticas y oficinas consulares	901
Artículo 29:	Derecho a los beneficios del convenio	904
Comentario al Capítulo VII: DISPOSICIONES FINALES		
	Artículos 30 y 31: Entrada en vigor y terminación o denuncia	1011

Primera Parte

**ARTÍCULOS DEL MODELO DE CONVENIO
DE LAS NACIONES UNIDAS
SOBRE DOBLE IMPOSICIÓN
ENTRE PAÍSES DESARROLLADOS
Y PAÍSES EN DESARROLLO**

ÍNDICE DEL CONVENIO

Título y Preámbulo

CAPÍTULO I

Ámbito de aplicación del convenio

Artículo 1	Personas comprendidas
Artículo 2	Impuestos comprendidos

CAPÍTULO II

Definiciones

Artículo 3	Definiciones generales
Artículo 4	Residente
Artículo 5	Establecimiento permanente

CAPÍTULO III

Tributación sobre las rentas

Artículo 6	Rentas de bienes inmuebles
Artículo 7	Beneficios empresariales
Artículo 8	Transporte internacional marítimo y aéreo (Alternativas A y B)
Artículo 9	Empresas asociadas
Artículo 10	Dividendos
Artículo 11	Intereses
Artículo 12	Regalías
Artículo 12A	Honorarios por servicios técnicos
Artículo 12B	Renta proveniente de servicios digitales automatizados
Artículo 13	Ganancias de capital
Artículo 14	Servicios personales independientes
Artículo 15	Servicios personales dependientes
Artículo 16	Remuneraciones de los miembros de las juntas directivas y de los directivos de alto nivel
Artículo 17	Profesionales del espectáculo y deportistas
Artículo 18	Pensiones y pagos por seguridad social (Alternativas A y B)

Artículo 19	Servicios oficiales
Artículo 20	Estudiantes
Artículo 21	Otras rentas

CAPÍTULO IV

Tributación sobre el capital

Artículo 22	Capital
-------------	---------

CAPÍTULO V

Métodos para eliminar la doble tributación

Artículo 23A	Método de exención
Artículo 23B	Método de crédito de impuestos

CAPÍTULO VI

Disposiciones especiales

Artículo 24	No discriminación
Artículo 25	Procedimiento de acuerdo mutuo (Alternativas A y B)
Artículo 26	Intercambio de información
Artículo 27	Asistencia en la recaudación de impuestos
Artículo 28	Miembros de misiones diplomáticas y oficinas consulares
Artículo 29	Derecho a los beneficios del convenio

CAPÍTULO VII

Disposiciones finales

Artículo 30	Entrada en vigor
Artículo 31	Terminación

TÍTULO DEL CONVENIO

Convenio entre (el Estado A) y (el Estado B) para eliminar la doble imposición con respecto a los impuestos sobre la renta y el capital y para prevenir la elusión y evasión fiscal

PREÁMBULO DEL CONVENIO ¹¹

(El Estado A) y (el Estado B),

Deseosos de seguir desarrollando sus relaciones económicas y de intensificar su cooperación en materia tributaria,

Con la intención de celebrar un Convenio para eliminar la doble imposición con respecto a los impuestos sobre la renta y el capital sin crear oportunidades para la nula imposición o imposición reducida a través de la elusión o evasión fiscal (incluyendo aquellos acuerdos para la triangulación de beneficios (*treaty-shopping*) dirigidos a que los residentes de terceros Estados obtengan indirectamente los beneficios este Convenio).

Han acordado lo siguiente:

¹¹ El Preámbulo del Convenio se redactará de conformidad con los procedimientos constitucionales de los Estados Contratantes.

Capítulo I

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

Artículo 1

PERSONAS COMPRENDIDAS

1. El presente Convenio se aplicará a las personas residentes de uno o de ambos Estados Contratantes.
2. Para los propósitos del presente Convenio, las rentas obtenidas por o a través de una entidad o acuerdo que se considere total o parcialmente fiscalmente transparente según la legislación tributaria en cualquiera de los Estados Contratantes, se considerarán rentas de un residente de un Estado Contratante, pero esto solo en la medida en que esas rentas sean tratadas, para los efectos de la aplicación de impuestos por ese Estado, como las rentas de un residente de ese Estado.
3. Este Convenio no afectará la aplicación de impuestos por un Estado Contratante a sus residentes, excepto por lo que respecta a los beneficios otorgados conforme al apartado 2 del Artículo 9, [apartado 2 del Artículo 18 (Alternativa A) o apartado 3 del Artículo 18 (Alternativa B) y a los Artículos 19, 20, [23A o 23B], 24, [25 (Alternativa A) o 25 (Alternativa B)] y 28.

*[Disposición que versa sobre la aplicación del Convenio a los vehículos de inversión colectiva].*¹²

12 Las diversas formas que dicha disposición puede tomar son comentadas en la sección “Inversión Colectiva” en los Comentarios al Artículo 1. Como se menciona en esa sección, las normas tributarias internas aplicables a las diversas formas de vehículos de inversión colectiva en los Estados Contratantes, las disparidades en la importancia de la inversión por medio de dichos vehículos en cada uno de estos Estados, así como otras consideraciones de política o administrativas pueden no justificar la inclusión de una disposición sobre vehículos de inversión colectiva en un tratado tributario bilateral o pueden requerir diferentes disposiciones dirigidas a diferentes categorías de dichos vehículos.

Artículo 2

IMPUESTOS COMPRENDIDOS

1. Este Convenio se aplicará a los impuestos sobre la renta y sobre el capital establecidos por un Estado Contratante, sus subdivisiones políticas o sus administraciones locales, independientemente de la forma en la que sean recaudados.
2. Se consideran impuestos sobre la renta y sobre el capital todos los que graven la totalidad de las rentas o del capital o los elementos de renta o del capital, incluyendo los impuestos sobre las ganancias procedentes de la enajenación de bienes muebles o inmuebles, los impuestos sobre sueldos y salarios globales pagados por las empresas, así como los impuestos sobre las plusvalías.
3. Los impuestos existentes a los que se aplicará el Convenio son, en particular:
 - (a) (en el Estado A):
 - (b) (en el Estado B):
4. El Convenio se aplicará también a cualquier impuesto idéntico o sustancialmente similar que se establezca después de la fecha de la firma del Convenio, añadiéndose a los impuestos actuales o sustituyéndolos. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes se notificarán mutuamente sobre cualquier modificación importante introducida en sus respectivas legislaciones fiscales.

Capítulo II

DEFINICIONES

Artículo 3

DEFINICIONES GENERALES

1. Para efectos de este Convenio, a menos que de su contexto se interprete lo contrario, se entenderá que:
 - (a) el término “persona” comprende a las personas naturales, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas;
 - (b) el término “sociedad” significa cualquier persona jurídica o entidad que sea tratada como persona jurídica para efectos fiscales;
 - (c) las expresiones “empresa de un Estado Contratante” y “empresa del otro Estado Contratante” significan, respectivamente, una empresa operada por un residente de un Estado Contratante y una empresa operada por un residente del otro Estado Contratante;
 - (d) la expresión “tráfico internacional” significa cualquier transporte efectuado por buques o aeronaves, excepto cuando el buque o aeronave sea operado exclusivamente entre lugares de un Estado Contratante y la empresa que opera el buque o aeronave no sea una empresa de ese Estado;
 - (e) la expresión “autoridad competente” significa:
 - (i) (en el Estado A):
 - (ii) (en el Estado B):
 - (f) el término “nacional” significa:
 - (i) cualquier persona natural que posea la nacionalidad de un Estado Contratante;
 - (ii) cualquier persona jurídica, asociación de personas (*partnership*) o asociación que se considere como tal en virtud de la legislación vigente en un Estado Contratante;
 - (g) el término “fondo de pensiones reconocido” de un Estado Contratante significa una entidad o acuerdo establecido en ese

Estado que sea tratado como una persona separada de conformidad con la legislación tributaria de dicho Estado, y:

- (i) que se haya creado y sea operado exclusivamente o casi exclusivamente para administrar o proporcionar prestaciones de jubilación y prestaciones auxiliares o incidentales a personas naturales, y que esté regulado como tal por ese Estado o una de sus subdivisiones políticas o administraciones locales, o
- (ii) que se haya creado y sea operado exclusivamente o casi exclusivamente para invertir fondos en beneficio de entidades o acuerdos a los cuales les aplica el subapartado (i).

2. Con respecto a la aplicación del Convenio en cualquier momento por un Estado contratante, todo término no definido en el mismo tendrá, salvo que el contexto disponga otra cosa, el significado dado en ese momento por la legislación tributaria de ese Estado para efectos de los impuestos a los que se aplica el Convenio, prevaleciendo la definición que le atribuya la legislación tributaria de ese Estado sobre cualquier significado dado al término en virtud de otras leyes de ese Estado.

Artículo 4

RESIDENTE

1. A los efectos de este Convenio, la expresión “residente de un Estado Contratante” significa cualquier persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en él por razón de su domicilio, residencia, lugar de constitución, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza similar, y abarca también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o sus administraciones locales, así como un fondo de pensiones reconocido de dicho Estado. La expresión, sin embargo, no incluye a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado solo por las rentas procedentes de fuentes ubicadas en ese Estado o de capital situado en el mismo.

2. Cuando, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, una persona natural sea residente de ambos Estados Contratantes, su estatus se determinará de la siguiente manera:

- (a) se considerará residente solo del Estado donde tenga una vivienda permanente a su disposición; si tiene una vivienda permanente a su disposición en ambos Estados, se considerará residente solo del Estado con el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas (centro de intereses vitales);
 - (b) si no puede determinarse el Estado donde se encuentra su centro de intereses vitales o si no tiene una vivienda permanente a su disposición en ninguno de los Estados, se considerará residente solo del Estado donde viva habitualmente;
 - (c) si viviera habitualmente en ambos Estados o no lo hiciera en ninguno de ellos, se considerará residente solo del Estado del que sea nacional;
 - (d) si posee la nacionalidad de ambos Estados o no posee la de ninguno de ellos, las autoridades competentes de los Estados Contratantes resolverán la cuestión por acuerdo mutuo.
3. Cuando en virtud de las disposiciones del apartado 1, una persona distinta de una persona natural sea residente de ambos Estados Contratantes, las autoridades competentes de los Estados Contratantes harán lo posible por determinar, mediante acuerdo mutuo, el Estado Contratante del cual dicha persona deba considerarse residente para los efectos del Convenio, tomando en consideración su sede de dirección efectiva, el lugar en el que se haya incorporado o haya sido constituida de otro modo y cualquier otro factor relevante. En ausencia de dicho acuerdo, tal persona no tendrá derecho a ninguna desgravación o exención de impuestos establecida en este Convenio, salvo en la medida en la que así lo acuerden las autoridades competentes de los Estados Contratantes.

Artículo 5

ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

1. A los fines de este Convenio, la expresión “establecimiento permanente” significa un lugar fijo de negocios a través del cual una empresa lleva a cabo, total o parcialmente, su actividad.

2. La expresión “establecimiento permanente” incluye
 - (a) especialmente:
 - (b) una sede de dirección;
 - (c) una sucursal;
 - (d) una oficina;
 - (e) una fábrica;
 - (f) un taller; una mina, pozo de petróleo o gas, una cantera o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales

3. La expresión “establecimiento permanente” también comprende:
 - (a) una obra en construcción o un proyecto de montaje o instalación o las actividades de supervisión relacionadas a éstos, pero solo si esa obra, proyecto o actividad duran más de seis meses;
 - (b) la prestación de servicios, incluidos los servicios de consultoría, por parte de una empresa a través de sus empleados u otro personal contratado por la empresa a tales fines, pero solo si las actividades de esa naturaleza continúan en un Estado Contratante durante un período o varios períodos que agregados sumen más de 183 días en un período cualquiera de 12 meses que comience o finalice en el año fiscal en cuestión.

4. No obstante las disposiciones precedentes de este Artículo, se considerará que la expresión “establecimiento permanente” no incluye:
 - (a) el uso de instalaciones con el solo fin de almacenar o exhibir bienes o mercancías pertenecientes a la empresa;
 - (b) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el solo fin de su almacenaje o exhibición;
 - (c) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el solo fin de su procesamiento por parte de otra empresa;
 - (d) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el solo fin de adquirir bienes o mercancías o recopilar información para la empresa;
 - (e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el solo fin de llevar a cabo, para la empresa cualquier otra actividad;

- (f) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el solo fin de combinar las actividades mencionadas en los subapartados (a) a (e);

en la medida que esa actividad o, en el caso del subapartado (f), el conjunto de actividades en el lugar fijo de negocios, sea de carácter preparatorio o auxiliar.

4.1 El apartado 4 no será aplicado a un lugar fijo de negocios que sea utilizado o mantenido por una empresa si esa misma empresa o una empresa estrechamente relacionada, lleva a cabo actividades empresariales en el mismo lugar o en otro lugar del mismo Estado Contratante y:

- (a) ese lugar u otro lugar constituye un establecimiento permanente para la empresa o para la empresa estrechamente relacionada en virtud de las disposiciones de este Artículo, o
- (b) el conjunto de actividades, resultante de la combinación de actividades llevadas a cabo por las dos empresas en el mismo lugar, o por la misma empresa o empresa estrechamente relacionada en los dos lugares, no es de carácter preparatorio o auxiliar,

esto en la medida que las actividades empresariales llevadas a cabo por las dos empresas en el mismo lugar, o por la misma empresa o empresa estrechamente relacionada en los dos lugares, constituyan funciones complementarias que son parte de una operación empresarial cohesionada.

5. No obstante las disposiciones del apartado 1 y 2, pero sujeto a las disposiciones del apartado 7, cuando una persona actúa en un Estado Contratante por cuenta de una empresa, se considerará que esa empresa posee un establecimiento permanente en ese Estado con respecto a cualquiera de las actividades que esa persona realice para la empresa, si esa persona:

- (a) habitualmente celebra contratos, o habitualmente desempeña el rol principal que conduce a la celebración de contratos que son celebrados de manera rutinaria sin que la empresa los modifique de manera significativa, y esos contratos:
 - (i) están a nombre de la empresa, o
 - (ii) son para la transmisión de la titularidad de, o para la concesión del derecho de uso de una propiedad perteneciente a la empresa o que esa empresa posee el derecho a usar, o

- (iii) son para la prestación de servicios por parte de esa empresa, a menos que las actividades de esa persona se limiten a aquellas mencionadas en el apartado 4, las cuales, de haberse ejercido a través de un lugar fijo de negocios (distinto de un lugar fijo de negocios al cual habría aplicado el apartado 4.1), no hubieran convertido al lugar fijo de negocios en un establecimiento permanente en virtud de las disposiciones de ese apartado; o
- (b) la persona no celebra habitualmente contratos o no desempeña habitualmente el rol principal que conduce a la celebración de contratos, pero mantiene habitualmente en ese Estado un depósito de bienes o mercancías a partir de las cuales esa persona regularmente efectúa entregas de bienes o mercancías por cuenta de la empresa.

6. No obstante las disposiciones precedentes de este Artículo, pero sujeto a las disposiciones del apartado 7, se considerará que una empresa aseguradora de un Estado Contratante, salvo con relación al reaseguro, posee un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante si recauda primas en el territorio de ese otro Estado Contratante o asegura riesgos allí situados a través de una persona.

7. Los apartados 5 y 6 no aplicarán cuando una persona que actúa en un Estado Contratante por cuenta de una empresa del otro Estado Contratante, lleve a cabo negocios en el Estado mencionado en primer lugar como un agente independiente y actúe para la empresa en el marco habitual de ese negocio. Sin embargo, cuando una persona actúe de manera exclusiva o casi exclusiva por cuenta de una o más empresas con la cual o con las cuales se encuentra estrechamente relacionada, no se considerará que esa persona es un agente independiente en los términos de este apartado con relación a cualquiera de esas empresas.

8. El hecho de que una sociedad residente de un Estado Contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado Contratante, o que realice actividades en ese otro Estado (ya sea a través de un establecimiento permanente o de otra manera) no constituirá por sí mismo un establecimiento permanente de la otra sociedad.

9. A los fines de este Artículo, una persona o empresa se encuentra estrechamente relacionada a una empresa si, en base a todos los hechos y circunstancias de relevancia, una posee control sobre la otra o ambas

ARTÍCULO 5

se encuentran sujetas al control por parte de las mismas personas o empresas. En todo caso, se considerará que una persona o empresa se encuentra estrechamente relacionada a una empresa si una posee directa o indirectamente más del 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios de la otra (o, en el caso de una sociedad, más del 50 por ciento tanto del derecho a voto como del valor de las acciones o participaciones en el capital de la sociedad) o si otra persona o empresa posee directa o indirectamente más del 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios (o, en el caso de una sociedad, más del 50 por ciento tanto del derecho a voto como del valor de las acciones o participaciones en el capital de la sociedad) de esa persona y de la empresa o de ambas empresas.

Capítulo III**TRIBUTACIÓN SOBRE LAS RENTAS***Artículo 6***RENTAS DE BIENES INMUEBLES**

1. Las rentas que un residente de un Estado Contratante obtenga de bienes inmuebles (incluidas las rentas de explotaciones agrícolas o forestales) situados en el otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.
2. La expresión “bienes inmuebles” tendrá el significado que le atribuya el derecho del Estado Contratante en que los bienes en cuestión estén situados. En todo caso, la expresión comprende los bienes accesorios a los bienes inmuebles, el ganado y el equipo utilizado en las explotaciones agrícolas y forestales, los derechos a los que sean aplicables las disposiciones de derecho privado relativas a los bienes inmuebles, el usufructo de bienes inmuebles y el derecho a percibir pagos fijos o variables en contraprestación por la explotación o la cesión de la explotación de yacimientos minerales, fuentes y otros recursos naturales; los buques y aeronaves no serán considerados bienes inmuebles.
3. Las disposiciones del apartado 1 se aplicarán igualmente a las rentas provenientes de la utilización directa, del arrendamiento o de cualquier otra forma de explotación de los bienes inmuebles.
4. Las disposiciones de los apartados 1 y 3 se aplicarán igualmente a las rentas provenientes de los bienes inmuebles de una empresa y de los bienes inmuebles utilizados para el ejercicio de servicios personales independientes.

Artículo 7

BENEFICIOS EMPRESARIALES

1. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solo podrán someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa lleve a cabo su actividad en el otro Estado a través de un establecimiento permanente situado en él. En tal caso, dichos beneficios podrán someterse a imposición en el otro Estado, pero solo la parte atribuible a:

- (a) ese establecimiento permanente;
- (b) las ventas en ese otro Estado de bienes o mercancías idénticas o similares a las vendidas a través de ese establecimiento permanente, o
- (c) otras actividades empresariales de naturaleza idéntica o similar a las llevadas a cabo por medio del citado establecimiento permanente.

2. Sin perjuicio de las disposiciones del apartado 3, cuando una empresa de un Estado Contratante lleve a cabo su negocio en el otro Estado Contratante a través de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado Contratante se atribuirán al establecimiento permanente los beneficios que éste obtendría si fuese una empresa distinta y separada, que realizase las mismas o similares actividades en las mismas o similares condiciones, y tratase con total independencia con la empresa de la cual es establecimiento permanente.

3. Para determinar los beneficios del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines del negocio del establecimiento permanente, incluidos los gastos ejecutivos y generales de administración en los que se haya incurrido, tanto si se efectúan en el Estado en el que se encuentre el establecimiento permanente como en otra parte. Sin embargo, no serán deducibles las cantidades pagadas (de forma distinta a las efectuadas mediante reembolso de gastos efectivamente incurridos) por el establecimiento permanente a la casa matriz de la empresa o a alguna de sus otras sucursales a título de regalías, honorarios o pagos análogos, a cambio del derecho de utilizar patentes u otros derechos, o a título de comisiones por servicios específicos prestados o por gestiones hechas o, salvo en el caso de una empresa bancaria, a título de intereses sobre dinero prestado al establecimiento permanente.

Tampoco se tomarán en cuenta para determinar los beneficios de un establecimiento permanente, las cantidades cobradas (de forma distinta a las efectuadas mediante reembolso de gastos efectivamente incurridos) por el establecimiento permanente a la casa matriz de la empresa o a alguna de sus otras sucursales, a título de regalías, honorarios o pagos análogos a cambio del derecho de utilizar patentes u otros derechos, o a título de comisiones por servicios específicos prestados o por gestiones hechas o, salvo en el caso de una empresa bancaria, a título de intereses sobre el dinero prestado a la casa matriz de la empresa o a alguna de sus otras sucursales.

4. Mientras sea usual en un Estado Contratante determinar los beneficios imputables a un establecimiento permanente sobre la base del reparto de los beneficios totales de la empresa entre sus diversas partes, nada de lo establecido en el apartado 2 impedirá que ese Estado Contratante determine de dicha manera los beneficios imponibles; sin embargo, el método de reparto adoptado habrá de ser tal, que el resultado obtenido esté en concordancia con los principios del presente Artículo.

5. A los efectos de los apartados anteriores, los beneficios imputables al establecimiento permanente se calcularán cada año por el mismo método, a no ser que existan motivos válidos y suficientes para proceder en otra forma.

6. Cuando los beneficios comprendan elementos de rentas reguladas de manera separada en otros Artículos de este Convenio, las disposiciones de esos Artículos no quedarán afectadas por las del presente Artículo.

Artículo 8

TRANSPORTE INTERNACIONAL MARÍTIMO Y AÉREO

Artículo 8 (Alternativa A)

1. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante procedentes de la operación de buques o aeronaves en tráfico internacional solo podrán someterse a imposición en ese Estado.

2. Las disposiciones del apartado 1 se aplicarán también a los beneficios procedentes de la participación en un consorcio, una empresa mixta o un organismo internacional de explotación.

Artículo 8 (Alternativa B)

1. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante procedentes de la operación de aeronaves en tráfico internacional solo podrán someterse a imposición en ese Estado.

2. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante procedentes de la operación de buques en tráfico internacional solo podrán someterse a imposición en ese Estado, a menos que las actividades de transporte marítimo provenientes de esa operación en el otro Estado Contratante no sean meramente ocasionales. Cuando esas actividades no sean meramente ocasionales, los beneficios pueden someterse a imposición en ese otro Estado. Los beneficios que hayan de someterse a imposición en ese otro Estado se determinarán tomando como base una asignación adecuada de las utilidades netas globales obtenidas por la empresa de sus operaciones de transporte marítimo. El impuesto calculado de conformidad con dicha asignación se reducirá entonces en un ___ por ciento [*el porcentaje se determinará mediante negociaciones bilaterales*].

3. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 se aplicarán también a los beneficios procedentes de la participación en un consorcio, una empresa mixta o un organismo internacional de explotación.

Artículo 9

EMPRESAS ASOCIADAS

1. Siempre que:

- (a) una empresa de un Estado Contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado Contratante; o
- (b) las mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado Contratante y en una empresa del otro Estado Contratante,

y en cualquiera de los dos casos las dos empresas establezcan o impongan, en sus relaciones comerciales o financieras, condiciones que difieran de las que se habrían establecido entre empresas independientes, entonces cualesquiera beneficios, que, de no ser por esas condiciones, hubieran correspondido a una de las empresas, pero que, por esas condiciones, no le han correspondido, pueden incluirse en los beneficios de esa empresa y ser gravados en consecuencia.

2. Cuando un Estado Contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Estado —y en consecuencia, los grave— los beneficios por los que una empresa del otro Estado Contratante haya sido sometida a imposición en ese otro Estado, y los beneficios así incluidos sean beneficios que habrían correspondido a la empresa del Estado mencionado en primer lugar, si las condiciones establecidas entre las dos empresas hubieran sido las que regirían entre empresas independientes, entonces ese otro Estado ajustará debidamente la cuantía del impuesto que grave en él esos beneficios. Para determinar ese ajuste se tendrán debidamente en cuenta las demás disposiciones del Convenio, y las autoridades competentes de los Estados Contratantes se consultarán entre sí cuando fuese necesario.

3. Las disposiciones del apartado 2 no se aplicarán cuando un procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo haya dado lugar a una resolución definitiva en la que se declare que, por los actos que dan lugar al ajuste de beneficios previsto en el apartado 1, una de las empresas implicadas es susceptible de ser sancionada por fraude, negligencia grave o dolo.

Artículo 10

DIVIDENDOS

1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Sin embargo, los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado Contratante también pueden someterse a imposición en ese Estado de conformidad con la legislación de ese Estado, pero si

el beneficiario efectivo de los dividendos es residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del:

- (a) ___ por ciento [*el porcentaje se determinará mediante negociaciones bilaterales*] del importe bruto de los dividendos, si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee directamente al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos, durante un periodo de 365 días que incluye el día de pago de los dividendos (para efectos del cálculo de dicho periodo, no deberán tomarse en cuenta los cambios de propiedad que pudieran derivarse de una reorganización corporativa, tales como una fusión o escisión, de la sociedad que posee las acciones o que paga los dividendos.);
- (b) ___ por ciento [*el porcentaje se determinará mediante negociaciones bilaterales*] del importe bruto de los dividendos, en todos los demás casos.

Las autoridades competentes de los Estados Contratantes establecerán de mutuo acuerdo el modo de aplicación de estas limitaciones. Este apartado no afectará a la tributación de la sociedad con respecto a los beneficios con cargo a los cuales se paguen los dividendos.

3. El término “dividendos” empleado en el presente Artículo significa los rendimientos de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las acciones de fundador o de otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como rentas de otros derechos corporativos que estén sujetos al mismo tratamiento tributario que los rendimientos provenientes de acciones, de conformidad con la legislación del Estado en el que resida la sociedad que los distribuye.

4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no se aplicarán si el beneficiario efectivo de los dividendos, siendo residente de un Estado Contratante, realiza actividades empresariales en el otro Estado Contratante, del que sea residente la sociedad que pague los dividendos, por medio de un establecimiento permanente situado en él, o presta en ese otro Estado, servicios personales independientes a través de una base fija situada en él, y la participación por la que se paguen los dividendos está efectivamente vinculada con ese establecimiento permanente o base fija. En tal caso, se aplicarán las disposiciones del Artículo 7 o del Artículo 14, según corresponda.

5. Cuando una sociedad residente de un Estado Contratante obtenga beneficios o rentas procedentes del otro Estado Contratante, ese otro Estado no puede exigir ningún impuesto sobre los dividendos pagados por la sociedad, salvo en la medida en que dichos dividendos se paguen a un residente de ese otro Estado o si la participación con respecto a la cual se paguen los dividendos está efectivamente vinculada con un establecimiento permanente o base fija situada en ese otro Estado, ni someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuesto sobre los beneficios no distribuidos, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de ese otro Estado.

Artículo 11

INTERESES

1. Los intereses procedentes de un Estado Contratante pagados a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.
2. Sin embargo, los intereses procedentes de un Estado Contratante pueden someterse también a imposición en ese Estado de conformidad con la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de los intereses es residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del ____ por ciento [*el porcentaje se determinará mediante negociaciones bilaterales*] del importe bruto de los intereses. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes determinarán, de mutuo acuerdo, el modo de aplicación de este límite.
3. El término “intereses” empleado en el presente Artículo, se refiere a los rendimientos procedentes de créditos de todo tipo, estén o no garantizados por una hipoteca y conlleven o no un derecho a participar en los beneficios del deudor y, en particular, los rendimientos de los valores públicos y los rendimientos de los bonos u obligaciones, incluidas las primas y los premios vinculados a dichos valores, bonos y obligaciones. Para efectos del presente Artículo, los recargos por pagos tardíos no se considerarán como intereses.
4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no se aplicarán si el beneficiario efectivo de los intereses, siendo residente de un Estado

Contratante, realiza actividades empresariales en el otro Estado Contratante del que procedan los intereses, por medio de un establecimiento permanente situado en él, o presta en ese otro Estado servicios personales independientes a través una base fija situada en él, y el crédito por el que se paguen los intereses está efectivamente vinculado con:

- (a) ese establecimiento permanente o base fija, o con
- (b) las actividades mencionadas en el subapartado (c) del apartado 1 del Artículo 7.

En tales casos se aplicarán las disposiciones del Artículo 7 o del Artículo 14, según corresponda.

5. Se considerará que los intereses se originan en un Estado Contratante cuando el deudor sea un residente de ese Estado. Sin embargo, cuando el deudor que paga los intereses, sea o no residente de un Estado Contratante, tenga en un Estado Contratante un establecimiento permanente o una base fija en relación con los cuales se haya contraído la deuda que da origen a los intereses, y dichos intereses están a cargo de ese establecimiento o base fija, los intereses se considerarán procedentes del Estado en que esté situado el establecimiento permanente o base fija.

6. Cuando, debido a la existencia de una relación especial entre el deudor y el beneficiario efectivo, o entre ambos y cualquier otra persona, el importe de los intereses, habida cuenta del crédito por el que se paguen, exceda del importe que habría sido acordado por el deudor y el beneficiario efectivo en ausencia de tal relación, las disposiciones del presente Artículo únicamente se aplicarán al último importe mencionado. En tal caso, el importe pagado en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado Contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones de este Convenio.

Artículo 12

REGALÍAS

1. Las regalías procedentes de un Estado Contratante y pagadas a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Sin embargo, las regalías procedentes de un Estado Contratante también pueden someterse a imposición en ese Estado según la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de las regalías es un residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder el _____ por ciento [*el porcentaje se determinará mediante negociaciones bilaterales*] del importe bruto de las regalías. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes determinarán de mutuo acuerdo el modo de aplicación de ese límite.

3. El término “regalías” en el sentido de este Artículo significa los pagos de cualquier clase percibidos por el uso, o el derecho al uso, de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas incluidas las películas cinematográficas, o las películas o cintas utilizadas para su difusión por radio o televisión, patentes, marcas, diseños o modelos, planos, formulas o procedimientos secretos, o por el uso o el derecho al uso de equipos industriales, comerciales o científicos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no se aplicarán si el beneficiario efectivo de las regalías, siendo residente de un Estado Contratante, realiza actividades empresariales en el otro Estado Contratante del que proceden las regalías por medio de un establecimiento permanente situado allí, o presta en ese otro Estado servicios personales independientes a través de una base fija situada allí, y el bien o el derecho por el que se pagan las regalías está efectivamente vinculado con

- (a) ese establecimiento permanente o base fija, o con
- (b) las actividades empresariales mencionadas en el subapartado (c) del apartado 1 del Artículo 7.

En tales casos se aplicarán las disposiciones del Artículo 7 o del Artículo 14, según corresponda.

5. Las regalías se consideran procedentes de un Estado Contratante cuando el deudor sea residente de ese Estado. Sin embargo, cuando el deudor de las regalías, sea o no residente de un Estado Contratante, tenga en un Estado Contratante un establecimiento permanente o una base fija con relación a los cuales se haya contraído la obligación de pagar las regalías, y dicho establecimiento permanente o base fija

soporte el pago de las mismas, tales regalías se considerarán procedentes del Estado en que esté situado el establecimiento permanente o la base fija.

6. Cuando por razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo o entre ambos y cualquier otra persona, el importe de las regalías, habida cuenta del uso, derecho o información por la que se paguen, exceda del importe que habría sido acordado entre el deudor y el beneficiario efectivo en ausencia de tal relación, las disposiciones de este Artículo únicamente se aplicarán a este último importe. En tal caso, la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado Contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones de este Convenio.

Artículo 12A

HONORARIOS POR SERVICIOS TÉCNICOS

1. Los honorarios por servicios técnicos procedentes de un Estado Contratante y pagados a un residente de otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Sin embargo, no obstante las disposiciones del Artículo 14 y sujeto a las disposiciones de los Artículos 8, 16 y 17, los honorarios por servicios técnicos procedentes de un Estado Contratante pueden también someterse a imposición en el Estado Contratante del que procedan y conforme a las leyes de dicho Estado, pero si el beneficiario efectivo de los honorarios es un residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del __ por ciento [*el porcentaje se establecerá a través de negociaciones bilaterales*] del monto bruto de los honorarios.

3. El término “honorarios por servicios técnicos” utilizado en este Artículo, significa cualquier pago efectuado por la prestación de un servicio administrativo, técnico o de consultoría, salvo que el pago sea efectuado:

- (a) a un empleado de la persona que efectúa el pago;
- (b) por impartir clases en una institución educativa o por la enseñanza impartida por una institución educativa; o

- (c) por una persona natural por los servicios de uso personal de una persona natural.

4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no podrán aplicarse si el beneficiario efectivo de los honorarios por servicios técnicos, siendo un residente de un Estado Contratante, realiza negocios en el otro Estado Contratante en el cual se originen los honorarios por servicios técnicos a través de un establecimiento permanente ubicado en ese otro Estado, o si presta servicios personales independientes en el otro Estado Contratante desde una base fija ubicada en ese otro Estado, y los honorarios por servicios técnicos estén efectivamente vinculados con:

- (a) ese establecimiento permanente o base fija; o
- (b) las actividades empresariales referidas en el inciso (c) del apartado 1 del Artículo 7.

En tales casos, se aplicarán las disposiciones del Artículo 7 o del Artículo 14, según corresponda.

5. Para efectos de este Artículo, sujeto a lo dispuesto por el apartado 6, se considerará que los honorarios por servicios técnicos proceden de un Estado Contratante si el pagador es un residente de ese Estado, o si la persona que efectúa el pago de honorarios, sea residente de un Estado Contratante o no, tiene en un Estado Contratante un establecimiento permanente o una base fija en relación con la cual se ha incurrido en la obligación de pagar los honorarios, y tales honorarios son soportados por el establecimiento permanente o base fija.

6. Para efectos de este Artículo, no se considerará que los honorarios por servicios técnicos proceden de un Estado Contratante si el pagador es un residente de ese Estado y realiza negocios en el otro Estado Contratante a través de un establecimiento permanente ubicado en ese otro Estado o presta servicios personales independientes a través de una base fija ubicada en ese otro Estado y tales honorarios son soportados por ese establecimiento permanente o base fija.

7. Cuando con motivo de una relación especial entre el pagador y el beneficiario efectivo de los honorarios por servicios técnicos, o entre ambos y otra persona, habida cuenta de los servicios por los que se pagan, el monto de los honorarios exceda el importe que hubiera sido acordado por el pagador y el beneficiario efectivo en ausencia de esa relación, las disposiciones de este Artículo únicamente se aplicarán

a este último importe. En este caso, la parte excedente de los honorarios permanecerá sujeta a imposición conforme a las leyes de cada Estado Contratante, debiendo considerar las demás disposiciones de este Convenio.

Artículo 12B

**RENTA PROVENIENTE DE
SERVICIOS DIGITALES AUTOMATIZADOS**

1. La renta proveniente de los servicios digitales automatizados procedentes de un Estado Contratante, cuyos pagos subyacentes se efectúan a un residente del otro Estado Contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.
2. Sin embargo, sujeto a las disposiciones del Artículo 8 y no obstante las disposiciones del Artículo 14, la renta proveniente de los servicios digitales automatizados procedente de un Estado Contratante puede someterse a imposición también en el Estado Contratante del que procede, de acuerdo con la legislación de dicho Estado, pero si el beneficiario efectivo de la renta es un residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no deberá exceder del ___ por ciento [*el porcentaje será establecido a través de negociaciones bilaterales*] del importe bruto de los pagos subyacentes a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados.
3. Las disposiciones del apartado 2 no resultarán aplicables si el beneficiario efectivo de la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, siendo residente de un Estado Contratante, solicita al otro Estado Contratante donde se origina esa renta, someter a imposición la renta calificada proveniente de los servicios digitales automatizados, relativa al año fiscal en cuestión, a la tasa prevista en la legislación doméstica de ese Estado. Si el beneficiario efectivo así lo solicita, sujeto a las disposiciones del Artículo 8 y no obstante las disposiciones del Artículo 14, la imposición por ese Estado Contratante se llevará a cabo de dicha manera. A los efectos de este apartado, la renta calificada consistirá en el 30 por ciento del importe que resulte de aplicar el margen de utilidad, relativo al segmento de los servicios digitales automatizados del beneficiario efectivo, al ingreso bruto anual

derivado de los servicios digitales automatizados obtenidos del Estado Contratante del cual procede esa renta. Si el beneficiario efectivo no mantiene cuentas segmentadas, la determinación de la renta calificada se efectuará a partir de su margen de utilidad global. Sin embargo, cuando el beneficiario efectivo pertenezca a un grupo empresarial multinacional, el margen de utilidad que deberá emplearse será aquél del grupo referido al segmento relativo a la renta comprendida en este Artículo, o el global del grupo en el caso en que el grupo no mantenga cuentas segmentadas, en la medida que ese margen de utilidad del grupo empresarial multinacional resulte superior al margen de utilidad del beneficiario efectivo antes mencionado. Cuando el margen de utilidad del segmento o, según corresponda, el margen de utilidad global del grupo empresarial multinacional al que pertenece el beneficiario efectivo, no se encuentre a disposición del Estado Contratante del cual procede la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, las disposiciones de este apartado no se aplicarán; en cuyo caso, resultarán aplicables las disposiciones del apartado 2.

4. A los efectos del apartado 3, “grupo empresarial multinacional” significa cualquier “grupo” que incluya dos o más empresas con residencia fiscal en diferentes jurisdicciones. Además, a los efectos del apartado 3, se define el término “grupo” como un conjunto de empresas vinculadas por la propiedad o el control, de manera tal que se esté requerido a elaborar estados financieros consolidados para efectos de reportar información financiera en virtud de los principios contables aplicables o lo estaría si se negociaran participaciones en el capital de cualquiera de las empresas en un mercado público de valores.

5. La expresión “servicios digitales automatizados” tal como se emplea en este Artículo significa cualquier servicio prestado en Internet u otra red electrónica, que requiere, en cualquier caso, una intervención humana mínima por parte del prestador del servicio.

6. La expresión “servicios digitales automatizados” incluye especialmente:

- (a) servicios de publicidad en línea;
- (b) provisión de datos sobre usuarios;
- (c) motores de búsqueda en línea;
- (d) servicios de plataformas de intermediación en línea;

- (e) plataformas de redes sociales;
- (f) servicios de contenido digital;
- (g) juegos en línea;
- (h) servicios de computación en la nube; y
- (i) servicios de enseñanza en línea estandarizados.

7. Las disposiciones de este Artículo no resultarán aplicables si los pagos subyacentes a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados califican como “regalías” u “honorarios por servicios técnicos” conforme el Artículo 12 o el Artículo 12A, según corresponda.

8. Las disposiciones de los apartados 1, 2 y 3 no resultarán aplicables si el beneficiario efectivo de la renta de servicios digitales automatizados, residente de un Estado Contratante, realiza negocios en el otro Estado Contratante del cual procede la renta proveniente de los servicios digitales automatizados a través de un establecimiento permanente ubicado en ese otro Estado, o presta en el otro Estado Contratante, servicios personales independientes a partir de una base fija situada en ese otro Estado, y la renta proveniente de los servicios digitales automatizados está efectivamente vinculada con:

- (a) ese establecimiento permanente o base fija; o con
- (b) las actividades empresariales referidas en el inciso (c) del apartado 1 del Artículo 7.

En tales casos se aplicarán las disposiciones del Artículo 7 o el Artículo 14, según corresponda.

9. Para efectos de este Artículo y sujeto a lo dispuesto en el apartado 10, se considerará que la renta proveniente de los servicios digitales automatizados procede de un Estado Contratante si, quien efectúa los pagos subyacentes a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, es un residente de ese Estado, o si la persona que efectúa los pagos subyacentes a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, sea o no residente de un Estado Contratante, tiene en un Estado Contratante un establecimiento permanente o base fija en relación con el cual se ha contraído la obligación de efectuar los pagos, y dichos pagos son soportados por el establecimiento permanente o base fija.

10. A los efectos de este Artículo, no se considerará que la renta proveniente de los servicios digitales automatizados procede de un Estado Contratante si quien efectúa los pagos subyacentes a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados es un residente de ese Estado y realiza actividades empresariales en el otro Estado Contratante a través de un establecimiento permanente ubicado en ese otro Estado, o presta en el otro Estado Contratante servicios personales independientes a partir de una base fija situada en ese otro Estado, y dichos pagos subyacentes a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados son soportados por ese establecimiento permanente o base fija.

11. Cuando, por razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo de la renta proveniente de los servicios digitales automatizados o entre ambos y cualquier otra persona, el importe de los pagos subyacentes a dicha renta, habida cuenta de los servicios por la que se paguen, exceda del importe que habría sido acordado entre el deudor y el beneficiario efectivo en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este Artículo únicamente se aplicarán a este último importe. En tal caso, la cuantía en exceso de los pagos subyacentes a dicha renta proveniente de los servicios digitales automatizados podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado Contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones de este Convenio.

Artículo 13

GANANCIAS DE CAPITAL

1. Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación de los bienes inmuebles a los que se refiere el Artículo 6, situados en el otro Estado Contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Las ganancias provenientes de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante, o de bienes muebles que pertenezcan a una base fija de que disponga un residente de un Estado Contratante en el otro Estado Contratante para la prestación de servicios personales independientes,

incluidas las ganancias de la enajenación de dicho establecimiento permanente (solo o con el conjunto de la empresa de la que forme parte) o de dicha base fija, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

3. Las ganancias obtenidas por una empresa de un Estado Contratante, que opere buques o aeronaves en el tráfico internacional, provenientes de la enajenación de dichos buques o aeronaves, o de bienes muebles afectados a la operación de dichos buques o aeronaves, solo podrán someterse a imposición en ese Estado.

4. Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado Contratante de la enajenación de acciones o participaciones similares, tales como la participación en una asociación de personas (*partnership*) o en un fideicomiso (*trust*), pueden someterse a imposición en el otro Estado Contratante si, en cualquier momento durante los 365 días que preceden a la enajenación, el valor de dichas acciones o participaciones similares procede en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, de bienes inmuebles tal como se definen en el Artículo 6, situados en ese otro Estado.

5. Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación de acciones de una sociedad, o de participaciones similares, tales como la participación en una asociación de personas (*partnership*) o en un fideicomiso (*trust*), que sea residente del otro Estado Contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado si el enajenante, en cualquier momento durante el período de 365 días anteriores a dicha enajenación, tuvo una participación directa o indirecta de al menos el _____ por ciento [*el porcentaje se determinará mediante negociaciones bilaterales*] en el capital de esa sociedad o entidad.

6. Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado Contratante de la enajenación de un derecho otorgado bajo la ley del otro Estado Contratante que permita el uso de recursos que están naturalmente presentes en ese otro Estado y bajo la jurisdicción de ese otro Estado, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

7. Sujeto a lo dispuesto en los apartados 4 y 5, las ganancias obtenidas por un residente de un Estado Contratante de la enajenación de acciones de una sociedad, o de participaciones similares en una entidad, tales como la participación en una asociación de personas

(*partnership*) o en un fideicomiso (*trust*), pueden someterse a imposición en el otro Estado Contratante si:

- (a) el enajenante, en cualquier momento durante los 365 días que preceden a la enajenación, ha poseído directa o indirectamente al menos el ____ por ciento [*el porcentaje se determinará mediante negociaciones bilaterales*] del capital de esa sociedad o entidad; y
 - (b) en cualquier momento durante los 365 días que preceden a la enajenación, el valor de dichas acciones o participaciones similares procede en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, de
 - (i) una propiedad, donde la ganancia proveniente de ella habría estado gravada en ese otro Estado de acuerdo a las disposiciones anteriores de este Artículo, si dicha ganancia hubiera sido obtenida por un residente del Estado mencionado en primer lugar por la enajenación de esa propiedad en ese momento, o
 - (ii) cualquier combinación de propiedades a los que se hace referencia en la subdivisión (i).
8. Las ganancias provenientes de cualquier otra propiedad distinta de las mencionadas en los apartados 1 al 7 solo podrán someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida el enajenante.

Artículo 14

SERVICIOS PERSONALES INDEPENDIENTES

1. Las rentas obtenidas por un residente de un Estado Contratante con respecto a servicios profesionales u otras actividades de carácter independiente solo podrán someterse a imposición en ese Estado, excepto en las siguientes circunstancias en las que esas rentas podrán ser sometidas a imposición también en el otro Estado Contratante:

- (a) si dicho residente tiene una base fija de la que disponga regularmente en el otro Estado Contratante para el desempeño de sus actividades; en tal caso, solo puede someterse a imposición en ese otro Estado la parte de la renta que sea atribuible a dicha base fija; o

- (b) si dicho residente permanece en el otro Estado Contratante por un período o varios períodos que en total sumen o excedan 183 días dentro de cualquier período de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado; en tal caso, solo la parte de la renta obtenida por el desarrollo de sus actividades en ese otro Estado pueden someterse a imposición en ese otro Estado.
2. El término “servicios profesionales” comprende especialmente las actividades independientes de carácter científico, literario, artístico, educativas o de enseñanza, así como las actividades independientes de médicos, abogados, ingenieros, arquitectos, odontólogos y contadores.

Artículo 15

SERVICIOS PERSONALES DEPENDIENTES

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 16, 18 y 19, los sueldos, salarios y otras remuneraciones análogas obtenidos por un residente de un Estado Contratante por razón de un empleo, solo pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que el empleo se ejerza en el otro Estado Contratante. Sí el empleo se ejerce en este último Estado, las remuneraciones provenientes del mismo podrán someterse a imposición en ese otro Estado.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado Contratante por razón de un empleo ejercido en el otro Estado Contratante solo podrán someterse a imposición en el Estado mencionado en primer término si:
- (a) el receptor permanece en el otro Estado durante un período o varios períodos cuya duración no exceda en conjunto 183 días, en cualquier período de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado; y
 - (b) las remuneraciones se pagan por, o en nombre de, un empleador que no es residente del otro Estado; y
 - (c) las remuneraciones no son soportadas por un establecimiento permanente o una base fija que el empleador tenga en el otro Estado.

3. No obstante las disposiciones precedentes de este Artículo, las remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado Contratante por razón de un empleo ejercido a bordo de un buque o aeronave operados en el tráfico internacional como miembro de la tripulación habitual del buque o aeronave, solo podrán someterse a imposición exclusivamente en ese Estado, excepto cuando el buque o aeronave se operen únicamente entre puntos situados en el otro Estado Contratante.

Artículo 16

REMUNERACIONES DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS Y DE LOS DIRECTIVOS DE ALTO NIVEL

1. Las remuneraciones de los miembros de juntas directivas y otros pagos análogos recibidos por un residente de un Estado Contratante en su calidad de miembro de la junta directiva de una sociedad residente en el otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado Contratante.
2. Los sueldos, salarios y remuneraciones similares obtenidos por un residente de un Estado Contratante en su calidad de empleado con un alto cargo directivo de una empresa que sea residente de ese otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

Artículo 17

PROFESIONALES DEL ESPECTÁCULO Y DEPORTISTAS

1. No obstante las disposiciones de los Artículos 14 y 15, las rentas que un residente de un Estado Contratante obtenga como profesional del espectáculo, tal como artista de teatro, cine, radio o televisión, o músico o deportista, por sus actividades personales como tal en el otro Estado Contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.
2. Cuando las rentas correspondientes a las actividades personales de un profesional del espectáculo o un deportista en su calidad de tal, no sean percibidas en favor del propio profesional o deportista sino de un tercero, esas rentas podrán, no obstante las disposiciones de los

Artículos 7, 14 y 15, ser sometidas a imposición en el Estado Contratante en el que desarrolle sus actividades tal profesional o deportista.

Artículo 18

PENSIONES Y PAGOS POR SEGURIDAD SOCIAL

Artículo 18 (Alternativa A)

1. Sin perjuicio de las disposiciones del apartado 2 del Artículo 19, las pensiones y otras remuneraciones similares pagadas por un empleo anterior a un residente de un Estado Contratante solo podrán someterse a imposición en ese Estado.
2. No obstante las disposiciones del apartado 1, las pensiones y otros pagos hechos en virtud de un plan público de pensiones, que sea parte del sistema de seguridad social de un Estado Contratante o de una subdivisión política o de una administración local de éste, solo pueden someterse a imposición en ese Estado.

Artículo 18 (Alternativa B)

1. Sin perjuicio de las disposiciones del apartado 2 del Artículo 19, las pensiones y otras remuneraciones similares pagadas por un empleo anterior a un residente de un Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese Estado.
2. Sin embargo, esas pensiones y otras remuneraciones similares pueden someterse a imposición también en el otro Estado Contratante si el pago es efectuado por un residente de ese otro Estado o si la persona que paga las pensiones o remuneraciones similares, sea o no residente de un Estado Contratante, tiene en ese otro Estado un establecimiento permanente o una base fija en relación con el cual se haya incurrido en la obligación de pagar las pensiones o remuneraciones similares, y dicho establecimiento o base fija soporta el pago de las mismas.
3. No obstante las disposiciones de los apartados 1 y 2, las pensiones y otros pagos hechos en virtud de un plan público de pensiones, que sea parte del sistema de seguridad social de un Estado Contratante

o de una subdivisión política o de una administración local de éste, solo podrán someterse a imposición en ese Estado.

Artículo 19

SERVICIOS OFICIALES

1. (a) Los sueldos, salarios y otras remuneraciones similares pagados por un Estado Contratante, una subdivisión política o una administración local de éste, a una persona natural por servicios prestados a ese Estado, subdivisión política o administración local solo podrán someterse a imposición en ese Estado.
- (b) Sin embargo, dichos sueldos, salarios y otras remuneraciones similares solo podrán someterse a imposición en el otro Estado Contratante si los servicios se prestan en ese otro Estado y la persona natural es un residente de ese Estado que:
 - (i) es nacional de ese Estado; o
 - (ii) no se haya convertido en residente de ese Estado con el único fin de prestar tales servicios.
2. (a) No obstante las disposiciones del apartado 1, las pensiones y otras remuneraciones similares pagadas por un Estado Contratante o una subdivisión política o administración local de éste o con cargo a fondos creados por ellos, a una persona natural, por servicios prestados a ese Estado, subdivisión política o administración local, solo podrán someterse a imposición en ese Estado.
- (b) Sin embargo, dichos sueldos, salarios y otras remuneraciones similares solo podrán someterse a imposición en el otro Estado Contratante si la persona natural es residente y nacional de ese otro Estado.
3. Las disposiciones de los Artículos 15, 16, 17 y 18 se aplicarán a los sueldos, salarios, pensiones y otras remuneraciones similares por servicios prestados en relación con una actividad empresarial realizada por un Estado Contratante o una subdivisión política o administración local de éste.

Artículo 20

ESTUDIANTES

Los pagos que reciba para cubrir su manutención, educación o entrenamiento un estudiante, pasante o aprendiz de empresa, que sea o haya sido inmediatamente antes de llegar a un Estado Contratante, residente del otro Estado Contratante y que se encuentre en el Estado mencionado con el único fin de recibir educación o formación, no se someterán a imposición en ese Estado, siempre que procedan de fuentes situadas fuera de ese Estado.

Artículo 21

OTRAS RENTAS

1. Los elementos de la renta de un residente de un Estado Contratante, sea cual fuere su origen, que no se traten en los Artículos anteriores de este Convenio, solo podrán someterse a imposición en ese Estado.
2. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará a las rentas distintas de las rentas procedentes de los bienes inmuebles, tal como se definen en el apartado 2 del Artículo 6, si el receptor de tales rentas, siendo un residente de un Estado Contratante, realiza actividades empresariales en el otro Estado Contratante a través de un establecimiento permanente situado en él o presta en ese otro Estado servicios personales independientes a través de una base fija situada en él, y el derecho o propiedad por el que se paga la renta está efectivamente vinculado con ese establecimiento permanente o base fija. En tal caso se aplicarán las disposiciones del Artículo 7 o del Artículo 14, según corresponda.
3. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, los elementos de renta de un residente de un Estado Contratante que no se traten en los Artículos anteriores de este Convenio y tengan su origen en el otro Estado Contratante también pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

Capítulo IV

TRIBUTACIÓN SOBRE EL CAPITAL

Artículo 22

CAPITAL

1. El capital constituido por los bienes inmuebles mencionados en el Artículo 6, que sea propiedad de un residente de un Estado Contratante y que esté situado en el otro Estado Contratante, puede someterse a imposición en ese otro Estado.
2. El capital constituido por bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante, o por bienes muebles que pertenezcan a una base fija que un residente de un Estado Contratante disponga en el otro Estado Contratante para la prestación de servicios personales independientes, puede someterse a imposición en ese otro Estado.
3. El capital representado por buques o aeronaves de una empresa de un Estado Contratante que opere dichos buques o aeronaves en tráfico internacional, y por bienes muebles relacionados a la operación de tales buques o aeronaves, solo podrá someterse a imposición en ese Estado.
- [4. Todos los demás elementos del capital de un residente de un Estado Contratante solo podrán someterse a imposición en ese Estado.]

[La cuestión de la imposición de todos los demás elementos del capital de un residente de un Estado Contratante se deja a las negociaciones bilaterales. Si las partes negociadoras deciden incluir en el Convenio un Artículo sobre la imposición del capital, tendrán que determinar si utilizan el texto del apartado 4, u otro texto que atribuya derechos de imposición al Estado donde el capital está situado.]

Capítulo V

MÉTODOS PARA ELIMINAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN

Artículo 23A

MÉTODO DE EXENCIÓN

1. Cuando un residente de un Estado Contratante perciba rentas o sea propietario de capital, que conforme a lo dispuesto en este Convenio, puedan someterse a imposición en el otro Estado Contratante (salvo en la medida en que tales disposiciones permitan la imposición por ese otro Estado únicamente porque la renta sea también renta percibida por un residente de ese Estado o porque el capital sea también capital propiedad de un residente de ese Estado), el Estado mencionado en primer lugar dejará exentas dichas rentas o capital, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3.
2. Cuando un residente de un Estado Contratante obtenga elementos de renta que, conforme a las disposiciones de los Artículos 10, 11, 12, 12A y 12B puedan someterse a imposición en el otro Estado Contratante, el Estado mencionado en primer lugar admitirá la deducción en el impuesto sobre la renta de ese residente de un importe igual al impuesto pagado en ese otro Estado. Sin embargo, dicha deducción no podrá exceder de la parte del impuesto, calculado antes de la deducción, correspondiente a dichos elementos de renta que puedan ser sometidos a imposición en ese otro Estado.
3. Cuando, de conformidad con cualquier disposición del Convenio, las rentas obtenidas por un residente de un Estado Contratante, o el capital del que sea propietario, estén exentos de imposición en ese Estado, dicho Estado podrá no obstante tener en cuenta, a efectos de calcular el importe del impuesto sobre el resto de las rentas o el capital de dicho residente, las rentas o el capital exentos.
4. Lo dispuesto en el apartado 1 no es aplicable a la renta que perciba o al capital del que sea propietario un residente de un Estado

Contratante cuando el otro Estado Contratante aplique las disposiciones de este Convenio para exonerar de imposición tales rentas o capital, o cuando aplique lo dispuesto en el apartado 2 de los Artículos 10, 11, 12 o 12A, o las disposiciones del Artículo 12B, a dichas rentas; en el caso que el otro Estado Contratante no exonere la renta, el Estado mencionado en primer lugar permitirá la deducción del impuesto previsto en el apartado 2.

Artículo 23B

MÉTODO DE CRÉDITO

1. Cuando un residente de un Estado Contratante obtenga rentas o sea propietario de capital que, conforme a lo dispuesto en este Convenio, puedan someterse a imposición en el otro Estado Contratante (salvo en la medida en que tales disposiciones permitan la imposición por ese otro Estado únicamente porque la renta sea también renta percibida por un residente de ese Estado o porque el capital sea también capital propiedad de un residente de ese Estado), el Estado mencionado en primer lugar permitirá:

- (a) la deducción en el impuesto sobre la renta de ese residente de un importe igual al impuesto sobre la renta pagado en ese otro Estado;
- (b) la deducción en el impuesto sobre el capital de ese residente de un importe igual al impuesto sobre el capital pagado en ese otro Estado.

Sin embargo, dicha deducción, en uno y otro caso, no podrá exceder de la parte del impuesto sobre la renta o sobre el capital, calculado antes de la deducción, correspondiente a las rentas o al capital que puedan someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Cuando, de conformidad con cualquier disposición del Convenio, las rentas obtenidas por un residente de un Estado Contratante, o el capital del que sea propietario, estén exentos de imposición en ese Estado, dicho Estado podrá no obstante tener en cuenta, a efectos de calcular el importe del impuesto sobre el resto de las rentas o el capital de dicho residente, las rentas o el capital exentos.

Capítulo VI

DISPOSICIONES ESPECIALES

Artículo 24

NO DISCRIMINACIÓN

1. Los nacionales de un Estado Contratante no estarán sujetos en el otro Estado Contratante a ningún impuesto u obligación relacionada con el mismo que no sea exigible o que resulte más gravoso que aquellos a los que estén o puedan estar sujetos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia. No obstante las disposiciones del Artículo 1, esta disposición aplicará también a las personas que no sean residentes de uno o de ninguno de los dos Estados Contratantes.
2. Los apátridas que sean residentes de un Estado Contratante no estarán sujetos en ninguno de los Estados Contratantes a ningún impuesto u obligación relacionada con el mismo, que no sea exigible o que resulte más gravoso que aquellos a los que estén o puedan estar sujetos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia.
3. La imposición sobre los establecimientos permanentes que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante, no será menos favorable que para las empresas de ese otro Estado que realicen las mismas actividades. Esta disposición no podrá interpretarse en el sentido de que se obligue a un Estado Contratante a otorgar a los residentes del otro Estado Contratante alguna deducción personal, exención o reducción impositiva que otorgue a sus propios residentes en consideración a su estado civil o a sus responsabilidades familiares.
4. Excepto que las disposiciones del apartado 1 del Artículo 9, apartado 6 del Artículo 11, apartado 6 del Artículo 12, apartado 7 del Artículo 12A, o apartado 11 del Artículo 12B apliquen, los intereses, regalías, honorarios por servicios técnicos, y los pagos correspondientes de rentas provenientes de servicios digitales automatizados, así como otros gastos pagados por una empresa de un Estado Contratante

a un residente del otro Estado Contratante, serán deducibles para efectos de determinar la utilidad imponible de esa empresa, bajo las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar. Asimismo, las deudas que una empresa de un Estado Contratante tenga con un residente del otro Estado Contratante serán deducibles para efectos de determinar el capital imponible de dicha empresa, bajo las mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente del Estado mencionado en primer lugar.

5. Las empresas de un Estado Contratante cuyo capital sea total o parcialmente propiedad o esté bajo el control, directo o indirecto, de uno o varios residentes del otro Estado Contratante, no estarán sujetas en el Estado mencionado en primer lugar a ningún impuesto u obligación relacionada con el mismo, que no sea exigible o resulte más gravoso que aquellos a los que estén o puedan estar sujetas otras empresas similares del Estado mencionado en primer lugar.

6. No obstante las disposiciones del Artículo 2, las disposiciones de este Artículo resultan aplicables a todos los impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación.

Artículo 25

PROCEDIMIENTO DE ACUERDO MUTUO

Artículo 25 (Alternativa A)

1. Cuando una persona considere que las acciones de uno o ambos Estados Contratantes resultan o pueden resultar para esa persona en una imposición no conforme a las disposiciones de este Convenio, esa persona puede, con independencia de los recursos previstos en la legislación interna de esos Estados, someter su caso ante la autoridad competente del Estado Contratante del cual esa persona es residente o, si se trata de un caso comprendido en el apartado 1 del Artículo 24, ante aquella del Estado Contratante del cual sea nacional. El caso debe presentarse dentro de los tres años desde la primera notificación de la acción que resulta en una imposición no conforme a las disposiciones del Convenio.

2. La autoridad competente deberá hacer lo posible, si el reclamo le parece justificado y no puede llegar por sí misma a una solución satisfactoria, para resolver el caso de mutuo acuerdo con la autoridad competente del otro Estado Contratante, con el objeto de evitar una imposición no conforme a este Convenio. Todo acuerdo alcanzado deberá implementarse con independencia de los plazos de prescripción previstos en la legislación interna de los Estados Contratantes.

3. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes harán todo lo posible para resolver de mutuo acuerdo toda dificultad o duda relacionada con la interpretación o la aplicación del Convenio. También podrán consultarse con respecto a la eliminación de la doble imposición en casos no previstos en el Convenio.

4. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes pueden comunicarse entre sí directamente, incluso a través de comisiones mixtas integradas por ellas mismas o sus representantes, con el objeto de alcanzar un acuerdo en el marco de los apartados precedentes. Las autoridades competentes, mediante consultas, podrán desarrollar, bilateralmente, procedimientos, condiciones, métodos y técnicas para la implementación del procedimiento de acuerdo mutuo previsto en este Artículo.

Artículo 25 (Alternativa B)

1. Cuando una persona considere que las acciones de uno o ambos Estados Contratantes resultan o pueden resultar para esa persona en una imposición no conforme a las disposiciones de este Convenio, esa persona puede, con independencia de los recursos previstos en la legislación interna de esos Estados, someter su caso ante la autoridad competente del Estado Contratante del cual esa persona es residente o, si se trata de un caso comprendido en el apartado 1 del Artículo 24, ante aquella del Estado Contratante del cual sea nacional. El caso debe presentarse dentro de los tres años desde la primera notificación de la acción que resulta en una imposición no conforme a las disposiciones del Convenio.

2. La autoridad competente deberá hacer lo posible, si el reclamo le parece justificado y no puede llegar por sí misma a una solución satisfactoria, para resolver el caso de mutuo acuerdo con la autoridad

competente del otro Estado Contratante, con el objeto de evitar una imposición no conforme a este Convenio. Todo acuerdo alcanzado deberá implementarse con independencia de los plazos de prescripción previstos en la legislación interna de los Estados Contratantes.

3. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes harán todo lo posible para resolver de mutuo acuerdo toda dificultad o duda relacionada con la interpretación o la aplicación del Convenio. También podrán consultarse con respecto a la eliminación de la doble imposición en casos no previstos en el Convenio.

4. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes pueden comunicarse entre sí directamente, incluso a través de comisiones mixtas integradas por ellas mismas o sus representantes, con el objeto de alcanzar un acuerdo en el marco de los apartados precedentes. Las autoridades competentes, mediante consultas, podrán desarrollar, bilateralmente, procedimientos, condiciones, métodos y técnicas para la implementación del procedimiento de acuerdo mutuo previsto en este Artículo.

5. Cuando,

- (a) en virtud del apartado 1, una persona hubiere presentado un caso ante la autoridad competente de un Estado Contratante por considerar que las acciones adoptadas por uno o por ambos Estados Contratantes resultaron, para esa persona, en una imposición no conforme a las disposiciones de este Convenio, y
- (b) las autoridades competentes no logran ponerse de acuerdo para resolver el caso, en virtud de lo dispuesto en el apartado 2, dentro de los tres años desde la presentación del caso a la autoridad competente del otro Estado Contratante,

toda cuestión no resuelta relacionada con el caso se someterá a arbitraje, si cualquiera de las autoridades competentes así lo solicita. La persona que ha presentado el caso será notificada acerca de esa solicitud. Sin embargo, las cuestiones no resueltas del caso no se someterán a arbitraje si un órgano judicial o administrativo de cualquiera de los dos Estados ya se hubiere pronunciado previamente sobre dichas cuestiones. La decisión arbitral será vinculante para ambos Estados y se aplicará con independencia de los plazos de prescripción previstos en la legislación interna de esos Estados, a no ser que ambas autoridades

competentes acuerden una solución diferente dentro de los seis meses desde que les hubiere sido comunicada la decisión, o que una persona directamente afectada por el caso no acepte el acuerdo mutuo alcanzado para poner en práctica la decisión arbitral. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes acordarán de mutuo acuerdo el modo de aplicación de este apartado.

Artículo 26

INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

1. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes intercambiarán la información que sea previsiblemente relevante para la aplicación de las disposiciones de este Convenio, o para la administración o cumplimiento de la legislación interna de los Estados Contratantes relativa a los impuestos de cualquier naturaleza o denominación, exigibles por los Estados Contratantes, sus subdivisiones políticas o administraciones locales, siempre que la tributación prevista en dicha legislación interna no sea contraria al Convenio. Se intercambiará, en particular, información que pueda ser útil a un Estado Contratante para la prevención de la elusión o la evasión de tales impuestos. El intercambio de información no estará limitado por los Artículos 1 y 2.

2. La información recibida por un Estado Contratante en virtud del apartado 1 se considerará secreta, de la misma forma que la información obtenida de conformidad con la legislación interna de ese Estado, y solo será revelada a las personas o autoridades (incluidos los órganos jurisdiccionales y administrativos) encargadas de la liquidación o recaudación de los impuestos a los que hace referencia el apartado 1, de su aplicación efectiva o enjuiciamiento por el incumplimiento relativo a los mismos, de la resolución de los recursos referentes a tales impuestos, o de la supervisión de las funciones antes mencionadas. Dichas personas o autoridades solo utilizarán la información para los mencionados fines y podrán revelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales. No obstante lo anterior, la información recibida por un Estado Contratante podrá utilizarse para otros fines cuando, conforme a las leyes de ambos Estados, pueda

utilizarse para esos otros fines y la autoridad competente del Estado que suministra la información autorice dicho uso.

3. En ningún caso se interpretarán las disposiciones de los apartados 1 y 2 en el sentido de imponer a un Estado Contratante la obligación de:

- (a) ejecutar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa, o a las del otro Estado Contratante;
- (b) suministrar información que no se pueda obtener en virtud de su legislación o del ejercicio de su práctica administrativa ordinaria, o de las del otro Estado Contratante;
- (c) suministrar información que pueda revelar un secreto mercantil, empresarial, industrial, comercial o profesional o un procedimiento comercial, o información cuya revelación sea contraria al orden público (*ordre public*).

4. Cuando un Estado Contratante solicite información de conformidad con este Artículo, el otro Estado Contratante utilizará las medidas de que disponga para obtener la información solicitada, aun cuando ese otro Estado pueda no necesitar dicha información para sus propios fines tributarios. La obligación contenida en el enunciado anterior está sujeta a las limitaciones previstas en el apartado 3, pero en ningún caso tales limitaciones se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado Contratante negarse a suministrar información únicamente porque no tenga interés para efectos internos en dicha información.

5. En ningún caso las disposiciones del apartado 3 se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado Contratante negarse a suministrar información únicamente porque la información esté en poder de un banco, otra institución financiera, mandatario o persona que actúe en capacidad de agencia o fiduciaria, o porque esa información esté relacionada con la participación en el capital de una persona.

6. Las autoridades competentes desarrollarán, a través de consultas, métodos y técnicas apropiadas concernientes a los asuntos con respecto a los cuales se intercambiará información conforme al apartado 1.

Artículo 27

ASISTENCIA EN LA RECAUDACIÓN DE IMPUESTOS ¹³

1. Los Estados Contratantes se prestarán asistencia mutua en la recaudación de sus créditos tributarios. Esta asistencia no estará limitada por los Artículos 1 y 2. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes podrán determinar el modo de aplicación de este Artículo por acuerdo mutuo.

2. El término “crédito tributario” en el sentido de este Artículo, significa un importe debido en relación con los impuestos de cualquier naturaleza o denominación exigidos por los Estados Contratantes, sus subdivisiones políticas o sus administraciones locales, en la medida en que esta imposición no sea contraria a este Convenio o a cualquier otro instrumento del que los Estados Contratantes sean parte, y comprende asimismo los intereses, las sanciones administrativas y los costes de recaudación o de establecimiento de medidas cautelares relacionados con dicho importe.

3. Cuando un crédito tributario de un Estado Contratante sea exigible en virtud de la legislación de ese Estado y el deudor sea una persona que conforme a la legislación de ese Estado no pueda impedir en ese momento su recaudación, a petición de las autoridades competentes de ese Estado las autoridades competentes del otro Estado Contratante aceptarán dicho crédito tributario a los fines de su recaudación. Dicho otro Estado recaudará el crédito tributario de acuerdo con lo dispuesto en su legislación relativa a la aplicación y recaudación de sus propios impuestos como si se tratara de un crédito tributario propio.

13 En algunos países, la legislación interna, o consideraciones políticas o administrativas, pueden impedir o no justificar el tipo de asistencia prevista en este Artículo o pueden requerir que este tipo de asistencia esté restringida, por ejemplo, a los países que tengan sistemas o administraciones tributarios similares, o a los impuestos comprendidos en el Convenio. Por tal motivo, el Artículo deberá incluirse únicamente en aquellos Convenios en los que cada Estado concluya que, basado en los factores descritos en el párrafo 1 del Comentario al Artículo, pueden acordar la prestación de asistencia en la recaudación de impuestos exigidos por el otro Estado.

4. Cuando un crédito tributario de un Estado Contratante sea de naturaleza tal que ese Estado pueda, en virtud de su legislación interna, adoptar medidas cautelares que aseguren su recaudación, a petición de las autoridades competentes de dicho Estado, las autoridades competentes del otro Estado Contratante aceptarán dicho crédito tributario a los fines de adoptar tales medidas cautelares. Ese otro Estado adoptará las medidas cautelares de acuerdo con lo dispuesto en su legislación como si se tratara de un crédito tributario propio, aun cuando en el momento de la aplicación de dichas medidas el crédito tributario no fuera exigible en el Estado mencionado en primer lugar o su deudor fuera una persona con derecho a impedir su recaudación.

5. No obstante lo dispuesto en los apartados 3 y 4, un crédito tributario aceptado por un Estado Contratante a los efectos de dichos apartados, no estará sujeto en ese Estado a la prescripción o prelación aplicables a los créditos tributarios conforme a su legislación interna por razón de su naturaleza. Asimismo, un crédito tributario aceptado por un Estado Contratante, a los efectos de los apartados 3 o 4, no disfrutará en ese Estado de las prelación aplicables a los créditos tributarios en virtud de la legislación del otro Estado Contratante.

6. Los procedimientos relativos a la existencia, validez o cuantía del crédito tributario de un Estado Contratante no podrán incoarse ante los órganos jurisdiccionales o administrativos del otro Estado Contratante.

7. Cuando en un momento posterior a la solicitud de recaudación realizada por un Estado Contratante en virtud de los apartados 3 o 4, y previo a su recaudación y remisión por el otro Estado Contratante, el crédito tributario dejara de ser:

- (a) en el caso de una solicitud presentada en virtud del apartado 3, un crédito del Estado Contratante mencionado en primer lugar, exigible conforme a su legislación y cuyo deudor sea una persona que, en ese momento, y según la legislación de ese Estado, no pudiera impedir su recaudación, o
- (b) en el caso de una solicitud presentada en virtud del apartado 4, un crédito del Estado Contratante mencionado en primer lugar,

respecto del que ese Estado, conforme a su legislación, pueda adoptar medidas cautelares para asegurar su recaudación;

la autoridad competente del Estado mencionado en primer lugar notificará sin dilación a la autoridad competente del otro Estado ese hecho y, según decida ese otro Estado, el Estado mencionado en primer lugar suspenderá o retirará su solicitud.

8. Las disposiciones de este Artículo no podrán interpretarse en ningún caso en el sentido de obligar a un Estado Contratante a:

- (a) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o a su práctica administrativa o a las del otro Estado Contratante;
- (b) adoptar medidas contrarias al orden público (*ordre public*);
- (c) prestar asistencia si el otro Estado Contratante no ha aplicado todas las medidas cautelares o para la recaudación, según sea el caso, que sean razonables y de las que disponga conforme a su legislación o práctica administrativa;
- (d) prestar asistencia en aquellos casos en que la carga administrativa para ese Estado esté claramente desproporcionada con respecto al beneficio que vaya a obtener el otro Estado Contratante.

Artículo 28

MIEMBROS DE MISIONES DIPLOMÁTICAS Y OFICINAS CONSULARES

Nada de lo dispuesto en este Convenio afectará los privilegios fiscales de los que disfruten los miembros de las misiones diplomáticas o de las oficinas consulares, de acuerdo con los principios generales del derecho internacional o en virtud de lo dispuesto en acuerdos especiales.

Artículo 29

DERECHO A LOS BENEFICIOS DEL CONVENIO ¹⁴

1. A menos que este Artículo disponga lo contrario, un residente de un Estado Contratante no tendrá derecho a un beneficio previsto en este Convenio (distinto de los beneficios establecidos en el apartado 3 del Artículo 4, apartado 2 del Artículo 9 o Artículo 25) a menos que dicho residente sea una “persona calificada”, tal como se define en el apartado 2, al momento en el que se concedería el beneficio.

2. Un residente de un Estado Contratante será una persona calificada al momento en el que se concedería el beneficio del Convenio si, en ese momento, el residente es:

- (a) una persona natural;
- (b) ese Estado Contratante o subdivisión política o administración local del mismo, o bien un organismo o institución de dicho Estado, de una subdivisión política o de su administración local;
- (c) una sociedad u otra entidad, si, a lo largo del periodo impositivo que comprende el momento en el que se concedería el beneficio, su clase principal de acciones (y cualquier otra clase de acciones desproporcionadas) cotiza regularmente en uno o más mercados de valores reconocidos y, además:
 - (i) su principal clase de acciones cotiza principalmente en uno o más mercados de valores reconocidos ubicados en el Estado del cual es residente la sociedad o entidad, o
 - (ii) la sede principal de dirección y control de la sociedad o entidad se encuentra en el Estado del cual es residente,

14 La redacción de este Artículo dependerá de la forma en la que los Estados Contratantes decidan implementar su intención común, misma que se refleja en el preámbulo del Convenio y se incorpora en el estándar mínimo acordado como parte del Proyecto de la OCDE y el G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS) por los países en particular, de eliminar la doble tributación sin generar oportunidades para la no imposición o la imposición reducida a través de la evasión o elusión fiscales, incluyendo los acuerdos sobre triangulación de beneficios (*treaty shopping*).

- (d) una sociedad, si:
 - (i) a lo largo del periodo impositivo que comprende el momento en el que se concedería el beneficio, al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones (y al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones desproporcionadas) de la sociedad pertenecen, directa o indirectamente, a un máximo de cinco sociedades o entidades que tengan derecho a los beneficios del Convenio en virtud del subapartado (c) de este apartado, siempre que, en el caso de propiedad indirecta, cada propietario sea residente del Estado Contratante desde el cual se reclaman los beneficios del Convenio, o sea un propietario interpuesto calificado; y
 - (ii) en relación con los beneficios conferidos por este Convenio, distintos de aquellos establecidos en el Artículo 10, menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad, y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, correspondiente al periodo impositivo que comprende el momento en el que se concedería el beneficio, se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles en ese periodo impositivo a efectos de los impuestos comprendidos en este Convenio en el Estado Contratante de residencia de la sociedad (excluyendo los pagos de plena competencia realizados en el marco ordinario de una actividad empresarial por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles y, en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intra-grupo), a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados Contratantes que tengan derecho a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados (a), (b), (c) o (e);
- (e) una persona, distinta de una persona natural, que sea:
 - (i) una *[descripción acordada de las entidades sin ánimo de lucro pertinentes de cada Estado Contratante]*,
 - (ii) un fondo de pensiones reconocido;

- (f) una persona, distinta de una persona natural, si
- (i) en ese momento y durante al menos la mitad de los días de un período de doce meses que comprende el momento en que se concedería el beneficio, las personas residentes de ese Estado Contratante y que tienen derecho a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados (a), (b), (c) o (e) poseen, directa o indirectamente, acciones que representen al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor (y al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones desproporcionadas) de las acciones en esa persona, siempre y cuando, en el caso de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto sea un propietario interpuesto calificado, y
 - (ii) menos del 50 por ciento de la renta bruta de esa persona, y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, correspondiente al periodo impositivo que comprende el momento en el que se concedería el beneficio, se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles a los efectos de los impuestos comprendidos en este Convenio en el Estado Contratante de residencia de la persona (excluyendo los pagos de plena competencia efectuados en el marco ordinario de una actividad empresarial por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles, y en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo), a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados Contratantes con derecho a los beneficios de este Convenio de acuerdo con los subapartados (a), (b), (c) o (e) de este apartado;
- (g) *[un vehículo de inversión colectiva al que le aplique el apartado 4 del Artículo 1]*; ¹⁵
3. (a) Un residente de un Estado Contratante tendrá derecho a los beneficios de este Convenio respecto de un elemento de renta procedente del otro Estado Contratante, con independencia

15 El subapartado (g) solo debería incluirse si una disposición sobre vehículos de inversión colectiva se incluye en el Convenio, véase nota al pie del apartado 4 del Artículo 1.

de que sea o no una persona calificada, si el residente desempeña de manera activa una actividad empresarial en el Estado Contratante mencionado en primer lugar, y la renta que proceda del otro Estado Contratante se deriva de esa actividad empresarial o es incidental a ella. A los efectos de este Artículo, la expresión “desempeño de una actividad empresarial” no incluye las siguientes actividades ni sus combinaciones:

- (i) operar como una sociedad controladora;
 - (ii) supervisión general o servicios de gestión de un grupo societario;
 - (iii) actividades de financiamiento a un grupo (incluida la centralización de tesorería); o
 - (iv) realización o gestión de inversiones excepto cuando dichas actividades las realice un banco [*listado de instituciones financieras similares a los bancos que los Estados Contratantes acuerden tratar como tales*], empresas aseguradoras o agentes de valores registrados, en el curso ordinario de su actividad empresarial como tal.
- (b) Si un residente de un Estado Contratante obtiene un elemento de renta de una actividad empresarial llevada a cabo por ese residente en el otro Estado Contratante, u obtiene un elemento de renta del otro Estado procedente de una persona relacionada, las condiciones descritas en el subapartado a) se considerarán satisfechas en relación con ese elemento de renta, únicamente si la actividad empresarial llevada a cabo por el residente del Estado Contratante mencionado en primer lugar, con el que está relacionado el elemento de renta, es sustancial respecto de la misma actividad empresarial o una actividad complementaria a ella, llevada a cabo por el residente o por dicha persona relacionada, en el otro Estado Contratante. Para determinar si una actividad empresarial es sustancial a los efectos de este apartado se analizarán todos los hechos y circunstancias.
- (c) A los efectos de la aplicación de este apartado, las actividades llevadas a cabo por personas relacionadas con residentes de un Estado Contratante se considerarán llevadas a cabo por dicho residente.

4. *[Regla sobre los denominados “beneficios derivados” (derivative benefits). La redacción del apartado sobre “beneficios derivados”(derivative benefits) en un convenio que contempla la versión detallada del Artículo se aborda en el Comentario].*

5. Una sociedad residente de un Estado Contratante que ejerza las funciones de sede central para un grupo multinacional compuesto por esa sociedad y sus subsidiarias directas e indirectas, tendrá derecho a los beneficios del Convenio en relación con los dividendos y los intereses pagados por los integrantes del grupo multinacional, independientemente de que la sociedad residente sea o no una persona calificada. Se considerará que una sociedad es una sede central, a estos efectos, únicamente si:

- (a) la sede principal de dirección y control de la sociedad está situada en el Estado Contratante del que ella es residente;
- (b) el grupo multinacional está compuesto por sociedades residentes de al menos cuatro Estados en los que desempeñan una actividad empresarial y las actividades empresariales desempeñadas en cada uno de los cuatro Estados (o cuatro agrupaciones de Estados) generan al menos el 10 por ciento de la renta bruta del grupo;
- (c) las actividades empresariales del grupo de empresas multinacionales que se llevan a cabo en cualquier otro Estado distinto del Estado Contratante de residencia de dicha sociedad, generan menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo;
- (d) la renta bruta que procede del otro Estado Contratante no supera el 25 por ciento de la renta bruta de la sociedad;
- (e) dicha sociedad está sujeta a las mismas normas en lo relativo a la imposición de las rentas en su Estado de residencia, que las personas descritas en el apartado 3 de este Artículo; y
- (f) menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles a los efectos de los impuestos de este Convenio en el Estado Contratante de residencia de la sociedad (excluyendo los pagos de plena competencia realizados en el marco ordinario de una actividad empresarial por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles o los pagos relativos a las obligaciones

financieras con un banco que no sea una persona relacionada con la sociedad, y en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo) a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados Contratantes con derecho a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados (a), (b), (c) o (e) del apartado 2.

Cuando no se cumplan los criterios de los subapartados (b), (c) o (d) e este apartado respecto del periodo impositivo en cuestión, se considerarán cumplidos si los porcentajes determinados se cumplen calculando la renta bruta media de los cuatro periodos impositivos anteriores.

6. Si un residente de un Estado Contratante no fuera una persona calificada conforme a las disposiciones del apartado 2 de este Artículo, ni tuviera derecho a los beneficios en virtud de los apartados 3, 4 o 5, las autoridades competentes del Estado Contratante en el que se niegan los beneficios en virtud de las disposiciones precedentes de este Artículo podrán, no obstante, concederle los beneficios de este Convenio, o beneficios relativos a un elemento de renta o de capital concretos, teniendo en cuenta el objeto y fin del Convenio, pero únicamente si dicho residente demuestra, a satisfacción de dichas autoridades competentes, que ni su constitución, adquisición o mantenimiento, ni la forma llevar a cabo sus operaciones, tuvieron como uno de sus principales propósitos la obtención de los beneficios de este Convenio. La autoridad competente del Estado Contratante a la que un residente del otro Estado Contratante haya planteado una solicitud al amparo de este apartado, consultará con la autoridad competente de ese otro Estado antes de aceptar o desestimar dicha solicitud.

7. A los efectos de este apartado y de los apartados anteriores de este Artículo:

- (a) el término “mercado de valores reconocido” significa:
 - (i) *[listado de los mercados de valores acordados en el momento de la firma]*; y
 - (ii) cualquier otro mercado de valores acordado por las autoridades competentes de los Estados Contratantes;
- (b) en relación con las entidades distintas de las sociedades, el término “acciones” significa las participaciones análogas a las acciones;

- (c) el término “clase principal de acciones” significa las acciones comunes u ordinarias de la sociedad o entidad, siempre y cuando dicha clase de acciones represente la mayoría de los derechos de voto y del valor totales de la sociedad o entidad. Si ninguna clase de acciones comunes u ordinarias representa por sí sola la mayoría de los derechos de voto y del valor totales de la sociedad o entidad, se entenderá por “clase principal de acciones” aquellas clases de acciones cuya suma represente la mayoría de los derechos de voto y del valor totales;
- (d) dos personas serán “personas relacionadas” si una de ellas posee directa o indirectamente, al menos el 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios de la otra (o, en el caso de una sociedad, al menos el 50 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad) u otra persona posee, directa o indirectamente, al menos el 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios (o, en el caso de una sociedad, al menos el 50 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad) en cada una de ellas. En todo caso, una persona estará relacionada con otra si, con base en todos los hechos y circunstancias relevantes, una tiene el control sobre la otra o ambas están bajo el control de una misma persona o personas.
- (e) el término “beneficiario equiparable” significa:
 - (i) un residente de cualquier Estado, siempre y cuando:
 - (A) ese residente tenga derecho a todos los beneficios de un convenio para eliminar la doble imposición de carácter general suscrito entre ese Estado y el Estado Contratante del que se busca obtener los beneficios conferidos en este Convenio, conforme a disposiciones sustancialmente similares a las establecidas en los subapartados (a), (b), (c) o (e) del apartado 2, o cuando el beneficio que se busca obtener se refiera a intereses o dividendos pagados por un miembro de un grupo de sociedades multinacionales del que forma parte el residente, que ese residente tenga derecho a los beneficios del convenio en virtud de disposiciones sustancialmente similares a las establecidas en el apartado 5 de este Artículo de ese Convenio, siempre que,

en ausencia de un Artículo detallado de limitación de beneficios en ese Convenio, éste se aplique como si incluyera las disposiciones de los subapartados (a), (b), (c) y (e) del apartado 2 (incluidas las definiciones pertinentes para la aplicación de los criterios previstos en esos subapartados); y

- (B) (1) respecto de la renta a la que se refieren los Artículos 10, 11, 12, 12A o 12B si el residente hubiera recibido dichas rentas directamente, hubiera podido acogerse en virtud de tal Convenio, de una disposición del derecho interno o de un acuerdo internacional, a una tasa de impuestos aplicable a esa renta para la que se invocan los beneficios de este Convenio, igual o inferior a la tasa de impuestos aplicable en virtud de este Convenio. Por lo que respecta a una sociedad que invoque, en aplicación del apartado 4, los beneficios del Artículo 10 con relación a dividendos, para los efectos de esta letra:
 - (I) si el residente es una persona natural, y la sociedad desempeña una actividad empresarial en su Estado Contratante de residencia, que sea sustancial en relación con la actividad que ha generado los beneficios de los que proceden los dividendos, y que sea similar o complementaria a ella, a esta persona natural se la tratará como si fuera una sociedad. Las actividades desempeñadas por una persona que sea una persona relacionada con la sociedad que invoca los beneficios, se considerarán desempeñadas por esa sociedad. El carácter de “sustancial” de la actividad empresarial se determinará en función de todos los hechos y circunstancias; y
 - (II) si el residente es una sociedad (incluidas las personas naturales a las que se considere como una sociedad), para determinar si el residente tiene derecho a una tasa de impuesto igual o inferior a la tasa aplicable en virtud de este Convenio, su participación indirecta en el capital de la sociedad

- que paga los dividendos se considerará como una participación directa; o
- (2) respecto de un elemento de renta comprendido en los Artículos 7, 13 o 21 de este Convenio, el residente tiene derecho a los beneficios de ese convenio que sean al menos tan favorables como los invocados en virtud de este Convenio; y
- (C) no obstante el hecho de que un residente pueda satisfacer los criterios previstos en las cláusulas (A) y (B) de esta letra, cuando el elemento de renta se ha generado a través de una entidad considerada fiscalmente transparente según la legislación del Estado Contratante de residencia de la sociedad que invoca los beneficios, si el elemento de renta no se tratara como renta del residente en virtud de una disposición análoga al apartado 2 del Artículo 1, en caso de que el propietario de la entidad a través de la cual la sociedad obtuvo la renta hubiera sido el residente y no la sociedad que invoca los beneficios en virtud del apartado 4 de este Artículo, no se considerará a ese residente como beneficiario equiparable respecto de ese elemento de renta;
- (ii) un residente del mismo Estado Contratante que el de la sociedad que invoca los beneficios en virtud del apartado 4 de este Artículo, que tenga derecho a todos los beneficios de este Convenio en aplicación de los subapartados (a), (b), (c) o (e) del apartado 2 o, cuando el beneficio que se invoca respecto de intereses o dividendos pagados por un miembro del grupo de empresas multinacionales al que pertenece el residente, el residente tiene derecho a los beneficios del Convenio en virtud del apartado 5, siempre y cuando, en el caso de un residente descrito en el apartado 5, de haber recibido dichos intereses o dividendos directamente, hubiera tenido derecho a una tasa de impuesto, en relación con dicha renta, igual o menor a la tasa aplicable en virtud de este Convenio a la sociedad que invoca los beneficios en virtud del apartado 4; o
- (iii) un residente del Estado Contratante desde el que se invocan los beneficios de este Convenio, que tenga derecho a

todos los beneficios de este Convenio en aplicación de los subapartados (a), (b), (c) o € del apartado 2, siempre que el total de los derechos de voto y del valor de las acciones (y de cualquier clase de acciones desproporcionadas) de la sociedad que invoca el derecho a acogerse a los beneficios en virtud del apartado 4, de los que sea propietario ese residente, no exceda del 25 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de las acciones (y de toda clase de acciones desproporcionadas) de la sociedad d;

- (f) la expresión “clase de acciones desproporcionadas” significa cualquier clase de acciones de una sociedad o entidad residente de uno de los Estados Contratantes que den derecho a los accionistas a una participación desproporcionadamente mayor, a través de dividendos, pagos por amortización o de otro modo, en los beneficios generados en el otro Estado Contratante a partir de ciertas actividades o activos concretos de la sociedad;
- (g) la “sede principal de dirección y control” de una sociedad o entidad estará ubicada en el Estado Contratante donde la sociedad sea residente únicamente cuando:
 - (i) sus directores ejecutivos y sus empleados de alta dirección ejerzan en ese Estado Contratante, más que en ningún otro, las responsabilidades cotidianas relacionadas con la política de toma de decisiones estratégicas, financieras y operativas de la sociedad o entidad y de sus subsidiarias directas e indirectas, y el personal asignado a esas personas realice en ese Estado Contratante, más que en ningún otro, las actividades cotidianas necesarias para la preparación y toma de esas decisiones; y
 - (ii) dichos directores ejecutivos y empleados de alta dirección ejerzan, en mayor medida que los de cualquier otra sociedad o entidad, las responsabilidades cotidianas relacionadas con la toma de decisiones estratégicas, financieras y operativas de la sociedad o entidad y de sus subsidiarias directas e indirectas, y el personal asignado a esas personas realice, más que el de cualquier otra sociedad o entidad, las actividades cotidianas necesarias para la preparación y toma de esas decisiones;

- (h) la expresión “propietario interpuesto calificado” significa un propietario interpuesto que o bien:
 - (i) es residente de un Estado que tiene en vigor un convenio para evitar la doble imposición de carácter general con el Estado Contratante del que se pretende obtener un beneficio amparado por este Convenio; o bien
 - (ii) es residente del mismo Estado Contratante que la sociedad que aplica el criterio previsto en los subapartados (d) o (f) del apartado 2 o del apartado 4, para determinar si tiene derecho a los beneficios previstos en el Convenio;
- (i) la expresión “grupo analizado” significa el residente de un Estado Contratante que aplica los criterios enunciados en los subapartados (d) o (f) del apartado 2 o de los apartados 4 o 5, para determinar si tiene derecho a los beneficios del Convenio (el “residente analizado”), y toda sociedad o establecimiento permanente que:
 - (i) participe junto con el residente analizado, de una consolidación fiscal, una unidad de tributación o un régimen similar que obligue a los integrantes del grupo a compartir los beneficios o las pérdidas; o
 - (ii) comparta las pérdidas con el residente analizado, conforme a un sistema de deducción intragrupo u otro régimen de distribución de pérdidas en el periodo impositivo considerado; y
- (j) la expresión “renta bruta” significa los ingresos brutos tal y como se calculan en el Estado de residencia de la persona, a lo largo del periodo impositivo que comprende el momento en el que se concedería el beneficio, excepto si se trata de una persona que desempeña una actividad empresarial que comprende la fabricación, producción o venta de bienes, en cuyo caso, la expresión “renta bruta” significa dichas rentas brutas disminuidas por el costo de los bienes, y de una persona que desempeña una actividad empresarial consistente en la prestación de servicios distintos de los financieros, en cuyo caso la expresión “renta bruta” significa dichas rentas brutas disminuidas por el costo directo para generar esos ingresos, siempre que:

- (i) salvo que sea pertinente para determinar los beneficios correspondientes en virtud del Artículo 10 de este Convenio, la renta bruta no incluirá la parte de los dividendos efectivamente exentos de impuestos en el Estado Contratante de residencia de la persona, ya sea por razón de deducciones o de otro modo; y
- (ii) excepto por lo que respecta a la parte gravable de los dividendos, las operaciones realizadas entre sociedades dentro del grupo analizado no se tendrán en cuenta para calcular la renta bruta de éste.

8. (a) Cuando:

- (i) una empresa de un Estado Contratante obtenga rentas procedentes del otro Estado Contratante y el Estado mencionado en primer lugar considere dichas rentas como rentas atribuibles a un establecimiento permanente que la empresa tenga en una tercera jurisdicción, y
- (ii) los beneficios atribuibles a dicho establecimiento permanente estén exentos de imposición en el Estado mencionado en primer lugar,

los beneficios de este Convenio no se aplicarán a ningún elemento de renta sobre el que el impuesto exigido en la tercera jurisdicción sea inferior al [*porcentaje que se determinará bilateralmente*] del importe de dicho elemento de renta y el 60 por ciento del impuesto que hubiera exigido el Estado mencionado en primer lugar sobre ese elemento de renta si el establecimiento permanente estuviera situado en él. En tal caso, toda renta a la que se apliquen las disposiciones de este apartado estará sujeta a imposición de conformidad con la legislación interna del otro Estado, no obstante lo establecido en otras disposiciones del Convenio.

- (b) Las disposiciones precedentes de este apartado no aplicarán si la renta procedente del otro Estado se deriva del desempeño activo de una actividad empresarial, llevada a cabo a través del establecimiento permanente, o es incidental a ella, (distinta de la actividad empresarial de realizar o gestionar inversiones, o la mera tenencia de las mismas, a menos que se trate de una actividad de banca, de seguros o de valores efectuada por un

banco, una empresa aseguradora o un agente de valores registrado, respectivamente).

- (c) En caso de que los beneficios de este Convenio se nieguen en virtud de las disposiciones precedentes de este apartado respecto de un elemento de renta obtenido por un residente de un Estado Contratante, la autoridad competente del otro Estado Contratante podrá, no obstante, conceder dichos beneficios en relación con ese elemento de renta si, en respuesta a una solicitud planteada por ese residente, dicha autoridad competente determina que la concesión de los beneficios está justificada en vista de las razones por las que dicho residente no cumplió los requisitos de este apartado (tales como la existencia de pérdidas). La autoridad competente del Estado Contratante ante la que se ha planteado la solicitud antes mencionada consultará con la autoridad competente del otro Estado Contratante antes de conceder o denegar la petición.

9. No obstante lo previsto en otras disposiciones de este Convenio, los beneficios concedidos en virtud del mismo no se otorgarán en relación con un elemento de renta o de capital si, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, resulta razonable concluir que el acuerdo u operación que ha resultado, directa o indirectamente, en la obtención del beneficio, tiene entre sus principales propósitos la obtención del mismo, a menos que se determine que conceder dicho beneficio en tales circunstancias está en concordancia con el objeto y fin de las disposiciones relevantes de este Convenio.

Capítulo VII

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 30

ENTRADA EN VIGOR

1. Este Convenio se ratificará y los instrumentos de ratificación se intercambiarán en _____ tan pronto como sea posible.
2. El Convenio entrará en vigor desde el intercambio de los instrumentos de ratificación y sus disposiciones surtirán efectos:
 - (a) (En el Estado A):
 - (b) (En el Estado B):

Artículo 31

TERMINACIÓN O DENUNCIA

Este Convenio permanecerá en vigor hasta que fuere terminado por un Estado Contratante. Cualquier Estado Contratante puede terminar el Convenio, a través de la vía diplomática, remitiendo la notificación de la terminación al menos seis meses antes de la finalización de cualquier año calendario a partir del año _____. En ese caso, el Convenio dejará de surtir efectos:

- (a) (En el Estado A):
- (b) (En el Estado B):

CLAUSULA FINAL

[NOTA: Las disposiciones referidas a la entrada en vigor y terminación y la cláusula final relativa a la suscripción del Convenio se redactarán de conformidad con los procedimientos constitucionales de ambos Estados Contratantes.]

Segunda Parte

**COMENTARIO A LOS ARTICULOS
DEL MODELO DE CONVENIO
DE LAS NACIONES UNIDAS
SOBRE DOBLE IMPOSICIÓN
ENTRE PAÍSES DESARROLLADOS
Y PAÍSES EN DESARROLLO**

Comentario al Capítulo I

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

Artículo 1

PERSONAS COMPRENDIDAS

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce el Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.
2. El título del Artículo 1 se modificó en 1999 de “Ámbito personal” a “Personas comprendidas”. El primer artículo del Convenio debe especificar la clase de personas o contribuyentes a quienes les aplica el Convenio. El título “Ámbito personal” no expresaba el ámbito de aplicación del Convenio. Por lo tanto, el título del Artículo 1 fue modificado apropiadamente a “Personas comprendidas” para expresar el correcto ámbito de aplicación del Convenio.

B. COMENTARIO A LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 1

Apartado 1

3. Al igual que el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas resulta aplicable a personas que son “residentes de uno o de ambos Estados Contratantes”. El ámbito personal de la mayoría de los convenios más antiguos era más restrictivo en el sentido de que abarcaba a los “ciudadanos” de los Estados Contratantes. Sin embargo, en algunos de los convenios más antiguos el ámbito de aplicación era más amplio, abarcando a los “contribuyentes” de los Estados Contratantes, esto es, a personas que, aunque no fueran residentes de ninguno de los Estados Contratantes, están no obstante obligadas a pagar impuestos sobre parte de sus rentas o capital en cada uno de ellos. En algunos artículos

hay excepciones a esta regla, como por ejemplo en el apartado 1 de los Artículos 24, 25 y 26.

Apartado 2

4. El apartado 2 aborda conflictos especiales que se presentan con los pagos a entidades que son total o parcialmente transparentes para efectos fiscales, como lo son las asociaciones de personas (*partnerships*) y los fideicomisos (*trusts*). El Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE adoptó en 1999 el informe titulado “La aplicación del Modelo de Convenio de la OCDE a las asociaciones de personas”.¹⁶ El informe versa sobre la aplicación a las asociaciones de personas de las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, e indirectamente de los convenios tributarios bilaterales basados en el Modelo. El Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE reconoce, sin embargo, que la mayoría de los principios comentados en ese informe también pudieran resultar aplicables, *mutatis mutandis*, a otras entidades no corporativas. En ese informe, las referencias a las “asociaciones de personas” abarcan a las entidades que califican como tales conforme a la ley civil o mercantil en contraste a la ley tributaria. Las amplias diferencias en las perspectivas de los países miembros de la OCDE derivan del hecho de que sus leyes internas tratan a las asociaciones de personas de diferentes formas. En algunos países de la OCDE, las asociaciones de personas son tratadas como unidades sujetas a imposición y en algunas ocasiones hasta como sociedades, mientras que otros países de la OCDE no someten a imposición a las asociaciones de personas como tales, sino que únicamente someten a imposición a los socios personas naturales sobre sus participaciones en las rentas de las asociaciones de personas. Existen diferencias similares en los países en desarrollo en cuanto al tratamiento tributario de las asociaciones de personas. La intención del apartado 2 es la de ejecutar los principios establecidos en el informe.

16 Reproducido en la página R(15)-1 del volumen II de la versión completa del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page2099, consultado el 10 de mayo de 2021.

5. Una pregunta importante es si una asociación de personas (*partnership*) debiera poder acogerse a los beneficios del Convenio. Si, conforme a las leyes de un Estado Contratante, las asociaciones de personas son entidades sujetas a imposición, una asociación de personas podría calificar como un residente de ese Estado Contratante al amparo del apartado 1 del Artículo 4 y, por lo tanto, tener derecho a los beneficios del Convenio. Sin embargo, si una asociación de personas es tratada como una entidad transparente para efectos fiscales al amparo de las leyes del Estado de residencia y, en consecuencia, los socios son sometidos a imposición sobre las rentas de la asociación de personas, el apartado 2 establece que las disposiciones del Convenio deben aplicarse a nivel de los socios.

6. Como primer paso en la aplicación de los beneficios del Convenio, el apartado 2 identifica al residente de un Estado Contratante que obtiene un elemento de renta sobre el cual se buscan los beneficios del tratado. Para efecto de tener derecho a los referidos beneficios, ese residente debe también satisfacer cualquiera de los requerimientos adicionales que están establecidos en el tratado aplicable, tales como ser el beneficiario efectivo del elemento de renta conforme a los principios tributarios del Estado fuente, cualquier requisito aplicable en cuanto a los porcentajes mínimos de participación (como aquellos contenidos en el apartado 2(a) del Artículo 10 (Dividendos)), y ya sea una regla de propósito principal (*principle purpose test*) o una disposición sobre limitación de beneficios.

7. Estos principios generales son ampliados a continuación en los párrafos 2 al 16 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, el cual el Comité considera aplicable al apartado 2 del Artículo 1 de este Modelo con relación a los apartados 8 y 9 posteriores (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte de los Comentarios del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las del presente Modelo):

2. Este apartado aborda la situación de las rentas de entidades o acuerdos que uno o ambos de los Estados Contratantes tratan fiscalmente como total o parcialmente transparentes para efectos fiscales.

Las disposiciones de este apartado garantizan que las rentas de esas entidades o acuerdos sean tratadas, para efectos del Convenio, conforme a los principios reflejados en el informe del Comité de Asuntos Fiscales [OCDE] de 1999 que se titula “La Aplicación del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE a las Asociaciones de Personas”. Por lo tanto, ese informe proporciona orientación y ejemplos sobre cómo debe interpretarse y aplicarse la disposición en diversas situaciones.

3. El informe, sin embargo, versa exclusivamente sobre asociaciones de personas (*partnerships*) y aunque el Comité reconoció que la mayoría de los principios contenidos en el informe podrían también aplicarse a otras entidades no corporativas, expresó la intención de analizar la aplicación del Modelo de Convenio Tributario a estas otras entidades en una etapa posterior. Como se señaló en el párrafo 37 del informe, el Comité estuvo especialmente interesado en “casos en los que la legislación tributaria interna crea situaciones intermedias en las que la asociación de personas es tratada en parte como una unidad sujeta a imposición y en parte excluida para efectos tributarios. De acuerdo con el Informe:

Aunque esto pueda generar dificultades prácticas respecto a un muy limitado número de asociaciones de personas (*partnerships*), constituye un problema más importante en el caso de otras entidades como los fideicomisos. Por esta razón, el Comité decidió enfrentar este problema en el contexto de los trabajos de seguimiento a este informe.

4. El apartado 2 aborda particularmente esta situación haciendo referencia a las entidades que son tratadas fiscalmente como “total o parcialmente” transparentes. Así, el apartado no solo permite confirmar las conclusiones del informe sobre la asociación de personas (*partnership report*), sino que también amplía la aplicación de estas conclusiones a situaciones que no fueron directamente cubiertas por el informe [...].

5. El apartado no solo garantiza que los beneficios del Convenio sean otorgados en los casos apropiados, sino que también garantiza que estos beneficios no sean concedidos cuando ninguno de los Estados Contratantes trate, de conformidad con su ley interna, a las rentas de una entidad o acuerdo como las rentas de uno de sus residentes. Por consiguiente, el apartado confirma las conclusiones del informe en ese caso (por ejemplo, véase el ejemplo 3 del informe). Asimismo, como se reconoce en el informe, no debe esperarse que los Estados otorguen los beneficios de un convenio tributario bilateral

en aquellos casos en los que no puedan verificar que una persona tenga verdaderamente el derecho a recibir esos beneficios. Así, si una entidad está establecida en una jurisdicción de la cual el Estado Contratante no esté en posibilidades de recibir información tributaria, ese Estado necesitaría ser proveído con toda la información necesaria para efecto de poder otorgar los beneficios del Convenio. En ese caso, el Estado Contratante podría decidir utilizar el mecanismo de la devolución para efectos de aplicar los beneficios del Convenio aun cuando regularmente aplique estos beneficios al momento del pago de las rentas correspondientes. En la mayoría de los casos, sin embargo, será posible obtener la información relevante y aplicar los beneficios del Convenio al momento en que la renta sea sometida a imposición [...].

6. El siguiente ejemplo ilustra la aplicación del apartado:

Ejemplo: El Estado A y el Estado B han celebrado un tratado idéntico al Modelo de Convenio Tributario. El Estado A considera que una entidad establecida en el Estado B es una sociedad y somete a imposición los intereses que esa entidad percibe de un deudor residente en el Estado A. Sin embargo, conforme a la ley interna del Estado B, esa entidad es tratada como una asociación de personas (*partnership*), y los dos miembros en esa entidad, quienes comparten en partes iguales todas las rentas de la asociación de personas, son sometidos a imposición por la mitad de los intereses. Uno de los miembros es un residente del Estado B y el otro miembro es residente de un país con el que los Estados A y B no tienen celebrado tratado. El apartado dispone que, en ese caso, la mitad de los intereses deberán ser considerados como rentas del residente del Estado B para efectos del Artículo 11.

7. La referencia a “las rentas obtenidas por o a través de una entidad o acuerdo” tiene un amplio significado e incluye cualquier renta que sea obtenida por o a través de una entidad o acuerdo, sin importar la perspectiva de cada Estado Contratante sobre quien obtiene esa renta para efectos tributarios internos y sin importar si esa entidad o acuerdo tiene o no personalidad legal o constituye una persona con base en la definición del subapartado *a*) del apartado 1 del Artículo 3. Este incluiría, por ejemplo, a las rentas de cualquier asociación de personas (*partnership*) o fideicomiso que uno o ambos de los Estados Contratantes traten fiscalmente como total o parcialmente transparentes. Asimismo, como se ilustra en el ejemplo 2 del informe, no importa en donde esté establecida la entidad o el acuerdo: el apartado

aplica a la entidad establecida en un tercer Estado en la medida en que, conforme a la ley interna de uno de los Estados Contratantes, la entidad sea tratada fiscalmente como total o parcialmente transparente y las rentas de esa entidad sean atribuibles a un residente de ese Estado.

8. La palabra “rentas” debe tener el significado más amplio para efectos del Convenio y, en consecuencia, aplicar a todos los elementos de renta incluidos en el Capítulo III del Convenio (Tributación de las Rentas), incluyendo por ejemplo los beneficios empresariales y las ganancias de capital.

9. El concepto “fiscalmente transparentes” utilizado en el apartado se refiere a situaciones en las que, bajo la legislación interna de un Estado Contratante, la renta (o parte de la misma) de la entidad o acuerdo no está sujeta a imposición a nivel de la entidad o del acuerdo, sino a nivel de las personas que tienen participación en esa entidad o acuerdo. Este será normalmente el caso cuando el monto del impuesto a pagar sobre la participación en la renta de una entidad o acuerdo se determine separadamente en relación a las características propias de la persona que tiene derecho a esa participación, para que de esa forma el impuesto dependa de si la persona es sometida a imposición o no, de las demás rentas que esa persona tenga, de las deducciones personales a las que tenga derecho esa persona y de la tasa del impuesto aplicable a esa persona; asimismo, la naturaleza y la fuente, así como el momento de la obtención de la renta para efectos tributarios no será afectada por el hecho de que esa renta haya sido obtenida a través de la entidad o acuerdo. El hecho de que la renta sea calculada a nivel de la entidad o acuerdo previamente a que la participación sea asignada a la persona, no afectará ese resultado.¹ Los Estados que deseen aclarar la definición de “fiscalmente transparente” en sus convenios bilaterales son libres de incluir una definición de esa expresión basada en las explicaciones arriba mencionadas.

1 Ver los párrafos 37–40 del informe [...].

10. En el caso de una entidad o acuerdo que fiscalmente se considere como parcialmente transparente bajo la legislación interna de uno de los Estados Contratantes, solo una parte de las rentas de la entidad o del acuerdo podría ser sometida a imposición a nivel de las personas que tengan una participación en dicha entidad o acuerdo, tal como se describe en el apartado que precede, mientras que el resto se mantendría siendo sometida a imposición a nivel de la entidad o del acuerdo. Así, por ejemplo, es como se tratan algunos fideicomisos y asociaciones de personas (*partnerships*) de responsabilidad limitada

en algunos países (p.ej. en algunos países, la parte de las rentas obtenidas a través de un fideicomiso que se distribuye a los beneficiarios, es sometida a imposición en manos de estos beneficiarios, mientras que la parte de esas rentas que se acumula se somete a imposición en manos del fideicomiso o fideicomisarios; de manera similar, en algunos países, las rentas obtenidas a través de una asociación de personas de responsabilidad limitada se someten a imposición en manos del socio general por lo que se refiere a la participación de dicho socio en esas rentas, pero se considera que son las rentas de la asociación de personas de responsabilidad limitada por lo que se refiere a la participación limitada de los socios en las rentas). En la medida en que la entidad o el acuerdo califique como un residente de un Estado Contratante, el apartado garantizará que los beneficios del tratado apliquen también a la parte de las rentas que se atribuya a la entidad o acuerdo conforme a la legislación interna de ese Estado (sujeto a las disposiciones antiabuso, tales como la norma de limitación en los beneficios).

11. Al igual que con otras disposiciones del Convenio, la disposición aplica por separado a cada elemento de renta de la entidad o acuerdo. Asumiendo, por ejemplo, que el documento que establece un fideicomiso prevé que todos los dividendos recibidos por el fideicomiso deben ser distribuidos a un beneficiario durante su tiempo de vida, pero deben ser acumulados después de ella. Si uno de los Estados Contratantes considera que, en tal caso, el beneficiario debe ser sometido a imposición por los dividendos que le fueron distribuidos, pero que los fideicomisarios son sometidos a imposición sobre los dividendos que se acumularán, el apartado se aplicará de manera diferente a estas dos categorías de dividendos, aun cuando ambos tipos de dividendos se reciban en el mismo mes.

12. Al establecer que las rentas a que se aplique el apartado se considerarán rentas de un residente de un Estado Contratante para los efectos del Convenio, el apartado garantiza que la renta correspondiente se atribuya a dicho residente para los efectos de la aplicación de las diversas normas de asignación del Convenio. Dependiendo de la naturaleza de las rentas, esto permitirá que las rentas sean consideradas, por ejemplo, como “rentas obtenidas por” para los efectos de los Artículos 6, 13 y 17, “utilidades de una empresa” para los efectos de los Artículos 7, 8 y 9 [...] o dividendos o intereses “pagados a” para los efectos de los Artículos 10 y 11. El hecho de que las rentas se consideren obtenidas por un residente de un Estado Contratante para los efectos del Convenio, significa también que, cuando las

rentas constituyan una parte de las rentas de una empresa en la que ese residente tenga una participación, esas rentas serán consideradas como las rentas de una empresa de ese residente (por ejemplo, para los efectos de la definición de empresa de un Estado Contratante en el Artículo 3 y en el apartado 2 del Artículo 21).

13. Si bien el apartado garantiza que las diversas normas de asignación del Convenio se apliquen en la medida en que las rentas de las entidades fiscalmente transparentes sean tratadas, de conformidad con la legislación interna, como rentas de un residente de un Estado Contratante, el apartado no prejuzga la cuestión de si el receptor es el beneficiario efectivo de las rentas correspondientes. Cuando, por ejemplo, una asociación de personas (*partnership*) fiscalmente transparente recibe dividendos como agente o mandatario que no es un socio, el hecho de que el dividendo pueda considerarse renta de un residente de un Estado Contratante conforme a su legislación interna no impedirá que el Estado fuente considere que ni la asociación de personas ni los socios sean los beneficiarios efectivos del dividendo.

14. El apartado solo aplica para los efectos del Convenio y, por lo tanto, no exige que un Estado Contratante modifique la forma en que atribuye rentas o califica a las entidades para los efectos de su legislación interna. En el ejemplo del párrafo 6 [*del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado anteriormente*], mientras que el apartado 2 dispone que la mitad de los intereses serán considerados, para los efectos del Artículo 11, rentas de un residente del Estado B, esto solo afectará al importe máximo del impuesto que el Estado A tendrá derecho a recaudar sobre los intereses y no cambiará el hecho de que el impuesto del Estado A será pagadero por la entidad. Así, suponiendo que la ley interna del Estado A prevea una retención del 30 por ciento sobre los intereses, el efecto del apartado 2 será simplemente reducir el monto del impuesto que el Estado A recaudará sobre los intereses (de modo que la mitad de los intereses se someterían a imposición al 30 por ciento y la otra mitad al 10 por ciento conforme al tratado entre los Estados A y B) y no cambiará el hecho de que la entidad es el contribuyente correspondiente para los efectos de la ley interna del Estado A. Además, la disposición no se ocupa exhaustivamente de todas las cuestiones relacionadas con los tratados que puedan derivarse de la naturaleza jurídica de determinadas entidades y acuerdos, por lo que tal vez sea necesario complementarla con otras disposiciones para abordar esas cuestiones (como por ejemplo una disposición que confirme que un fideicomiso puede calificar como un residente de un Estado Contratante a pesar

del hecho de que, bajo la legislación sobre fideicomisos de muchos países, un fideicomiso no constituye una “persona”).

15. Como lo confirma el apartado 3, el apartado 2 no tiene por objeto restringir en modo alguno el derecho de un Estado A aplicar impuestos a sus propios residentes. Esta conclusión es congruente con la forma en que se han interpretado los convenios tributarios respecto a las asociaciones de personas (*partnerships*) (véase el párrafo 6.1 [*del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*], tal como se lee después del 2000 y antes de la inclusión del apartado 3 en 2017).

16. No obstante, los apartados 2 y 3 no restringen la obligación de un Estado Contratante de eliminar la doble tributación bajo los Artículos 23A y 23B cuando las rentas de un residente de ese Estado puedan ser sometidas a imposición por el otro Estado de conformidad con el Convenio. Sin embargo, puede haber casos en los que la misma renta sea sometida a imposición por cada Estado Contratante como renta de uno de sus residentes y en los que la eliminación de la doble tributación será necesaria con respecto a los impuestos pagados por una persona distinta. Cuando, por ejemplo, uno de los Estados Contratantes somete a imposición la renta mundial de una entidad que es residente de ese Estado, mientras que el otro Estado considera que esa entidad es fiscalmente transparente y somete a imposición a los socios de esa entidad quienes son residentes de ese otro Estado en su parte respectiva de las rentas, la eliminación de la doble tributación tendrá que tomar en cuenta el impuesto que sea pagado por los diferentes contribuyentes en los dos Estados. En tal caso, sin embargo, será importante determinar, conforme a los Artículos 23A y 23B, hasta qué medida las rentas de un residente de un Estado Contratante “podrán ser sometidas a imposición en el otro Estado Contratante de conformidad con las disposiciones de este Convenio (salvo en la medida en que esas disposiciones permitan la aplicación de impuestos por ese otro Estado únicamente porque las rentas sean también rentas obtenidas por un residente de ese Estado) [...]”. En general, este requisito originará que un Estado tenga que eliminar la doble imposición únicamente en la medida en que las disposiciones del Convenio autoricen al otro Estado A someter a imposición las rentas correspondientes como el Estado fuente o como el Estado en el que existe un establecimiento permanente al que esas rentas les sean atribuibles (véanse los párrafos 11.1 y 11.2 del Comentario a los Artículos 23A y 23B [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, tal como se cita en el párrafo 15 del Comentario a los Artículo 23A y 23B de este Modelo*]).

8 Mientras que como asunto general, el Comité está de acuerdo con los anteriores párrafos 2 a 16 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE citados en el párrafo 7, algunos miembros del Comité han expresado su preocupación con respecto a la aplicación del apartado cuando las rentas son obtenidas por o a través de una entidad o un acuerdo residente en un tercer Estado y cuyos titulares de sus acciones o derechos son residentes en un Estado Contratante cuya legislación tributaria trata a la entidad como fiscalmente transparente con respecto a las rentas. En tal caso, podrían resultar aplicables los tratados tributarios tanto del país de residencia de la entidad o acuerdo, como del país de residencia de los titulares de las acciones o derechos de los mismos, lo que crearía el riesgo de que se dupliquen los derechos de reclamo de los beneficios al amparo de los diferentes tratados tributarios sobre un mismo elemento de renta. Sin embargo, esos riesgos se ven reducidos por el hecho de que, si bien en ese caso puede considerarse que más de una persona obtiene un elemento de renta, se efectúa un solo pago desde el país fuente, proporcionándose a ese país sólo una oportunidad de otorgar beneficios respecto a ese elemento de renta. Además, la cuestión de duplicidad en las reclamaciones de beneficios de los tratados no ha sido problemática en la práctica de los países que incluyen disposiciones similares al apartado 2. En la experiencia de esos países, la entidad y sus titulares de las acciones o derechos normalmente consultan y le proporcionan al agente retenedor una única reclamación de los beneficios del tratado sobre el pago. Adicionalmente, el requisito de que una persona que obtenga rentas conforme al apartado 2 también debe satisfacer todos los requisitos aplicables establecidos en el tratado, debe reducir los casos de duplicidad en las reclamaciones de los beneficios. Si un Estado Contratante se enfrenta a una situación de duplicidad en las reclamaciones de beneficios, puede iniciar un procedimiento de acuerdo mutuo para obtener información adicional, según sea necesario, a efecto de determinar apropiadamente las reclamaciones de beneficios que deben prevalecer.

9. Los Estados Contratantes que deseen brindar claridad tanto a la otra parte Contratante como a los contribuyentes serán libres de celebrar y publicar acuerdos de aplicación general entre sus autoridades competentes de conformidad con el apartado 3 del Artículo 25 (Procedimiento de Acuerdo Mutuo), en relación con la aplicación del apartado 2.

Apartado 3

10. En la actualización de 2017, el Comité decidió introducir una conocida “cláusula de salvaguardia” (*saving clause*) como apartado 3 del Artículo 1. Esto en concordancia con la adición de la misma disposición en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, siguiendo la recomendación incluida en el Informe Final sobre la Acción 6 (Prevención del Otorgamiento de Beneficios en Circunstancias Inapropiadas)¹⁷, del Proyecto OCDE/G20 BEPS la cual se basó en una disposición similar incluida en el modelo de los Estados Unidos. La intención de la cláusula de salvaguardia es dejar de lado el argumento de que algunas disposiciones dirigidas a la aplicación de impuestos a los no residentes podrían interpretarse en el sentido de limitar el derecho de un Estado Contratante de someter a imposición a sus propios residentes. Si bien esas interpretaciones han sido rechazadas, el Comité considera que una cláusula de salvaguardia en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas deja fuera de toda duda que un Estado Contratante está facultado para someter a imposición a sus propios residentes no obstante cualesquiera otras disposiciones del tratado bilateral de que se trate, salvo aquellas enumeradas específicamente en la cláusula de salvaguardia.

11. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que proporciona explicaciones adicionales sobre la cláusula de salvaguardia, es aplicable al apartado 3 del Artículo 1 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte de los Comentarios del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las del presente Modelo):

17. Si bien algunas disposiciones del Convenio (por ejemplo, los Artículos 23A y 23B) tienen claramente por objeto influir en la forma en que un Estado Contratante somete a imposición a sus propios residentes, el objeto de la mayoría de las disposiciones del Convenio es restringir el derecho de un Estado Contratante a someter a imposición a los residentes del otro Estado Contratante. En un cierto

17 Véase el anterior pie de página 7.

número de casos, se ha discutido, sin embargo, que algunas disposiciones podrían interpretarse como limitativas del derecho de un Estado Contratante a someter a imposición a sus propios residentes en casos en los que no era este el efecto buscado (véase por ejemplo el párrafo 81 [del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017], que versa sobre el caso de disposiciones relativas a sociedades extranjeras controladas).

18. El apartado 3 confirma el principio general de que el Convenio no restringe el derecho de un Estado Contratante a someter a imposición a sus propios residentes, excepto cuando sea ese el objeto que se pretende y se enumeren las disposiciones respecto de las cuales ese principio no resulte aplicable.

19. Las excepciones así enlistadas tienen la intención de abarcar todos los casos en los que el Convenio prevé que un Estado Contratante pueda tener que conceder los beneficios del tratado a sus propios residentes (independientemente de que éstos o beneficios similares estén previstos en la legislación interna de ese Estado). Estas disposiciones son:

- [...]
- El apartado 2 del Artículo 9, que exige que un Estado Contratante conceda a una empresa de ese Estado un ajuste correlativo tras un ajuste inicial realizado por el otro Estado Contratante, conforme al apartado 1 del Artículo 9, al importe del impuesto aplicado sobre los beneficios de una empresa asociada.
- *[El apartado 2 del Artículo 18 (Alternativa A) o apartado 3 del Artículo 18 (Alternativa B), según la alternativa elegida, que puede afectar la forma en que un Estado Contratante someta a imposición a un residente de ese Estado que recibe una pensión u otro pago conforme a un régimen público que forma parte del sistema de seguridad social del otro Estado Contratante.]*
- El Artículo 19, que puede afectar la forma en que un Estado Contratante somete a imposición a una persona natural que es residente de ese Estado, si esa persona natural percibe rentas por servicios prestados al otro Estado Contratante o a una de sus subdivisiones políticas o administraciones locales.
- El Artículo 20, que puede afectar la forma en que un Estado Contratante somete a imposición a una persona natural que es residente de ese Estado si esa persona natural es también un estudiante que cumple las condiciones de ese Artículo.

- Los Artículos 23A y 23B, que requieren a un Estado Contratante eliminar la doble tributación a la que pueden estar sujetos sus residentes en relación con las rentas que el otro Estado pueda someter a imposición de conformidad con el Convenio (incluyendo los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente situado en el otro Estado Contratante de conformidad con el apartado 2 del Artículo 7).
- El Artículo 24, que protege a los residentes de un Estado Contratante contra ciertas prácticas de discriminación tributaria aplicadas por ese Estado (como las normas que discriminan entre dos personas por razón de su nacionalidad).
- *[Artículo 25 (Alternativa A) o Artículo 25 (Alternativa B), dependiendo de la alternativa elegida]*, que permiten a los residentes de un Estado Contratante solicitar que la autoridad competente de ese Estado Analice casos de imposición no acordados con el Convenio.
- El Artículo 28, que puede afectar la forma en que un Estado Contratante somete a imposición a una persona natural que es residente de ese Estado cuando esa persona es miembro de una misión diplomática u oficina consular del otro Estado Contratante.

20. La lista de excepciones incluida en el apartado 3 debe comprender cualquier otra disposición que los Estados Contratantes puedan acordar incluir en su convenio bilateral cuando la intención sea que tal disposición afecte la forma de someter a imposición, por un Estado Contratante, a sus propios residentes. [...] Los ejemplos incluyen las disposiciones alternativas de los párrafos 23, [...], 37 y 68 del Comentario al Artículo 18 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, tal como se cita en los párrafos 6 y 18 del Comentario al Artículo 18 de este Modelo]* ya que estas disposiciones prevén beneficios que normalmente se conceden a una persona natural que haya participado en un régimen de pensiones extranjero antes de convertirse en residente de un Estado Contratante.

21. El término “residente”, tal como se utiliza en el apartado 3 y en todo el Convenio, se define en el Artículo 4. Cuando, conforme al apartado 1 del Artículo 4, se considere que una persona es residente de ambos Estados Contratantes de acuerdo con la legislación interna de esos Estados, los apartados 2 y 3 de dicho artículo generalmente harán posible determinar un único Estado de residencia para los efectos del Convenio. Así, el apartado 3 no se aplica a una persona natural

o jurídica residente de uno de los Estados Contratantes de acuerdo con la legislación de ese Estado, sino a aquellas personas a las que, para efectos del Convenio, se consideren residentes únicamente del otro Estado Contratante.

Inversión colectiva

12. Una gran parte de la inversión transfronteriza se realiza a través de diversos vehículos que permiten el agrupamiento de inversiones por grupos de inversores.¹⁸ Esa inversión colectiva puede realizarse, por ejemplo, a través de grandes fondos de pensiones patrocinados por los empleadores o a través de diversas categorías de fondos que tratan de atraer el ahorro de personas naturales y de invertir ese ahorro en diversos activos (por ejemplo, en bienes inmuebles a través de los denominados “Fondos de Inversión en Bienes Inmuebles” –REIT).

13. Esos vehículos utilizados para canalizar la inversión colectiva constituyen una de las categorías más importantes de inversores en los mercados de capital extranjeros. Por consiguiente, un país que quiera fomentar la inversión de cartera en su territorio considere útil aclarar si los convenios tributarios se aplicarán a esa inversión colectiva y de qué manera. Sin esa aclaración, estos vehículos pueden ser renuentes a invertir en un país o, si lo hacen, la administración tributaria podría tener que abordar cuestiones difíciles sobre los tratados, sin una indicación clara de la política que el país ha adoptado en relación con este tipo de inversores. Sin embargo, un país también debería considerar si pudieran presentarse problemas de triangulación de beneficios (*treaty shopping*) con la utilización, por inversores de terceros Estados, de los vehículos establecidos en Estados con los que celebra tratados.

14. El apartado 4 tiene por objeto recordar a los negociadores del tratado la importancia de abordar las cuestiones relacionadas con los tratados tributarios que se plantean en el caso de las inversiones transfronterizas mediante fondos que tienen una amplia participación, que tienen una cartera de valores diversificada y que están sujetos a la regulación en materia de protección a los inversores en el país en

18 Se estima que en 2019 el total de activos mundiales invertidos a través de fondos regulados ascendió a más de US\$54,9 billones (https://www.ici.org/pdf/2020_factbook.pdf, consultado el 10 de mayo de 2021), p. 11.

el que se establecen, los cuales se denominan como “Vehículos de Inversión Colectiva” (CIV). Estos fondos adoptan diferentes estructuras jurídicas y pueden establecerse, por ejemplo, como sociedades, asociaciones de personas (*partnerships*), fideicomisos o acuerdos contractuales que crean una propiedad conjunta. Un objetivo de política general de muchos países es garantizar que la inversión a través de un CIV nacional dé lugar a una carga tributaria igual a la que se aplica en el caso de una inversión directa, es decir, una inversión en la que no existiría el CIV y en la que el inversor en el CIV habría adquirido directamente su parte de los activos en posesión del CIV. Ese objetivo de política se logra mediante diferentes mecanismos que dan lugar a que los impuestos se paguen exclusivamente a nivel del CIV o a nivel de los inversores:

- El CIV puede constituirse, o tratarse para efectos tributarios, como una entidad transparente: por ejemplo, si el Estado en el que se constituye el CIV trata a las asociaciones de personas (*partnerships*) o algunos fideicomisos como fiscalmente transparentes y somete a imposición directamente a los socios (en el caso de una asociación de personas) o beneficiarios (en el caso de un fideicomiso), el CIV no pagará ningún impuesto y cada inversor en el CIV pagará el impuesto sobre su respectiva parte de las rentas derivadas del CIV.
- El CIV puede constituirse como un acuerdo contractual que no origina una entidad separada: en tal caso, el CIV no es un contribuyente separado y cada inversor en el CIV se considera copropietario de los activos que posee a través del CIV y está sujeto al impuesto sobre su parte, como copropietario, de las rentas de inversión derivadas de estos activos.
- La ley tributaria establece que los CIV son sometidos a imposición por sus rentas y que los inversores no son sometidos a imposición por las distribuciones del CIV: en ese caso, la imposición se realiza exclusivamente a nivel del CIV.
- La ley tributaria establece que los CIV son sometidos a imposición por sus rentas, pero que las distribuciones a los inversores en el CIV son deducibles de la base imponible del CIV: en ese caso, mientras que el CIV es técnicamente sometido a imposición por las rentas de la inversión, en realidad no paga impuestos en la medida en que distribuye las rentas que ha generado.

- La ley tributaria establece que los CIV son sometidos a imposición sobre sus rentas, pero que los inversores obtienen un crédito por el impuesto pagado por los CIV: en ese caso, el impuesto pagado por el CIV reduce el impuesto que el inversor tiene que pagar cuando es sometido a imposición sobre las rentas del CIV (por ejemplo, sobre la distribución de esas rentas).

Las diferentes estructuras jurídicas y el tratamiento fiscal de los CIV en los Estados en los que están establecidos plantean una serie de cuestiones técnicas con respecto a la aplicación de las disposiciones típicas de los tratados tributarios.

15. Estas cuestiones se analizan en una sección del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 que se refieren a un informe de la OCDE elaborado sobre el tema. Como se señaló al principio de esa sección:

22. La mayoría de los países se han ocupado de cuestiones tributarias internas derivadas de grupos de pequeños inversores que agrupan sus fondos en vehículos de inversión colectiva (CIV). En general, el objetivo de esos sistemas es proporcionar neutralidad entre las inversiones directas y las inversiones a través de un CIV. Si bien esos sistemas suelen tener éxito cuando los inversores, el CIV y la inversión están ubicados en el mismo país, con frecuencia surgen complicaciones cuando una o más de esas partes o las inversiones están ubicadas en diferentes países. Estas complicaciones se analizan en el informe del Comité de Asuntos Fiscales titulado “Concesión de los Beneficios en los Tratados con respecto a las Rentas de los Vehículos de Inversión Colectiva”,¹ cuyas principales conclusiones se han incorporado a continuación. Para efectos del Informe y de este debate, el término “CIV” se limita a los fondos que tienen una amplia participación, cuentan con una cartera diversificada de valores y están sujetos a la regulación de protección a los inversores en el país en que están establecidos.

1 Reproducido [en la página R(24)-1del]Volumen II de la versión [completa] del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de [2017] [disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page2527, accessed on 10 May 2021.].]

16. Dada la importancia de las inversiones en cartera transfronterizas de los CIV en los países en desarrollo, el hecho de que las autoridades tributarias de esos países puedan estar menos familiarizadas

con las cuestiones tributarias planteadas por esos vehículos y el hecho de que en los apartados 1 a 7 del Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas se presenten disposiciones específicas destinadas a abordar el problema de la triangulación de beneficios (*treaty shopping*), que es un asunto que se discute ampliamente en el informe de la OCDE y en los Comentarios al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, el Comité concluyó que sería útil hacer una referencia específica a una posible disposición que aborde la cuestión de la aplicación de los tratados tributarios a los CIV.

17. Esto se hizo mediante la adición del apartado 4 del Artículo 1. Sin embargo, ese apartado no proporciona una forma uniforme que pueda adoptar una disposición sobre los vehículos de inversión colectiva. Como se indica en la nota de pie de página del apartado 4 y como se explica más adelante, esa disposición podría adoptar formas diferentes en función de las políticas de ambos Estados Contratantes. Además, diversas consideraciones políticas o administrativas pueden no justificar la inclusión de una disposición sobre los vehículos de inversión colectiva en un tratado tributario bilateral o pueden requerir disposiciones diferentes dirigidas a distintas categorías de esos vehículos. En los párrafos 25 a 28 más abajo se examinan algunas opciones posibles de disposiciones sobre los vehículos de inversión colectiva.

18. Si los Estados Contratantes prefieren no abordar asuntos relacionados con el tratamiento de los CIV, o de algunos tipos de CIV, mediante disposiciones de tratados específicas, tendrán que considerar cómo se aplicarán las demás disposiciones de su tratado bilateral a las rentas obtenidas a través de esos vehículos. El Comité considera que las siguientes partes del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 son relevantes en tales casos (las modificaciones que figuran en cursivas y entre corchetes en las citas incluidas en este apartado y en los párrafos 20 a 29, que no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, se han incluido con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias entre el tratamiento de los CIV en este Modelo y en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE):

23 La cuestión primordial que se plantea en el contexto transfronterizo es si un CIV calificaría para la obtención de los beneficios del

Convenio por derecho propio. Para ello, de conformidad con los tratados que [...] no incluyen una disposición específica sobre los CIV [*lo que no tratan sobre todos los tipos de CIV*], un CIV tendría que calificarse como una “persona” que es “residente” de un Estado Contratante y que, por lo que respecta a la aplicación de los Artículos 10 y 11 [*así como los Artículos 12, 12A y 12B en los casos excepcionales en que un CIV obtendría rentas contempladas por estos Artículos*], es el “beneficiario efectivo” de las rentas que recibe.

24. La determinación de si un CIV debe ser tratado como una “persona” comienza con la forma jurídica del CIV, que difiere sustancialmente de un país a otro y entre los diversos tipos de vehículos. En muchos países, la mayoría de los CIV toman la forma de una sociedad. En otros, el CIV típicamente sería un fideicomiso. En muchos otros los CIV son simples acuerdos contractuales o una forma de propiedad conjunta. En la mayoría de los casos, el CIV sería tratado como un contribuyente o una “persona” para los efectos de la legislación tributaria del Estado en el que está establecido; por ejemplo, en algunos países en los que el CIV se establece comúnmente en forma de un fideicomiso, ya sea el propio fideicomiso, o los fideicomisarios que actúen colectivamente en dicha calidad, es tratado como contribuyente o como persona para efectos de la legislación tributaria interna. En vista del amplio significado que debe darse al término “persona”, el hecho de que la legislación tributaria del país en que se establezca un CIV le dé un tratamiento de contribuyente, indicaría que el CIV es una “persona” para los efectos del tratado. Los Estados Contratantes que deseen aclarar expresamente que, en esas circunstancias, esos CIV son personas para los efectos de sus convenios, podrán acordar bilateralmente modificar la definición de “persona” para incluirlos.

25. El hecho de que un CIV sea “residente” de un Estado Contratante no depende de su forma jurídica (siempre que reúna las condiciones para ser considerado persona) sino de su tratamiento tributario en el Estado en que esté establecido. Aunque un objetivo de los regímenes internos para los CIV es asegurar que solo haya un nivel de impuestos, ya sea a nivel del CIV o de los inversores, hay varias formas diferentes en que los Estados logran ese objetivo. En algunos Estados, los tenedores de participaciones en el CIV están sujetos al impuesto sobre el ingreso percibido por el CIV, en lugar de que el propio CIV esté sujeto al impuesto sobre dicho ingreso. Dicho CIV fiscalmente transparente no sería tratado como residente del Estado Contratante en el que está establecido porque no está obligado a tributar en él.

26. Por el contrario, en otros Estados un CIV está en principio sujeto a impuestos, pero sus rentas pueden quedar totalmente exentas, por ejemplo, si el CIV cumple ciertos criterios con respecto a su finalidad, actividades u operaciones, que pueden incluir requisitos en cuanto a las distribuciones mínimas, sus fuentes para la obtención de renta y, a veces, sus sectores de operación. Con mayor frecuencia, los CIV están sujetos a impuestos, pero la base impositiva se reduce, de diversas formas, por referencia a las distribuciones pagadas a los inversores. Las deducciones por distribuciones generalmente significan que no se paga ningún impuesto. Otros Estados someten a imposición a los CIV, pero a una tasa impositiva especial baja. Por último, algunos Estados someten a imposición plenamente a los CIV, pero con integración a nivel de inversores, para evitar la doble tributación sobre las rentas del CIV. Para los países que adopten la visión reflejada en el párrafo 8.11 del Comentario al Artículo 4 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citada en el párrafo 5 del Comentario al Artículo 4 de este Modelo]*, de que una persona puede estar sujeta a imposición incluso si el Estado en el que está establecido no aplica un impuesto, el CIV sería tratado como un residente del Estado en el que está establecido en todos estos casos, porque el CIV está sujeto a una imposición integral en ese Estado. Incluso en el caso de que las rentas del CIV estén sujetas a imposición a una tasa cero, o estén exentas de impuestos, los requisitos para ser tratado como residente pueden cumplirse si los requisitos para tener derecho a ese tipo de tasa o exención son suficientemente estrictos.

27. Los países que adopten la visión alternativa, mencionada en el párrafo 8.12 del Comentario al Artículo 4 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citada en el párrafo 5 del Comentario al Artículo 4 de este Modelo]*, de que una entidad que está exenta de impuestos podría no considerar a algunos o a todos los CIV descritos en el apartado anterior como residentes de los Estados en los que están establecidos. Se alienta a los Estados que adopten esta última visión y a los Estados que negocien con ellos a que aborden el asunto en sus negociaciones bilaterales.

28. Algunos países se han preguntado si un CIV, incluso si se trata de una “persona” y un “residente”, puede calificar como un beneficiario efectivo de las rentas que recibe. Porque un “CIV”, tal como se define en el párrafo 22 *[del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita anteriormente en el párrafo 15]* debe ser de amplia participación, tener una cartera diversificada de valores y estar sujeto a la regulación para la protección

del inversor en el país en que está establecido, el CIV o sus administradores, a menudo desempeñan funciones importantes con respecto a la inversión y el manejo de los activos del CIV. Además, la posición de un inversor en un CIV difiere sustancialmente, como cuestión jurídica y económica, de la posición de un inversor que posee los activos subyacentes, de modo que no sería apropiado tratar al inversor en un CIV como el beneficiario efectivo de las rentas recibidas por el CIV. En consecuencia, un vehículo que cumpla la definición de un CIV de amplia participación también será tratado como el beneficiario efectivo de los dividendos e intereses que recibe, siempre que los administradores del CIV tengan facultades discrecionales para administrar los activos que generan esas rentas (por lo tanto, a menos que una persona natural que sea residente de ese Estado hubiera recibido las rentas en las mismas circunstancias no se le habría considerado como beneficiario efectivo).

29. Debido a que estos principios son necesariamente generales, su aplicación a un tipo particular de CIV podría no ser clara para el CIV, los inversores y los intermediarios. Cualquier incertidumbre en cuanto a la admisibilidad de un tratado es especialmente problemática para un CIV, el cual debe tener en cuenta los montos que se espera se reciban, incluidos los beneficios de retención de impuestos establecidos por el tratado, al calcular el valor neto de los activos (NAV, por sus siglas en inglés). El NAV, que normalmente se calcula a diario, es la base para los precios utilizados para las suscripciones y las amortizaciones. Si los beneficios de retención de impuestos finalmente obtenidos por el CIV no corresponden a sus supuestos originales sobre el importe y el momento de dichos beneficios de retención de impuestos, habrá una discrepancia entre el valor real del activo y el NAV utilizado por los inversores que hayan comprado, vendido o que amortizaron entre tanto sus participaciones en el CIV.

30. A fin de proporcionar mayor certidumbre conforme a los tratados existentes, las autoridades tributarias tal vez deseen llegar a un acuerdo mutuo que aclare el tratamiento de algunos tipos de CIV en sus respectivos Estados. Con respecto a algunos tipos de CIV, ese acuerdo mutuo podría simplemente confirmar que el CIV satisface los requisitos técnicos antes mencionados y, por lo tanto, le corresponden los beneficios por derecho propio. En otros casos, el acuerdo mutuo podría proporcionar a un CIV una forma administrativamente viable de presentar reclamaciones con respecto a los inversores que reúnen las condiciones para acogerse a un tratado (véanse los párrafos 36 a 40 del Informe “Concesión de Beneficios de los Tratados con respecto a las Rentas de los Vehículos de Inversión Colectiva” para un examen

de esta cuestión). Por supuesto, un acuerdo mutuo no puede reducir los beneficios que de otro modo estarían a disposición del CIV de conformidad con los términos de un tratado.

19. Un solo miembro del Comité no estuvo de acuerdo con la visión expresada en el párrafo 28 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citada en el párrafo 18 anterior.¹⁹ Ese miembro observó que el concepto de “beneficiario efectivo”, tal como se interpreta en los Comentarios a los Artículos 10, 11, 12, 12A y 12B se refiere esencialmente a un receptor de rentas que tiene el derecho de usar y disfrutar las rentas sin restricciones derivadas de una obligación contractual o legal de transferir el pago recibido a otra persona (véase el párrafo 12.4 de los Comentarios de la OCDE de 2017, citado en el párrafo 13 del Comentario al Artículo 10). Ese miembro consideró que el hecho de que los administradores de un CIV tengan facultades discrecionales para administrar los activos que generan la renta en cuestión, significa que el CIV puede utilizar las rentas para realizar nuevas inversiones, pero no puede disfrutarlas. En última instancia, las rentas deben transferirse a los inversores, quienes son los únicos que tienen derecho a utilizar y disfrutar de las rentas sin restricciones derivadas de obligaciones legales o contractuales. Así, de acuerdo con ese miembro, si bien el CIV puede tener más derechos que un agente, mandatario, sociedad instrumental (*conduit company*) que actúe como fiduciario o un administrador, no tiene lo que se necesita para convertirse en “beneficiario efectivo” en términos de los criterios del Comentario al Artículo 10, 11, 12, 12A y 12B.

20. Los Estados Contratantes tal vez prefieran abordar expresamente los asuntos técnicos señalados anteriormente en el párrafo 18 de manera que se prevea un tratamiento tributario apropiado de los CIV a la luz de diferentes consideraciones, tales como las diferentes formas jurídicas de los CIV en dos Estados Contratantes o en el mismo Estado y la posibilidad de que se presente la triangulación de beneficios (*treaty shopping*) mediante el uso de los CIV. Estas consideraciones se analizan en los siguientes párrafos del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017:

19 La decisión de incluir esa visión minoritaria en el comentario se adoptó en el vigésimo primer período de sesiones del Comité, celebrado en octubre de 2020.

32. Sin embargo, al negociar nuevos tratados o enmiendas a los tratados existentes, los Estados Contratantes no se limitarían a aclarar los resultados de la aplicación de otras disposiciones de tratados a los CIV, sino que podrían variar esos resultados en la medida necesaria para alcanzar los objetivos de política. Por ejemplo, en el contexto de un tratado bilateral determinado, el análisis técnico puede dar lugar a que los CIV estén situados en uno de los Estados Contratantes que califique para la obtención de beneficios, mientras que los CIV en el otro Estado Contratante pueden no hacerlo. Esto puede hacer que el tratado parezca desequilibrado, aunque el hecho de que así sea dependerá de las circunstancias específicas. De ser así, los Estados Contratantes deberían intentar alcanzar una solución equitativa. Si el resultado práctico en cada uno de los Estados Contratantes es que la mayoría de los CIV no paguen impuestos, entonces los Estados Contratantes deberían tratar de superar las diferencias de forma legal que de otro modo podrían hacer que los de un Estado reunieran las condiciones para recibir los beneficios y a los CIV del otro Estado se les negaran. Por otra parte, las diferencias de tipo jurídico y de tratamiento tributario en los dos Estados Contratantes pueden significar que es apropiado tratar de manera diferente a los CIV en los dos Estados. Al comparar la tributación de los CIV en los dos Estados, debería considerarse la tributación en el Estado fuente y la tributación a nivel de los inversores, y no solo la tributación del propio CIV. El objetivo es alcanzar la neutralidad entre una inversión directa y una inversión a través de un CIV en el contexto internacional, así como el objetivo de la mayoría de las disposiciones internas que abordan el tratamiento de los CIV es lograr esa neutralidad en el contexto totalmente nacional.

33. Un Estado Contratante tal vez quiera también considerar si las disposiciones de los tratados existentes son suficientes para impedir que los CIV se utilicen de manera potencialmente abusiva. Es posible que un CIV pueda cumplir todos los requisitos para reclamar por propio derecho los beneficios de un tratado, aun cuando su renta no esté sujeta a impuestos en la práctica. En ese caso, el CIV podría ofrecer a los residentes de terceros países la oportunidad de recibir beneficios de los tratados que no habrían estado disponibles si hubieran invertido directamente. En consecuencia, sería apropiado restringir los beneficios que de otro modo podrían estar disponibles para esos CIV, ya sea mediante normas antiabuso o contra la triangulación de beneficios (*anti treaty shopping*) de aplicación general (como se señala en “Uso indebido del Convenio” más abajo) o mediante una disposición específica relativa a los CIV.

34. Al decidir si esa disposición es necesaria, los Estados Contratantes querrán tener en cuenta las características económicas, incluyendo la posible triangulación de beneficios (*treaty shopping*) que presentan los diversos tipos de CIV que prevalecen en cada uno de los Estados Contratantes. Por ejemplo, un CIV que no esté sujeto a ninguna imposición en el Estado en el que está establecido puede significar más riesgo de que se presente la triangulación de beneficios que uno en el que el propio CIV esté sujeto a un impuesto a nivel de entidad o en el que las distribuciones a los inversores no residentes están sujetas a la retención de impuestos.

21. La siguiente versión de una disposición que podría incluirse en el apartado 4 abordaría las consideraciones a las que se refiere el párrafo 20. Se basa en la disposición alternativa que figura en el párrafo 35 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, pero con modificaciones sustantivas que reflejan la forma en que el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas aborda el asunto de los beneficios derivados y lo relativo a la definición de “beneficiario equiparable”, en su Artículo 29:

4. No obstante las demás disposiciones de este Convenio, un vehículo de inversión colectiva establecido en un Estado Contratante y que perciba rentas procedentes del otro Estado Contratante, será tratado, para efectos de la aplicación del Convenio a dichas rentas, como una persona natural residente en el Estado Contratante en el que se establece y como el beneficiario efectivo de la renta que recibe (siempre que, si una persona natural residente en el Estado mencionado en el primer lugar hubiera recibido las rentas en las mismas circunstancias, dicha persona natural hubiera sido considerada como el beneficiario efectivo de las mismas) pero únicamente en la medida en que los derechos de participación en los beneficios del vehículo de inversión colectiva le pertenezcan a residentes del Estado Contratante en el que esté establecido el vehículo de inversión colectiva, quienes sean personas calificadas de conformidad con el significado del apartado 2 del Artículo 29 [*posible adición de “o por beneficiarios equiparables”*]. Para los efectos de este apartado, por “vehículo de inversión colectiva” se entenderá, en el caso de [Estado A], un [] y, en el caso de [Estado B], un [], así como cualquier otro fondo de inversión, acuerdo o entidad establecida en cualquiera de los Estados Contratantes los cuales las

autoridades competentes de los Estados Contratantes acuerden considerar como vehículos de inversión colectiva para efectos de este apartado [*posible adición de una definición de “beneficiario equiparable” para los efectos de este apartado*].

22. La disposición del anterior párrafo 21 y las alternativas que se examinan en los párrafos 26, 27 y 29 siguientes, funcionan para considerar que el CIV es una persona natural residente del Estado Contratante en el que está establecido con respecto a las rentas que recibe del otro Estado Contratante, sin afectar el derecho de ese otro Estado A someter a imposición a sus propios residentes que han invertido en dicho CIV. Además, estas disposiciones aclaran cómo los requisitos sobre el beneficiario efectivo (*beneficial owner*) de los Artículos 10, 11, 12, 12A y 12B aplicarían a los vehículos de inversión colectiva a los que se aplicarían estas disposiciones. Al respecto, el Comité considera aplicables las siguientes explicaciones que se encuentran en los Comentarios al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017:

47. [*Las disposiciones de las alternativas examinadas en los párrafos 21, 26, 27 y 29 tratan*] al CIV como residente y beneficiario efectivo de las rentas que recibe para efectos de la aplicación del Convenio a esas rentas, el cual tiene la simplicidad de prever una tasa reducida de retención con respecto a cada tipo de renta. Como confirma el apartado 3 [*del Artículo 1*], estas disposiciones, sin embargo, no restringen en modo alguno el derecho del Estado fuente a someter a imposición a sus propios residentes que son inversores en el CIV. Es evidente que estas disposiciones tienen por objeto hacerse cargo de la imposición en la fuente del CIV respecto de sus rentas y no del impuesto respecto de la residencia de sus inversores.

48. Además, cada una de estas disposiciones solo tiene por objeto establecer que las características específicas del CIV no provocarán que sea tratado de otra manera que al beneficiario efectivo de las rentas que recibe. Por lo tanto, un CIV será tratado como el beneficiario efectivo de todas las rentas que recibe. Sin embargo, la disposición no pretende colocar a un CIV en una posición diferente o mejor que la de otros inversores respecto de las características de los requisitos de la propiedad efectiva las cuales no guardan relación con la condición del CIV como tal. En consecuencia, cuando una persona natural reciba un elemento de renta en determinadas circunstancias no debería ser considerada como beneficiaria efectiva (*beneficial owner*) de esas rentas, por su parte un CIV que reciba esas rentas en las mismas

circunstancias no podría ser considerado beneficiario efectivo de las rentas. Este resultado se confirma por las limitaciones señaladas entre paréntesis, a la aplicación de la disposición a situaciones en las que una persona natural en las mismas circunstancias habría sido tratada como el beneficiario efectivo de las rentas.

23. Dado que las disposiciones del párrafo 21 anterior y de los párrafos 26, 27 y 29 a continuación, se aplican no obstante las demás disposiciones del Convenio, las mismas prevalecen sobre las del apartado 2 del Artículo 1 relativas a las entidades transparentes. Así, aunque un CIV legalmente estructurado como una asociación de personas (*partnership*) pueda ser tratado como transparente fiscalmente conforme a la legislación interna de cualquiera de los Estados Contratantes, seguiría siendo ese CIV, y no sus asociados, el que se consideraría, para los efectos de la aplicación del Convenio, como beneficiario de las rentas derivadas de los beneficios de los tratados.

24. Las disposiciones del párrafo 21 y de los párrafos 26, 27 y 29 no buscan proporcionar una definición sustantiva de los vehículos de inversión colectiva a los que serían aplicables. Más bien disponen que estos CIV se identificarían mediante referencias cruzadas específicas a las disposiciones correspondientes de la legislación tributaria o de valores relativas a los CIV de cada Estado, mismas que se incluirían en la última parte de estas disposiciones. Estos CIV típicamente serían fondos que tienen una amplia participación, que tienen un portafolio diversificado de valores y que están sujetos a la regulación sobre la protección al inversor en el país en el que están establecidos.

25. La disposición del párrafo 21 más arriba refleja el enfoque propuesto en los apartados 1 a 7 del Artículo 29 para abordar la posible triangulación de beneficios (*treaty shopping*). Por lo tanto, solo se aplica en la medida en que los derechos de participación en los beneficios del vehículo de inversión colectiva sean propiedad de residentes del Estado Contratante en el que esté establecido el vehículo de inversión colectiva, quienes constituyen “personas calificadas” conforme al apartado 2 del Artículo 29. De acuerdo con el enfoque propuesto en el Artículo 29, la disposición reconoce que los Estados Contratantes tal vez deseen ampliar el alcance de la disposición a los “beneficiarios equiparables” como se define este término en el apartado 7(e) del Artículo 29 (véanse las explicaciones proporcionadas en

el párrafo 19 del Comentario al Artículo 29 en relación con la posible adición al Artículo 29 de una norma sobre “beneficio derivado”, así como las explicaciones del concepto de “beneficiario equiparable” en el párrafo 27 del Comentario al Artículo 29). La justificación de la ampliación del alcance de la disposición sobre esos “beneficiarios equiparables” es la de garantizar que los inversores que tengan derechos a beneficios con respecto a las rentas derivadas del Estado fuente, habiendo recibido directamente las rentas, no se encuentren en una peor posición por invertir en un CIV situado en un tercer país. Como se señala en el párrafo 37 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, esa ampliación “es beneficiosa para los inversores, en particular los de los países pequeños, quienes consecuentemente gozarán de una mayor variedad de vehículos de inversión. Ello también aumenta las economías de escala, las cuales constituyen un beneficio primordial económico de invertir a través de los CIV”. La definición de beneficiario equiparable plasmada en el apartado 7(e) del Artículo 29 permite la aplicación de la disposición cuando hay inversores de terceros países pero sin permitir su aplicación con respecto a un inversor que sea una entidad en un tercer país y que no tenga derecho a beneficios del tratado en el Estado fuente conforme a disposiciones similares a las de los apartados 1 a 7 del Artículo 29 (por ejemplo, debido a los riesgos de que dicha entidad sea utilizada para la triangulación de beneficios).

26. Sin embargo, como se reconoce en el párrafo 41 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, si bien el enfoque propuesto en la disposición del párrafo 21 anterior aborda preocupaciones sobre la triangulación de beneficios (*treaty shopping*), la determinación de los derechos de cada inversor respecto del convenio puede imponer una carga administrativa considerable a un CIV. En el párrafo 41 de los Comentarios de la OCDE se sugiere que “[un] Estado Contratante podrá decidir que el hecho de que una proporción sustancial de los inversores del CIV reúnan las condiciones para acogerse a un tratado es una protección adecuada contra la triangulación de beneficios y, por lo tanto, es apropiado establecer un umbral de propiedad por encima del cual se puedan conceder beneficios con respecto a todas las rentas percibidas por el CIV. La inclusión de ese umbral también mitigaría algunas de las cargas procesales que de otro modo podrían surgir.” En el contexto del Modelo de Convenio

Tributario de las Naciones Unidas, la adición de ese umbral podría lograrse añadiendo lo siguiente a la disposición del párrafo 21:

Sin embargo, si al menos [...] por ciento de los derechos de participación en los beneficios del vehículo de inversión colectiva es propiedad de residentes del Estado Contratante en el que está establecido el vehículo de inversión colectiva, los cuales son personas de ese Estado conforme a lo que establece el apartado 2 del Artículo 29 [posible adición de “o por beneficiarios equiparables”], el vehículo de inversión colectiva será tratado como una persona natural que es residente del Estado Contratante en el que está establecido y como el beneficiario efectivo de todas las rentas que percibe (siempre que, si una persona natural residente en el primer Estado mencionado hubiera recibido las rentas en las mismas circunstancias, dicha persona hubiera sido considerada como su beneficiario efectivo).

27. En algunos casos, los Estados Contratantes tal vez deseen simplemente abordar los asuntos técnicos examinados anteriormente en el párrafo 18 y confirmar el derecho de los CIV a los tratados, esto mediante una disposición más sencilla que no aborde expresamente las posibles preocupaciones sobre la triangulación de beneficios (*treaty shopping*). Esa disposición se propone en el párrafo 31 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017:

31. Las mismas consideraciones sugerirían que los negociadores del tratado abordaran expresamente el tratamiento de los CIV. Así, aun cuando pareciera que los CIV de cada uno de los Estados Contratantes tendrían derecho a beneficios, pudiera ser apropiado confirmar públicamente esa posición (por ejemplo, mediante un canje de notas) a fin de proporcionar certeza. También podría ser conveniente prever expresamente el derecho de los CIV al tratado, incluyendo, por ejemplo, una disposición conforme a lo siguiente:

No obstante las demás disposiciones de este Convenio, un vehículo de inversión colectiva establecido en un Estado Contratante y que perciba rentas procedentes del otro Estado Contratante será tratado, para efectos de la aplicación del Convenio a dichas rentas, como persona natural residente en el Estado Contratante en el que está establecido y como beneficiario efectivo de las rentas que percibe (siempre que, si una persona natural residente en el primer Estado mencionado hubiera

recibido las rentas en las mismas circunstancias, dicha persona hubiera sido considerada como el beneficiario efectivo de las mismas). Para los efectos del presente apartado, por “vehículos de inversión colectiva” se entenderá, en el caso de [Estado A], un [] y, en el caso de [Estado B], un [], así como cualquier otro fondo de inversión, acuerdo o entidad establecida en cualquiera de los Estados Contratantes cuyas autoridades competentes acuerden considerar como un vehículo de inversión colectiva para efectos del presente apartado.

28. Como se menciona en el párrafo 42 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, los Estados Contratantes pueden considerar que ciertos tipos de CIV no deben contar con la autorización para reclamar los beneficios del tratado a título personal, pero que debería permitírseles reclamar los beneficios del tratado a los que tienen derecho los inversores en esos CIV:

42. En algunos casos, los Estados Contratantes tal vez deseen adoptar un enfoque diferente del que se propone en [los párrafos 21, 26, 27 y 29] con respecto a ciertos tipos de CIV y tratar al CIV como facultado para hacer reclamaciones a nombre de los inversores y no en su propio nombre. Esto podría resultar cierto, por ejemplo, si un gran porcentaje de los titulares de participaciones en el CIV en su conjunto, o de una clase de participaciones en el CIV, son fondos de pensiones exentos de impuestos en el país fuente bajo los términos del tratado correspondiente, similares a aquellos descritos en el párrafo 69 del Comentario al Artículo 18 [del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado en el párrafo 18 del Comentario al Artículo 18 de este Modelo]. A fin de garantizar que los inversores no pierdan el beneficio de las tasas preferenciales a los que habrían tenido derecho si hubieran invertido directamente, los Estados Contratantes podrían acordar una disposición conforme a lo siguiente y respecto a dichos CIV (aunque probablemente adopten [una o más de las alternativas examinadas en los párrafos 21, 26, 27 y 29] con respecto a otros tipos de CIV):

- a) Un vehículo de inversión colectiva descrito en el subapartado c) que esté establecido en un Estado Contratante y que perciba rentas procedentes del otro Estado Contratante no será tratado como residente del Estado Contratante en el que esté establecido, pero podrá reclamar, en nombre de los titulares de los derechos de participación en los beneficios del vehículo de inversión colectiva, las reducciones de impuestos, exenciones u

otros beneficios que habrían estado A disposición de esos titulares conforme a este Convenio si hubieran recibido directamente esas rentas.

- b) Un vehículo de inversión colectiva no podrá presentar una reclamación, en virtud del apartado a), de beneficios en nombre de cualquier titular de los derechos de participación en los beneficios del vehículo de inversión colectiva si el propio titular ha presentado una reclamación individual de beneficios con respecto a las rentas recibidas del vehículo de inversión colectiva.
- c) Este apartado se aplicará con respecto a, en el caso de [Estado A], un [] y, en el caso de [Estado B], un [], así como cualquier otro fondo de inversión, acuerdo o entidad establecida en cualquiera de los Estados Contratantes cuyas autoridades competentes acuerden aplicar el presente apartado.

Sin embargo, esta disposición limitaría al CIV para hacer reclamaciones a nombre de residentes del mismo Estado Contratante en el que esté establecido el CIV. Si [...] los Estados Contratantes estimaran conveniente permitir que el CIV formule reclamaciones a nombre de residentes de terceros Estados que reúnan las condiciones para acogerse a un tratado, ello podría lograrse sustituyendo las palabras “este Convenio” por “cualquier Convenio del cual el otro Estado Contratante sea parte” en el subapartado a). Si, según lo previsto, los Estados Contratantes convienen en que el trato previsto en este apartado se aplique únicamente a tipos específicos de CIV, sería necesario garantizar que los tipos de CIV listados en el apartado c) no incluyan ninguno de los tipos de CIV listados en una disposición más general, como aquella en [una o más de las alternativas examinadas en los párrafos 21, 26, 27 y 29] para que el tratamiento de un tipo específico de CIV sea fijo, en lugar de electivo. Los países que deseen permitir que los CIV elijan su tratamiento, ya sea con respecto al CIV en su conjunto o con respecto a una o más clases de participaciones en el CIV, son libres de modificar el apartado para hacerlo.

29. La aplicación práctica del enfoque en las alternativas examinadas en los párrafos 21, 26 y 28 anteriores, requiere que un vehículo de inversión colectiva determine la proporción de sus inversores que tendrían derecho a los beneficios si hubieran invertido directamente. Esto plantea dificultades prácticas y requiere soluciones administrativas, que se examinan en los siguientes párrafos del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017:

43. Conforme a cualquiera de los dos criterios [*de las alternativas examinadas en los párrafos 21, 26 y 28 anteriores*], será necesario que el CIV determine la proporción de los titulares de intereses que habrían gozado de beneficios si hubieran invertido directamente. Debido a que la titularidad sobre los derechos de participación en los beneficios de los CIV cambia regularmente, y a menudo tales derechos se detentan a través de intermediarios, el CIV y sus administradores a menudo no conocen los nombres ni las condiciones del tratado de los beneficiarios efectivos (*beneficial owners*) de los intereses. No sería práctico para el CIV recopilar diariamente esa información de los intermediarios en su base de datos. En consecuencia, los Estados Contratantes deberían estar dispuestos a aceptar enfoques prácticos y fiables que no requieran de ese rastreo diario.

44. Por ejemplo, en muchos países la industria del CIV es en gran medida interna, con un porcentaje abrumador de inversores residentes en el país en el que está establecido el CIV. En algunos casos, las normas tributarias desalientan la inversión extranjera al imponer una retención de impuestos sobre las distribuciones, o bien, las leyes de valores restringen severamente las ofertas a los no residentes. Los gobiernos deberían considerar si estas u otras circunstancias ofrecen una protección adecuada contra las inversiones de residentes de terceros países que no reúnen las condiciones que establece el convenio. Puede que sea apropiado, por ejemplo, asumir que un CIV es propiedad de residentes del Estado en el que está establecido si el CIV ha limitado la distribución de sus acciones o participaciones al Estado en el que está establecido el CIV o a otros Estados que prevén beneficios similares en sus tratados con el Estado fuente.

45. En otros casos, se ofrecen participaciones en el CIV a inversores de muchos países. Aunque la identidad de los inversores en lo individual cambiará diariamente, la proporción de inversores en el CIV que gozan de los beneficios de un tratado probablemente cambie relativamente lento. En consecuencia, sería razonable exigir al CIV que recopile de otros intermediarios, en fechas determinadas, información que le permitiera determinar la proporción de inversores que gozan de los beneficios de los tratados. Esta información podría ser requerida al final de un año calendario o fiscal o, si las condiciones del mercado indican que la rotación de la titularidad es elevada, podría exigirse con mayor frecuencia, aunque no con una frecuencia mayor a cada trimestre. El CIV podría entonces hacer una reclamación sobre la base de un promedio de esos montos durante un período convenido. Al adoptar esos procedimientos, habría que tener cuidado al

elegir las fechas de valoración, ello para garantizar que el CIV tuviera tiempo suficiente para actualizar la información que proporciona a otros pagadores, para que se retenga la cantidad correcta al comienzo de cada período correspondiente.

46. Otra alternativa establecería que un CIV que cotiza públicamente en el Estado Contratante en el que está establecido gozará de los beneficios del tratado independientemente de la residencia de sus inversores. Esta disposición se ha justificado sobre la base de que un CIV que cotiza públicamente no puede utilizarse eficazmente para la triangulación de beneficios (*treaty shopping*), ya que los accionistas o titulares de dicho CIV no pueden ejercer individualmente el control sobre él. Esa disposición se podría leer de la siguiente manera:

- a) No obstante las demás disposiciones de este Convenio, un vehículo de inversión colectiva establecido en un Estado Contratante y que perciba rentas procedentes del otro Estado Contratante será tratado, para los efectos de la aplicación del Convenio a dichas rentas, como una persona natural residente en el Estado Contratante en el que está establecido y como el beneficiario efectivo de la renta que recibe (siempre que, si una persona natural residente en el primer Estado mencionado hubiera recibido las rentas en las mismas circunstancias, dicha persona hubiera sido considerada como su beneficiario efectivo), si la clase principal de acciones o participaciones en el vehículo de inversión colectiva está listada y cotiza regularmente en un mercado de valores de ese Estado.
- b) Para los efectos del presente apartado, por “vehículo de inversión colectiva” se entenderá, en el caso de [Estado A], un [] y, en el caso de [Estado B], un [], así como cualquier otro fondo de inversión, acuerdo o entidad establecida en cualquiera de los Estados Contratantes cuyas autoridades competentes acuerden considerar como un vehículo de inversión colectiva para efectos del presente apartado.

30. Si bien las disposiciones y explicaciones sugeridas previamente se aplican a un Fideicomiso de Inversión en Bienes Inmuebles (REIT, por sus siglas en inglés) que califica como CIV, se reconoce que los REIT no siempre califican como tales y que plantean otras cuestiones específicas dentro de los tratados.

31. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017,

que describe los REIT y aborda las cuestiones que surgen con la aplicación de los tratados tributarios a las distribuciones que hacen los REIT, es aplicable a este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas entre corchetes, que no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las del presente Modelo):

67.1 En muchos Estados, una gran parte de la inversión de cartera en bienes inmuebles se realiza a través de los Fideicomisos de Inversión en Bienes Inmuebles (REIT por sus siglas en inglés). Un REIT puede describirse en términos generales como una sociedad, fideicomiso o acuerdo contractual o fiduciario, ampliamente detentado, que obtiene sus rentas principalmente de la inversión a largo plazo en bienes inmuebles, distribuye la mayor parte de esas rentas anualmente y no paga impuesto sobre la renta respecto de las rentas relacionadas con los bienes inmuebles que se distribuyen de esa manera. El hecho de que el vehículo REIT no pague impuestos sobre dicha renta es el resultado de normas tributarias que establecen un nivel único de imposición para los inversores en el REIT.

67.2 La importancia y la globalización de las inversiones en y a través de los REIT han llevado al Comité de Asuntos Fiscales a examinar las cuestiones relacionadas con los tratados tributarios que surgen de tales inversiones. Los resultados de ese trabajo aparecen en un informe titulado “Cuestiones Relativas a los Tratados Tributarios Relacionados con REIT.”¹

1 Reproducido [en la página R(23)-1del]Volumen II de la versión [completa] del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de [2017] [, disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page2503, consultado el 10 de mayo de 2021.]

67.3 Una de las cuestiones examinadas en el informe es el trato que se da en los convenios tributarios a las distribuciones transfronterizas por parte de un REIT. En el caso de un pequeño inversor en un REIT, el inversor no tiene control sobre los bienes inmuebles adquiridos por el REIT ni relación alguna con ellos. A pesar de que el propio REIT no pagará el impuesto sobre su renta distribuida, puede ser apropiado considerar que dicho inversor no ha invertido en bienes inmuebles, sino que, más bien, simplemente ha invertido en una sociedad y debe tratarse como si recibiera un dividendo de su cartera. Tal tratamiento

también reflejaría los atributos combinados de una inversión en REIT, que combina los atributos tanto de acciones como de bonos. En contraste, un inversor de mayor tamaño en un REIT tendría un interés más particular en los bienes inmuebles adquiridos por el REIT; para ese inversor, la inversión en el REIT puede considerarse un sustituto de una inversión en la propiedad subyacente del REIT. En esta situación, no parece apropiado restringir la imposición en la fuente de la distribución del REIT, ya que el propio REIT no pagará el impuesto sobre sus rentas.

67.4 Los Estados que deseen lograr ese resultado podrán acordar bilateralmente reemplazar el apartado 2 del Artículo por el siguiente:

2. No obstante, los dividendos pagados por una sociedad que sea residente de un Estado Contratante también podrán ser sometidos a imposición en ese Estado de conformidad con su propia legislación, pero si el beneficiario efectivo de los dividendos es residente del otro Estado Contratante (distinto del beneficiario efectivo de los dividendos pagados por una sociedad que sea un REIT en la que dicha persona posea, directa o indirectamente, un capital que represente al menos el 10 por ciento del valor del capital total de dicha sociedad), el impuesto exigido no excederá de:

- a) ____ por ciento [*el porcentaje se establecerá mediante negociaciones bilaterales*] del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee directamente al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos (distinta de una sociedad pagadora que sea un REIT) durante un período de 365 días que incluya el día del pago del dividendo (para los efectos del cómputo de ese período, no se tendrán en cuenta los cambios de propiedad que pudieran derivarse directamente de una reorganización corporativa, como una fusión o escisión, de la sociedad que posee las acciones o que paga el dividendo);
- b) ____ por ciento [*el porcentaje se establecerá mediante negociaciones bilaterales*] del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos.

Según esta disposición, un gran inversor en un REIT es un inversor que posee, directa o indirectamente, un capital que representa al menos el 10 por ciento del valor de todo el capital del REIT. Sin embargo, los Estados pueden convenir bilateralmente en utilizar un umbral

diferente. Además, la disposición se aplica a todas las distribuciones por el REIT; en el caso de distribuciones de ganancias de capital, sin embargo, la legislación interna de algunos países establece un umbral diferente para diferenciar entre un gran inversor y un pequeño inversor con derecho a una imposición a la tasa aplicable a los dividendos de cartera y esos países tal vez deseen modificar la disposición a fin de preservar esa distinción en sus tratados. Por último, dado que no sería adecuado limitar la imposición en la fuente sobre una distribución del REIT a un gran inversor, la redacción del subapartado *a)* excluye de su aplicación a los dividendos pagados por un REIT; así, el subapartado nunca puede aplicarse a tales dividendos, incluso si una sociedad que no poseía capital que representara el 10 por ciento o más del valor del capital de un REIT posee al menos el 25 por ciento de su capital, calculado de conformidad con el párrafo 15 [*del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado en el párrafo 16 del Comentario al Artículo 10 de este Modelo*]. Por lo tanto, el Estado de la fuente podrá someter a imposición tales distribuciones que se efectúan a grandes inversores, independientemente de las restricciones de los apartados *a)* y *b)*.

67.5 Sin embargo, cuando los REIT establecidos en uno de los Estados Contratantes no se consideren sociedades residentes en ese Estado Contratante, será necesario modificar la disposición para garantizar que se aplique a las distribuciones de esos REIT.

67.6 Por ejemplo, si el REIT es una sociedad que no califica como residente del Estado, los apartados 1 y 2 del Artículo deberán modificarse como a continuación se señala para lograr ese resultado:

1. Los dividendos pagados por una sociedad residente, o un REIT organizado conforme a la legislación de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante podrán ser sometidos a imposición en ese otro Estado.
2. No obstante, los dividendos también podrán someterse a imposición en el Estado Contratante del que sea residente la sociedad que pague los dividendos o, en el caso de un Fideicomiso de Inversión en Bienes Inmuebles (REIT), conforme a las leyes sobre las cuales haya sido organizado, pero si el beneficiario efectivo de los dividendos es residente del otro Estado Contratante (distinto del beneficiario efectivo de los dividendos pagados por una sociedad que sea un REIT en la que dicha persona posea, directa o indirectamente, capital que represente al menos el 10 por ciento del valor total del capital de dicha sociedad), el impuesto exigido no excederá de:

- a) ____ por ciento [*el porcentaje se establecerá mediante negociaciones bilaterales*] del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee directamente al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos (distinta de una sociedad pagadora que sea un REIT) durante un período de 365 días que incluya el día del pago del dividendo (para los efectos del cómputo de ese período, no se tendrán en cuenta los cambios de propiedad que pudieran derivarse directamente de una reorganización corporativa, como una fusión o escisión, de la sociedad que posee las acciones o que paga el dividendo);
- b) ____ por ciento [*el porcentaje se establecerá mediante negociaciones bilaterales*] del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos.

67.7 Del mismo modo, para lograr ese resultado, cuando el REIT esté estructurado como un fideicomiso o como un acuerdo contractual o fiduciario y no se considere una sociedad, los Estados podrán convenir bilateralmente en añadir a la versión alternativa del apartado 2 enunciada en el párrafo 67.4 anterior, una disposición adicional redactada del siguiente modo:

Para los efectos de este Convenio, cuando un REIT organizado conforme a la legislación de un Estado Contratante distribuya rentas a un residente del otro Estado Contratante que sea el beneficiario efectivo de dicha distribución, la distribución de esas rentas se considerará como un dividendo pagado por una sociedad residente en el primer Estado.

De conformidad con esta disposición adicional, la distribución correspondiente se trataría como dividendo y no como otro tipo de renta (por ejemplo, renta de bienes inmuebles o derivada de la ganancia de capital), para los efectos de la aplicación del Artículo 10 y de los demás Artículos del Convenio. Sin embargo, es evidente que ello no modificaría la caracterización de esa distribución para los efectos de la legislación interna, de modo que no se vería afectado el tratamiento que se le dé conforme a dicha legislación, salvo para los efectos de aplicar las limitaciones impuestas por las disposiciones respectivas del Convenio.

32. Los REIT también plantean una cuestión específica con respecto a la aplicación del apartado 4 del Artículo 13 a la enajenación de las participaciones que los inversores tienen en esos vehículos. El Comité

considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica esta cuestión, es aplicable a este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte de los Comentarios del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las del presente Modelo):

28.10 Por último, otra posible excepción *[a la aplicación del apartado 4 del Artículo 13]* se refiere a las acciones y participaciones comparables en un Fideicomiso de Inversión en Bienes Inmuebles (véanse los párrafos 67.1 a 67.7 del Comentario al Artículo 10 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado en el párrafo 31 anterior]* para obtener información previa sobre los REIT). Aunque no parece apropiado hacer una excepción al apartado 4 en el caso de la enajenación de las participaciones de un gran inversor en un REIT, que podría considerarse la enajenación de un sustituto de una inversión directa en bienes inmuebles, puede considerarse apropiada una excepción al apartado 4 respecto de la enajenación de las participaciones de un pequeño inversor en un REIT.

28.11 Como se indica en el párrafo 67.3 del Comentario al Artículo 10, podría ser apropiado considerar las participaciones de un pequeño inversor en un REIT como valores más que como una participación indirecta en bienes inmuebles. Al respecto, en la práctica sería muy difícil administrar la aplicación de impuestos en la fuente tratándose de las ganancias sobre pequeñas participaciones en un REIT que tiene una amplia participación. Además, dado que los REIT, a diferencia de otras entidades cuyo valor procede principalmente de bienes inmuebles, están obligados a distribuir la mayor parte de sus ganancias, es poco probable que hubiera ganancias residuales significativas a las que aplicar el impuesto sobre las ganancias de capital (en comparación con otras entidades). Los Estados que compartan este punto de vista podrán acordar bilateralmente añadir antes de la frase “podrán ser sometidos a imposición en ese otro Estado”, palabras como: “excepto las acciones o participaciones comparables en manos de una persona que posea, directa o indirectamente, acciones o participaciones que representen menos del 10 por ciento de todas las acciones o participaciones en una entidad, si dicha entidad es un REIT”.

28.12 No obstante, algunos Estados consideran que el apartado 4 estaba dirigido a aplicarse a toda ganancia derivada de la enajenación

de acciones o participaciones similares en una entidad cuyo valor deriva principalmente de bienes inmuebles y que no habría razón para distinguir entre un REIT y una entidad que cotiza en un mercado de valores con respecto a la aplicación de ese apartado, especialmente porque un REIT no está sujeto a imposición sobre sus rentas. Estos Estados consideran que, mientras no exista una excepción para la enajenación de acciones o participaciones similares en entidades que cotizan en un mercado de valores [...], no debería haber una excepción especial para las participaciones en un REIT.

Uso indebido de los tratados tributarios

33. El objetivo principal de los convenios de doble tributación es promover, mediante la eliminación de la doble tributación internacional, el intercambio de bienes y servicios y el movimiento de capitales y personas. Sin embargo, las disposiciones de los convenios tributarios están redactadas en términos generales y los contribuyentes pueden verse tentados a celebrar acuerdos para obtener beneficios en circunstancias en que los Estados Contratantes no tenían la intención de otorgar esos beneficios. Esos usos indebidos de los tratados tributarios son motivo de preocupación para todos los países, pero particularmente para los países que tienen poca experiencia en tratar con estrategias sofisticadas para la evasión de impuestos.

34. Por consiguiente, el Comité consideró que sería útil analizar los diversos enfoques mediante los cuales se podrían tratar esas estrategias y proporcionar ejemplos concretos de la aplicación de dichos enfoques. Al examinar esta cuestión, el Comité reconoció que para que los tratados tributarios cumplieran su función, es importante mantener un equilibrio entre la necesidad que tienen las administraciones tributarias de proteger los ingresos públicos del uso indebido de las disposiciones de los tratados tributarios, y la necesidad de proporcionar certeza jurídica y proteger las expectativas legítimas de los contribuyentes.

35. En la actualización de 2017, el Comité introdujo varios cambios en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas para impedir que los contribuyentes utilizaran indebidamente las disposiciones de los convenios tributarios bilaterales basados en ese Modelo para obtener beneficios de los tratados. En primer lugar, se ha modificado el título del Convenio para que haga referencia expresa a “la prevención de la elusión y la evasión fiscal.” En segundo lugar, se ha

añadido un nuevo preámbulo que aclara que los convenios tributarios no tienen por objeto crear oportunidades de elusión o evasión fiscal, incluida la elusión fiscal mediante la triangulación de beneficios (*treaty shopping*). En tercer lugar, se ha incluido una nueva norma general antiabuso en el apartado 9 del Artículo 29. Esta norma general antiabuso y las normas específicas antiabuso incluidas en los tratados tributarios, tienen por objeto rechazar que ciertas transacciones y acuerdos obtengan beneficios en virtud de los tratados cuando el otorgamiento de tales beneficios sería contrario al objeto y fin del Convenio.

36. Estas adiciones al Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas harán que las disposiciones del Convenio sean más eficaces en la prevención del abuso de los tratados. Sin embargo, muchos países pueden tener convenios tributarios bilaterales vigentes que no contengan estas nuevas disposiciones, en particular la norma general antiabuso en el apartado 9 del Artículo 29. Esta parte de los Comentarios que describe los diversos enfoques que los países pueden adoptar para combatir la elusión fiscal mediante el uso indebido de tratados tributarios, es especialmente importante cuando sus tratados no incluyan el apartado 9 del Artículo 29.

37. Los párrafos 38 a 81 más abajo se basan en los Comentarios al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 con sus modificaciones pertinentes. En general, los criterios básicos para controlar el uso indebido de los tratados que se describen a continuación tienen por objeto ser consistentes con los Comentarios relevantes al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

38. Existen diversos enfoques utilizados por los países para prevenir y abordar el uso indebido de los tratados tributarios. En general, esos enfoques incluyen la interpretación y aplicación de las disposiciones de un tratado o la interpretación y aplicación de la legislación interna.

39. El tratamiento de la elusión fiscal a través de la legislación interna implica la posible aplicación de:

- a) normas específicas antiabuso en la legislación interna;
- b) normas generales antiabuso en la legislación interna; y
- c) doctrinas judiciales y principios de interpretación que forman parte de la legislación interna.

Estos enfoques basados en la legislación interna son comentados de forma general más adelante en los párrafos 41 y 42 y en mayor detalle en los párrafos 56 a 72.

40. El tratamiento de la elusión fiscal a través de los convenios tributarios implica la posible aplicación de:

- a) normas específicas antiabuso en los tratados tributarios;
- b) normas generales antiabuso en los tratados tributarios;
- c) la interpretación de disposiciones de los tratados tributarios.

Estos enfoques basados en los tratados son comentados de forma general a continuación en los párrafos 43 a 55 posteriores y en mayor detalle en los párrafos 73 a 81.

1. *Enfoques para prevenir el uso indebido de tratados tributarios*

Combate a la elusión fiscal mediante normas antiabuso internas y doctrinas judiciales

41. Las normas antiabuso internas y doctrinas judiciales pueden ser utilizadas para combatir las transacciones y acuerdos celebrados con el fin de obtenerse beneficios de tratados en circunstancias inadecuadas. Estas normas y doctrinas también pueden combatir situaciones en las que se celebran transacciones o acuerdos con el fin de abusarse tanto de las leyes internas como de los tratados tributarios.

42. Por estas razones, las normas antiabuso internas y las doctrinas judiciales desempeñan un papel importante para prevenir el otorgamiento de beneficios del tratado en circunstancias inadecuadas. Sin embargo, la aplicación de esas normas y doctrinas plantea la cuestión de los posibles conflictos con las disposiciones de los tratados, en particular cuando se recurre a las disposiciones de los tratados para facilitar el abuso de las disposiciones contenidas en la legislación interna (por ejemplo, cuando se reclame la protección de las disposiciones de los tratados que protegen al contribuyente de la aplicación de determinadas normas antiabuso internas). Este tema se aborda más adelante en relación con determinadas normas legislativas antiabuso, normas generales legislativas antiabuso y doctrinas judiciales.

Combate a la elusión fiscal mediante convenios tributarios

43. El apartado 9 del Artículo 29 y las normas específicas antiabuso contenidas en los convenios tributarios se dirigen a transacciones y acuerdos concertados con el propósito de obtener los beneficios del tratado en circunstancias inapropiadas. No obstante, cuando un convenio tributario no incluya tales normas, se plantea la interrogante de si los beneficios del convenio tributario deben concederse cuando se realicen operaciones que constituyan un uso abusivo de las disposiciones de ese convenio.

44. Muchos Estados abordan esa interrogante partiendo del hecho de que, en última instancia, los impuestos se exigen de conformidad con las disposiciones de la legislación interna, a reserva de disposiciones restrictivas (y en casos excepcionales, ampliatorias) previstas en los convenios. Así pues, cualquier uso abusivo de las disposiciones de un convenio tributario también podría calificarse como uso abusivo de las disposiciones de la legislación interna en virtud de las cuales se exige el impuesto. Para estos Estados, el tema consiste en determinar si las disposiciones de los convenios tributarios pueden impedir la aplicación de las disposiciones antiabuso de la legislación interna, que es la interrogante que se aborda en los párrafos 60 a 69 más adelante. Como allí se explica, por regla general, no existirá conflicto entre dichas normas y las disposiciones de los convenios tributarios.

45. Otros Estados prefieren considerar algunos acuerdos como usos abusivos del propio convenio, en lugar de abusos de la legislación interna. No obstante, estos Estados consideran que una interpretación correcta de los convenios tributarios les permite hacer caso omiso de las transacciones y acuerdos abusivos, como aquellos concertados con la intención de obtener beneficios no previstos en las disposiciones de esos convenios. Esta interpretación es consecuencia del objeto y fin de los convenios tributarios, así como de la obligación de interpretarlos de buena fe (véase el Artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*).

46. Por consiguiente, de acuerdo con ambos enfoques, existe acuerdo en que los Estados no tienen por qué conceder los beneficios de un convenio de doble imposición cuando se hayan concertado acuerdos que constituyan un uso abusivo de las disposiciones del mismo.

47. Sin embargo, es importante destacar que no debe asumirse a la ligera que un contribuyente está realizando la clase de transacciones abusivas antes mencionadas. Un principio rector es que no se deben conceder los beneficios de un convenio de doble imposición cuando uno de los principales objetivos para realizar determinadas transacciones o acuerdos es obtener una posición fiscal más favorable y conseguir ese tratamiento fiscal más favorable en dichas circunstancias sería contrario al objeto y fin de las disposiciones respectivas. Ese principio se aplica con independencia de las disposiciones del apartado 9 del Artículo 29, que se limitan a confirmarlo.

48. El principio rector del anterior párrafo 47, ha sido avalado por la OCDE y está reflejado en el apartado 61 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 (el cual corresponde al apartado 9.5 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2014). Los miembros del Comité avalaron ese principio en la actualización de 2011 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas y continúan haciéndolo. Consideran que esa orientación en cuanto a lo que constituye un uso abusivo de las disposiciones de los tratados tiene un propósito importante, toda vez que trata de equilibrar la necesidad de prevenir abusos de los tratados con la de asegurar que los países respeten las obligaciones adquiridas con el tratado y a la vez, dar certeza jurídica a los contribuyentes. Evidentemente, los países no deben poder eludir sus obligaciones del tratado bajo el simple argumento de que las transacciones legítimas son abusivas y que las normas tributarias internas que afectan a esas transacciones de manera contraria a las disposiciones de los tratados constituyen normas antiabuso.

49. Conforme al principio rector expuesto anteriormente, para que se considere que determinadas transacciones o acuerdos constituyen un uso abusivo de las disposiciones de un tratado tributario, es preciso que existan dos elementos:

- que el propósito principal para celebrar estas transacciones o acuerdos haya sido garantizar una posición tributaria más favorable, y
- que el obtener ese trato más favorable sea contrario al objeto y fin de las disposiciones correspondientes.

50. Estos dos elementos también se encontrarán a menudo, explícita o implícitamente, en las leyes y doctrinas generales contra la elusión desarrolladas en diversos países.

51. Para efecto de reducir al mínimo la incertidumbre que pudiera resultar de la aplicación de ese enfoque, es importante que este principio rector se aplique sobre una base de conclusiones objetivas de hechos, y no únicamente de suposiciones en cuanto a la intención de las partes. Por lo tanto, la determinación de si el propósito principal para celebrar transacciones o acuerdos es el de obtener ventajas tributarias debe ser objetiva, sustentada en todos los hechos y circunstancias relevantes, analizando si, sin estas ventajas tributarias, un contribuyente habría celebrado las mismas transacciones o acuerdos.

52. La posible aplicación de estos principios o del apartado 9 del Artículo 29 no significa que no sea necesario incluir en los convenios tributarios disposiciones específicas dirigidas a evitar determinadas formas de elusión fiscal. Si se detectan técnicas específicas de elusión o si la utilización de dichas técnicas resulta especialmente problemática, será útil incorporar al Convenio disposiciones que se centren directamente en la estrategia de elusión correspondiente. Además, estas disposiciones serán necesarias cuando un Estado que ha adoptado el enfoque descrito en el párrafo 44 antes mencionado, considere que su legislación interna carece de normas o principios contra la elusión necesarios para combatir adecuadamente dicha estrategia.

53. Así, algunas formas de elusión fiscal ya se han tratado expresamente en el Convenio, por ejemplo, mediante la introducción del concepto de “beneficiario efectivo” (*beneficial owner*) en los Artículos 10, 11, 12, 12A y 12B y de disposiciones especiales, tales como el apartado 2 del Artículo 17, que versa sobre las denominadas sociedades de profesionales del espectáculo.

54. Además, en algunos casos, la solicitud de acogerse a los beneficios por parte de sociedades subsidiarias, en particular las constituidas en paraísos fiscales o que se beneficien de regímenes preferenciales perjudiciales, puede rechazarse cuando un cuidadoso estudio de los hechos y circunstancias del caso demuestre que la sede de dirección efectiva de una subsidiaria no se encuentra en el Estado de residencia declarado, sino que se ubica en el Estado de residencia de la sociedad

matriz con el fin de convertirla en residente de este último Estado para los efectos de la legislación interna (lo que será relevante cuando la legislación interna de un Estado utilice el criterio de sede de dirección, u otro de naturaleza similar, para determinar la residencia de una persona jurídica).

55. El estudio cuidadoso de los hechos y circunstancias del caso puede revelar también que una subsidiaria está siendo dirigida en el Estado de residencia de su matriz, de tal forma que la subsidiaria tendría un establecimiento permanente en ese Estado (por ejemplo, por tener una sede de dirección) al que le son atribuibles todas o una parte sustancial de sus utilidades.

Normas legislativas específicas antiabuso contenidas en la legislación interna

56. Las autoridades fiscales que pretendan abordar el uso indebido de un tratado tributario pueden considerar, en primer lugar, la aplicación de normas específicas antiabuso previstas en su legislación tributaria interna.

57. Muchas de las normas específicas antiabuso previstas en la legislación interna pueden ser relevantes para ese fin. Por ejemplo, las normas sobre sociedades extranjeras controladas (CFC) pueden aplicarse para prevenir ciertos acuerdos que impliquen el uso, por parte de residentes, de sociedades de base o instrumentales (*conduit companies*) que sean residentes de países con los que tengan celebrado un tratado; las normas de subcapitalización (*thin capitalization*) o de segregación de ganancias (*earnings stripping rules*) pueden aplicarse para restringir la deducibilidad de los pagos de intereses que erosionen la base imponible a los residentes de los países que tengan celebrado un tratado; las normas sobre precios de transferencia (aunque no estén especialmente diseñadas como normas antiabuso) pueden impedir el desvío artificial de rentas de una empresa residente a una empresa residente en otro país con el que exista tratado; las normas sobre impuestos de salida pueden prevenir la elusión del impuesto sobre las ganancias de capital que pudiera resultar de un cambio de residencia previo a la obtención de una ganancia de capital exenta por tratado; y las normas de segregación de dividendos (*dividend stripping rules*) pueden evitar la elusión de la retención interna de impuestos sobre los dividendos

derivados de transacciones destinadas a transformar los dividendos en ganancias de capital exentas por tratado; y las normas anti instrumentales (*anti conduit*) pueden evitar ciertas transacciones destinadas a eludir impuestos mediante el uso de acuerdos que impliquen el uso de sociedades instrumentales.

58. Un problema común que surge de la aplicación de muchas de éstas y otras normas antiabuso específicas en los acuerdos que involucran el uso de tratados tributarios, es la posible contradicción con sus disposiciones. Cuando dos Estados Contratantes adopten posturas diferentes sobre si una norma antiabuso específica que figura en la legislación interna de uno de esos Estados contradice las disposiciones de su tratado tributario, la cuestión podrá abordarse mediante el procedimiento de acuerdo mutuo, teniendo en cuenta los siguientes principios.

59. En general, cuando surja un conflicto entre la aplicación de las disposiciones de la legislación interna y las disposiciones de los tratados tributarios, se pretende que prevalezcan éstas últimas. Esta es una consecuencia lógica del principio *pacta sunt servanda*, contenido en el Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Así, si de la aplicación de una norma antiabuso específica prevista en la legislación interna, derivara un resultado fiscal incompatible con las disposiciones de un tratado tributario, esta aplicación entraría en conflicto con las disposiciones de ese tratado y, en consecuencia, las disposiciones del tratado deberán prevalecer de conformidad con del derecho internacional público.

60. No obstante, como se explica más adelante, con frecuencia será posible evitar tales conflictos y cada caso debe analizarse en base a sus circunstancias particulares.

61. En primer lugar, un tratado puede permitir específicamente la aplicación de ciertos tipos de normas internas antiabuso específicas. Por ejemplo, el Artículo 9 del Convenio autoriza específicamente la aplicación de las normas internas sobre precios de transferencia en las circunstancias señaladas en ese Artículo. Además, muchos tratados contienen disposiciones específicas que aclaran que no hay conflicto o, incluso si lo hubiera, permiten la aplicación de las normas internas. Este sería el caso, por ejemplo, de una disposición en un tratado que

permitiera expresamente la aplicación de normas de subcapitalización (*thin capitalization*), de normas del impuesto de salida o, de manera más general, de normas destinadas a evitar la elusión de impuestos previstas en la legislación interna de uno o de ambos Estados Contratantes.

62. En segundo lugar, muchas de las disposiciones del tratado dependen de la aplicación de la legislación interna. Tal es el caso de la determinación de la residencia de una persona, de la determinación de lo que constituye un bien inmueble y de la determinación del momento en que las rentas procedentes de participaciones societarias pueden tratarse como dividendos. En términos más generales, el apartado 2 del Artículo 3 hace que las normas internas sean pertinentes para los efectos de determinar el significado de los términos que no están definidos en el tratado. Por lo tanto, en muchos casos la aplicación de normas internas antiabuso afectará la forma de aplicar las disposiciones del tratado, en lugar de provocar resultados contradictorios. Por ejemplo, si una disposición de la legislación interna trata como dividendos los beneficios obtenidos por un accionista cuando la sociedad amortiza algunas de sus acciones, podría considerarse que tal amortización constituye una enajenación para los efectos del apartado 5 del Artículo 13. Sin embargo, el párrafo 28 del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, tal como se cita en el párrafo 18 del Comentario al Artículo 10 de este Modelo, reconoce que tales beneficios constituirán dividendos para los efectos del Artículo 10 cuando la legislación interna los trate como tal.

63. En tercer lugar, la aplicación de las disposiciones del tratado en un caso que involucre un uso abusivo de estas disposiciones puede rechazarse al amparo de la norma general antiabuso del apartado 9 del Artículo 29, o en el caso de un tratado que no incluya dicho Artículo, al amparo de una interpretación apropiada del tratado de conformidad con los principios enunciados más adelante en los párrafos 79 a 81. En tal caso, no habrá conflicto alguno con las disposiciones del tratado si se niegan los beneficios del tratado tanto bajo la interpretación del tratado como bajo la aplicación de normas internas específicas antiabuso. Sin embargo, las normas internas antiabuso específicas se elaboran habitualmente con referencia a hechos objetivos, como la existencia de un cierto nivel de participación accionaria o de una determinada

proporción entre deuda y capital. Si bien esto facilita en gran medida la aplicación de estas normas y proporciona una mayor certidumbre, en ocasiones puede dar lugar a la aplicación de estas normas a transacciones que no constituyen abusos. En tales casos, el Convenio no permitirá la aplicación de la norma interna en la medida en que origine conflicto. Por ejemplo, supongamos que el Estado A ha adoptado una norma interna para impedir los cambios temporales de residencia para efectos fiscales bajo la cual una persona natural que sea residente del Estado B está sujeta a imposición en el Estado A por las ganancias derivadas de la enajenación de bienes situados en un tercer Estado si esa persona era residente del Estado A cuando se adquirieron los bienes y fue residente del Estado A, durante al menos siete de los diez años anteriores a la enajenación. En ese caso, en la medida en que el apartado 8 del Artículo 13 impediría que el Estado A someta a imposición a esa persona por la enajenación de los bienes, el Convenio impediría la aplicación de la norma interna del Estado A, a menos que los beneficios del apartado 8 del Artículo 13 pudieran negarse en ese caso concreto, de conformidad con el apartado 9 del Artículo 29 o con los principios expuestos más adelante en los párrafos 79 a 81.

64. Cuarto, la aplicación de las disposiciones del tratado puede negarse al amparo de doctrinas judiciales o principios aplicables a la interpretación del tratado (véanse a continuación los párrafos 68 a y 79 a 81). En ese caso, no habrá conflicto con las disposiciones del tratado si los beneficios se niegan al amparo tanto de una interpretación adecuada del tratado, como de la aplicación de normas internas antiabuso. Supóngase, por ejemplo, que la legislación interna del Estado A prevé la aplicación de impuestos a las ganancias derivadas de la enajenación de acciones emitidas por una sociedad interna en la que el enajenante tenga una participación superior al 25 por ciento del capital, cuando éste fue residente del Estado A durante al menos siete de los 10 años previos a la enajenación. En el año 2, una persona natural que fue residente en el Estado A durante los 10 años anteriores pasa a ser residente del Estado B. Poco tiempo después de convertirse en residente del Estado B, esta persona vende la totalidad de las acciones de una pequeña sociedad que ella misma constituyó anteriormente en el Estado A. No obstante, los hechos revelan que todos los elementos de la venta concluyeron en el año 1, que el comprador concedió al vendedor en ese momento un “préstamo” sin intereses por un importe

equivalente al precio de venta, que el comprador canceló el préstamo cuando se cerró la venta de las acciones en el año 2 y que el comprador ejerció, de facto, el control de la sociedad el año 1. Aunque la ganancia derivada de la venta de las acciones pudiera, de otra forma, encuadrarse en el apartado 8 del Artículo 13 del tratado entre el Estado A y el Estado B, (suponiendo que las disposiciones del tratado, correspondientes al apartado 5 del Artículo 13 de este Modelo no resultan aplicables) las circunstancias de la transmisión de las acciones son tales que la enajenación realizada en el año 2 constituya una simulación conforme al significado dado a ese término por los tribunales del Estado A. En ese caso, en la medida en que la doctrina desarrollada por los tribunales del Estado A en materia de simulación no entre en conflicto con las normas de interpretación de los tratados, sería posible aplicar esa doctrina al interpretar el apartado 8 del Artículo 13 del tratado entre los Estados A y B, permitiendo así al Estado A someter a imposición la ganancia correspondiente conforme a su legislación interna.

65. Un análisis similar resulta aplicable en el caso de las normas sobre sociedades extranjeras controladas (CFC). Un número considerable de países han adoptado disposiciones CFC para abordar cuestiones relacionadas con el uso de sociedades basadas en el extranjero. Si bien el diseño de este tipo de legislación varía considerablemente de un país a otro, una característica común de estas normas, las cuales ahora están reconocidas internacionalmente como un instrumento legítimo para proteger la base imponible interna, es que originan que un Estado Contratante someta a imposición a sus residentes respecto a sus rentas atribuibles sobre su participación en ciertas entidades extranjeras. En ocasiones, se ha discutido, con base en una cierta interpretación de las disposiciones del Convenio como el apartado 1 del Artículo 7 y el apartado 5 del Artículo 10, que esta característica común de la legislación sobre las CFC se contraponía a estas disposiciones. Toda vez que la legislación sobre las CFC da lugar a que un Estado someta a imposición a sus propios residentes, la cláusula de salvaguardia incorporada en 2017 como apartado 3 del Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas confirma que la legislación sobre CFC no contradice los convenios tributarios. Debe arribarse a la misma conclusión en el caso de los convenios que no incluyan una disposición similar al apartado 3 del Artículo 1. Por las razones expuestas en el párrafo 13 del Comentario al Artículo 7 del Modelo de Convenio

Tributario de la OCDE de 2008, tal como se cita en el párrafo 15 del Comentario al Artículo 7 de este Modelo, así como en el párrafo 16 del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, la interpretación según la cual estos Artículos impedirían la aplicación de las disposiciones de las CFC no se ajusta al texto del apartado 1 del Artículo 7 y del apartado 5 del Artículo 10. Tampoco resulta válido cuando estas disposiciones se interpretan en su contexto. Así, si bien algunos países han considerado útil aclarar expresamente en sus convenios que su legislación sobre las CFC no entra en contradicción con el Convenio, esa aclaración no es necesaria. Se reconoce que la legislación sobre las CFC estructurada de esta manera no es contraria a las disposiciones del Convenio.

Normas legislativas generales antiabuso en la legislación interna

66. Muchos países han incluido en su legislación interna una norma legislativa antiabuso de aplicación general, que tiene por objeto impedir acuerdos abusivos que no estén cubiertos adecuadamente por las normas específicas antiabuso o por las doctrinas judiciales.

67. La aplicación de esas normas generales antiabuso también plantea la cuestión sobre su posible conflicto con las disposiciones de un tratado tributario. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos no surgirá conflicto alguno. En primer lugar, estos conflictos pueden evitarse por razones similares a las expuestas en los párrafos 64 y 65. Además, cuando los aspectos fundamentales de estas normas internas generales antiabuso sean acordes con el principio rector contenido en el párrafo 47 arriba y, por lo tanto, sean similares a los principales aspectos del apartado 9 del Artículo 29, que incorpora este principio rector, es evidente que no existirá tal conflicto, toda vez que la norma interna general antiabuso será aplicable en las mismas circunstancias en las que se negarían los beneficios del Convenio de conformidad con el apartado 9 del Artículo 29 o, en el caso de que un tratado no incluya ese Artículo, bajo el principio rector del párrafo 47 anteriormente señalado. Esta es la misma conclusión general a la que arribó la OCDE, la cual se ve reflejada en el párrafo 77 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017.

Doctrinas judiciales y principios de interpretación que son parte de la legislación interna

68. En el proceso de determinar cómo se aplica la legislación interna a las transacciones de elusión fiscal, los tribunales de muchos países han desarrollado distintas doctrinas judiciales o principios de interpretación que pueden tener el efecto de evitar abusos a la legislación interna. Estos incluyen la simulación, el propósito empresarial, el fondo sobre la forma, la sustancia económica, las transacciones por pasos, el abuso a la ley y enfoques *fraus legis*. Estas doctrinas judiciales y principios de interpretación varían de un país a otro y evolucionan con el tiempo en función de las mejoras o los cambios que resultan de las subsecuentes decisiones judiciales.

69. Estas doctrinas son esencialmente opiniones expresadas por los tribunales en cuanto a la manera en cómo debe interpretarse la legislación tributaria y regularmente forman parte de la legislación tributaria interna.

70. Si bien la interpretación de los tratados tributarios se rige por normas generales que han sido codificadas en los Artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, nada impide la aplicación de planteamientos judiciales similares respecto a la interpretación de las disposiciones particulares de los tratados tributarios. Sí, por ejemplo, los tribunales de un país han determinado que, como asunto de interpretación jurídica, las disposiciones tributarias internas deben aplicarse sobre la base de la sustancia económica de ciertas transacciones, no hay nada que impida la adopción de un planteamiento similar respecto a la aplicación de las disposiciones de un tratado tributario a transacciones similares. Esto se ilustra en el ejemplo del párrafo 64 arriba señalado.

71. Por lo tanto, como norma general y teniendo en cuenta el párrafo 47, el análisis anterior nos lleva a la conclusión de que no habrá conflicto entre los convenios tributarios y las doctrinas judiciales antiabuso o las normas internas generales antiabuso. Por ejemplo, en la medida en que la aplicación de una norma interna general antiabuso o de una doctrina judicial tal como la de “fondo sobre forma” o “sustancia económica”, dé lugar a una nueva caracterización de las rentas o a una reconsideración de la identidad del contribuyente que se considera

el perceptor de esas rentas, las disposiciones del Convenio se aplicarán tomando en cuenta estos cambios.

72. Si bien estas normas no entran en conflicto con los convenios tributarios, existe el consenso de que los países miembros deben cumplir escrupulosamente las obligaciones específicas consagradas en los tratados tributarios para evitar la doble imposición, siempre y cuando no exista evidencia clara de uso abusivo de los mismos.

Normas específicas antiabuso en los tratados tributarios

73. Algunas formas de abuso de los tratados pueden abordarse mediante disposiciones específicas en los propios tratados. Varias de estas normas ya están incluidas en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas; éstas en particular incluyen la referencia a un agente que mantiene un inventario de bienes para propósitos de entrega (apartado 5(b) del Artículo 5), el concepto de “beneficiario efectivo” (*beneficial owner*) (en los Artículos 10, 11, 12, 12A y 12B), la norma de la “relación especial” aplicable a los intereses, regalías, honorarios por servicios técnicos y rentas por servicios digitales automatizados (apartado 6 del Artículo 11, apartado 6 del Artículo 12, apartado 7 del Artículo 12A y apartado 11 del Artículo 12B), la norma sobre la enajenación de acciones de sociedades inmobiliarias (apartado 4 del Artículo 13) y la norma sobre las “sociedades de espectáculos” (apartado 2 del Artículo 17). Otro ejemplo es la versión modificada de la norma de fuerza de atracción limitada (*limited force-of-attraction rule*) del apartado 1 del Artículo 7 que está prevista en algunos tratados tributarios y que aplica únicamente a los casos de elusión.

74. Claramente, esas normas específicas antiabuso de los tratados ofrecen más certidumbre a los contribuyentes que las normas o doctrinas generales antiabuso. Esto se reconoce en el párrafo 52 anteriormente señalado y en el párrafo 62 (del Comentario al Artículo 1) de los Comentarios de la OCDE de 2017 al Artículo 1, el cual explica que esas normas pueden útilmente complementar a las normas generales antielusión o a los enfoques judiciales.

75. No obstante, no deben subestimarse los riesgos de depender ampliamente en las normas específicas antiabuso de los tratados para tratar las estrategias de elusión de los mismos. En primer lugar, las

normas antiabuso específicas generalmente se redactan una vez que se ha identificado una estrategia de elusión en particular. En segundo lugar, la inclusión de una disposición antiabuso específica en un tratado puede restarle fuerza al caso particular, respecto a la aplicación de normas generales o doctrinas antiabuso a otras formas de uso abusivo de los tratados. La inclusión de normas específicas antiabuso a un tratado tributario podría interpretarse erróneamente como una invitación a que una estrategia de elusión inaceptable, que es similar, aunque ligeramente diferente a una resuelta a través de una norma específica antiabuso incluida en el tratado, está permitida y no puede ser impugnada mediante normas generales antiabuso. En tercer lugar, para efecto de abordar específicamente las estrategias complejas de elusión, pueden resultar necesarias normas de igual complejidad. Este es especialmente el caso de normas que tratan de abordar el problema mediante la aplicación de criterios que dejan poco margen para la interpretación y no mediante criterios más flexibles, tal como la razón o el propósito de una transacción o acuerdo. Por estas razones, si bien la inclusión de normas específicas antiabuso en los tratados tributarios es el enfoque más apropiado para tratar con determinadas situaciones, no puede, por sí solo, proporcionar una solución global a los abusos del tratado.

Normas generales antiabuso contempladas en los tratados tributarios

76. En la actualización de 2017 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, se incorporó una norma general antiabuso en el apartado 9 del Artículo 29. Ese apartado 9 tiene por objeto prevenir el uso indebido de los tratados tributarios al negar los beneficios de un tratado, cuando el propósito principal de una transacción o acuerdo es el de obtener esos beneficios, siendo el otorgamiento de esos beneficios contrario al objeto y fin de las disposiciones del tratado.

77. Como se explica en el párrafo 47 anterior, el apartado 9 del Artículo 29 confirma y es congruente con el principio rector para el otorgamiento de los beneficios del tratado. Así, muchos países pueden negar el otorgamiento de los beneficios del tratado en casos abusivos sin la necesidad de establecer una norma general antiabuso, como la del apartado 9 del Artículo 29. Para este fin, esos países pueden aplicar una norma general antiabuso que se encuentre contenida en su

legislación interna, doctrinas judiciales o principios de interpretación que se encuentran en su propia legislación, o bien, pueden interpretar las disposiciones de sus tratados tributarios a fin de negar los beneficios de un tratado en casos de abuso.

78. Algunos países podrían no sentirse seguros de que su legislación interna y su método de interpretación de los tratados tributarios les permitan abordar adecuadamente los usos indebidos de estos últimos. Esos países podrían considerar la posibilidad de incluir en sus tratados una norma general antiabuso, como la del apartado 9 del Artículo 29. Un país que desee incluir una norma general antiabuso en sus tratados podría necesitar adaptar la redacción a sus circunstancias particulares, especialmente por lo que respecta al criterio que han adoptado sus tribunales respecto a la elusión fiscal. En particular, un país que tenga una norma general antiabuso en su legislación interna debería evitar, en la medida de lo posible, cualquier discrepancia entre esa norma interna y la norma general antiabuso incluida en sus tratados.

Interpretación de las disposiciones de los tratados tributarios

79. Otra postura que se ha utilizado para abordar los usos indebidos de los tratados ha sido la de considerar que puede haber abusos al propio tratado y el excluir transacciones abusivas al amparo de una interpretación adecuada de las disposiciones respectivas del tratado que tenga en cuenta su contexto, el objeto y fin del tratado, así como la obligación de interpretar estas disposiciones de buena fe en términos del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Como se señaló en el párrafo 45, varios países han utilizado durante mucho tiempo un proceso de interpretación legal para contrarrestar los abusos a sus leyes internas tributarias y parece totalmente apropiado interpretar de manera similar las disposiciones de los tratados tributarios para contrarrestar los abusos de los propios tratados. El principio rector establecido en el párrafo 47 es igualmente aplicable para efectos de interpretar las disposiciones de un tratado con el objeto de prevenir el abuso del tratado, como lo es para efectos de determinar si las disposiciones de un tratado impiden la aplicación de normas generales antiabuso contempladas en la legislación interna.

80. Los párrafos 47 a 49 anteriores proporcionan orientación sobre lo que debe considerarse un uso abusivo de los tratados tributarios.

Esta orientación resultaría claramente relevante para los efectos de la aplicación de este enfoque.

81. Como parte de la actualización de 2017, el título del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas fue modificado para incluir una referencia expresa a la prevención del fraude y la elusión fiscal como propósito del Convenio. Además, se incorporó un nuevo preámbulo al Convenio para aclarar que los Estados Contratantes no tienen la intención de que las disposiciones del Convenio generen oportunidades para evitar o reducir la aplicación de impuestos mediante la elusión o la evasión fiscal, incluso mediante la triangulación de beneficios (*treaty shopping*). La triangulación de beneficios es solo un ejemplo del uso indebido de los tratados tributarios; otros ejemplos pueden encontrarse en los párrafos 83 a 142. Dado que el título y el preámbulo forman parte del contexto del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, deben desempeñar un papel importante en la interpretación de las disposiciones del Convenio para prevenir el uso abusivo de los tratados.

2. Ejemplos de usos indebidos de los tratados tributarios

82. Los párrafos siguientes ilustran la aplicación de los enfoques descritos previamente en diversos casos que involucran el uso indebido de las disposiciones de los tratados tributarios (sin embargo, estos ejemplos no tienen por objeto prejuzgar el tratamiento legal que estas transacciones tengan en la legislación interna o en tratados específicos).

Doble residencia y cambio de residencia

83. Se han presentado casos en que los contribuyentes han cambiado su residencia fiscal principalmente con el fin de obtener beneficios de los tratados tributarios. Los siguientes ejemplos ilustran algunos de ellos:

- *Ejemplo 1:* El Sr. X es un residente del Estado A que ha acumulado considerables derechos de pensión en ese país. Conforme al tratado entre el Estado A y el Estado B, las pensiones y otros pagos similares solo están sujetos a imposición en el Estado de residencia del receptor. Justo antes de su jubilación, el Sr. X se traslada al Estado B por dos años y se convierte en residente de ese país al amparo de su legislación tributaria. El Sr. X procura

utilizar las normas del apartado 2 del Artículo 4 para asegurarse de que es residente de ese país para los efectos del tratado. Durante ese período, sus derechos de pensión devengados se le pagan en forma de pago único, que no está sujeto a imposición bajo la legislación interna del Estado B. Posteriormente el Sr. X regresa al Estado A.

- *Ejemplo 2:* La Sociedad X, residente del Estado A, está contemplando la venta de acciones de sociedades que también son residentes del Estado A. Tal venta daría lugar a una ganancia de capital que sería sujeta a imposición de conformidad con la legislación interna del Estado A. Antes de la venta, la Sociedad X organiza reuniones de su consejo de administración en el Estado B, país que no somete a imposición las ganancias de capital sobre acciones de sociedades y en el que la residencia fiscal de las sociedades se determina en el lugar en el que suelen reunirse los directivos. La Sociedad X argumenta que se ha convertido en residente del Estado B para los efectos del tratado tributario entre los Estados A y B de conformidad con el apartado 3 del Artículo 4 de ese tratado, el cual a diferencia de la versión actual del apartado 3 del Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, utiliza el concepto de sede de dirección efectiva como regla de desempate respecto de la residencia para las personas jurídicas. Posteriormente, vende las acciones y alega que las ganancias obtenidas no pueden someterse a imposición en el Estado A de conformidad con el apartado 8 del Artículo 13 del tratado (el apartado 5 de dicho Artículo no aplicaría, toda vez que la Sociedad X no posee participación suficiente en las sociedades respectivas).
- *Ejemplo 3:* La Sra. X, residente del Estado A, es propietaria de todas las acciones de una sociedad que también es residente del Estado A. El valor de esas acciones ha aumentado considerablemente al paso de los años. Ambos Estados A y B someten a imposición las ganancias de capital sobre las acciones; sin embargo, la legislación interna del Estado B dispone que los residentes que no tengan su domicilio en ese Estado solo estarán sujetos a imposición por las rentas procedentes de fuentes fuera del Estado siempre que esas rentas sean efectivamente

repatriadas o remitidas al mismo. Al contemplar la venta de estas acciones, la Sra. X se traslada al Estado B durante dos años y se convierte en residente, pero no establece su domicilio en ese Estado. Posteriormente, vende las acciones y argumenta que la ganancia obtenida no puede ser sometida a imposición en el Estado A de conformidad con el apartado 8 del Artículo 13 del tratado (el tratado respectivo no incluye una disposición similar al apartado 5 del Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas).

84. Dependiendo de los hechos del caso en particular, podría ser posible argumentar que un cambio de residencia que está destinado principalmente a acceder a los beneficios del tratado, constituye un uso abusivo de un tratado tributario. Sin embargo, en casos similares a estos tres ejemplos, normalmente sería muy difícil encontrar hechos que demostraran que el cambio de residencia se ha realizado principalmente para obtener beneficios del tratado, especialmente cuando el contribuyente tiene un domicilio permanente o está presente en otro Estado durante largos períodos de tiempo. Por consiguiente, muchos países han llegado a la conclusión de que las normas específicas eran la mejor forma de abordar ese tipo de casos.

85. Una de las formas para abordar este problema que han utilizado algunos de estos países ha sido la de incluir en sus convenios tributarios disposiciones que permitan a un Estado del que era residente anteriormente un contribuyente, someter a imposición determinados tipos de rentas, por ejemplo, ganancias de capital sobre participaciones significativas en sociedades o pagos en una sola exhibición de derechos de pensión, realizados durante un determinado período tras el cambio de residencia. Un ejemplo de tal disposición la encontramos en el apartado 5 del Artículo 13 del tratado firmado en 2002 por los Países Bajos y Polonia, que establece lo siguiente:

Las disposiciones del apartado 4 no afectarán el derecho de cada uno de los Estados Contratantes de establecer, de conformidad con su propia legislación, un impuesto a las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o de los derechos de “goce” en una sociedad, cuyo capital esté total o parcialmente dividido en acciones y que, de conformidad con la legislación de ese Estado, sea residente de ese Estado, generadas por una persona natural

que sea residente del otro Estado Contratante y que ha sido residente del primer Estado en el curso de los diez años anteriores a la enajenación de las acciones o de los derechos de “goce”.

86. Los países también han abordado estos casos mediante el uso de las disposiciones denominadas “impuesto de salida” (*exit tax*) o “cargo de salida” (*exit charge*), conforme a las cuales el cambio de residencia detona la obtención de ciertas categorías de rentas, por ejemplo, ganancias de capital y pensiones. En la medida en que la obligación de pagar ese impuesto se origine cuando una persona siga siendo residente del Estado que aplica el impuesto y no se extienda a las rentas devengadas con posterioridad al cese de la residencia, nada de lo dispuesto en el Convenio y, en particular, en los Artículos 13 y 18, impide la aplicación de esta forma de imposición. Así, los tratados tributarios no impiden la aplicación de las normas nacionales tributarias conforme a las cuales se considera que una persona ha generado rentas por pensiones o enajenación de bienes para efectos del impuesto sobre las ganancias de capital, inmediatamente con anterioridad a que deje de ser residente.

87. Una interpretación adecuada de las disposiciones de los apartados 2 y 3 del Artículo 4 también puede ser útil para tratar casos similares a estos ejemplos. Conceptos como “centro de intereses vitales” y “sede de dirección efectiva”, los cuales constituían la regla de desempate respecto de la residencia para las entidades jurídicas en el apartado 3 del Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de Naciones Unidas antes de que dicha norma fuera cambiada en 2017, requieren una sólida relación entre un contribuyente y un país. El hecho de que un contribuyente tenga una vivienda a su disposición en un país donde reside con frecuencia no basta para argumentar que en ese país se encuentra su centro de intereses vitales; de igual forma, el solo hecho de que las reuniones de un consejo de administración de una sociedad se celebren en un país no es suficiente para concluir que es allí donde la sociedad tiene su sede de dirección efectiva. Sin embargo, dado que muchos casos relativos a la doble residencia de entidades jurídicas implican acuerdos abusivos, la actualización de 2017 sustituyó al apartado 3 del Artículo 4, que versa sobre casos de doble residencia de personas jurídicas, por una norma que permite que tales casos de doble residencia se resuelvan caso por caso conforme al procedimiento de acuerdo mutuo.

88. El ejemplo 3 plantea la posibilidad de elusión fiscal derivada de la tributación basada en las remesas. Esta cuestión se trata en el párrafo 108 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, el cual se cita en el párrafo 144 más adelante.

Triangulación de beneficios

89. La “triangulación de beneficios” (*treaty shopping*) es una forma de uso inapropiado de los tratados tributarios que se refiere a acuerdos a través de los cuales ciertas personas, que no tienen derecho a los beneficios del tratado tributario, utilizan a otras personas, que sí tienen derecho a dichos beneficios, para indirectamente acceder a dichos beneficios. Por ejemplo, una sociedad que es residente de un país que tiene celebrado un tratado actúa como instrumento para canalizar las rentas que económicamente devengaría una persona que no es residente de ese país, para inapropiadamente acceder a los beneficios otorgados por un tratado tributario. La entidad instrumental (*conduit entity*) es generalmente una sociedad, pero también podría ser una asociación de personas (*partnership*), un fideicomiso o una entidad similar que tenga derecho a los beneficios de un tratado. El otorgar los beneficios de un tratado en estas circunstancias sería perjudicial para el Estado fuente debido a que los beneficios del tratado serían extendidos a personas que no eran los destinatarios de los mismos.

90. Un acuerdo de triangulación de beneficios (*treaty shopping*) puede tomar la forma de “conducto directo” (*direct conduit*) o de “instrumento de conducto” (*stepping stone conduit*), como se ilustra a continuación.²⁰

91. La Sociedad X, la cual es residente del Estado A, percibe dividendos, intereses o regalías de la Sociedad Y, la cual es residente del Estado B. La Sociedad X reclama su derecho, conforme al tratado

20 Véase OCDE (1986), *Convenios de Doble imposición y el Uso de Sociedades instrumentales*. Reproducido en la página R (6)-1 del Volumen II de la versión completa extendida del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 disponible en <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-versionpage1833>, consultado el 10 de mayo de 2021, en el apartado 4, p. R(6)-4.

tributario entre los Estados A y B, a la exención total o parcial de una retención de impuestos prevista al amparo de la legislación fiscal del Estado B. La Sociedad X es propiedad de un residente del tercer Estado C quien no tiene derecho a los beneficios del tratado entre los Estados A y B. La Sociedad X fue constituida con el propósito de obtener los beneficios del tratado entre los Estados A y B y es por ese motivo que los activos y derechos que dan lugar a los dividendos, intereses o regalías se han transferido a ella. Las rentas están exentas de impuestos en el Estado A, por ejemplo, en el caso de dividendos en virtud de la exención a la participación prevista al amparo de las leyes internas del Estado A o al amparo del tratado entre los Estados A y B. En ese caso, la Sociedad X constituye un conducto directo de su accionista quien es residente del Estado C.

92. La estructura básica de un instrumento de conducto (*stepping stone conduit*) es similar. Sin embargo, en ese caso la renta de la Sociedad X es completamente sometida a imposición en el Estado A y, para efecto de eliminar el impuesto a pagarse en ese país, la Sociedad X paga mayores intereses, comisiones, honorarios por servicios o gastos deducibles similares a una segunda sociedad de conducto relacionada, la Sociedad Z, la cual es un residente del Estado D. Estos pagos, que son deducibles en el Estado A, están exentos de impuestos en el Estado D en virtud de un régimen fiscal especial disponible en ese Estado.²¹ Por lo tanto, el accionista, quien es residente del Estado C, estaría buscando acceder a los beneficios del tratado tributario entre los Estados A y B utilizando a la Sociedad X como instrumento de conducto.

93. Para hacer frente a tales situaciones, las autoridades tributarias se han apoyado en los diversos enfoques descritos en las secciones previas.

94. Por ejemplo, se han incluido reglas específicas antiabuso en la ley interna de algunos países para hacer frente a tales acuerdos. Un ejemplo son las regulaciones en Estados Unidos para hacer frente a acuerdos financieros. Para efectos de tales regulaciones, un acuerdo financiero es una serie de transacciones en la cual la entidad financiera entrega dinero u otra propiedad a la entidad financiada, con la intención de que el dinero u otra propiedad pase por una o más entidades

21 Ibid.

intermediarias. Una entidad intermediaria será considerada como un “conducto”, y su participación en los acuerdos financieros será ignorada por las autoridades fiscales si (i) el impuesto es reducido debido a la existencia de un intermediario, (ii) existe un plan de elusión fiscal, y (iii) se establece que el intermediario no hubiera participado en la transacción excepto por el hecho de que el intermediario sea una parte relacionada de la entidad financiera. En tales casos, la renta correspondiente deberá ser reclasificada de acuerdo con su naturaleza.

95. Otros países han abordado el tema de la triangulación de beneficios (*treaty shopping*) a través de la interpretación de disposiciones de tratados tributarios. De acuerdo con un decreto del Consejo Federal Suizo de 1962, el cual es aplicable a tratados suizos con países que, bajo ciertos tratados aplicables, otorgan beneficios tributarios frente a retenciones de impuestos que de otra forma hubieran sido recaudados por estos países, un reclamo para obtener tales beneficios se considera abusivo si, a través de tal reclamo, una parte sustancial de la exención beneficiaría a personas que no tienen derecho al tratado tributario aplicable. El otorgamiento del beneficio tributario deberá ser considerado como inapropiado si los requerimientos especificados en el tratado tributario (tales como residencia, beneficiario efectivo (*beneficial ownership*), responsabilidad fiscal, etc.) no son cumplidos y (b) si constituye un abuso. Las medidas que las autoridades fiscales suizas podrían adoptar si determinan que un beneficio tributario ha sido reclamado inapropiadamente incluyen (a) la negativa a certificar una forma de reclamo, (b) la negativa a transmitir la forma de reclamo, (c) la revocatoria de una certificación ya otorgada, (d) la recuperación del impuesto retenido en nombre del Estado fuente, hasta en la medida en la que la exención haya sido reclamada inapropiadamente, e informar a las autoridades fiscales del Estado fuente que una exención ha sido reclamada de forma inapropiada.

96. Otros países se han apoyado de sus normas legislativas generales internas antiabuso, o en la doctrina judicial para atender los casos de triangulación de beneficios (*treaty shopping*). Como se ha señalado anteriormente, sin embargo, las normas legislativas generales internas antiabuso y la doctrina judicial tienden a ser más efectivas cuando es claro que las transacciones tienen la intención de eludir el objeto y fin de las disposiciones de los tratados tributarios.

97. La triangulación de beneficios (*treaty shopping*) también puede, hasta cierto punto, ser atendida a través de reglas antiabuso que ya se encuentran en la mayoría de los tratados tributarios, tal como el concepto de “beneficiario efectivo” (*beneficial owner*).

98. Algunos países, sin embargo, consideran que el enfoque más efectivo para hacer frente a la triangulación de beneficios (*treaty shopping*), es incluir en sus tratados tributarios normas antiabuso específicas que aborden ese tema, tal como las normas contenidas en los apartados 1 al 7 del Artículo 29, o la norma general antiabuso del apartado 9 del Artículo 29. Estas normas fueron agregadas al Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas en 2017.

99. Al considerar los diversos enfoques para hacer frente a la triangulación de beneficios (*treaty shopping*), los países deberían considerar su habilidad para administrar dichos enfoques. Para varios países en desarrollo, podría ser complicado aplicar normas muy detalladas que requieran acceso a información sustancial sobre entidades extranjeras. Estos países podrían considerar un enfoque más limitado, que tenga el efecto de negar los beneficios del Convenio cuando se hayan celebrado operaciones con el propósito principal de obtener esos beneficios, podría adaptarse mejor a sus propias circunstancias. Esto corresponde a la norma general antiabuso del apartado 9 del Artículo 29.

100. Sin embargo, cuando se decida no incluir las disposiciones del apartado 9 del Artículo 29 en un tratado bilateral, un enfoque más limitado que tenga por efecto negar los beneficios de Artículos específicos del Convenio cuando se hayan celebrado transacciones con el objeto principal de obtener esos beneficios, podría estar mejor adaptado. Los principales Artículos en cuestión serían el 10, 11, 12, 12A, 12B y 21; la disposición debería ser ligeramente modificada como se indica más adelante para hacer frente a la categoría de renta específica cubierta por cada uno de estos Artículos:

En el caso de los Artículo 10, 11, 12 y 21:

Las disposiciones de este Artículo no aplicarán si fue el objeto principal o uno de los objetos principales de cualquier persona involucrada en la creación o cesión de [Artículo 10: “acciones u otros derechos”; Artículo 11: “renta de créditos”; Artículos 12 y “derechos”] con respecto al cual el [Artículo 10: “dividendo”;

Artículo 11: “interés”; Artículos 12: “regalías” y 21: “renta”] es pagado para tomar ventaja de este Artículo por medio de esa creación o cesión.

En el caso de los Artículos 12A y 12B:

Las disposiciones de este Artículo no se aplicarán si fue el objeto principal o uno de los objetos principales de cualquier persona interesada en la prestación de servicios respecto de los cuales [Artículo 12A: “se paguen honorarios por los servicios técnicos” y Artículo 12B: “se efectúan los pagos correspondientes a las rentas procedentes de los servicios digitales automatizados”] el tomar ventaja de este Artículo mediante la prestación de esos servicios.

101. En la actualización de 2017, se agregó un nuevo preámbulo al Convenio, que establece expresamente que el Convenio no tiene la intención de crear oportunidades para la evasión fiscal, incluyendo a través de acuerdos para la triangulación de beneficios (*treaty shopping*). Adicionalmente, el título del Convenio fue modificado para establecer que los objetos del Convenio incluyen la prevención de la elusión y la evasión fiscal. Estos cambios deberían jugar un papel importante en asegurar que las disposiciones del Convenio sean interpretadas y aplicadas para prevenir acuerdos abusivos para la triangulación de beneficios.

Casos de Triangulación

102. Con respecto a tratados tributarios, la frase “casos de triangulación” se refiere a la aplicación de tratados tributarios en situaciones en las que están involucrados tres Estados. Un caso típico de triangulación que puede constituir un uso inapropiado de un tratado tributario es aquél en el que:

- dividendos, intereses, regalías, honorarios por servicios técnicos o rentas derivadas de servicios digitales automatizados son obtenidos en el Estado S por un residente del Estado R, el cual es un país con un sistema de exención;
- esa renta es atribuible a un establecimiento permanente en el Estado P, una jurisdicción con bajas tasas tributarias en el cual esa renta no será objeto de impuestos.²²

²² Véase OCDE (1992) *Casos de Triangulación*, reproducido en la página R(11)-1 del volumen II de la del Modelo de Convenio Tributario de la

103. Bajo el tratado tributario entre el Estado R y el Estado S, el Estado S tiene que aplicar a esa renta los beneficios de ese tratado porque es obtenido por un residente del Estado R, aún y cuando la renta no sea sujeta a imposición en ese Estado debido al sistema de exenciones aplicado por ese Estado.

104. En la actualización de 2017, se añadió al Convenio el apartado 8 del Artículo 29 para hacer frente a los casos de triangulación. Bajo esta disposición, los beneficios del Convenio son negados si el impuesto aplicado a la renta por el Estado en el que se ubica el establecimiento permanente es menor al 60 por ciento del impuesto que hubiera sido aplicado por el Estado de residencia, si la renta hubiera sido obtenida por un residente de ese Estado y no fuera atribuible a un establecimiento permanente en un tercer Estado. (Véanse los párrafos 161 a 168 del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, tal como se cita en el párrafo 33 del Comentario al Artículo 29 de este Modelo).

105. Si no se incluyen sistemáticamente disposiciones similares en los tratados que han sido celebrados por el Estado fuente de tales dividendos, intereses, regalías, honorarios por servicios técnicos o rentas derivadas de servicios digitales automatizados con países que tengan un sistema de exenciones, existe el riesgo de que los activos relevantes sean transferidos, o los servicios relevantes sean prestados por empresas asociadas residentes de países que no tienen ese tipo de disposición en su tratado con el Estado fuente.

Atribución de utilidades o renta a una persona o sociedad específica

106. Un contribuyente podrá celebrar transacciones o acuerdos para que la renta que ordinariamente sería acumulada por ese contribuyente sea acumulada a una persona o entidad relacionada, para que se obtengan beneficios que no estarían disponibles de otra forma. Algunas de las formas en que esto puede realizarse (por ejemplo, triangulación de beneficios (*treaty shopping*), y el uso de establecimientos permanentes

OCDE de 2017, disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page1957, consultado el 10 de mayo de 2021.

en países con bajas tasas de impuestos) ya han sido discutidas. Los siguientes puntos plantean otros escenarios de traslado de rentas o utilidades.

i) *Precios de transferencia fuera del principio de plena competencia*

107. Durante mucho tiempo ha sido reconocido que las utilidades pueden ser trasladadas entre empresas asociadas a través del uso de precios fuera del principio de plena competencia (*arm's length*), y la legislación fiscal de la mayoría de los países incluye ahora reglas de precios de transferencia que atienden dichos casos. Estas reglas están específicamente autorizadas por el Artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas y del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Ésta, sin embargo, es un área compleja como se demuestra por la extensa orientación producida por la OCDE²³ y el Comité²⁴ sobre cómo deben operar estas reglas.

ii) *Subcapitalización*

108. En la mayoría de los países los intereses son gastos deducibles, en tanto que los dividendos, al ser una distribución de utilidades, no son deducibles. Una sociedad extranjera que desee financiar a una subsidiaria de la que es dueña al 100 por ciento podría, por lo tanto, encontrar benéfico, para efectos fiscales, el otorgar ese financiamiento por medio de deuda en lugar de aporte a capital social, dependiendo del monto total del impuesto sobre los intereses pagados. Por lo tanto, una subsidiaria podría obtener casi todo su financiamiento en forma de deuda, y no de aportaciones al capital social, una práctica conocida como “subcapitalización” (*thin capitalization*), o podría reclamar

23 OECD (2017), *Lineamientos de Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Servicios de Administración Tributaria de la OCDE*, 2017, Publicación por la OCDE, París, <https://doi.org/10.1787/tpg-2017-en>, consultado el 10 de mayo de 2021.

24 *Manual Práctico de las Naciones Unidas sobre Precios de Transferencia para Países en desarrollo (2021)*, Nueva York, 2021 disponible en https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development/desa.financing/files/2021-04/TP_2021_final_web%20%281%29.pdf, consultado el 10 de mayo de 2021.

deducciones excesivas por intereses relativas a sus rentas, una práctica conocida como “segregación de ganancias” (*earnings stripping*).

109. De acuerdo con el informe de la OCDE sobre subcapitalización,²⁵ los países han desarrollado diversos enfoques para hacer frente a este tema. Estos enfoques pueden ser divididos ampliamente entre aquellos que se basan en la aplicación de reglas generales antiabuso o el principio de plena competencia (*arm's length*), y aquellos que involucran el uso de relaciones fijas de deuda-capital o intereses-renta.

110. La anterior categoría se refiere a reglas que requieren una examinación de los hechos y circunstancias de cada caso, para determinar si la naturaleza real del financiamiento es deuda o capital. Esto se podría implementar a través de normas legislativas específicas, normas antiabuso, doctrinas judiciales o la aplicación de legislación de precios de transferencia, basados en el principio de plena competencia (*arm's length*).

111. El enfoque de relación fija se implementa típicamente a través de normas legislativas específicas antiabuso; conforme a este enfoque, si la relación total de deuda/capital o intereses/renta de una sociedad particular excede un valor predeterminado, los intereses sobre la deuda excesiva o el interés que exceda el porcentaje específico de renta pudieran ser rechazados, diferidos o tratados como un dividendo.

112. En la medida en que las reglas de subcapitalización (*thin capitalization*) o de segregación de ganancias (*earning stripping rule*) de un país apliquen a pagos de intereses a no residentes, pero no a pagos similares que serían hechos a residentes, se podría estar en violación del Artículo 24, apartado 4, que establece que “intereses, regalías, honorarios por servicios técnicos, pagos correspondientes a rentas por servicios digitales automatizados y otros gastos pagados por una empresa de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante deberán ser, para efectos de la determinación de las utilidades sujetas a impuestos de dicha empresa, deducibles bajo

25 Véase OCDE (1986), *Thin Capitalization*, reproducido en la página R(4)-1 del Volumen II de la versión completa del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017. Disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page1763, consultado el 10 de mayo de 2021.

las mismas condiciones como si hubieran sido pagados a un residente del Estado mencionado en primer lugar”. Sin embargo, existe una excepción específica a esta norma, en la cual aplica el Artículo 9, apartado 1, que trata sobre ajustes a precios de transferencia. Por esta razón, como se señala en el párrafo 74 del Comentario al Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado en el apartado 2 del Comentario al Artículo 24 de este Modelo:

74. El apartado 4 no prohíbe al país de quien recibe un préstamo aplicar sus normas internas sobre subcapitalización (*thin capitalization*) en tanto éstas sean compatibles con el Artículo 9, apartado 1, o el Artículo 11, apartado 6. Sin embargo, si dicho tratamiento resulta de normas que no son compatibles con los Artículos mencionados, y que solo apliquen a acreedores no residentes (excluyendo acreedores residentes), entonces ese tratamiento está prohibido conforme al apartado 4.

113. El apartado 3 del Comentario al Artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado en el apartado 6 del Comentario al Artículo 9 de este Modelo, aclara que el Artículo 9, apartado 1 permite la aplicación de normas internas sobre subcapitalización (*thin capitalization*) en tanto su efecto sea para asimilar las utilidades del que recibe el financiamiento a un monto que corresponda a las utilidades que se hubieran acumulado en una situación de plena competencia (*arm's length*). Mientras que este sería típicamente el caso de normas de subcapitalización que se basan en el principio de plena competencia, sin embargo, un país que ha adoptado normas de subcapitalización basadas en un enfoque de relación fija, típicamente encontraría dificultad para establecer que sus normas de subcapitalización, que no se refieran a lo que partes independientes hubieran hecho, satisfacen este requerimiento.

114. Por esta razón, los países que han adoptado normas de subcapitalización (*thin capitalization*) o de segregación de ganancias (*earning stripping rule*) basadas en una relación fija, frecuentemente consideran que necesitan incluir en sus tratados disposiciones que permitan expresamente la aplicación de estas normas. Por ejemplo, el Artículo 13 del Protocolo del tratado entre Francia y Estonia establece lo siguiente:

Las disposiciones de este Convenio no restringirán en ningún caso a Francia para aplicar las disposiciones del Artículo 212 de su Código Fiscal (*code général des impôts*) relacionadas con

subcapitalización o cualquier disposición sustancialmente similar que pudiere modificar o sustituir las disposiciones de ese Artículo.

iii) El uso de sociedades interpuestas

115. Las sociedades interpuestas (*base companies*) ubicadas en jurisdicciones de baja imposición fiscal, podrían ser utilizadas con el propósito de desviar rentas a un país en el que la ésta será sometida a impuestos que son sustancialmente más bajos, que aquellos que deberían ser pagados si la renta se hubiera obtenido directamente por los accionistas de esa sociedad.

116. Se han utilizado varios enfoques para hacer frente a tales acuerdos. Por ejemplo, una sociedad que es un mero cascarón sin empleados y sin actividad económica sustancial podría, en algunos países, no ser tomada en cuenta para efectos fiscales conforme a las normas generales antiabuso o a la doctrina judicial. También podría ser posible considerar que una sociedad interpuesta (*base company*) que es dirigida efectivamente por accionistas que son residentes de otro Estado tiene su residencia o un establecimiento permanente en ese Estado. El primer enfoque se describe en los párrafos 66 a 72 anteriores. El segundo enfoque se describe en los párrafos 54 y 55 anteriores.

117. Estos enfoques, sin embargo, podrían no ser exitosos al hacer frente a los acuerdos que involucran sociedades que tengan su dirección y actividades económicas sustanciales en los países en los que se han establecido. Uno de los enfoques más efectivos para hacer frente a estos casos es la inclusión, en la legislación interna, de una legislación de sociedades extranjeras controladas (CFC). Mientras que algunas veces se ha expresado la opinión de que tal legislación violaría ciertas disposiciones de los tratados tributarios, el Comité considera que este no sería el caso de las típicas normas CFC, como se señala en el párrafo 65 anterior.

iv) Remuneraciones de los miembros de las juntas directivas y de los directivos de alto nivel

118. De acuerdo con el Artículo 16 (Remuneraciones de los Miembros de las Juntas Directivas y de los Directivos de Alto Nivel),

las remuneraciones de los miembros de las juntas directivas y de los directivos de alto nivel de una sociedad pueden ser sometidas a imposición en el Estado de residencia de la sociedad, sin importar el lugar en el que los servicios de estos miembros de juntas directivas y de directivos de alto nivel son prestados. Un acuerdo para “división de salario” podría ser utilizado para reducir los impuestos que se tendrían que pagar en ese Estado conforme a ese artículo. Así, por ejemplo, que la Sociedad A, residente del Estado A, tiene dos subsidiarias, la Sociedad B y la Sociedad C, que son residentes en el Estado X y en el Estado Y, respectivamente. El Señor D, residente del Estado X, es un miembro de la junta directiva y un funcionario de alto nivel gerencial de la Sociedad B. El Estado X aplica un impuesto sobre la renta a tasas progresivas de hasta el 50 por ciento. El Estado Y tiene un sistema similar de impuesto sobre la renta, pero con una tasa muy baja. Los países X y Y tienen un tratado tributario que establece que el Estado X aplica el método de exención a la renta que puede ser sometida a imposición en el Estado Y. Con el objeto de reducir la carga tributaria del Señor D, la Sociedad A lo puede nombrar miembro de la junta directiva y funcionario de alto nivel gerencial de la Sociedad C, y hacer acuerdos para que su remuneración sea atribuida a estas funciones.

119. El Artículo 16, apartado 1, aplica a las remuneraciones de miembros de las juntas directivas que una persona recibe “en su carácter” de miembro de una junta directiva, y el apartado 2 aplica a salarios, sueldos y otras remuneraciones similares que una persona reciba “en su carácter” de directivo de alto nivel de una sociedad. Por lo tanto, además del hecho de que dicho acuerdo probablemente podría ser exitosamente combatido al amparo de las normas generales antiabuso y la doctrina judicial, también podría ser impugnado a través de un análisis apropiado de los servicios prestados por el Señor D a cada sociedad de la cual recibe sus rentas, así como de un análisis de las remuneraciones pagadas a otros miembros de las juntas directivas y directivos de alto nivel de la Sociedad C, para determinar hasta qué punto las remuneraciones de los miembros de las juntas directivas y la remuneración recibida de la sociedad por el Señor D pueden considerarse razonablemente como obtenidos de actividades realizadas como miembro de la junta directiva o directivo de alto nivel de esa sociedad.

v) *Atribución de intereses a entidades exentas o a entidades gubernamentales*

120. De acuerdo con el párrafo 12 del Comentario al Artículo 11, los países pueden acordar durante las negociaciones bilaterales incluir en sus tratados una exención de intereses en las siguientes categorías:²⁶

- intereses pagados a Gobiernos u organismos públicos;
- intereses garantizados por Gobiernos u organismos públicos;
- intereses pagados a bancos centrales;
- intereses pagados a bancos u otras instituciones financieras;
- intereses sobre préstamos a largo plazo;
- intereses sobre préstamos para financiar equipo especial u obras públicas; o
- intereses sobre otro tipo de inversiones con aprobación gubernamental (por ejemplo, financiamiento de exportación).

121. Cuando un tratado tributario incluye una o más de estas disposiciones, puede ser posible para la parte que tiene derecho a tal exención el participar en acuerdos respaldados con otras partes que no tienen derecho a tal exención o, cuando así lo establezca un contrato para el pago de intereses y otro tipo de rentas que pudieran no estar exentas (por ejemplo, regalías), atribuir una mayor parte del pago total a los intereses. Tales acuerdos implicarían usos inapropiados de estas exenciones.

122. Si bien podría argumentarse que una fácil solución sería evitar la inclusión de tales exenciones en un tratado tributario, es importante señalar que las mismas se incluyen por efectos de políticas válidas, considerando que la tributación en fuente sobre los pagos brutos de intereses actuará frecuentemente como una tarifa y será soportada por el prestatario. De igual manera, siempre y cuando un país haya acordado incluir tales exenciones en uno de sus tratados, se vuelve complicado abstenerse de otorgar las mismas, en negociaciones para tratados con otros países similares.

26 Varios tratados exentan de impuestos en la fuente también a los intereses pagados a instituciones financieras sobre ventas a crédito (véanse los párrafos 12 y 13 del Comentario al Artículo 11).

123. Varios de los enfoques arriba mencionados para el caso de triangulación de beneficios (*treaty shopping*), pueden ser relevantes para hacer frente a los acuerdos respaldados que tienen como objeto acceder a los beneficios de estas exenciones. También, casos en los que la contraprestación establecida en un contrato mixto ha sido atribuida inapropiadamente al pago de intereses, pueden ser impugnados con base en normas internas antiabuso específicas aplicables a tales casos, normas internas antiabuso generales, doctrinas (incluyendo la norma general antiabuso del apartado 9 del Artículo 29) o una adecuada interpretación de las disposiciones de los tratados. Cuando la contraprestación total es dividida entre partes relacionadas, el Artículo 11, apartado 6 y el Artículo 9, apartado 1 pueden ser también relevantes para asegurar que el beneficio de la exención del tratado únicamente aplique al monto apropiado de intereses. Finalmente, algunos países han incluido en sus tratados normas antiabuso específicas para hacer frente a tales acuerdos respaldados. Un ejemplo de tales normas se encuentra en el inciso (b) del Artículo 7 del protocolo del tratado celebrado entre Australia y México en 2002, que señala lo siguiente:

Las disposiciones de [...] apartado [2 del Artículo 11] no aplicarán a intereses derivados de préstamos respaldados (*back-to-back loans*). En tal caso, se aplicarán impuestos sobre los intereses de acuerdo con la legislación interna del Estado en el que se originen.

Contratación de empleados

124. Los Comentarios al Artículo 15 reproducen la parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE que trata, entre otros, sobre acuerdos conocidos como “contratación internacional de empleados” (*international hiring-out of labour*). Esto se refiere a casos en los que una empresa local que desea contratar a un empleado extranjero por un periodo corto de tiempo celebra un acuerdo con un intermediario no residente que actuará como el empleador formal. El empleado, por lo tanto, parece cumplir con las tres condiciones del Artículo 15, apartado 2, para calificar para la exención tributaria en el Estado en el que se desarrollará el empleo. Los Comentarios al Artículo 15 incluyen una guía sobre cómo se puede tratar este tema, reconociendo que las normas internas antiabuso y la doctrina judicial,

así como la correcta interpretación del tratado, ofrecen formas para combatir tales acuerdos.

Profesionales del espectáculo y deportistas

125. Un número de tratados tributarios más antiguos no incluyen el apartado 2 del Artículo 17 (Profesionales del espectáculo y Deportistas), que versa sobre el uso de las llamadas “compañías del espectáculo”. Con el objeto de evitar la posible aplicación de disposiciones basadas en el apartado 1 de ese Artículo, los residentes de países que han celebrado esos tratados podrían estar tentados a hacer acuerdos para que la renta obtenida por sus actividades como profesionales del espectáculo o deportistas, o una parte de la misma, sea pagada a una sociedad constituida para ese objeto.

126. Como se indica en el apartado 11(c) del Comentario al Artículo 17, del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2010, tal como se cita en el apartado 2 del Comentario al Artículo 17 de este Modelo, se puede hacer frente a tales acuerdos conforme a las disposiciones de la legislación interna que atribuirían tal renta a los profesionales del espectáculo o deportistas:

[...] La tercera situación implica ciertos mecanismos de elusión fiscal en casos en los que la remuneración por las actividades de un artista o un deportista no es pagada al artista o deportista mismo, sino a otra persona, por ejemplo, la así denominada compañía de espectáculos (*artiste company*), de manera tal que la renta es imponible en el Estado en el que las actividades son realizadas, no como renta por servicio personal del artista o deportista ni como utilidades de la empresa, en ausencia de un establecimiento permanente. Algunos países “miran a través” de tales acuerdos conforme a su legislación interna y consideran la renta obtenida por el artista o deportista. Cuando este es el caso, el apartado 1 les permite aplicar impuestos sobre rentas resultantes de actividades en su territorio [...].

127. Los acuerdos abusivos que involucren sociedades de espectáculos pueden abordarse conforme a las disposiciones del apartado 9 del Artículo 29 y, como se explicó en el párrafo 11.2 del Comentario al Artículo 17 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2010, tal como fue citado en el apartado 2 del Comentario al Artículo 17

de este Modelo, con apego a las normas generales antielusión o a las doctrinas judiciales de un país.

128. Finalmente, respecto a la norma antiabuso que se encuentra en el Artículo 17, apartado 2, las administraciones tributarias deben notar que la norma aplica sin importar si la sociedad de espectáculos es residente del mismo país que aquel en el cual el artista o deportista es residente. Esta aclaración aparece en el párrafo 11.1 del Comentario al Artículo 17 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2010, tal como fue citado en el apartado 2 del Comentario al Artículo 17 de este Modelo:

11.1 La aplicación del apartado 2 no se restringe a situaciones en las que ambos, el artista o deportista, y la otra persona que acumula la renta, por ejemplo, una sociedad de espectáculos, son residentes del mismo Estado Contratante. El apartado permite al Estado en el que el artista o deportista realiza sus actividades gravar las rentas obtenidas por estas actividades, y que son acumuladas por otra persona sin importar otras disposiciones del Convenio que pudieren ser aplicables. Por lo tanto, no obstante las disposiciones del Artículo 7, el apartado permite al Estado someter a imposición las rentas obtenidas por una sociedad de espectáculos residente del otro Estado Contratante, aun cuando el artista o deportista no sea residente del otro Estado. Por el contrario, cuando la renta de un artista residente de uno de los Estados Contratantes es acumulada por una tercera persona, por ejemplo, una sociedad de espectáculos, residente de un tercer Estado con el que el Estado fuente no tenga un convenio tributario, nada evitará que el Estado Contratante someta a imposición a esa persona de conformidad con sus leyes internas.

Transacciones que modifican la clasificación de rentas del tratado

129. Los Artículos 6 al 21 asignan los derechos de gravamen de forma diferente dependiendo de la naturaleza de la renta. La clasificación de un elemento particular de renta está, para efectos de estas normas, basada en una combinación de definiciones de tratados y de la ley interna. Dado que los contribuyentes determinan los contenidos de los contratos sobre los cuales típicamente se basa la clasificación para efectos de la ley interna y de las disposiciones de los tratados, ellos podrían en algunos casos, tratar de influir en esa clasificación

de forma tal que obtengan beneficios no intencionales derivados de los tratados.

130. Los siguientes párrafos proveen algunos ejemplos de acuerdos que buscan cambiar la clasificación de rentas de los tratados. Dependiendo de las circunstancias, se puede hacer frente a estos a través las disposiciones del apartado 9 del Artículo 29, o a través de normas antiabuso específicas internas o de tratados, o conforme a normas antiabuso generales o doctrinas judiciales. Un tema práctico, sin embargo, frecuentemente será que, en algunos de estos casos, será difícil descubrir y establecer la conexión entre varias transacciones que serán celebradas con el objeto de alterar la clasificación del tratado.

(i) *Conversión de dividendos a intereses*

131. La conversión de dividendos a intereses será ventajosa conforme a un tratado que establece tributación en fuente de dividendos, pero no de pago de intereses. Asumamos que X, residente del Estado R, es propietaria de todas las acciones de la Sociedad A, la cual es residente del Estado S. Contemplando el pago de un importante dividendo, X hace acuerdos para la constitución de la Sociedad Controladora B, la cual será también residente del Estado S; X es la única accionista de la Sociedad B. X vende las acciones de la Sociedad A a la Sociedad B, contra la entrega de pagarés con intereses (el Estado R y el Estado S permiten que esa transmisión se lleve a cabo libre de impuestos). El pago de intereses de la Sociedad B a X será hecho posible por el pago de dividendos de la Sociedad A a la Sociedad B, la cual evitará pagar impuestos en el Estado S bajo una exención de participación o régimen similar, o debido a la deducción de los pagos de intereses sobre los pagarés emitidos a X; X, en consecuencia, recibirá indirectamente el dividendo pagado por la Sociedad A en forma de pago de intereses sobre los pagarés emitidos por la Sociedad B y evitará la tributación de la fuente en el Estado S.

(ii) *Asignación de precio conforme un contrato mixto*

132. Un contrato mixto cubre diferentes consideraciones, tal como la entrega de bienes, prestación de servicios, *know-how* y licencias de intangibles. Estos generan diferentes tipos de rentas para efectos del tratado. En varios casos, al adquirente le será indiferente la asignación

del precio entre las diversas consideraciones y el proveedor, en consecuencia, podrá desear en el contrato aplicable, asignar una parte desproporcionada del precio en categorías de rentas que estarán exentas en el Estado fuente. Por ejemplo, un contrato de franquicia puede incluir la transferencia de bienes para su venta, la prestación de diversos servicios, la provisión de *know-how* y regalías por el uso de propiedad intelectual (por ejemplo, marcas y nombres comerciales). En la medida en la que el franquiciante no residente no tenga un establecimiento permanente en el Estado de residencia del franquiciatario, el Artículo 7 no permitiría a ese Estado gravar las utilidades atribuibles a la provisión de bienes de inventario, pero el Artículo 12 permitiría la tributación de las regalías, las cuales incluirían pagos relacionados con el *know-how*, y el Artículo 12A permitiría la imposición sobre honorarios por servicios técnicos. Dado que todos estos pagos serían normalmente deducibles para el franquiciatario, éste podría no dar importancia a la asignación general del precio. El contrato, por lo tanto, podría ser redactado de forma tal que se incremente el precio por la entrega de bienes y reducir las regalías y el precio por la prestación de servicios técnicos.

133. Dado que las partes del contrato son independientes, la legislación interna sobre precios de transferencia y el Artículo 9 del Convenio típicamente no aplicarían a tales transacciones. Los países en desarrollo podrían ser particularmente vulnerables a estas transacciones dado que las cuotas aduaneras, las cuales típicamente han hecho menos atractivo el asignar precio a la transferencia de bienes, están siendo reducidas gradualmente, y la determinación de la contraprestación correcta para propiedad intangible es frecuentemente un tema complicado, aún para administraciones tributarias sofisticadas.

(iii) *Conversión de regalías a ganancias de capital*

134. Un no residente que es titular de los derechos de autor de una obra literaria desea otorgar a un residente del Estado S el derecho de traducir y reproducir esa obra en ese Estado, con pagos de regalías como contraprestación, teniendo como base las ventas de la obra traducida. En lugar de otorgar una licencia al residente, el no residente celebra un contrato de “venta” en virtud del cual todos los derechos relativos a la versión traducida de esa obra en el Estado S son cedidos por el no residente y adquiridos por el residente. La contraprestación

por esa “venta” es un porcentaje de las ventas totales de la obra traducida. El contrato también establece que el no residente tendrá la opción de adquirir nuevamente esos derechos después de un periodo de cinco años.

135. Algunos países han modificado la definición de regalías para tratar expresamente esos casos. Por ejemplo, el Artículo 12, apartado 3, subapartado (a) del tratado entre Estados Unidos y la India establece que:

El término “regalías”, como se utiliza en este Artículo significa:

- a) pagos de cualquier clase recibidos como contraprestación por el uso de, o el derecho al uso de, cualquier derecho de autor [...] incluyendo ganancias obtenidas por la enajenación de cualquier derecho de autor o propiedad que estén condicionadas a la productividad, uso o disposición de la misma [...].

(iv) *Uso de operaciones de derivados*

136. Las operaciones de derivados pueden permitir a los contribuyentes obtener los efectos económicos de ciertas operaciones financieras bajo una forma legal diferente. Por ejemplo, dependiendo de las disposiciones de los tratados y de la legislación interna de cada país, un contribuyente puede obtener beneficios derivados de tratados tales como la nula o baja tributación en la fuente, cuando está de hecho en la misma posición económica que un inversor extranjero en cuanto a acciones de una sociedad interna. Asumamos, por ejemplo, que la Sociedad X, residente del Estado A, desea hacer una inversión de cartera en las acciones de una sociedad residente del Estado B, en tanto que la Sociedad Y, residente del Estado B, desea adquirir bonos emitidos por el gobierno del Estado A. Con el objeto de evitar pagos transfronterizos de dividendos e intereses, los cuales resultarían en retenciones de impuestos, la Sociedad X podría en lugar de ello adquirir los bonos emitidos en su país, y la Sociedad Y podría adquirir las acciones de la sociedad residente en su país que la Sociedad X deseaba adquirir. Las Sociedades X y Y entonces celebrarían un acuerdo de permuta en virtud del cual acordarían hacer pagos de intercambio (*swap payments*) entre sí con base en la diferencia entre los flujos de dividendos e intereses que reciben cada año; también celebrarían contratos de

futuros para comprarse entre ellas otras acciones y bonos más adelante. A través de estas operaciones, los contribuyentes habrían reflejado la posición económica de las inversiones transfronterizas en las acciones y bonos sin estar sujetos a la retención de impuestos en la fuente (excepto en la medida en la que los pagos de intercambio, que solo representarían la diferencia entre los flujos de dividendos e intereses, estuvieran sujetos a tales impuestos bajo el Artículo 21 y la ley interna de cada país).

Operaciones que buscan eludir los límites establecidos en las disposiciones de los tratados

137. Las disposiciones de los tratados algunas veces utilizan límites para determinar los derechos de gravamen de un país. Un ejemplo es aquel del límite inferior de tributación en la fuente sobre dividendos que se encuentra en el Artículo 10, apartado 2(a), el cual solamente aplica si el beneficiario efectivo (*beneficial owner*) de los dividendos es una sociedad que posee directamente al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos.

138. Los contribuyentes pueden celebrar acuerdos para obtener los beneficios de tales disposiciones en circunstancias imprevistas. Por ejemplo, un accionista no residente podría, previendo el pago de un dividendo, hacer que las acciones sean temporalmente transmitidas a una sociedad residente o a una sociedad no residente, en cuya posesión los dividendos estarían exentos o sujetos a imposición a menores tasas. Dicha transmisión podría estructurarse de manera tal que el dividendo esperado se transforme en ganancia de capital exenta de impuestos en el Estado fuente. Aunque el apartado 2 del Artículo 10 fue reformado en 2017 para añadir un requerimiento de tenencia de 365 días, en tanto que la sociedad a la cual se transmitan las acciones sea dueña de más del 25 por ciento de la sociedad que paga los dividendos por 365 días o más, el beneficio de la tasa inferior señalada en el Artículo 10, apartado 2(a), sería aplicable. El apartado 9 del Artículo 29 puede ser utilizado para abordar los acuerdos en los cuales uno de los objetivos principales para las transferencias temporales de propiedad sobre las acciones es acceder a los beneficios del tratado. Los siguientes son otros ejemplos de acuerdos que tienen la intención de eludir varios límites contenidos en el Convenio.

Límites de tiempo para ciertos establecimientos permanentes

139. Los siguientes son otros ejemplos de acuerdos que pretenden eludir los límites que se observan en el Convenio. El apartado 3 del Artículo 5, incluye una norma conforme a la cual, en ciertas circunstancias, la prestación de servicios de parte de una empresa extranjera en un Estado, por más de 183 días, constituirá un establecimiento permanente. Los contribuyentes podrían estar tentados a eludir la aplicación de esta disposición al dividir un proyecto entre empresas asociadas, a efecto de que ninguna de las empresas preste servicios en el Estado por más de 183 días. Los párrafos 26²⁷ y 27 del Comentario al Artículo 5 versan sobre esos acuerdos.

Umbrales para la imposición en la fuente de ganancias de capital derivadas de acciones

140. El Artículo 13, apartado 4, permite a un Estado someter a imposición las ganancias de capital derivadas de acciones de una sociedad (y de participaciones en otras ciertas entidades) si las acciones o participaciones provienen en más del 50 por ciento de su valor, directa o indirectamente, de bienes inmuebles ubicados en ese Estado en cualquier momento en los 365 días que precedan la enajenación de las acciones. El periodo de 365 días para evaluar si más del 50 por ciento del valor de las acciones o participaciones de una sociedad deriva de bienes inmuebles se agregó al apartado 4 del Artículo 13 del Modelo del Convenio Tributario de las Naciones Unidas en 2017.

141. Previo a la adición del periodo de prueba de 365 días al apartado 4 del Artículo 13, se podía intentar evadir esa disposición diluyendo el porcentaje del valor de acciones o participaciones derivadas de bienes inmuebles situados en un cierto Estado, en preparación para la enajenación de estas acciones o participaciones. En el caso de una sociedad, esto se podría realizar al inyectarle un monto sustancial de dinero a cambio de bonos o acciones preferentes, cuyas condiciones establecerían que dichos bonos o acciones serían amortizados poco después de la enajenación de las acciones o participaciones.

27 Véase en particular el párrafo 52 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado en ese apartado.

142. Si un tratado no contiene un periodo de prueba tal como el periodo de 365 días contemplado en el Artículo 13, apartado 4 del Modelo del Convenio Tributario de las Naciones Unidas, y los hechos establecen que los activos han sido transmitidos a una entidad con el propósito de evitar la aplicación del Artículo 13, apartado 4 a una potencial enajenación de acciones o participaciones en esa entidad, las disposiciones del apartado 9 del Artículo 29 o las normas generales antiabuso o la doctrina judicial de un país podrían ser aplicables. Algunos países, sin embargo, podrían desear que se establezca expresamente en sus tratados que el apartado 4 aplicará en estas circunstancias. Esto se podría lograr al añadir al Artículo 13 una disposición similar a la siguiente:

Para efectos del apartado 4, al determinar el valor agregado de todos los activos de los que una sociedad, asociación de personas (*partnership*), fideicomiso o sucesión sean propietarios, los activos que hayan sido transmitidos a esa entidad principalmente para evitar la aplicación del apartado no serán tomados en consideración.

Restricción de los beneficios del tratado respecto a rentas que están sujetas a ciertas características del sistema tributario de otro Estado

143. Como se señala en el párrafo 15.2 de la Introducción del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, tal como se cita en el párrafo 20 de la Introducción de este Modelo:

... se asume que cuando un Estado Acepta disposiciones de tratados que restringen su derecho a gravar categorías de rentas, lo hace generalmente en el entendido de que dichas rentas están sujetas a imposición en otro Estado. Cuando un Estado Aplica un impuesto nulo o bajo sobre las rentas, otros Estados deberían considerar si existen riesgos de doble imposición que justificarían, por sí mismos, un tratado tributario. Los Estados también deberían considerar si existen elementos del sistema tributario del otro Estado que podrían incrementar el riesgo de no imposición, lo cual podría incluir ventajas tributarias que están aisladas de la economía interna.

144. De conformidad con lo anterior, el Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, es también relevante para efecto del

Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte de los Comentarios del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las del presente Modelo):

83. Un Estado podría concluir que ciertas características del sistema tributario de otro Estado no son suficientes para evitar la celebración de un tratado tributario, pero puede desear prevenir la aplicación de ese tratado a la renta que no está sujeta a imposición o que lo está a tasas reducidas de impuestos, debido a estas características. Cuando las características relevantes del sistema tributario del otro Estado se conocen al momento de negociar el tratado, es posible redactar estas disposiciones que niegan específicamente beneficios del tratado con respecto a las rentas que se benefician de estas características (ver, como ejemplo, el párrafo 108 *[del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado más adelante]*).

84. Sin embargo, estas características podrían introducirse en el sistema fiscal de un socio del tratado solo después de la celebración del mismo, o podrían ser descubiertas solo después de que el tratado haya entrado en vigor. Al celebrar un tratado tributario, un Estado Contratante puede tener preocupaciones sobre las características del sistema tributario del socio del tratado de las cuales no tenía conocimiento en ese momento, o que posteriormente puedan convertirse en parte del sistema tributario del socio del tratado. Disposiciones sobre sociedades extranjeras controladas (*ver el anterior párrafo [57]*) y otros enfoques que se mencionan en [...] la sección sobre el “Uso Inapropiado del Convenio” *[del Comentario al Artículo 1 de este Modelo]* pueden ser de utilidad para abordar algunas de estas características, pero como las dificultades creadas por estas características surgen del diseño de las leyes tributarias de los socios de tratados y no de estrategias de elusión fiscal diseñadas por los contribuyentes o sus asesores, los Estados Contratantes podrían desear resolver estas dificultades por medio de disposiciones de tratados específicas. A continuación, se señalan ejemplos de disposiciones que podrían adoptarse con tal propósito.

Disposición sobre regímenes fiscales especiales

85. Se podrían incluir disposiciones en un tratado tributario para negar la aplicación de disposiciones específicas de tratados con

respecto a las rentas que se benefician de regímenes que cumplen con el criterio de la definición general de “regímenes fiscales especiales”. Por ejemplo, los beneficios de las disposiciones en los Artículos 11[,], 12[, 12A y 12B] podrían ser negados con respecto a intereses, regalías [, honorarios por servicios técnicos y rentas procedentes de servicios digitales automatizados] que se hubieran obtenido de una persona relacionada, si tales intereses, regalías [, honorarios por servicios técnicos y rentas procedentes de servicios digitales automatizados, según sea el caso], se beneficiaran en el Estado de residencia de su beneficiario efectivo (*beneficial owner*), de dicho régimen fiscal especial; esto se haría añadiendo a los Artículos 11[,], 12[, 12A y 12B] una disposición redactada de manera similar a lo siguiente (la cual podría ser modificada para adaptarse a las circunstancias de los Estados Contratantes o para inclusión en otros Artículos del Convenio):

No obstante las disposiciones de [(en el caso del Artículo 11): apartados 1 y 2, pero sujeto a las disposiciones del apartado 4] [(en el caso del Artículo 12): apartado [s] 1 [y 2] pero sujeto a las disposiciones del apartado 3[4]] [(en el caso del Artículo 12A): apartados 1 y 2, pero con sujeción a las disposiciones del apartado 4][en el caso del Artículo 12B: apartados 1, 2 y 3, pero sujeto al apartado 8] del presente Artículo, [los intereses] [regalías] [honorarios por servicios técnicos] [rentas por servicios digitales automatizados], derivados de un Estado Contratante y cuyo beneficiario efectivo sea un residente del otro Estado Contratante que esté relacionado con el pagador, pueden someterse a imposición en el Estado mencionado en primer lugar de conformidad con la legislación interna si dicho residente se beneficia de un régimen fiscal especial con respecto a los [intereses] [regalías] [honorarios por servicios técnicos] [rentas por servicios digitales automatizados] en el Estado del cual es residente.

Para efectos de la disposición anterior, la referencia a un residente que está “relacionado” con el pagador se debe interpretar de acuerdo con la definición de “persona relacionada”, que se encuentra en el [...] apartado 7[(d)] del Artículo 29 [de este Modelo]. Como se señala en el párrafo 127 [del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, tal como se cita en el párrafo 26 del Comentario al Artículo 29 de este Modelo, [...] se consideraría apropiado incluir esa definición en el apartado 1 del Artículo 3, que incluye las definiciones que aplican en todo el Convenio. Algunos Estados, sin embargo, podrían preferir reemplazar la referencia a un residente que está “relacionado” al pagador, por la referencia de un

residente que está “estrechamente relacionado” al pagador, siendo la principal diferencia que, a diferencia de la definición de persona “relacionada”, la definición de persona “estrechamente relacionada” del apartado [9] del Artículo 5 no aplica cuando una persona posee directa o indirectamente exactamente el 50 por ciento del total de los derechos de voto y valor sobre otra persona (si la definición de persona “estrechamente relacionada” es usada para propósitos de la disposición anterior, sería más apropiado incluir dicha definición en el apartado 1 del Artículo 3).

86. Asimismo, la disposición anterior requeriría una definición de “régimen fiscal especial”, la cual podría ser redactada de la siguiente forma y agregada a la lista de definiciones generales incluida en el apartado 1 del Artículo 3:

el término “régimen fiscal especial” significa cualquier ley, regulación o práctica administrativa en un Estado Contratante, con respecto a un impuesto descrito en el Artículo 2 que cumpla con todas las condiciones siguientes:

(i) resulte en uno o más de los siguientes:

- A) una tasa preferencial de impuestos sobre intereses, regalías [*honorarios por servicios técnicos, rentas derivadas de servicios digitales automatizados*] o cualquier combinación de éstos, en comparación con rentas por ventas de bienes o servicios [*distintos a los servicios técnicos o servicios digitales automatizados*];
- B) una reducción permanente de la base tributaria con respecto a intereses, regalías, [*honorarios por servicios técnicos, rentas derivadas de servicios digitales automatizados*] o cualquier combinación de éstos, sin que exista una reducción comparable para rentas por ventas de productos o servicios [*distintos a los servicios técnicos o servicios digitales automatizados*], al permitir lo siguiente:
 - 1) una exclusión de rentas brutas;
 - 2) una deducción sin el pago correspondiente u obligación de hacer un pago;
 - 3) una deducción por dividendos pagados o acumulados; o
 - 4) tributación inconsistente con los principios del Artículo 7 o el Artículo 9; o

- C) una tasa preferencial de impuestos o una reducción permanente en la base tributaria de los tipos descritos en las subcláusulas 1), 2), 3) o 4) de la cláusula B) de esta subdivisión, respecto a sustancialmente toda la renta de una sociedad o sustancialmente toda la renta procedente del extranjero de una sociedad, para sociedades que no conduzcan activamente negocios en ese Estado Contratante;
- ii) en el caso de cualquier tasa preferencial de impuestos o reducción permanente de la base tributaria para regalías [*honorarios por servicios técnicos, rentas derivadas de servicios digitales automatizados*] no se condiciona dichos beneficios a:
 - A) el alcance de las actividades de investigación y desarrollo que se llevan a cabo en el Estado Contratante; o
 - B) gastos (excluyendo cualquier gasto relacionado con la subcontratación de una parte relacionada o cualquier costo de adquisición), en el que incurra la persona que goza de los beneficios para los fines de actividades de investigación y desarrollo efectivas;
- iii) generalmente se espera que resulte en una tasa de tributación menor que el menor valor entre:
 - A) [tasa a ser determinada bilateralmente]; o
 - B) 60 por ciento de la tasa general establecida en ley para el impuesto corporativo aplicable en el otro Estado Contratante;
- iv) no aplica principalmente a:
 - A) fondos de pensiones reconocidos;
 - B) organizaciones creadas y mantenidas para propósitos exclusivamente religiosos, de beneficencia, científicos, artísticos, culturales o educativos;
 - C) personas cuya tributación se ubica en un nivel único de tributación ya sea en sus propias manos o en manos de sus accionistas (con máximo un año de diferimiento), que posean una cartera diversificada de valores, que están sujetos a la regulación de protección de inversores en el Estado Contratante, y cuyas participaciones se negocian principalmente con inversores al menudeo; o
 - D) personas cuya tributación se ubica en un nivel único de tributación ya sea en sus propias manos o en manos de

- sus accionistas (con máximo un año de diferimiento), que posean principalmente propiedad inmueble; y
- v) después de consultarlo con el Estado Contratante mencionado en primer lugar, haya sido identificado por el otro Estado Contratante a través de los canales diplomáticos al Estado Contratante mencionado en primer lugar, que cumple con los numerales (i) al (iv) de este subapartado.

Ninguna ley, regulación o práctica administrativa deberá ser tratada como régimen fiscal especial hasta 30 días después de la fecha en la que el otro Estado Contratante emita una notificación pública por escrito, en la que reconozca que el régimen cumplió con los numerales (i) al (iv) de este subapartado.

87. La anterior definición del término “régimen fiscal especial” aplica a cualquier legislación, regulación o práctica administrativa (incluyendo una práctica prevaleciente) que exista antes o que entre en efecto después de que el tratado sea firmado y cumpla con todas las cinco condiciones siguientes.

88. Conforme a la primera condición, descrita en el numeral (i) de la definición, el régimen debe resultar en uno o más de los siguientes:

- A. una tasa preferencial de impuestos para intereses, regalías [*honorarios por servicios técnicos, rentas derivadas de servicios digitales automatizados*] o cualquier combinación de éstos, en comparación con rentas por ventas de bienes o servicios [*distintos a los servicios técnicos o servicios digitales automatizados*];
- B. ciertas reducciones permanentes de la base tributaria con respecto a intereses, regalías [*honorarios por servicios técnicos, rentas derivadas de servicios digitales automatizados*] o cualquier combinación de éstos, sin una reducción comparable para rentas por ventas de bienes o servicios [*distintos los honorarios por servicios técnicos o rentas procedentes de servicios digitales automatizados*]; o
- C. una tasa de tributación preferencial o ciertas reducciones permanentes en la base tributaria con respecto a sustancialmente toda la renta o sustancialmente toda la renta originada en el extranjero para sociedades que no conducen activamente negocios en ese Estado Contratante. Esta parte de la definición tiene la intención de identificar regímenes que, en general, sujetan

a imposición a las rentas móviles más favorablemente que a las rentas no móviles.

89. Como se establece en la cláusula A), se cumplirá con el numeral (i) si un régimen establece una tasa tributaria preferencial para intereses, regalías [*honorarios por servicios técnicos, rentas derivadas de servicios digitales automatizados*] o una combinación [*de los mismos*], en comparación con las rentas por ventas o servicios [*distintos a los servicios técnicos o servicios digitales automatizados*]. Por ejemplo, un régimen que establece una tasa tributaria preferencial para rentas por regalías obtenidas por sociedades residentes, pero que no establece esta tasa tributaria preferencial para rentas por ventas o servicios, cumpliría con esta condición. Más aún, un régimen que establece una tasa tributaria preferencial para todas las categorías de rentas, pero dicha tasa preferencial es efectiva principalmente para intereses, regalías [*honorarios por servicios técnicos, rentas derivadas de servicios digitales automatizados*] o una combinación [*de los mismos*] cumpliría con el numeral (i) a pesar de que el tratamiento preferente no se limite expresamente a esas categorías de rentas. Por ejemplo, la práctica administrativa de una autoridad fiscal de emitir regulaciones rutinarias que establecen tasas tributarias preferenciales para sociedades que representen aquéllas que obtienen principalmente rentas por intereses (tales como sociedades financieras de un grupo), cumpliría con el numeral (i) aún y cuando dichas regulaciones técnicamente establecen esa tasa preferencial para todas las categorías de rentas.

90. De manera similar, como se establece en la cláusula B), el numeral (i) se considerará cumplido si un régimen establece una reducción permanente de la base tributaria con respecto a intereses, regalías [*honorarios por servicios técnicos, rentas derivadas de servicios digitales automatizados*] o una combinación de éstos, en comparación con [*rentas por ventas o servicios distintos a los servicios técnicos o servicios digitales automatizados*], de una o más de las siguientes formas: una exclusión de percepciones brutas (tal como una reducción automática fija en el monto de las regalías incluidas en la renta, en tanto que dicha reducción no está disponible para rentas por la venta de bienes o servicios); una deducción sin ningún pago correspondiente u obligación de hacer un pago; una deducción por dividendos pagados o acumulados; o tributación que sea inconsistente con los principios de los Artículos 7 o 9 del Convenio. Un ejemplo de un régimen tributario que resulta en tributación inconsistente con los principios del Artículo 9 es el de un régimen bajo el cual no se atribuirían rentas

por intereses sobre un pagaré sin intereses poseído por una sociedad residente de un Estado Contratante, que es emitido por una empresa asociada que es residente del otro Estado Contratante.

91. Una reducción permanente en la base tributaria de un Estado no surge meramente de diferencias de tiempos. Por ejemplo, el hecho de que un país particular no sujete a imposición los intereses cuando estos son efectivamente pagados, y no cuando son acumulados financieramente, no es considerado como un régimen que ofrece una reducción permanente de la base tributaria, ya que dicha norma representa una diferencia ordinaria de tiempos. Sin embargo, un régimen que resulta en un diferimiento excesivo durante un periodo de varios años deberá considerarse como que ofrece una reducción permanente en la base tributaria, ya que dicha norma constituye, en sustancia, una diferencia permanente en la base del país que aplica los impuestos.

92. Alternativamente, como se establece en la cláusula C), el numeral (i) se cumplirá si un régimen ofrece una tasa tributaria preferencial o una reducción permanente en la base tributaria (del tipo arriba descrito), con respecto a sustancialmente toda la renta o sustancialmente toda la renta de fuente extranjera, para sociedades que no participan activamente en la conducción de negocios en el Estado Contratante. Por ejemplo, los regímenes que ofrecen tasas preferenciales de tributación únicamente a la renta de las sociedades financieras de un grupo o a sociedades controladoras, generalmente cumplirían con el numeral (i).

93. Un régimen que prevea un trato fiscal benéfico que sea generalmente aplicable a todas las rentas (en particular a las rentas procedentes de ventas y servicios) y a todas las industrias, no debe *[satisfacer los requisitos de]* la subdivisión (i). Ejemplos de disposiciones de aplicación general que no *[satisfacen los requisitos de]* la subdivisión (i) incluyen regímenes que permiten deducciones estándar, depreciación acelerada, consolidación fiscal corporativa, deducciones por dividendos recibidos, acumulación de pérdidas y créditos fiscales del extranjero.

94. La segunda condición, descrita en el numeral (ii) de la definición, aplica únicamente con respecto a regalías *[honorarios por servicios técnicos, rentas derivadas de servicios digitales automatizados, o una combinación de los mismos]* y se cumple cuando un régimen no condiciona los beneficios al alcance de las actividades de investigación y desarrollo que se lleven a cabo en el Estado Contratante o

a los gastos (excluyendo aquellos gastos relacionados con la subcontratación de una parte relacionada o cualquier gasto de adquisición) en los que incurra la persona que disfruta de los beneficios con el propósito de ejercer actividades reales de investigación y desarrollo. El numeral (ii) tiene por objeto garantizar que las regalías [*ly pagos similares*] que se benefician de regímenes fiscales favorables para las rentas derivadas de la cesión de patentes y otros activos intangibles (*patent box* o *innovation box*) puedan optar a los beneficios del tratado únicamente si esos regímenes cumplen una de estas dos condiciones. Algunos Estados, sin embargo, podrían preferir que se restrinjan los requisitos del numeral (ii) de forma que únicamente se cumplan cuando un régimen condicione los beneficios al alcance de las actividades de investigación y desarrollo que se lleven a cabo en el Estado Contratante. Los Estados que comparten este punto de vista podrían preferir usar la siguiente versión alternativa del numeral (ii):

- ii) en el caso de cualquier tasa preferencial de impuestos o de reducción en la base tributaria para regalías [*honorarios por servicios técnicos, rentas derivadas de servicios digitales automatizados, o una combinación de los mismos*], no condiciona estos beneficios al alcance de las actividades de investigación y desarrollo que se lleven a cabo en el Estado Contratante;

Bajo cualquiera de estas dos versiones del numeral (ii), los regímenes de regalías que han sido considerados por el Foro de la OCDE sobre Prácticas Tributarias Nocivas, y que no fueron calificados como “realmente perjudiciales”, generalmente no cumplirían con el numeral (ii) y, de ser así, no serían tratados como regímenes fiscales especiales.

95. La tercera condición, descrita en el numeral (iii) de la definición, requiere que se espere, en general, que la tasa de tributación resultante de un régimen sea inferior de lo que resulte menor entre la tasa que hubiera sido acordada bilateralmente entre los Estados Contratantes y el 60 por ciento de la tasa general estatutaria del impuesto corporativo aplicable en el Estado Contratante que considere que el régimen del otro Estado es potencialmente un “régimen fiscal especial”.

96. Los Estados pueden considerar útil precisar las referencias a la “tasa de impuestos” para efectos del numeral (iii) incluyendo, en un instrumento que refleje la interpretación acordada del tratado, lo siguiente:

Con excepción de lo que se establece más adelante, la tasa de tributación será determinada con base en los principios del impuesto sobre la renta del Estado Contratante que ha

implementado el régimen en cuestión. Por lo tanto, en el caso de un régimen que establece únicamente una tasa tributaria preferencial, la tasa tributaria generalmente esperada bajo este régimen deberá ser igual a dicha tasa preferencial. En el caso de un régimen que establece únicamente una reducción permanente de la base tributaria, la tasa tributaria generalmente esperada bajo este régimen deberá ser igual a la tasa estatutaria del impuesto corporativo generalmente aplicable en el Estado Contratante para sociedades sujetas al régimen en cuestión, menos el producto de dicha tasa y el porcentaje de reducción en la base tributaria (con la tasa tributaria de referencia determinada conforme a los principios del Estado Contratante, pero sin consideración de ninguna reducción permanente en la base tributaria descrita en la cláusula B) del numeral (i)), que generalmente se espera que ese régimen ofrezca. Por ejemplo, un régimen que generalmente ofrece un 20 por ciento de reducción permanente en la base tributaria de una sociedad tendría una tasa tributaria igual a la tasa estatutaria de impuesto corporativo, con una reducción del 20 por ciento de dicha tasa estatutaria. En el caso de un régimen que establece una tasa tributaria preferencial y una reducción permanente en la base tributaria, la tasa de tributación estaría basada en la tasa tributaria preferencial, reducida por el producto de dicha tasa y el porcentaje de reducción en la base tributaria.

97. Lo anterior aclararía que la tasa de tributación debería determinarse con base en los principios tributarios de la renta del Estado Contratante que ha implementado el régimen en cuestión. Por lo tanto, en el caso de un régimen que ofrece únicamente una tasa preferencial de tributación, la tasa de tributación generalmente esperada bajo ese régimen sería igual a dicha tasa preferencial. En el caso de un régimen que ofrece únicamente una reducción permanente en la base de tributación, la tasa de tributación sería igual a la tasa estatutaria de impuesto corporativo en el Estado Contratante, que es generalmente aplicable a sociedades sujetas al régimen en cuestión, menos el producto de dicha tasa y el porcentaje de reducción en la base de tributación (con la tasa de tributación de referencia determinada bajo los principios del Estado Contratante, pero sin consideración de ninguna reducción permanente en la base de tributación descrita en la cláusula B) del apartado (i) de la definición) que se espera generalmente que ese régimen ofrezca. Por ejemplo, un régimen que ofrece generalmente un 20 por ciento de reducción permanente en la base

de tributación de una sociedad tendría una tasa de tributación igual a la tasa estatutaria de impuesto corporativo, con una reducción del 20 por ciento de dicha tasa estatutaria. Por lo tanto, si la tasa estatutaria de impuesto corporativo aplicable y en efecto en un Estado Contratante fuera del 25 por ciento, la tasa de tributación resultante sería de 20 por ciento ($25 - (25 \times 0.20)$). En el caso de un régimen que ofrece una tasa preferencial de tributación y una reducción permanente en la base de tributación, la tasa de tributación estaría basada en la tasa preferencial de tributación, menos el producto de dicha tasa y el porcentaje de reducción en la base de tributación.

98. La cuarta condición, descrita en el numeral (iv) de la definición, establece que un régimen no deberá ser considerado como un régimen fiscal especial si aplica principalmente a fondos de pensiones u organizaciones que son creadas y mantenidas exclusivamente para propósitos religiosos, de beneficencia, científicos, artísticos, culturales o educacionales. Conforme al numeral (iv), un régimen tampoco deberá ser considerado como régimen fiscal especial si aplica principalmente a personas cuya tributación alcanza un solo nivel de tributación, ya sea en manos de la persona o sus accionistas (con máximo un año de diferimiento), que poseen una cartera diversificada de valores, que están sujetos a la regulación del Estado de residencia que protege a los inversores, y cuyas participaciones son negociadas principalmente entre inversores al menudeo. Esto correspondería generalmente a los vehículos de inversión colectiva señalados en el párrafo [14 de este Comentario]. Otra excepción establecida en el numeral (iv) aplica a regímenes que aplican principalmente a personas cuya tributación alcanza un solo nivel de tributación, ya sea en manos de la persona o sus accionistas (con un máximo de un año de diferimiento), y dichas personas poseen predominantemente bienes inmuebles.

99. La quinta condición, descrita en el numeral (v) de la definición, establece que el Estado Contratante que desee tratar a un régimen del otro Estado como “régimen fiscal especial” debe consultar primero con el otro Estado Contratante y notificar a ese Estado A través de canales diplomáticos, que ha determinado que el régimen cumple con las otras condiciones de la definición.

100. La parte final de la definición requiere que un Estado Contratante que desee tratar a un régimen del otro Estado como “régimen fiscal especial” debe emitir una notificación pública escrita mencionando que el régimen cumple con la definición. Para efectos del Convenio, un régimen fiscal especial deberá ser tratado como

tal 30 días posteriores a la fecha en que se haya hecho la notificación pública escrita.

Disposición sobre cambios subsecuentes en la legislación interna

101. Mientras que la disposición anteriormente señalada resolvería el tema de regímenes tributarios específicos, ésta no aborda los cambios de naturaleza más general que podrían ser introducidos en la legislación interna de un socio de tratado después de la celebración de un tratado tributario, la cual podría haber impedido la celebración del tratado si hubiera existido en ese momento. Por ejemplo, algunos Estados Contratantes podrían estar preocupados si la tasa tributaria global que otro Estado Aplica sobre la renta corporativa es reducida más allá de lo que consideran aceptable para efectos de la celebración de un tratado tributario. Algunos Estados también podrían estar preocupados si un Estado que aplica impuestos a casi todas las categorías de rentas del extranjero al momento de la celebración del tratado tributario, posteriormente decidiera exentar de impuestos dichas rentas cuando son obtenidas por una sociedad residente. El siguiente es un ejemplo de una disposición que resolvería estas preocupaciones, en el entendido de que las características de dicha disposición necesitarían ser restringidas o ampliadas para tratar adecuadamente con las áreas específicas de preocupación de cada Estado:

1. Si en cualquier momento después de la firma de este Convenio, un Estado Contratante:
 - a) reduce la tasa general de impuesto corporativo establecida en ley que aplica con respecto a sustancialmente toda la renta de sociedades residentes, resultando en que dicha tasa es más baja de lo que resulte menor entre
 - (i) [tasa a ser determinada bilateralmente] o
 - (ii) 60 por ciento de la tasa general estatutaria de impuesto corporativo aplicable en el otro Estado Contratante, o
 - b) el Estado Contratante mencionado en primer lugar ofrece una exención de impuestos a sociedades residentes, con respecto a sustancialmente toda la renta originada en el extranjero (incluyendo intereses [,] regalías[, honorarios por servicios técnicos, rentas derivadas de servicios digitales automatizados, o una combinación de los mismos]),

los Estados Contratantes deberán consultarse con miras a modificar este Convenio para reestablecer una distribución

apropiada de derechos tributarios entre los Estados Contratantes. Si dichas consultas no progresan, el otro Estado podrá notificar al Estado Contratante mencionado en primer lugar, a través de canales diplomáticos, su decisión de dejar de aplicar las disposiciones de los Artículos 10, 11, 12, [12A, 12B] y 21. En dicho caso, las disposiciones de dichos Artículos deberán de dejar de tener efecto para ambos Estados Contratantes, con respecto a pagos a sociedades residentes seis meses después de la fecha en que el otro Estado Contratante emita una notificación pública escrita manifestando que dejará de aplicar las disposiciones de estos Artículos.

2. Para efectos de la determinación de la tasa general de impuesto corporativo establecida por ley:
 - a) El permitir deducciones generalmente disponibles, con base en el porcentaje de lo que de otra forma sería renta sujeta a impuestos, y otros mecanismos similares para lograr una reducción en la tasa tributaria global, deberá ser tomada en consideración; y
 - b) lo siguiente no deberá ser tomado en consideración:
 - (i) un impuesto que aplique a la sociedad únicamente al momento en que dicha sociedad lleve a cabo una distribución, o que aplique a los accionistas; y
 - (ii) el monto de impuestos que es reembolsable al momento en que dicha sociedad lleve a cabo una distribución de dividendos.

102. Esta disposición sugerida establece que, si en cualquier momento después de la firma del Convenio, cualquier Estado Contratante promulga ciertos cambios a la legislación interna, las disposiciones de los Artículos 10, 11, [12A, 12B] y 21 podrán dejar de tener efecto con respecto a pagos a sociedades si, después de consultarlo, los Estados Contratantes no logran acordar modificaciones al Convenio para reestablecer una distribución apropiada de los derechos tributarios entre los Estados Contratantes.

103. El apartado 1 de la disposición sugerida aborda dos tipos de cambios subsecuentes que podrían ser realizados por un Estado después de la firma de un tratado tributario a las normas tributarias aplicables a las sociedades residentes de este Estado. El primer tipo se da cuando un Estado reduce la tasa general de impuesto corporativo establecida por ley que aplica con respecto a sustancialmente toda la renta de sus sociedades residentes, resultando en que dicha tasa sea

menor de lo que resulte más bajo entre una tasa mínima que tendría que ser determinada bilateralmente o el 60 por ciento de la tasa general de impuesto corporativo aplicable en el otro Estado.

104. Para efectos del apartado 1, la “tasa general de impuesto corporativo establecida en ley” se refiere a la tasa general de impuesto corporativo establecida en la legislación; si las tasas tributarias son graduales, se refiere a la tasa máxima marginal, siempre que dicha tasa aplique a una porción significativamente amplia de contribuyentes corporativos y no haya sido establecida para eludir la aplicación de este Artículo. Una tasa general de impuesto corporativo establecida en ley que es aplicable a beneficios empresariales, o a la llamada “renta empresarial” (*trading income*) (ampliamente definida para incluir rentas por manufactura, servicios o comercio de bienes y productos) deberá ser tratada como aplicable a sustancialmente toda la renta de sociedades residentes, aun cuando categorías limitadas de renta (incluyendo rentas por inversiones de cartera u otras fuentes pasivas) sean excluidas. Una tasa tributaria reducida que aplique únicamente con respecto a ganancias de capital no entraría dentro del alcance de este artículo; la distinción entre beneficios empresariales y ganancias de capital deberá hacerse conforme a las leyes internas del Estado de residencia. El apartado 2 aborda temas específicos que podrían surgir en la determinación de cuál es la tasa general estatutaria de impuesto corporativo de un Estado. El subapartado a) del apartado 2 establece que el apartado 1 aplica igualmente a reducciones a la tasa general estatutaria de impuesto corporativo, así como a otros cambios a la legislación interna que tendrían el mismo efecto si se utilizara un mecanismo distinto. Por ejemplo, si la tasa general de impuesto corporativo establecida en la ley de un Estado Contratante fuera del 20 por ciento, pero después de la firma del Convenio se permite a sociedades residentes en el Estado Contratante reclamar deducciones que representen el 50 por ciento de lo que de otra forma sería renta sujeta a imposición, la tasa general estatutaria de impuesto corporativo sería 10 por ciento ($20 - (20 \times 50)$). De manera similar, si la tasa general estatutaria de impuesto corporativo de un Estado Contratante fuera del 20 por ciento, pero después de firmar el Convenio se permite a las sociedades residentes en el Estado Contratante deducir un monto igual al porcentaje de su capital hasta un 50 por ciento de lo que de otra forma sería renta imponible y, en general, la mayoría de las sociedades pueden utilizar la máxima deducción disponible, la tasa general estatutaria de impuesto corporativo sería del 10 por ciento. El subapartado b) del apartado 2 establece los impuestos que no deberán tomarse en cuenta para efectos de determinar la tasa general del

impuesto corporativo establecida en ley. Primero, como se establece en el numeral (i) del subapartado *b*), los impuestos aplicados a nivel de sociedad o a nivel de accionistas cuando la sociedad distribuye utilidades no deberían ser considerados al momento de determinar la tasa general de impuesto corporativo (por ejemplo, si sociedades residentes no están sujetas a tributación alguna a nivel de la sociedad hasta que se haga la distribución, el impuesto aplicado al momento de la distribución no sería considerado como parte de la tasa general de impuesto corporativo). Segundo, como se establece en el numeral (ii) del subapartado *b*), cualquier monto de impuesto corporativo que conforme a la legislación interna de un país sería reembolsable al momento en que una sociedad distribuya utilidades, no debería ser considerado para efectos de la determinación de la tasa general estatutaria de impuesto corporativo.

105. El segundo tipo de cambio subsecuente a la legislación tributaria interna cubierto en el apartado 1, es cuando un Estado ofrece una exención de impuestos a sociedades residentes en ese Estado, con respecto a sustancialmente toda la renta originada en el extranjero (incluyendo intereses y regalías) obtenida por esas sociedades. La referencia a una exención de impuestos con respecto a sustancialmente toda la renta originada en el extranjero obtenida por una sociedad residente tiene la intención de describir un sistema tributario conforme al cual dicha renta (incluyendo rentas por intereses y regalías) obtenida de fuentes fuera de un Estado está exenta de impuestos por la mera razón de su origen fuera del Estado (llamados “sistemas territoriales”). La referencia no incluye sistemas tributarios conforme a los cuales únicamente dividendos o ganancias corporativas provenientes de establecimientos permanentes extranjeros están exentos de impuestos en el Estado de residencia (llamados sistemas de “exención de dividendos”).

106. Cuando ocurre cualquier cambio subsecuente en la legislación interna, los Estados Contratantes deberán consultarse primero con miras a acordar cambios al Convenio para restituir una distribución apropiada de los derechos tributarios entre los dos Estados Contratantes. En caso de que se acuerden dichas modificaciones, o que los Estados Contratantes acuerden, después de dicha consulta, que la distribución de derechos tributarios en el Convenio no es afectada por el cambio en cuestión realizado a la ley interna de uno de los Estados, el apartado 1 no será aplicable. Sin embargo, si después de un periodo de tiempo razonable, dichas consultas no progresan, el otro Estado podrá notificar al Estado cuya legislación interna ha cambiado,

a través de canales diplomáticos, que deberá dejar de aplicar las disposiciones de los Artículos 10, 11, 12, [12A, 12B] y 21. Una vez que dicha notificación diplomática ha sido realizada, para que aplique el apartado 1 el Estado fuente debe anunciar mediante notificación escrita y pública que cesará la aplicación de las disposiciones de esos Artículos. Seis meses después de la fecha de dicha notificación pública escrita las disposiciones de estos Artículos dejarán de tener efecto en ambos países Contratantes, con respecto a pagos a sociedades que son residentes de cada Estado.

Disposición sobre deducciones ficticias de capital

107. Un ejemplo de un régimen tributario con respecto al cual los beneficios de tratados podrían ser específicamente restringidos, está relacionado con las disposiciones de la legislación interna que ofrecen una deducción ficticia de capital. Los Estados Contratantes que acuerden prohibir la aplicación de las disposiciones del Artículo 11 a intereses pagados a personas relacionadas que se benefician de dichas deducciones ficticias, podrán hacerlo al agregar la siguiente disposición al Artículo 11:

2. No obstante las disposiciones del apartado 1 de este Artículo, los intereses que surjan en un Estado Contratante, cuyo beneficiario efectivo sea un residente del otro Estado Contratante relacionado con la parte que hace el pago (como se define en el subapartado 7(d) del Artículo 29), pueden ser sometidos a imposición en el Estado Contratante mencionado en primer lugar de conformidad con la legislación interna, si dicho residente se beneficia, en cualquier momento durante el año fiscal en el que los intereses son pagados, de deducciones ficticias con respecto a los montos que el Estado Contratante del cual el beneficiario efectivo es residente, da el trato de capital.

Las explicaciones del párrafo 85 [*del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado antes*], respecto a la referencia a un residente que está “relacionado” con la parte que hace el pago, aplican igualmente a la disposición anterior.

Disposición relativa a la imposición de las remesas

108. Otro ejemplo de un régimen tributario con respecto al cual los beneficios de tratados podrían ser específicamente restringidos, es el de la tributación sobre las remesas. Conforme a la legislación interna de algunos Estados, personas que califican como residentes, pero que carecen de lo que se considera un vínculo permanente con el Estado

(en ocasiones definido como domicilio), únicamente están sometidas a imposición respecto de las rentas obtenidas de fuentes fuera del Estado en la medida en que esta renta sea efectivamente repatriada o remitida al mismo. Dichas personas no están, por lo tanto, sujetas a una doble imposición potencial en la medida en que la renta obtenida en el extranjero no sea remitida a su Estado de residencia y se podría considerar como inapropiado el otorgarles el beneficio de las disposiciones del Convenio sobre dicha renta. Los Estados Contratantes que acuerden restringir la aplicación de las disposiciones del Convenio a la renta sobre la cual efectivamente se aplican impuestos cuando está en poder de estas personas, lo pueden hacer añadiendo la siguiente disposición al Convenio:

Quando conforme a cualquier disposición de este Convenio, la renta obtenida en un Estado Contratante se beneficie de una exención total o parcial de impuestos en dicho Estado, y conforme a legislación vigente en el otro Estado una persona sea, con respecto a dicha renta, sometida a imposición por la cuantía de la misma que se remite a dicho Estado o que se recibe en el mismo, y no por el importe total de la renta, entonces cualquier beneficio previsto por las disposiciones de este Convenio se aplicará exclusivamente a la parte de dicha renta ya sometida a imposición en el otro Estado Contratante.

En algunos Estados, la aplicación de esta disposición podría crear dificultades administrativas si transcurre un tiempo considerable entre el momento en que la renta se genera en un Estado Contratante y el momento en que se somete a imposición en el otro Estado Contratante, en manos del residente de ese otro Estado Contratante. Los Estados preocupados por estas dificultades pueden sujetar la regla señalada en la parte final de la disposición anterior, a saber, que la renta en cuestión solamente tendrá derecho a los beneficios en el Estado mencionado en primer lugar cuando se someta a imposición en el otro Estado, con la condición de que la renta se someta a imposición de esta forma en este otro Estado dentro de un periodo de tiempo determinado a partir del momento en que la renta se genere en el Estado mencionado en primer lugar.

3. Importancia de mecanismos apropiados para la aplicación e interpretación de tratados tributarios

145. El Comité reconoce el rol que los procedimientos administrativos apropiados juegan en la minimización de los riesgos de uso

inapropiado de tratados tributarios. Varias disposiciones de fondo de los tratados tributarios necesitan ser soportadas por procedimientos administrativos apropiados que estén en línea con los aspectos procedimentales de la legislación interna. Los países en desarrollo podrían considerar formular sus propias disposiciones procedimentales con respecto a la aplicación de tratados al aprender de otros países que han tenido experiencias exitosas de aplicación de tratados.

146. El Comité también reconoce la importancia de mecanismos apropiados para la interpretación de los tratados tributarios. En varios países existe una larga historia de interpretaciones judiciales independientes de los tratados tributarios, que sirven de guía para las administraciones tributarias. Los países que tienen un sistema judicial más débil o en los que existe poca experiencia judicial en la interpretación de tratados tributarios, podrían considerar mecanismos alternativos para asegurar la correcta, atenta y responsable interpretación de los tratados.

147. Mientras que las reglas antiabuso son importantes para prevenir el uso inapropiado de tratados, la aplicación de ciertas normas antiabuso podría ser un reto para las administraciones tributarias, especialmente en países en desarrollo. Por ejemplo, mientras una aplicación efectiva de normas internas sobre precios de transferencia podría ayudar a los países a enfrentar ciertos usos inapropiados de disposiciones de los tratados, los países que tienen experiencia limitada en el área de precios de transferencia podrían estar en desventaja. Además, los países que tienen limitada experiencia en la lucha contra los usos inapropiados de los tratados, podrían experimentar incertidumbre sobre cómo aplicar normas generales antiabuso, especialmente cuando se trata de una regla de propósito principal. Esto incrementa la necesidad de mecanismos apropiados para asegurar una interpretación apropiada de los tratados tributarios.

148. Los países en desarrollo también podrían dudar sobre la adopción o aplicación de normas generales antiabuso si creen que estas normas podrían introducir un nivel inaceptable de incertidumbre que dificulte la inversión extranjera en su territorio. Mientras que un sistema de resoluciones particulares que permitiera a los contribuyentes saber prontamente si las normas antiabuso serían aplicadas a potenciales transacciones podría ayudar a reducir esa preocupación,

es importante que dicho sistema salvaguarde la confidencialidad de las transacciones y, al mismo tiempo, evite interpretaciones discrecionales (las cuales, en algunos países, podrían acarrear riesgos de corrupción). Claramente, un sistema judicial independiente ayudará a dar a los contribuyentes la seguridad de que las normas antiabuso son aplicadas objetivamente. De manera similar, una efectiva aplicación del procedimiento de acuerdo mutuo asegurará que las controversias respecto a la aplicación de las normas antiabuso sean resueltas de acuerdo con los principios internacionalmente aceptados para mantener la integridad de los tratados tributarios.

Aplicación práctica de las restricciones a la retención en la fuente previstas en el Convenio

149. Como se indica en el párrafo 145 anterior, es importante que los países en desarrollo implementen sus propios procedimientos para la aplicación de los tratados tributarios. Un asunto que debe abordarse mediante esos procedimientos es si las restricciones a la imposición en la fuente previstas en diversas disposiciones del Convenio (por ejemplo, los Artículos 10, 11, 12, 12A y 12B) deben otorgarse automáticamente o mediante un mecanismo de devolución. Este tema no se aborda en el Convenio y, por lo tanto, se rige por el procedimiento previsto en la legislación interna de cada Estado. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable a este respecto (la modificación que figura en cursivas entre corchetes, que no forma parte de los Comentarios del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se ha insertado con el fin de proporcionar explicaciones adicionales):

109. Varios Artículos del Convenio limitan el derecho de un Estado de someter a imposición a las rentas provenientes de su territorio. Como se señala en el párrafo 19 del Comentario al Artículo 10 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, tal como se cita en el párrafo 12 del Comentario al Artículo 16 de este Modelo]* por lo que respecta a la imposición sobre dividendos, el Convenio no resuelve cuestiones procedimentales y cada Estado es libre de utilizar el procedimiento previsto en su legislación interna para aplicar los límites establecidos por el Convenio. Por lo tanto, un Estado puede limitar automáticamente el impuesto que exige de conformidad con las disposiciones respectivas del Convenio, a reserva de una posible

verificación previa de los derechos reconocidos en el tratado, o bien puede imponer el impuesto previsto en su legislación interna y, posteriormente, reembolsar la parte de ese impuesto que supere el importe que puede exigir conforme a las disposiciones del Convenio. Por regla general, a fin de garantizar la aplicación expedita de los beneficios de los contribuyentes conforme a un tratado, el primer enfoque es el método altamente preferible. Si es necesario un sistema de devolución, éste debe basarse en las dificultades evidentes para identificar el derecho a los beneficios del tratado. Además, cuando se adopta el segundo enfoque, es sumamente importante que la devolución se efectúe con rapidez, especialmente si no se pagan intereses sobre el importe de la devolución, ya que cualquier demora indebida en la devolución es un costo directo para el contribuyente.

Artículo 2

IMPUESTOS COMPRENDIDOS

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El Artículo 2 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce el Artículo 2 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

2. Este apartado tiene por objetivo clarificar terminología y nomenclatura concerniente a los impuestos comprendidos en el Convenio. En este sentido, puede observarse que la misma renta o capital puede estar sujeto en el mismo país a diversos impuestos – ya sean impuestos de naturaleza distinta o de la misma naturaleza, pero recaudados por distintas subdivisiones políticas o por sus administraciones locales. Por lo tanto, la doble imposición no puede ser evitada por completo, a menos que los métodos para el alivio de la doble imposición usados en cada Estado Contratante incluyan a todos los impuestos que gravan esa renta o capital. Consecuentemente, la terminología y nomenclatura relacionada a los impuestos comprendidos en el Convenio debe ser tan clara, precisa y exhaustiva como sea posible. Como se señala en el Comentario del Artículo 2 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 esto es necesario:

1. [...] con el fin de asegurar la identificación de los impuestos de los Estados Contratantes comprendidos en el mismo, extender cuanto sea posible su ámbito de aplicación incluyendo, siempre que sea posible y de acuerdo con la legislación interna de los Estados Contratantes, los impuestos aplicados por sus subdivisiones políticas o sus administraciones locales, evitando así la necesidad de firmar un nuevo convenio cada vez que se modifique la legislación interna de los Estados Contratantes, así como garantizar que a cada Estado Contratante se le notifiquen las modificaciones significativas de la legislación tributaria del otro Estado.

B. COMENTARIO A LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 2

Apartado 1

3. Este apartado establece que el Convenio aplica a los impuestos sobre la renta y sobre el capital independientemente de la autoridad que los establezca (ej. el propio Estado, o sus subdivisiones políticas o administraciones locales) e independientemente del método de recaudo (ej. por declaración directa o por retención en la fuente, en forma de recargo o de impuestos complementarios).

Apartado 2

4. Este apartado define impuestos a la renta y al capital como impuestos a la totalidad de la renta o del capital o elementos de uno u otro, incluyendo impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles e inmuebles, así como los impuestos sobre las plusvalías y sobre los sueldos y salarios globales pagados por las empresas. Las prácticas relativas al ámbito de aplicación de los impuestos sobre la cuantía total de sueldos y salarios pagados por las empresas varían según el país de que se trate, y el asunto se debe considerar en las negociaciones bilaterales. De acuerdo con el apartado 3 del Comentario al Artículo 2 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, los impuestos sobre la cuantía total de los sueldos no incluyen “las contribuciones a la seguridad social o cualesquiera otras cargas pagadas en que exista una relación directa entre la contribución y los beneficios individuales que se reciban”. También el Comité de Expertos considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 2 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 se aplica al apartado 2 del Artículo 2 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas:

4. Es evidente que el Estado que tiene el derecho de gravar un elemento de renta o de capital en virtud del Convenio puede aplicar los impuestos establecidos por su legislación junto con cualesquiera cargas o derechos accesorios: recargos, gastos, intereses, sanciones, etc. No se ha considerado necesario decirlo expresamente en el Artículo, puesto que es obvio que un Estado Contratante que tiene derecho a exigir un impuesto puede exigir también las cargas accesorias a la obligación principal. No obstante, la mayoría de los Estados

no consideran que los intereses y las sanciones administrativas accesorias a los impuestos comprendidos en el Artículo 2 estén incluidos en el ámbito de dicho Artículo y, por tanto, no tratan dichos intereses y sanciones como pagos a los que se apliquen todas las disposiciones relativas a las potestades tributarias del Estado de la fuente (*o situs*) o del Estado de residencia, lo que abarca también las limitaciones a la imposición por el Estado de la fuente y a la obligación del Estado de residencia de eliminar la doble imposición. No obstante, cuando el impuesto se anula o reduce conforme a un acuerdo mutuo entre ambos Estados en virtud del Artículo 25, los intereses y las sanciones administrativas que sean accesorios a dicho impuesto se anularán o reducirán en la medida en que estén directamente vinculados a la imposición (es decir, a la obligación tributaria) que se disminuye o exime en aplicación de ese acuerdo mutuo. Este sería el caso, por ejemplo, cuando la carga adicional se calcula en función de la obligación tributaria subyacente y las autoridades competentes convienen en que todo el impuesto subyacente o parte de él, no es acorde con las disposiciones del Convenio. Así ocurriría, por ejemplo, cuando se apliquen sanciones administrativas por razón de un ajuste de precios de transferencia y ese ajuste se anule por no considerarse conforme con el apartado 1 del Artículo 9.

5. El Artículo no menciona “impuestos ordinarios” ni “impuestos extraordinarios”. En principio, se podría considerar justificada la inclusión de los impuestos extraordinarios en el Modelo de Convenio, pero la experiencia ha demostrado que tales impuestos se establecen, por lo general, en circunstancias muy especiales. Además, sería difícil definirlos. Pueden ser extraordinarios por diversas razones: su imposición, su forma de recaudo, sus tasas, su objeto, etc. En estas condiciones, parece preferible no incluir los impuestos extraordinarios en el Artículo. Pero, como no se pretende excluir los impuestos extraordinarios de todos los Convenios, tampoco se mencionan los impuestos ordinarios. De esta forma, los Estados Contratantes son libres de restringir el ámbito de aplicación del Convenio a los impuestos ordinarios, de extenderlo a los extraordinarios, o incluso de establecer disposiciones especiales.

Apartado 3

5. Este apartado brinda a los Estados Contratantes una oportunidad de enumerar los impuestos a los cuales les aplicará el Convenio. De acuerdo con el Comentario, en el apartado 3 del Artículo 2 del

Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, la lista “no es exhaustiva”, ya que “sirve para ilustrar los apartados precedentes del Artículo”. En principio, sin embargo, se espera que sea una “relación completa de los impuestos exigidos por cada Estado en el momento de la firma, y que son cobijados por el Convenio”.

Apartado 4

6. Este apartado reproduce el apartado 4 del Artículo 2 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 2 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable al apartado 4 del Artículo 2 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas:

7. Este apartado prevé que, dado que la lista de impuestos en el apartado 3 es meramente declarativa, el Convenio también se aplicará a todos los impuestos de naturaleza idéntica o sustancialmente similares que se exijan en un Estado Contratante con posterioridad a la fecha de la firma del Convenio, además de, o en lugar de los impuestos actuales de ese Estado.

8. Cada Estado se compromete a notificar al otro las modificaciones significativas introducidas en su legislación fiscal, comunicándole, por ejemplo, información sobre los impuestos nuevos o que sustituyen a los anteriores. Se exhorta a los Estados miembros a comunicar también otras modificaciones significativas, tales como nuevas reglamentaciones o sentencias de los tribunales; muchos países ya siguen esta práctica. Los Estados Contratantes son igualmente libres de extender sus exigencias de notificación a toda modificación significativa que se produzca en otras leyes que tengan incidencia en sus obligaciones derivadas del Convenio; los Estados Contratantes, que deseen hacerlo así, podrán reemplazar la última frase del apartado por la siguiente:

Las autoridades competentes de los Estados Contratantes se notificarán cualquier cambio significativo que se haya producido en su legislación tributaria u otras leyes que afecten sus obligaciones derivadas del Convenio.

Comentario al Capítulo II

DEFINICIONES

Artículo 3

DEFINICIONES GENERALES

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas es igual al Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, con la salvedad de que el Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE define los términos “empresa” y “negocio” en los subapartados (c) y (h) del apartado 1, mientras que el Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas no lo hace. Ello se debe a que el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE ha suprimido el Artículo 14 (Servicios personales independientes), mientras que el de las Naciones Unidas lo mantiene todavía.

2. Usualmente hacen falta diversas definiciones generales para la comprensión y aplicación de un convenio tributario bilateral, aunque los términos o expresiones relativos a conceptos especializados normalmente se definen o interpretan en disposiciones especiales. En cambio, hay términos o expresiones cuyas definiciones no se incluyen en el Convenio, sino que se establecen en las negociaciones bilaterales.

3. El Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, como el Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, establece un número de definiciones generales que se requieren para la interpretación de los términos o expresiones utilizados en el Convenio. Esos términos o expresiones son “persona”, “sociedad”, “empresa de un Estado Contratante”, “tráfico internacional”, “autoridad competente”, “nacional” y “fondo de pensiones reconocido”. El Artículo 3 deja un espacio en blanco para la designación de las “autoridades competentes” de cada Estado Contratante. El término “residente” y la expresión “establecimiento permanente” se definen en los Artículos 4 y 5, respectivamente, en tanto que la interpretación de

algunos términos o expresiones utilizados en los Artículos sobre categorías especiales de rentas (por ejemplo, bienes inmuebles, dividendos) se aclara en los Artículos relevantes. Las partes en un convenio quedan en libertad para acordar bilateralmente una definición de las expresiones “un Estado Contratante” y “el otro Estado Contratante”. También pueden incluir libremente en la definición de Estado Contratante una referencia a la plataforma continental.

4. Asimismo, una minoría reducida de los miembros²⁸ opinaban que sería mejor incluir en el Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas una definición de la expresión “beneficiario efectivo” (*beneficial owner*) para efectos de los Artículos 10, 11, 12, 12A y 12B, además de las explicaciones que se encuentran en los Comentarios sobre dichas disposiciones. Estos miembros llamaron la atención a la situación en la que los tribunales tomaran decisiones distintas en los países respecto a la determinación sobre si a la expresión debería atribuírsele el significado de la legislación nacional del Estado Contratante del que se trate, o si debiera otorgársele un significado fiscal internacional. Los Comentarios a los Artículos 10, 11, 12, 12A y 12B profundizan sobre tal definición.

B. COMENTARIO A LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 3

Apartado 1

(a) *El término “persona”*

5. El término “persona”, según se define en el subapartado (a) comprende a las personas naturales, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas, y debe interpretarse en un sentido muy amplio. De acuerdo con el apartado 2 del Comentario al Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, el término también incluye “cualquier entidad que, aunque no se haya constituido, sea tratada como persona jurídica para efectos fiscales. Por lo tanto, una fundación (*fondation, Stiftung*), por ejemplo, puede encuadrar en el

28 La decisión de incluir la opinión de la minoría en el Comentario fue tomada durante la vigesimoprimer Reunión del Comité, celebrada en octubre de 2020.

significado del término “persona”. Las asociaciones de personas (*partnerships*) también se considerarán “personas”, ya sea porque encuadran en la definición de “sociedad” o, cuando no ocurre así, porque se consideran otra “agrupación de personas”.

(b) *El término “sociedad”*

6. La definición del término “sociedad”, como la definición correspondiente del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se formula en especial por referencia al Artículo 10 sobre los dividendos. La definición resulta relevante para dicho Artículo y también para los apartados 8 y 9 del Artículo 5 (que corresponden a los apartados 7 y del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE), así como para los Artículos 16 y 29.

(c) *La expresión “empresa de un Estado Contratante”*

7. El subapartado (c) define las expresiones “empresa de un Estado Contratante” y “empresa del otro Estado Contratante”. Sin embargo, no define el término “empresa” en sí mismo porque, como se menciona en el apartado 4 del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, “la cuestión de determinar si una actividad se ejerce en el marco de una empresa o se considera que constituye por sí misma una empresa se ha interpretado siempre según las disposiciones de la legislación interna de los Estados Contratantes”.

(d) *La expresión “tráfico internacional”*

8. La definición de la expresión “tráfico internacional” se basa en el principio de que el derecho a gravar los beneficios de una empresa de un Estado Contratante derivados de la operación de buques o aeronaves en tráfico internacional corresponde solo a ese Estado. Este principio se establece en el apartado 1 del Artículo 8 (Alternativa A) (que corresponde al apartado 1 del Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE), y en el apartado 1 y en la primera frase del apartado 2 del Artículo 8 (Alternativa B), siempre que, en el caso de esa primera frase, las actividades de transporte marítimo de que se trate no sean meramente ocasionales. No obstante, los Estados Contratantes pueden acordar de manera bilateral, modificar la definición de “tráfico internacional” para referirse al Estado en el que esté situada la sede

de dirección efectiva de la empresa, tal como se hacía antes de 2017. En ese caso, tal como menciona en el apartado 5 del Comentario al Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, la definición se redactaría de la siguiente manera: “la expresión “tráfico internacional” significa cualquier transporte efectuado por un buque o aeronave excepto cuando el buque o aeronave sea operado únicamente entre lugares dentro de un Estado Contratante en el que la empresa que opera tales buques o aeronaves no tenga su sede de dirección efectiva.”

9. El apartado 6 del Comentario al Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 señala que, “la definición de la expresión “tráfico internacional” es más amplia que la acepción normalmente atribuida a dicha expresión. La definición más amplia tiene la intención de preservar, para el Estado de la empresa, el derecho de imposición sobre el tráfico estrictamente interno, así como el tráfico internacional entre terceros Estados, y permitir al otro Estado Contratante gravar el tráfico efectuado exclusivamente dentro de sus fronteras”. Un buque o aeronave es operado únicamente entre puntos situados en el otro Estado Contratante, respecto de un viaje en particular, si ambos, el lugar de partida y el lugar de llegada del buque, se encuentran en ese otro Estado Contratante. En consecuencia, por ejemplo, un crucero que inicia y termina en ese otro Estado Contratante sin hacer ninguna escala en un puerto extranjero no constituye un transporte de pasajeros en tráfico internacional. Contrariamente, un crucero que inicie y termine en ese otro Estado Contratante con una escala en un puerto extranjero, constituye un transporte de pasajeros en tráfico internacional y para tales efectos, una “escala” ha tenido lugar si los pasajeros tienen permitido bajar a tierra, incluso si es de manera temporal, pero únicamente en un destino intermedio agendado en el itinerario.

10. Asimismo, el párrafo 6.1 del Comentario al Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 explica que “la definición se modificó en 2017 para asegurar que también sea aplicable al transporte efectuado por un buque o aeronave operado por una empresa de un tercer Estado. Mientras este cambio no afecta la aplicación del Artículo 8, que solo aborda los beneficios de una empresa de un Estado Contratante, permite la aplicación del apartado 3 del

Artículo 15 a un residente de un Estado Contratante que obtenga una remuneración por un empleo ejercido a bordo de un buque o aeronave operado por una empresa de un tercer Estado.”

(e) *La expresión “autoridad competente”*

11. Tal como lo hace el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, la definición de la expresión “autoridad competente” se deja a los Estados Contratantes, que pueden designar libremente una o más autoridades como competentes a efectos de la aplicación del Convenio. Este enfoque es necesario porque en algunos países la implementación de los convenios sobre doble imposición puede no recaer únicamente en la jurisdicción de las autoridades fiscales superiores, toda vez que algunos temas pueden estar reservados o pueden caer dentro de la competencia de otras autoridades.

(f) *El término “nacional”*

12. En un principio, la definición del término “nacional” figuraba en el apartado 2 del Artículo 24 (No discriminación). En consecuencia, la definición del término “nacional” hubiera aplicado exclusivamente para los efectos del Artículo 24. Como el término “nacional” se menciona también en otros Artículos del Convenio, específicamente en los subapartados (c) y (d) del apartado 2 del Artículo 4, y en los Artículos 19 y 25, en 1999 se resolvió trasladar la definición del término “nacional” desde el apartado 2 del Artículo 24, al subapartado (f) del apartado 1 del Artículo 3. Respecto de las personas naturales, la definición se limita a decir que el término se aplica a las personas que posean la nacionalidad de un Estado Contratante. No se ha considerado necesario introducir en el texto del Convenio consideración alguna sobre el significado del concepto de nacionalidad, del mismo modo que no pareció apropiado formular comentario alguno sobre el significado y aplicación de la palabra. Al determinar qué se entiende por “nacional de un Estado Contratante” en relación con personas naturales, se debe hacer referencia al sentido en el que habitualmente se utiliza y a las reglas de cada Estado sobre la adquisición o pérdida de la nacionalidad.

13. El subapartado (f) es más específico en cuanto a las personas jurídicas, las asociaciones de personas (*partnerships*) y las asociaciones.

Al declarar que cualquier persona jurídica, asociación de personas o asociación que se considere como tal en virtud de la legislación en vigor de un Estado Contratante, es considerada nacional, la disposición elimina una dificultad que suele plantearse al determinar la nacionalidad de las sociedades. Al definir la nacionalidad de las sociedades, algunos Estados tienen menos en cuenta la legislación que las regula, otorgando mayor importancia el origen del capital con que se constituyó la sociedad, o la nacionalidad de las personas naturales o jurídicas que la controlan.

14. Además, en vista de la relación jurídica creada entre la sociedad y el Estado Bajo cuyas leyes se constituyó, que se asemeja a la relación de nacionalidad en el caso de las personas naturales, parece apropiado no abordar a las personas jurídicas, las asociaciones de personas (*partnerships*) y las asociaciones en una disposición especial, y en su lugar, asimilarlas a las personas naturales en el contexto del término “nacional”.

(f) *La expresión “fondo de pensiones reconocido”*

15. La definición de “fondo de pensiones reconocido” contemplada en el subapartado (g) fue agregada en 2021. Dicha definición corresponde ampliamente a la contemplada en el subapartado (i) del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE es aplicable a la definición de “fondo de pensiones reconocido” que se encuentra en el Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las contempladas por este Modelo de Convenio):

10.3 La definición de la expresión “fondo de pensiones reconocido” que figura en la letra [(g)] se introdujo en [2021], cuando ésta se añadió al apartado 1 del Artículo 4 a fin de garantizar que a los fondos de pensiones que respondan a esta definición se les considere residentes del Estado en el que están establecidos.

10.4 El efecto de la definición de “fondo de pensiones reconocido” y de la referencia que a él se hace en el apartado 1 del Artículo 4

dependerá en gran medida de la legislación interna y de las características jurídicas de los fondos de pensiones establecidos en cada Estado Contratante, así como de las restantes disposiciones del Convenio para las que esta definición pueda tener relevancia.

10.5 En algunos Estados, un fondo puede crearse en el seno de una entidad jurídica (como una sociedad dedicada a actividades comerciales, una sociedad aseguradora, o el propio Estado o una de sus subdivisiones políticas o administraciones locales) con el objeto principal de proporcionar prestaciones por jubilación a personas naturales, por ejemplo, a los empleados de esa entidad o de otros empleadores, o de invertir fondos en beneficio de otros fondos de pensiones reconocidos. Sin embargo, tal fondo puede no constituir una “persona” independiente (en el sentido del subapartado a)) conforme a la legislación fiscal del Estado en el que está establecido y, de ser así, no se ajustaría a la definición de fondo de pensiones reconocido. No obstante, en la medida en que la renta procedente de los activos de inversión de ese fondo se atribuya, conforme a la legislación interna del Estado en el que está establecido, a la entidad jurídica (por ejemplo, una sociedad que lleva a cabo actividades comerciales, una sociedad aseguradora o el Estado) en cuyo marco se ha creado el fondo, las disposiciones del Convenio se aplicarán a esa renta en la medida en que la propia entidad jurídica califique como residente de un Estado Contratante conforme al apartado 1 del Artículo 4. Como se explica en los párrafos 8.7 a 8.10 del Comentario al Artículo 4 [*de la versión de 2017 del Modelo de Convenio de la OCDE, como se cita en el apartado 5 del Comentario al Artículo 4 de este Modelo*], la inclusión del término “fondo de pensiones reconocido” en el apartado 1 del Artículo 4 es irrelevante respecto de dicho fondo.

10.6 También hay Estados en los que un fondo establecido con el objeto principal de proporcionar prestaciones por jubilación a personas naturales no constituye formalmente una persona independiente conforme a la legislación fiscal del Estado en el que está establecido, sino en los que dicha legislación fiscal prevé que los activos de inversión del fondo constituyen un capital independiente y distinto, cuya renta no se atribuye a persona alguna con fines fiscales. Estos Estados pueden querer asegurarse de que su legislación interna y la definición de “persona” contenida en el subapartado a) son lo suficientemente amplias como para incluir dicho fondo a fin de garantizar que el Convenio, que se aplica a las personas residentes de los Estados Contratantes, sea aplicable a las rentas procedentes de estos fondos.

10.7 Como se señala en el párrafo 69 del Comentario al Artículo 18, [de la versión de 2017 del Modelo de Convenio de la OCDE, como se cita en el párrafo 18 del Comentario al Artículo 18 de este Modelo] cuando dos Estados Contratantes apliquen el mismo criterio, consistente en una exoneración general del impuesto sobre las rentas de fondos de pensiones establecidos en su territorio, estos Estados pueden incluir en sus convenios una disposición que amplíe esta exoneración a las rentas de inversión que un fondo de pensiones establecido en uno de los Estados obtenga del otro Estado. La definición de “fondo de pensiones reconocido” puede usarse a estos efectos. No obstante, de ser así, sería necesario asegurar que un fondo descrito en el anterior párrafo 10.5 pueda ser considerado como un “fondo de pensiones reconocido” *per se*, a pesar del hecho de que según la legislación fiscal del Estado en el que está establecido no sea una “persona” independiente. Sin embargo, para que así sea, será necesario que, a los efectos del Convenio, los activos y las rentas del fondo tengan el mismo tratamiento que los activos y las rentas de una persona independiente de forma que, por ejemplo:

- el fondo pueda considerarse como “persona” a los efectos del Artículo 1 y de todas las disposiciones pertinentes del Convenio;
- los activos y las rentas del fondo se consideren como los de una persona independiente y no como los de la persona dentro de la cual se ha creado el fondo, de forma que, por ejemplo, a los fines del subapartado a) del apartado 2 del Artículo 10, toda parte del capital de una sociedad que paga dividendos al fondo y que se detenta a través del fondo, no se integraría al capital de la misma sociedad que posee la persona en cuyo seno se ha establecido el fondo pero que no se posee por intermediación del fondo;
- a los efectos de los Artículos 6 a 21, la renta del fondo se considerará como devengada, percibida y poseída en calidad de beneficiario efectivo (*beneficial owner*) por el propio fondo y no por la persona en cuyo seno se creó el fondo;
- el derecho del fondo a acogerse a los beneficios del convenio conforme a los términos de las disposiciones sobre la limitación de beneficios del Artículo 29 se determina sin tener en cuenta el derecho de la persona en cuyo seno se creó el fondo a acogerse a los beneficios del Convenio.

10.8 El siguiente es un ejemplo de una disposición que podría añadirse a la definición de “fondo de pensiones reconocido” para estos efectos:

Cuando un acuerdo establecido en un Estado Contratante pueda considerarse como un fondo de pensiones reconocido en virtud de las letras (i) o (ii) si la legislación fiscal de ese Estado le otorgara el tratamiento de persona independiente, se considerará, a los efectos de este Convenio, como una persona independiente calificada como tal por la legislación fiscal de ese Estado, y todos los activos y rentas a los que dicho acuerdo se considerarán como activos que posee y rentas que obtiene esa persona independiente y no por otra.

10.9 La primera parte de la definición del término “fondo de pensiones reconocido” hace referencia a “una entidad o acuerdo establecido en ese Estado”. Teniendo en cuenta la gran diversidad de las características de los fondos de pensiones en los distintos países, se hace necesario adoptar una formulación amplia. La referencia a un “acuerdo” pretende abarcar, entre otros, los casos en los que las prestaciones por jubilación se proporcionen a través de medios tales como los fideicomisos que, conforme a la legislación que les sea aplicable, no pueden considerarse como una entidad: la definición aplicará en tanto que el fideicomiso o el conjunto de los fiduciarios se considere, a efectos fiscales, como una entidad distinta reconocida como tal. Se requiere, no obstante, que la legislación fiscal del Estado en el que estén establecidos, dote a la entidad o al acuerdo de personalidad independiente: de no ser así, no es necesario tratar la cuestión de la residencia del fondo de pensiones, dado que la renta del fondo se considerará como renta de otra persona a efectos fiscales (véase el párrafo 10.5 anterior).

10.10 La letra (i) dispone que para que una entidad u otro acuerdo puedan considerarse un “fondo de pensiones reconocido”, deben crearse y ser operados exclusiva o casi exclusivamente para administrar o proporcionar prestaciones de jubilación u otras prestaciones auxiliares o incidentales a personas naturales. Poco importa el número de personas que tienen derecho a estas prestaciones: los fondos de pensiones reconocidos pueden crearse, por ejemplo, para un gran grupo de asalariados o para un solo trabajador autónomo. Los Estados tienen libertad para reemplazar la expresión “prestaciones de jubilación u otras prestaciones auxiliares o incidentales” por otros términos, por ejemplo “prestaciones por jubilación y otras similares”, siempre que pueda interpretarse en un sentido amplio para incluir prestaciones tales como las vinculadas al deceso.

10.11 La expresión “exclusiva o casi exclusivamente” precisa que todas o casi todas las actividades de un fondo de pensiones reconocido deben estar relacionadas con la administración o la provisión

de las prestaciones por jubilación y otras auxiliares o incidentales a personas naturales. Los términos “casi exclusivamente” reconocen que una pequeña parte de las actividades de un fondo de pensiones pueden incluir actividades que no estén estrictamente relacionadas con la administración o el pago de las prestaciones (por ejemplo, la comercialización de los servicios del fondo de pensiones). No obstante, algunos Estados tienen una concepción más amplia del término “fondo de pensiones reconocido” y pueden querer abarcar, por ejemplo, las entidades o los acuerdos creados y operados exclusiva o casi exclusivamente para proporcionar pensiones y prestaciones, por ejemplo, las pensiones por incapacidad, no vinculadas a la jubilación. Estos Estados pueden modificar libremente la definición a fin de adaptarla a sus circunstancias. Sin embargo, al hacerlo, convendrá tener en cuenta que, como se indicó anteriormente en el párrafo 10.7, la definición de un fondo de pensiones reconocido puede utilizarse en disposiciones cuyo fin es el de exonerar de imposición en el Estado de la fuente las rentas de inversión que un fondo de pensiones establecido en un Estado obtenga del otro Estado; será importante por tanto que estos Estados velen para que el ámbito de la exención no se amplíe involuntariamente a consecuencia de las modificaciones efectuadas en la definición de “fondo de pensiones reconocido”.

10.12 La entidad o el acuerdo deben crearse y gestionarse exclusiva o casi exclusivamente para administrar o proporcionar prestaciones por jubilación y otras prestaciones auxiliares o incidentales a personas naturales. Las pensiones pagadas tras el retiro de la vida laboral activa o cuando el empleado llega a la edad de jubilación son el ejemplo típico de lo que constituye una “prestación por jubilación”, pero este término es lo suficientemente amplio como para abarcar uno o más pagos efectuados en el momento del retiro o con posterioridad, o al alcanzar la edad de jubilación, en favor de un empleado, de un empleado autónomo o un consejero o director de una sociedad, aun cuando estos pagos no adopten la forma de una pensión clásica.

10.13 En muchos Estados, los fondos de pensiones proporcionan una serie de prestaciones que no están estrictamente vinculadas a la jubilación, y que pretenden cubrirse con la expresión “prestaciones auxiliares o incidentales”. Las palabras “auxiliares o incidentales” aclaran que dichos beneficios se prestan además de las prestaciones por jubilación: un fondo que se constituya esencialmente con el fin de proporcionar prestaciones distintas de las de jubilación no tendría cabida, por tanto, en esta definición. Es ciertamente imposible ofrecer un listado exhaustivo de todas las prestaciones que pueden considerarse

incluidas entre las “auxiliares o incidentales”, pero a continuación se detallan algunos ejemplos característicos:

- indemnizaciones pagadas por deceso o incapacidad de una persona natural;
- pensiones u otros pagos efectuados en favor de los miembros supervivientes de la familia de una persona fallecida que tenía derecho a percibir prestaciones por jubilación;
- pagos efectuados a una persona natural víctima de una enfermedad terminal;
- prestaciones indemnizatorias efectuadas en caso de enfermedad de larga duración o desempleo;
- ayudas para vivienda, tales como préstamos a tasas preferentes concedidos a un cotizante con cargo a las cotizaciones para la jubilación acumuladas y destinadas a financiar la adquisición de la vivienda principal;
- ayudas para la educación, tales como el retiro de las cotizaciones acumuladas para la jubilación que un cotizante esté autorizado a efectuar a fin de financiar su educación o la de sus hijos;
- la prestación de asesoramiento financiero a los cotizantes.

10.14 La letra (i) exige igualmente que la entidad o el acuerdo creados y operados exclusiva o casi exclusivamente para gestionar o proporcionar prestaciones de jubilación u otras prestaciones auxiliares o incidentales a personas naturales debe estar “regulado como tal”. La intención de esta obligación es la de restringir la definición a las entidades o acuerdos que estén sujetos a ciertas condiciones impuestas por el Estado en el que estén establecidos (o una de sus subdivisiones políticas o administraciones locales) a fin de garantizar que la entidad o el acuerdo se utilizan como sistema para la inversión con el fin de proporcionar las prestaciones por jubilación u otras prestaciones auxiliares o incidentales a personas naturales. Esa parte de la definición excluirá por tanto a las entidades, por ejemplo una sociedad privada, que una persona pueda constituir y usar para invertir fondos con el fin de proporcionar prestaciones por jubilación a personas relacionadas con ella, o a sus trabajadores, pero que no esté sujeta a ningún trato especial o a normas impuestas por el Estado, por una de sus subdivisiones políticas o administraciones locales en relación con el uso de esa entidad como acuerdo para proporcionar las prestaciones por jubilación. Poco importa si el marco regulador al que estén sujetos la entidad o el acuerdo se define en la legislación fiscal o mediante otros acuerdos jurídicos (por ejemplo, la legislación

mediante la que se cree un organismo público que gestione fondos de pensiones públicos); lo que importa es que la entidad o el acuerdo estén reconocidos por ley como sistemas instituidos para financiar prestaciones de jubilación en favor de personas naturales y que estén sujetos a las condiciones impuestas para garantizar su utilización a tales efectos.

10.15 Un ejemplo de entidad o acuerdo que se ajustaría a la definición de “fondo de pensiones reconocido” es una agencia u organismo de un Estado creado exclusiva o casi exclusivamente para administrar o proporcionar prestaciones por jubilación y otras prestaciones auxiliares o incidentales en virtud de la legislación en materia de seguros sociales de ese Estado. Otro ejemplo podría constituirlo una sociedad u otra entidad establecida en un Estado con el fin de administrar o proporcionar prestaciones por jubilación y otras prestaciones auxiliares o incidentales a personas naturales y cuyo único activo consista en fondos cubiertos por un sistema de previsión para la jubilación regulado por la legislación fiscal de ese Estado que prevea que la renta generada por ese sistema o acuerdo está exenta de imposición. La definición de fondo de pensiones reconocido será aplicable a esa sociedad o entidad con independencia de que pueda considerarse o no residente de un Estado Contratante por estar “sujeta al impuesto en ese Estado”, conforme al criterio mencionado en la primera frase del apartado 1 del Artículo 4, por ejemplo, porque deba pagar el impuesto respecto de rentas no procedentes del sistema de pensiones (véanse los párrafos 8.8 a 8.10 del Comentario al Artículo 4 *[de la versión de 2017 del Modelo de Convenio de la OCDE, como se cita en el apartado 5 del Comentario al Artículo 4 de este Modelo]*).

[...]

10.17 La letra (ii) de la definición abarca a las entidades o acuerdos que utilizan los fondos de pensiones comprendidos en la letra para invertir directamente. Los fondos de pensiones se unen frecuentemente a otros fondos para realizar sus inversiones, reagrupando sus activos en ciertas entidades u otros acuerdos, por lo que, por distintas razones comerciales, jurídicas o reguladoras, pueden invertir a través de entidades o acuerdos totalmente controlados, que sean residentes del mismo Estado. Dado que dichos acuerdos o entidades intervienen únicamente como intermediarios para la inversión de fondos utilizados para proporcionar prestaciones por jubilación a personas naturales, lo apropiado es tratarles de la misma forma que a los fondos de pensiones que invierten a través de ellos.

10.18 La expresión “exclusiva o casi exclusivamente” contenida en la letra (ii) precisa que todas o casi todas las actividades de dicho acuerdo o entidad intermediarios deben estar vinculadas a la inversión de los fondos en beneficio de las entidades o acuerdos que puedan considerarse fondos de pensiones reconocidos conforme a la letra (i). La locución “casi exclusivamente” reconoce que una pequeña parte de las actividades de estas entidades o acuerdos pueden entrañar otras actividades, como la inversión de fondos por fondos de pensiones establecidos en otros Estados y que, por esta razón, no están incluidos en el ámbito de la letra (i). [...]

16. Como se señala en el párrafo 10.16 del Comentario al Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, “la letra (i) de la definición aplica sin importar si los beneficios a los que se refiere se proporcionan a personas naturales que son residentes del Estado en el cual la entidad o acuerdo fue constituido o si son residentes de otros Estados”. Tal como lo indica el párrafo 41 del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, “algunos Estados [...] consideran que el riesgo de triangulación de beneficios (*treaty shopping*) en el caso de los fondos de pensiones, no justifica los costos de cumplimiento inherentes a requerir a los fondos de pensiones que identifiquen la residencia en términos del tratado y el derecho de las personas naturales a recibir los beneficios de las pensiones.”

17. Sin embargo, otros Estados pueden preferir restringir el ámbito de la definición de “fondo de pensiones reconocido” en lugar de depender solo de la regla general antiabuso del apartado 9 del Artículo 29 para abordar preocupaciones sobre posibles casos de triangulación relacionados con dicha definición. Esto puede hacerse mediante la adopción de la siguiente versión alternativa de la definición:

- (g) la expresión “fondo de pensiones reconocido” de un Estado Contratante significa una entidad o acuerdo establecido en ese Estado que sea tratado como una persona independiente de conformidad con la legislación tributaria de dicho Estado, y:
 - (i) que se haya creado y sea operado exclusivamente o casi exclusivamente para administrar o proporcionar prestaciones de jubilación y prestaciones auxiliares o incidentales a personas naturales, y que esté regulado como tal por ese Estado o una de sus subdivisiones políticas

o administraciones locales, siempre que más del 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios de dicha entidad o acuerdo sean propiedad de personas naturales residentes de cualquiera de los Estados Contratantes, o más del [__ *por ciento*] de los derechos de participación en los beneficios de dicha persona sean propiedad de personas naturales residentes de cualquiera de los Estados Contratantes o de cualquier otro Estado si se cumplen las siguientes condiciones:

- (A) las personas naturales residentes de ese otro Estado tienen derecho a los beneficios de un convenio para eliminar la doble imposición, de carácter general, suscrito entre ese otro Estado y el Estado desde el que se reclaman los beneficios de este Convenio, y
 - (B) con respecto a la renta a la que se refieren los Artículos 10 y 11 de este Convenio, si la persona fuera residente de ese otro Estado y tuviera derecho a todos los beneficios de ese otro Convenio, se beneficiaría de una tasa de impuestos con respecto a una clase de renta particular, respecto de la que se reclaman los beneficios de este Convenio, igual o inferior a la tasa de impuestos aplicable conforme a este Convenio, o
- (ii) un fondo de pensiones reconocido que se haya creado y sea operado exclusiva o casi exclusivamente para la inversión de fondos en beneficio de las entidades o acuerdos a los que se refiere el subapartado (i).

18. El subapartado (i) de esta definición alternativa solo aplica si más del 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios en la entidad o acuerdo son propiedad de personas naturales residentes de cualquiera de los Estados Contratantes. Tomando en consideración el hecho de que en algunos países es habitual que los fondos de pensiones cuenten con participantes que son residentes de otros países, el ámbito de la definición se extiende para cubrir a las personas naturales que, aun cuando no sean residentes de ninguno de los Estados Contratantes, cumplan con ciertas condiciones. En tal caso, la definición también aplicará en tanto cierto porcentaje (a ser determinado durante las negociaciones bilaterales) de los derechos

de participación en los beneficios en la entidad o el acuerdo, sea propiedad de personas naturales residentes de cualquiera de los Estados Contratantes o de residentes de terceros Estados que cumplan con las siguientes dos condiciones: en primer lugar, estas personas naturales tienen derecho a los beneficios de un convenio tributario de carácter general celebrado entre ese tercer Estado y el Estado de la fuente y segundo, dicho convenio prevea una reducción similar o mayor a los impuestos aplicables en fuente sobre intereses y dividendos obtenidos por los fondos de pensiones de dicho tercer Estado. Para los efectos del subapartado (i) de esta alternativa, la expresión “en los derechos de participación en los beneficios en dicha persona” deberá entenderse como los intereses detentados por personas que tienen derecho a recibir los beneficios jubilatorios de la entidad o el acuerdo.

19. Un único miembro del Comité no estuvo de acuerdo en incluir una definición de “fondo de pensiones reconocido” en el Artículo 3.²⁹ Dicho miembro consideró que esta definición tenía la intención de abordar la situación de fondos de pensiones creados formalmente como personas independientes de conformidad con la legislación de un Estado, sin embargo, en la opinión de dicho miembro, los fondos de pensiones no serían considerados como personas independientes en la mayoría de los países. Para dicho miembro, no existía justificación suficiente para efectuar esta modificación.

Apartado 2

20. Al igual que el apartado 2 del Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, este apartado contiene una regla general sobre la definición de los términos o expresiones utilizados, pero no definidos en el Convenio.

21. Dos modificaciones efectuadas en 1995 al apartado 2 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE también se hicieron a este Modelo en 1999. Primero, el apartado fue modificado para indicar de manera explícita que cuando se hace referencia a la legislación interna de un Estado Contratante con el fin de determinar el significado de términos

29 La decisión de incluir la opinión de la minoría en el Comentario fue tomada durante la vigesimoprimer sesión del Comité, celebrada en octubre de 2020.

o expresiones no definidos en el tratado, la legislación interna relevante es aquella que se encuentre en vigor al momento de la aplicación de un tratado, en lugar de al momento en el que el tratado fue firmado. La segunda modificación aclaraba que la referencia a la legislación interna no está restringida a legislación tributaria, si no que, en caso de variaciones en el significado otorgado a un término o expresión bajo distintas leyes internas, el significado que prevalecerá será el otorgado al término o expresión para efectos de las leyes que establezcan los impuestos a los que aplique el Convenio. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica estas dos modificaciones, resulta aplicable al apartado 2 del Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (las modificaciones que aparecen en cursivas entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las contempladas por este Modelo de Convenio):

11. Este apartado establece una regla general de interpretación para los términos o expresiones utilizados en el Convenio, pero no definidos en el mismo. Sin embargo, surge la pregunta sobre a qué legislación referirse con el fin de determinar el significado de términos o expresiones no definidas en el Convenio, pudiendo elegir de entre la legislación en vigor al momento en el que el Convenio fue firmado o aquella en vigor cuando el Convenio está siendo aplicado, por ejemplo, cuando el impuesto se aplica. *[Se]* concluyó que la última interpretación debe prevalecer, y en 1995 *[el Modelo Tributario de la OCDE fue]* modificado [...] para aclarar este punto de manera explícita.

12. Sin embargo, el apartado 2 especifica que el significado otorgado en la legislación interna a un término o expresión no definido aplica únicamente si el contexto no requiere una interpretación alternativa [...]. El contexto se determina en particular por la intención de los Estados Contratantes al momento de firmar el Convenio, así como por el significado atribuido al término o expresión en cuestión en la legislación del otro Estado Contratante (una referencia implícita al principio de reciprocidad en la que se basa el Convenio). La redacción del Artículo, por lo tanto, concede cierto margen de acción a las autoridades competentes.

13. En consecuencia, la redacción del apartado 2 proporciona un equilibrio satisfactorio entre, por un lado, la necesidad de asegurar la permanencia de los compromisos asumidos por los Estados al momento de firmar un Convenio (pues un Estado no debería permitírsele hacer parcialmente inoperante un Convenio mediante la posterior enmienda en su legislación interna del significado de los términos o expresiones no definidos en el Convenio) y por el otro, la necesidad de estar en condiciones de aplicar el Convenio de manera práctica y conveniente a lo largo del tiempo (se debe evitar la necesidad de referirse a conceptos desactualizados).

13.1 El apartado 2 fue modificado en 1995 para adecuar su texto de una manera más cercana al entendimiento general y consistente con los Estados miembros. A los efectos del apartado 2, el significado de un término o expresión no definido en el Convenio se puede determinar por remisión al significado asignado a dicho término o expresión a efectos de cualquier disposición relevante de la legislación interna de un Estado Contratante, se trate o no de una ley tributaria. Sin embargo, cuando un término o expresión se defina de manera diferente a los efectos de distintas leyes de un Estado Contratante, el significado atribuido a dicho término o expresión para efectos de las leyes que establezcan los impuestos a los que se aplique el Convenio, deberá prevalecer sobre cualesquiera otros significados, incluyendo aquellos significados otorgados para efectos de otras leyes fiscales.

22. El Comité también está de acuerdo con la declaración incluida al final del párrafo 13.1 del Comentario al Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2014, de conformidad con la cual “los Estados que puedan concertar procedimiento de acuerdo mutuo (conforme a las disposiciones del Artículo 25 y, en particular, el apartado 3 del mismo) que establezcan los significados de términos o expresiones no definidos en el Convenio deberán tomar en cuenta dichos acuerdos en la interpretación de esos términos o expresiones.

Artículo 4

RESIDENTE

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce el Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE con un ajuste consistente en la adición del “lugar de constitución” a la lista de criterios del apartado 1. De conformidad con el Comentario al Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017:

1. El concepto de “residente de un Estado Contratante” tiene diversas funciones y es de importancia en tres casos:
 - a) para determinar el ámbito de aplicación personal de un convenio;
 - b) para resolver los casos en los que la doble imposición se produce como consecuencia de la doble residencia;
 - c) para resolver los casos en los que la doble imposición se produce como consecuencia de la tributación en el Estado de residencia y en el Estado fuente o *situs*.

2. Al igual que el Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, el Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas define el significado de la expresión “residente de un Estado Contratante” y establece reglas para resolver los casos de doble residencia. En los dos casos típicos de conflicto entre dos residencias y entre residencia y fuente o *situs*, el conflicto se produce porque, en virtud de su legislación interna, uno o ambos Estados Contratantes reclaman como residente de su territorio a la persona en cuestión. El Comité considera que las siguientes explicaciones incluidas en el Comentario al Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 son aplicables al Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido incluidas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o de reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y este Modelo):

3. Generalmente, las legislaciones internas de los distintos Estados imponen una responsabilidad fiscal amplia —“responsabilidad fiscal plena”— basada en el vínculo del contribuyente con el Estado del que se trate (“Estado de residencia”). Esta responsabilidad fiscal no se impone solo a las personas “domiciliadas” en un Estado en el sentido que se da normalmente al “domicilio” en las legislaciones (derecho privado). Los casos de responsabilidad fiscal plena se extienden para incluir también, por ejemplo, a las personas que se encuentren de manera continuada, o quizá solo durante cierto período, en el territorio del Estado. Algunas legislaciones imponen una responsabilidad fiscal plena a las personas que presten servicios a bordo de buques que tengan su puerto base en el Estado.

4. Los convenios para evitar la doble imposición normalmente no se ocupan de las legislaciones internas de los Estados Contratantes que establecen los requisitos para que una persona sea considerada fiscalmente como “residente” y, en consecuencia, sea plenamente responsable fiscalmente en ese Estado. No establecen los criterios que deben cumplir las disposiciones de las legislaciones internas sobre ‘residencia’ a fin de que las pretensiones de responsabilidad fiscal plena puedan ser aceptadas entre los Estados Contratantes. A este respecto, los Estados adoptan su posición basándose totalmente en las legislaciones internas.

5. Esto se pone de manifiesto muy claramente en los casos en los que de hecho no existe conflicto entre dos residencias, sino cuando el conflicto existe solo entre residencia y fuente o *situs*. Sin embargo, la misma perspectiva se aplica a los conflictos entre dos residencias. El aspecto especial en esos casos es únicamente que no se puede llegar a una solución del conflicto remitiéndose al concepto de residencia adoptado en las legislaciones internas de los Estados involucrados. En esos casos deben establecerse disposiciones especiales en el Convenio para determinar a cuál de los dos conceptos de residencia habrá que darle preferencia.

B. COMENTARIO A LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 4

Apartado 1

3. El apartado 1, similar a la disposición correspondiente del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se refiere al concepto de residencia contenido en la legislación interna de los Estados Contratantes y enumera los criterios para el gravamen como residente:

domicilio, residencia, sede de dirección (a los que el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas añade “lugar de constitución”) o cualquier otro criterio de naturaleza similar. Así formulada, la definición de la expresión “residente de un Estado Contratante”, de conformidad con el apartado 8 del Comentario al Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, pretende abarcar, en lo que a las personas naturales se refiere, “[...] las diversas formas de vinculación personal con un Estado que, en las legislaciones tributarias internas, constituyen la base de una tributación general (responsabilidad fiscal plena)”.

4. El apartado 1 fue modificado en 1999 para aclarar que la definición de “residente de un Estado Contratante” aplica al Estado en sí mismo, así como a cualquiera de sus subdivisiones políticas o administraciones locales. De manera similar, en 2021 la referencia a los “fondos de pensiones reconocidos” se incorporó a la definición de “residente de un Estado Contratante” del apartado 1. Esto corresponde con una adición similar efectuada al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE en 2017, cuya intención era aclarar cómo los tratados tributarios aplican a las inversiones hechas por los fondos de pensiones.

5. El Comité considera que las siguientes explicaciones incluidas en el Comentario al Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 son aplicables al apartado 1 del Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido incluidas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o de reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y este Modelo):

8.4 En general, la mayor parte de los Estados miembros coincide en que el gobierno de cada Estado, así como cualquiera de sus subdivisiones políticas o administraciones locales, es residente de ese Estado A los efectos del Convenio. Antes de 1995, el Modelo de Convenio Tributario no lo decía explícitamente; en 1995 se enmendó el Artículo 4 para hacer coincidir el texto del Modelo de Convenio Tributario con este entendimiento.^[30]

30 [El mismo cambio fue hecho en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas en 1999.]

[...]

8.6 El apartado 1 hace también referencia expresa a los “fondos de pensiones reconocidos”. La mayoría de los países miembros consideran desde hace mucho tiempo que un fondo de pensiones establecido en un Estado Contratante es residente de ese Estado con independencia de que pueda beneficiarse de una exoneración completa o parcial del impuesto en ese Estado. Hasta 2017 esta interpretación quedaba reflejada en la versión anterior del párrafo 8.11, que mencionaba a los “fondos de pensiones, las entidades de beneficencia y otras organizaciones” como entidades que la mayoría de los Estados consideraban como residentes. El apartado 1 del Artículo se modificó en 2017 a fin de disipar las dudas sobre el hecho de que un fondo de pensiones que responda a la definición de “fondo de pensiones reconocido” del apartado 1 del Artículo 3, constituye un residente del Estado Contratante en el que está establecido.

8.7 Como se señala en el párrafo 10.4 del Comentario al Artículo 3 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 14 del Comentario al Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas*], el efecto de la definición del término “fondo de pensiones reconocido” y de la referencia a éste en el apartado 1 del Artículo 4, dependerá en gran medida de la legislación interna y de las características jurídicas de los fondos de pensiones establecidos en cada Estado Contratante. El tipo de fondo establecido en el seno de una entidad jurídica descrita en el párrafo 10.5 del Comentario al Artículo 3 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 15 del Comentario al Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas*] no estará cubierto por la definición de “fondo de pensiones reconocido” que se aplica a una entidad o acuerdo con personalidad independiente, pero dado que la renta de estos fondos se atribuye a la entidad jurídica de la que es parte, las disposiciones del Convenio se aplicarán a esa renta en la medida en que la propia entidad jurídica tenga la condición de residente de un Estado Contratante conforme al apartado 1 del Artículo.

8.8 Sin embargo, cuando un fondo constituya una “persona” distinta de cualquier otra persona por la que, o en beneficio de la que, se ha creado y es operada, la definición de “fondo de pensiones reconocido” será relevante y, en la medida en que se satisfagan las condiciones de esta definición, el fondo constituirá en sí mismo un “residente de un Estado Contratante”. Así ocurrirá en muchos países porque “está sujeto a imposición en el mismo” conforme al criterio expuesto en la

primera frase del apartado 1, según la interpretación de esta frase por los Estados Contratantes o, de no ser así, por la inclusión expresa del término “fondo de pensiones reconocido” en el apartado 1.

8.9 Naturalmente, los Estados Contratantes tienen libertad de omitir la referencia a los “fondos de pensiones reconocidos” del apartado 1 si estiman que los perceptores de las rentas procedentes de los acuerdos de pensiones establecidos en ambos Estados tienen la condición de residentes de los Estados Contratantes de alguna otra manera, aunque quizás prefieran mantener esa referencia en el apartado a fin de eliminar ambigüedades.

8.10 Dada la diversidad de acuerdos mediante los cuales se proporcionan prestaciones de jubilación, normalmente resultará útil que los Estados Contratantes revisen los más comúnmente utilizados en cada Estado A fin de aclarar si se les aplica o no la definición de “fondo de pensiones reconocido” y, en términos más generales, cómo se aplican las disposiciones del convenio concluido entre esos Estados a dichos acuerdos. Esto podría llevarse a cabo en el momento de la negociación del convenio o posteriormente mediante un procedimiento de acuerdo mutuo.

8.11 El apartado 1 hace referencia a las personas que están “sujetas a imposición” en un Estado Contratante en virtud de su legislación por razón de diversos criterios. En muchos Estados, una persona se considera sujeta a imposición plena aun y cuando el Estado Contratante de hecho no establezca impuestos. Por ejemplo, los fondos de pensiones, instituciones benéficas y otras organizaciones pueden estar exentos de impuestos, pero lo están únicamente si cumplen todos los requisitos especificados para la exención en la legislación tributaria. Por ello, están sujetos a las leyes tributarias de un Estado Contratante. Asimismo, si no cumplen las normas especificadas, también están obligados a pagar impuestos. La mayoría de los Estados considerarían a esas entidades como residentes a los efectos del Convenio (véanse, por ejemplo, el apartado 1 del Artículo 10 y el apartado 5 del Artículo 11).

8.12 Sin embargo, en algunos Estados esas entidades no se consideran sujetas a imposición si están exentas de tributación en virtud de la legislación tributaria interna. Esos Estados no podrán considerar a dichas entidades como residentes a los efectos de un Convenio a no ser que tales entidades estén, de manera expresa, cubiertas por el mismo. Los Estados Contratantes que adoptan este criterio pueden abordar esta cuestión en sus negociaciones bilaterales.

8.13 Cuando un Estado no reconoce a una asociación de personas (*partnership*) para efectos fiscales y la trata como fiscalmente transparente, gravando a los socios sobre la parte de las rentas que les correspondan de las mismas, dicha asociación de personas en sí misma no está sujeta a imposición y, por consiguiente, no puede ser considerada como residente de ese Estado. Sin embargo, en tal caso, el apartado 2 del Artículo 1 aclara que el Convenio aplicará a las rentas de una asociación de personas en la medida en que dichas rentas sean tratadas, para efectos del gravamen en ese Estado, como rentas de un socio que es residente de dicho Estado. El mismo tratamiento aplicará a las rentas de otras entidades o acuerdos que sean tratados como fiscalmente transparentes de conformidad con la legislación de un Estado Contratante (véanse los párrafos 2 a 16 del Comentario al Artículo 1 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 7 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas*]).

6. Algunos países pueden preferir abstenerse de abordar la cuestión de la residencia de los fondos de pensiones en sus convenios. Estos países podrían modificar el apartado 1 del Artículo 4 eliminando la referencia a los fondos de pensiones reconocidos y omitiendo la definición de “fondos de pensiones reconocidos” en el Artículo 3. Sin embargo, en tal caso podría haber riesgos de que los fondos de pensiones no pudieran acceder a los beneficios del tratado si no califican de alguna otra manera como “residentes de un Estado Contratante”.

7. Una reducida minoría de los miembros del Comité no estuvo de acuerdo en la inclusión de los “fondos de pensiones reconocidos” en el apartado 1 del Artículo 4, como una categoría separada en la que se incluye al Estado, una subdivisión política o administración local, sin que necesariamente se tenga que cumplir con la condición de “estar sujetos a imposición” de conformidad con las leyes de un Estado con base en los criterios de domicilio, residencia, sede de dirección, etc.³¹ De acuerdo con la opinión de dichos miembros, el problema no se relaciona con los casos de “exención total o parcial de impuestos en ese Estado” (véase el párrafo 8.6 del Comentario al Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado antes en

31 La decisión de incluir dicha opinión de la minoría en el Comentario se tomó durante la vigesimoprimera reunión del comité celebrada en octubre de 2020.

el apartado 5) teniendo la calidad de residentes, sino con el hecho de que los fondos pueden no estar “sujetos a imposición” en primer lugar. El problema de no considerar una exención limitada o parcial como “sujeto a impuesto” es de cualquier forma no exclusivo de los fondos de pensiones reconocidos, y puede ser relevante para otras entidades exentas. Por lo anterior, ello no puede ser una justificación para obviar la condición de estar sujeto a impuestos para calificar como residente. Para estos miembros, la inserción de los “fondos de pensiones reconocidos” en el Artículo 4(1) no parece aceptable desde un punto de vista técnico.

8. Por lo que respecta al párrafo 8.13 del Comentario al Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado en el apartado 5 anterior, algunos miembros del Comité de Expertos consideran que los socios de asociaciones en participación (*partnerships*) que sean fiscalmente transparentes, no pueden acogerse a los beneficios del convenio en ausencia de una regla como la del apartado 2 del Artículo 1. Ellos consideran que, para conseguir ese resultado, es necesario introducir una regla especial en el Convenio. El apartado 2 del Artículo 1 aclara que el Convenio aplicará a la renta de una asociación de personas en la medida en la que ésta sea tratada, para los efectos de la tributación en ese Estado, como renta de un socio que es residente de ese Estado. El mismo tratamiento aplicará a la renta de otras entidades o acuerdos que sean considerados como fiscalmente transparentes bajo la legislación tributaria de un Estado Contratante.

9. Cuando el anterior Grupo de Expertos decidió redactar el apartado 1 con base en el apartado 1 del Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, inicialmente omitió la segunda oración del apartado. Dicha oración se incluyó en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE para abordar, por ejemplo, la situación especial de diplomáticos y personal consular extranjero que prestan servicios en un país que somete a imposición a sus residentes por su rentas mundiales, y que pudieran ser considerados como residentes, de conformidad con la legislación interna del país en el que prestan los servicios, pero que, debido a su estatus especial, estarán, no obstante, sujetos a imposición solo por la renta de fuentes ubicadas en ese Estado. Sin embargo, esa segunda oración se incluyó en el apartado 1 del Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas en 1999. El Comité considera que las siguientes explicaciones sobre la

segunda oración incluidas en el Comentario al Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, resultan aplicables a la segunda oración del apartado 1 del Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas:

8.1 Sin embargo, de acuerdo con las disposiciones de la segunda oración del apartado 1, una persona no se considerará “residente de un Estado Contratante” en los términos del Convenio si, aunque no esté domiciliada en ese Estado, se la considera residente de conformidad con la legislación interna, pero está sujeta únicamente a una tributación limitada respecto de las rentas de fuentes ubicadas en ese Estado o de capital situado en el mismo. Esa situación existe en algunos Estados en relación con las personas naturales; por ejemplo, en el caso de personal diplomático y consular extranjero que presta servicios en su territorio.

8.2 De acuerdo con su redacción y espíritu, la segunda oración excluye también de la definición de residente de un Estado Contratante a las sociedades de propiedad extranjera exentas de impuestos sobre sus rentas extranjeras en virtud de privilegios destinados exclusivamente a atraer sociedades instrumentales (*conduit companies*). Excluye también a las sociedades y a otras personas que no están sujetas a una responsabilidad fiscal plena en un Estado Contratante debido a que esas personas, aún y cuando son residentes de ese Estado para efectos de su legislación fiscal, son consideradas residentes de otro Estado en virtud de un tratado celebrado entre esos dos Estados. La exclusión de ciertas sociedades u otras personas del ámbito de la definición, claro está, no impediría que los Estados Contratantes intercambien información respecto de sus actividades (véase el apartado 2 del Comentario al Artículo 26). De hecho, los Estados pueden considerar apropiado establecer un intercambio espontáneo de información respecto de las personas que traten de obtener beneficios del tratado que no hayan sido los previstos en el mismo.

Apartado 2

10. Este apartado, que reproduce el apartado 2 del Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, enumera por orden de importancia decreciente, algunos criterios subsidiarios que se aplicarán cuando una persona natural sea residente de ambos Estados Contratantes y los criterios anteriores no permitan determinar claramente su situación en lo que a la residencia se refiere. El Comité

considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable al apartado 2 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas:

9. El presente apartado se refiere al caso en que, conforme a las disposiciones del apartado 1, una persona natural es residente de ambos Estados Contratantes.

10. Para resolver este conflicto se deben establecer normas especiales que otorguen a la vinculación con un Estado, preferencia respecto de la vinculación con el otro Estado. En medida de lo posible, el criterio de preferencia debe ser de tal naturaleza que no exista duda de que la persona de que se trate lo cumplirá en un solo Estado y, al mismo tiempo, debe reflejar esa vinculación de forma tal que se aprecie que es natural que el derecho de gravar corresponda a ese Estado determinado. Las circunstancias a las cuales se aplicarán las normas especiales serán las que existan durante el período en el cual la residencia del contribuyente afecte su responsabilidad tributaria, que puede ser inferior que el ejercicio tributario completo. Por ejemplo, en un año calendario, una persona natural es residente del Estado A, conforme a la legislación tributaria de ese Estado, del 1 de enero al 31 de marzo y luego se traslada al Estado B. Como dicha persona reside en el Estado B durante más de 183 días, de conformidad con la legislación tributaria del Estado B, se la considera residente del Estado B durante todo el año. Aplicando las normas especiales al período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de marzo, esa persona fue residente del Estado A. Por ello, tanto el Estado A como el Estado B deben considerar a esa persona como residente del Estado A durante ese período y como residente del Estado B durante el período comprendido entre el 1 de abril y el 31 de diciembre.

11. El Artículo da preferencia al Estado Contratante en el que la persona natural tenga una vivienda permanente a su disposición. Este criterio bastará frecuentemente para resolver el conflicto, por ejemplo, cuando una persona natural tenga una vivienda permanente en un Estado Contratante y solo haya permanecido durante cierto tiempo en el otro Estado Contratante.

12. Por consiguiente, el subapartado *a)* significa que, al aplicar el Convenio (es decir, cuando exista un conflicto entre las legislaciones de los dos Estados) se considerará como residencia el lugar donde la persona natural tenga la propiedad o posesión de una vivienda; esa vivienda debe ser permanente, es decir, la persona natural deberá haberla arreglado y reservado para su uso permanente, a diferencia

de lo que ocurriría si esa persona estuviera en un lugar determinado en condiciones que hicieran evidente que su estancia pretendía ser de corta duración.

13. Por lo que se refiere al concepto de vivienda, hay que observar que puede tenerse en cuenta cualquier forma de vivienda (casa o apartamento, pertenecientes a la persona natural o arrendados por ella, habitación amueblada de alquiler). Sin embargo, la permanencia de la vivienda es esencial; esto significa que la persona natural haya hecho lo necesario para disponer de la vivienda en todo momento de manera continua, y no ocasionalmente a efectos de una estancia que, por las razones que la motiven, sea necesariamente de corta duración (viaje de placer, viaje de negocios, viaje de formación, asistencia a un curso en un centro docente, etcétera). Por ejemplo, una casa que sea propiedad de una persona natural no puede ser considerada a disposición de la persona natural durante un periodo en el que la casa sea arrendada y entregada efectivamente a una parte no relacionada, de tal manera que esa persona natural deje de tener la posesión de la casa y la posibilidad de quedarse en ella.

14. Si la persona natural tiene una vivienda permanente en ambos Estados Contratantes, el apartado 2 concede preferencia al Estado con el que las relaciones personales y económicas de esa persona sean más estrechas, entendiéndolo como centro de sus intereses vitales. En los casos en los que no pueda determinarse la residencia recurriendo a esa norma, el apartado 2 prevé como criterios subsidiarios, en primer lugar, donde viva habitualmente, y luego el de la nacionalidad. Si la persona natural es nacional de ambos Estados o no lo es de ninguno de ellos, la cuestión se resolverá de común acuerdo entre los Estados interesados, por el procedimiento establecido en el Artículo 25.

15. Si la persona natural tiene una vivienda permanente en ambos Estados Contratantes es necesario atender a los hechos a fin de determinar con cuál de los dos Estados son más estrechas sus relaciones personales y económicas. Así, habrá que considerar sus relaciones familiares y sociales, sus ocupaciones, sus actividades políticas, culturales o de otra índole, su centro de negocios, el lugar desde el cual administre sus bienes, etc. Las circunstancias deben examinarse en su conjunto, pero es evidente, sin embargo, que las consideraciones basadas en los actos personales de la persona natural deben recibir atención especial. Si una persona que tiene una vivienda en un Estado establece una segunda vivienda en el otro Estado, conservando la primera, el hecho de que conserve la primera en el entorno donde siempre ha vivido, donde ha trabajado y donde tiene su familia y sus

posesiones, puede servir para demostrar, junto con otros elementos, que ha mantenido su centro de intereses vitales en el primer Estado.

16. El subapartado *b)* establece un criterio secundario para dos situaciones muy diferentes:

- a)* el caso en el que la persona natural disponga de una vivienda permanente en ambos Estados Contratantes y no sea posible determinar en cuál tiene su centro de intereses vitales;
- b)* el caso en el que la persona natural no disponga de una vivienda permanente en ninguno de los Estados Contratantes.

Se da preferencia al Estado Contratante en el que la persona natural viva habitualmente.

17. En la primera situación, el caso en el que una persona natural disponga de una vivienda permanente en ambos Estados, el hecho de residir habitualmente en un Estado y no en el otro aparece, pues, como la circunstancia que, en caso de duda sobre dónde tiene la persona natural su centro de intereses vitales, inclina la balanza hacia el Estado en donde se encuentra con más frecuencia. A este respecto, deben tenerse en cuenta las estancias de la persona natural, no solo en la vivienda permanente del Estado en cuestión, sino también en cualquier otro lugar del mismo Estado.

18. La segunda situación es el caso de una persona natural que no dispone de una vivienda permanente en ninguno de los Estados Contratantes, como, por ejemplo, una persona que pasa de un hotel a otro. En este caso deben tenerse en cuenta también todas las estancias realizadas en un Estado, sin que sea necesario determinar sus razones.

19. Para aplicar el criterio previsto en el subapartado *b)* debe determinarse si la persona natural vive habitualmente, en el sentido de estar regular o normalmente presente en uno de los dos Estados y no en el otro durante un tiempo dado. No basta con simplemente determinar en cuál de los dos Estados Contratantes esa persona ha pasado más días en ese período. La expresión “*séjourne de façon habituelle*”, utilizada en el subapartado *b)* de la versión en francés esclarece el significado del concepto de “vivir habitualmente”, una noción que denota la frecuencia, la duración y la regularidad de las estancias que forman parte de la rutina habitual de una persona y que son, por tanto, más que meramente transitorias. Como se reconoce en el subapartado *c)*, una persona puede vivir habitualmente en dos Estados, como ocurriría si la persona estuviera regular o normalmente presente en cada uno de los Estados durante el periodo en

cuestión, con independencia de que pase más días en un Estado que en el otro. Por ejemplo, supongamos que durante un período de cinco años una persona posee una casa en ambos Estados A y B, pero los hechos no permiten determinar el Estado en el que se encuentra su centro de intereses vitales. Esta persona trabaja en el Estado A, donde vive habitualmente, pero regresa al Estado B dos días al mes y una vez al año durante tres semanas de vacaciones. En tal caso, esta persona viviría habitualmente en el Estado A y no en el Estado B. Sin embargo, supongamos que, durante ese mismo período de cinco años la persona ha trabajado en cortos períodos de tiempo en el Estado A, al que regresó 15 veces al año para pasar dos semanas cada vez, pero que está presente en el Estado B el resto del tiempo (supongamos también que los hechos del caso no permiten determinar el Estado en el que está situado su centro de intereses vitales). En ese caso, esta persona viviría habitualmente tanto en el Estado A como en el Estado B.

19.1 El subpartado *b)* no precisa sobre qué período de tiempo debe utilizarse en el análisis para saber si una persona natural vive habitualmente en uno o en ambos Estados. Este análisis debería abarcar un espacio de tiempo suficientemente prolongado que permita evaluar la frecuencia, duración y regularidad de las estancias que son parte de la rutina habitual de esa persona. No obstante, debe prestarse atención para que el análisis abarque un período de tiempo en el que no se produzcan grandes cambios en las circunstancias personales que tengan consecuencias evidentes sobre la determinación (por ejemplo, una separación o un divorcio). El período que debe considerarse para determinar si una persona natural vive habitualmente en uno o en ambos Estados no siempre se corresponderá con el período de doble residencia, especialmente cuando este período de doble residencia sea muy breve. Esta circunstancia puede ilustrarse con el siguiente ejemplo. Supongamos que una persona natural residente del Estado C se traslada al Estado D para trabajar en distintos lugares durante un período de 190 días. Durante ese período de 190 días se le considera residente de ambos Estados C y D por razón de las respectivas normas internas. Esta persona natural ha vivido muchos años en el Estado C antes de trasladarse al Estado D, permanece en el Estado D durante todo el tiempo que dura su empleo y regresa al Estado C a vivir de forma permanente una vez transcurrido el plazo de 190 días. Durante el tiempo que dura su empleo en el estado D, esta persona no tiene una vivienda permanente a su disposición en ninguno de los Estados C o D. En este ejemplo, la determinación de si esta persona natural vive habitualmente en uno o en ambos Estados implicaría tener en cuenta un plazo de tiempo superior a los 190 días de su doble residencia a fin

de conocer la frecuencia, la duración y la regularidad de las estancias que formaron parte de su rutina habitual.

20. Cuando, en las dos situaciones a las que se refiere el apartado *b*), la persona natural viva habitualmente en ambos Estados Contratantes o no lo haga en ninguno de ellos, se concederá preferencia al Estado del que sea nacional. Si, aún en esos casos, la persona natural es nacional de ambos Estados Contratantes o no lo es de ninguno de ellos, el subapartado *d*) encomienda a las autoridades competentes la obligación de resolver la dificultad de común acuerdo, por el procedimiento establecido en el Artículo 25.

Apartado 3

11. El apartado 3, reproduce el apartado 3 del Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. En 2017, siguiendo una recomendación del Proyecto BEPS de la OCDE/G20, contenida en el Informe Final sobre la Acción 6 (Impedir la Utilización Abusiva de los Convenios en Circunstancias Inapropiadas)³² se efectuaron cambios al apartado 3 de ambos Modelos para reemplazar la antigua regla basada en la sede de dirección efectiva. El Comité considera que las siguientes explicaciones contenidas en el Comentario al Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 resultan aplicables al apartado 3 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas:

21. Este apartado se refiere a las sociedades y otras agrupaciones de personas, sin importar si son personas jurídicas o no. En la práctica puede resultar extraño que una sociedad, etc., esté sujeta a impuestos por razón de su residencia en más de un Estado, pero es, sin duda, una posibilidad si, por ejemplo, un Estado atribuye importancia al lugar de registro y el otro Estado al lugar en donde se encuentra ubicada la sede de dirección efectiva. Por ello, en el caso de sociedades, etc. también deben establecerse reglas especiales sobre la preferencia de criterios.

22. Cuando el apartado 3 fue inicialmente redactado, se consideró que no sería una solución adecuada atribuir importancia a un criterio de naturaleza formal, tal como el registro y se le otorgó preferencia a una regla basada en la sede de dirección efectiva, cuyo fin era basarse en el lugar en donde la sociedad fuera, de hecho, administrada.

32 Véase nota de pie de página 7 anterior.

23. Sin embargo, en 2017 el Comité de Asuntos Fiscales [*de la OCDE*] reconoció que, si bien las situaciones de doble residencia de personas distintas a las personas naturales son relativamente raras, han existido un número de casos de evasión fiscal que involucran sociedades con doble residencia. En consecuencia, concluyó que una mejor solución para el problema de doble residencia de entidades distintas a las personas naturales es abordar dichas situaciones caso por caso.

24. Como resultado de dichas consideraciones, la versión actual del apartado 3 establece que las autoridades competentes de los Estados Contratantes harán lo posible por resolver mediante acuerdo mutuo los casos de doble residencia de personas distintas de las personas naturales.

24.1 Se espera que las autoridades competentes, al aplicar el apartado 3 tengan en cuenta diversos factores, como el lugar donde habitualmente se reúne la junta directiva u órgano equivalente de dicha persona, el lugar donde realizan habitualmente sus actividades el ejecutivo principal y otros directivos de alto nivel, dónde se llevan a cabo las actividades cotidianas de gestión superior de la persona, dónde está ubicada su casa matriz, las leyes de qué país regulan el estatuto jurídico de la persona en cuestión, dónde se conservan sus registros contables, o si la determinación de que la persona jurídica es residente de uno de los Estados Contratantes y no del otro, a los efectos del Convenio, implica o no el riesgo de un uso indebido de las disposiciones del Convenio, etcétera. Los países que consideren que las autoridades competentes no deben gozar de facultades discrecionales para resolver esos casos de doble residencia sin una indicación de los factores que deben utilizarse para ese fin, quizá deseen complementar la disposición para hacer referencia a estos u otros factores que consideren pertinentes.

24.2 Una determinación de conformidad con el apartado 3, normalmente será solicitada por la persona en cuestión, a través del mecanismo establecido en el apartado 1 del Artículo 25. Dicha solicitud puede hacerse tan pronto como sea probable que la persona será considerada residente de cada Estado Contratante de conformidad con el apartado 1. Debido al requerimiento de la notificación establecido en el apartado 1 del Artículo 25, en cualquier evento ésta deberá efectuarse dentro de los tres años siguientes contados a partir de la primera notificación efectuada a dicha persona, de las medidas fiscales tomadas por uno o ambos Estados indicando que los beneficios y exenciones han sido negados a dicha persona como consecuencia

de su estatus de doble residente, sin que las autoridades competentes hayan previamente hecho lo posible para determinar un Estado único de residencia de conformidad con el apartado 3. Las autoridades competentes a las que se haga la solicitud para la determinación de residencia de conformidad con el apartado 3, deberán atender dicha solicitud de manera expedita y responder al contribuyente tan pronto como sea posible.

24.3 Como los hechos en los que se basa la decisión pueden cambiar con el tiempo, las autoridades competentes que tomen una decisión en el marco de dicha disposición deberán aclarar qué período de tiempo se incluye en la decisión.

24.4 La última oración del apartado 3 establece que, en la ausencia de una determinación por las autoridades competentes, la persona con doble residencia no tendrá derecho a ningún beneficio o exención otorgado en el Convenio, salvo en la medida en que así lo acuerden las autoridades competentes. No obstante, ello no evitará que el contribuyente sea considerado residente de cada Estado Contratante para efectos distintos al de concederle beneficios o exenciones establecidos en el Convenio para dicha persona. Esto significará, por ejemplo, que la condición establecida en el subapartado *b)* del apartado 2 del Artículo 15 no se cumplirá con respecto a un empleado de dicha persona que es residente de cualquiera de los Estados Contratantes, que realice actividades de empleado en el otro Estado. De manera similar, si la persona es una sociedad, se considerará residente de cada Estado para efectos de la aplicación del Artículo 10 respecto de los dividendos que pagará.

12. Si bien el apartado 3 del Artículo 4 ya no incluye una regla basada únicamente en la sede de dirección efectiva de una entidad, algunos Estados pueden considerar preferible tratar con los casos de doble residencia de entidades utilizando dicha prueba. Estos Estados pueden considerar que tal regla puede ser interpretada de tal manera que evite se abuse de ella y pueden desear incluir la siguiente versión del apartado 3, que aparecía en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas previo a su actualización de 2017:

3. Cuando en virtud de las disposiciones del apartado 1 una persona distinta de una persona natural sea residente de ambos Estados Contratantes, se considerará que es residente solo del Estado en el que se encuentra se sede de dirección efectiva.

Artículo 5

ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas se basa en el Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, pero contiene varias diferencias significativas. En esencia, en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas son:

- la existencia de un periodo mínimo de seis meses para que las obras en construcción constituyan un establecimiento permanente, en lugar del periodo mínimo de doce meses que contempla el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, y éste se extiende explícitamente a los proyectos de montaje, así como a las actividades de supervisión relacionadas a tales obras en construcción, proyectos de montaje o instalación (apartado 3 (a));
- la prestación de servicios por parte de una empresa a través de sus empleados u otro personal constituye un establecimiento permanente cuando tales actividades continúan por un total de más de 183 días en cualquier período de doce meses que comience o finalice en el año fiscal involucrado (apartado 3 (b));
- Se mantiene el Artículo 14 (Servicios personales independientes), mientras que en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE el Artículo 14 ha sido eliminado, y el Artículo 5 aborda los casos que previamente se consideraban bajo el supuesto de “base fija” de ese Artículo. Tal como se señala más adelante (párrafo 35 y siguientes), mientras el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas ha conservado el Artículo 14, los presentes Comentarios constituyen guías para aquellos países que no desean incluir dicho Artículo en sus convenios tributarios bilaterales;
- en el listado del apartado 4, acerca de lo que se presume que no constituye un establecimiento permanente (a menudo aludido como la lista de “actividades preparatorias o auxiliares”) en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas no se menciona “la entrega”, a diferencia de lo que sucede en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Por lo tanto, las

actividades de entrega podrían resultar en un establecimiento permanente en virtud del Modelo de Convenio de Tributario las Naciones Unidas, y no conforme al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE;

- las actividades de un “agente dependiente” pueden constituir un establecimiento permanente, incluso sin que dicha persona concluya habitualmente o desempeñe habitualmente el papel principal que conduce a la celebración de determinados contratos que debe ejecutar la empresa extranjera, cuando esa persona mantenga habitualmente un depósito de bienes o mercancías y efectúe regularmente entregas a partir de dicho inventario (apartado 5 (b));
- existe una disposición que especifica cuándo se constituye un establecimiento permanente para el caso de un negocio de seguros; en consecuencia, es más probable que exista un establecimiento permanente a partir del enfoque del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (apartado 6).

Estas diferencias se consideran con mayor detalle a continuación.

2. En los convenios tributarios bilaterales se emplea el concepto de “establecimiento permanente” para determinar el derecho de un Estado para someter a imposición los beneficios de una empresa del otro Estado. En efecto, los beneficios de una empresa de un Estado únicamente se someten a imposición en el otro Estado si la empresa mantiene un establecimiento permanente en el Estado mencionado en última instancia, pero solo en la medida en que los beneficios se atribuyan al establecimiento permanente. El concepto de establecimiento permanente se encontraba en los primeros modelos de convenios, incluido el Modelo de Convenio de 1928 de la Liga de Naciones. El Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reafirma este concepto.

B. COMENTARIO A LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 5

Apartado 1

3. Este apartado, que reproduce el apartado 1 del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, define la expresión “establecimiento permanente”, enfatizando su naturaleza esencial como un

“lugar fijo de negocios” con un “sitio” específico. De conformidad con el párrafo 6 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, esta definición contiene las siguientes condiciones:

- la existencia de un “lugar de negocio”, por ejemplo, instalaciones tales como locales o, en algunas circunstancias, maquinaria o equipo;
- este lugar de negocios debe ser “fijo”, por ejemplo, debe estar situado en un lugar distintivo con cierto grado de permanencia;
- el ejercicio de la actividad de la empresa a través de este lugar fijo de negocios. Esto generalmente significa que las personas que de uno u otro modo dependen de la empresa (el personal), llevan a cabo los negocios de la empresa en el Estado en el cual se encuentra el lugar fijo.

4. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 resulta aplicable al Artículo 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido a los fines de ofrecer explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas de este Modelo):

5. En muchos Estados, una empresa extranjera puede estar autorizada u obligada a registrarse a los fines del impuesto sobre el valor agregado o sobre los bienes y servicios (IVA/IBS) con independencia de que tenga o no en ese Estado un lugar fijo de negocios desde el que realiza total o parcialmente su actividad o del hecho de que se considere que tiene un establecimiento permanente en ese Estado en virtud del apartado 5 del Artículo 5. No obstante, el tratamiento en materia del IVA/IBS es, en sí mismo, irrelevante a los efectos de la interpretación y aplicación de la definición del “establecimiento permanente” en el Convenio; por tanto, al aplicar esa definición, no debe extraerse conclusión alguna del tratamiento que reciba la empresa extranjera a los efectos del IVA/IBS, ni siquiera del hecho de que la empresa extranjera se haya registrado a los efectos del IVA/IBS.¹ [33]

33 [Sin embargo, claramente, los hechos y la información obtenida conforme la legislación en materia de IVA/IBS podría resultar relevante para aplicar la definición de establecimiento permanente del convenio.]

-
- 1 Véase el apartado 337 del Informe sobre la Acción 1 del Proyecto BEPS (“...es importante subrayar el hecho de que el registro a efectos del IVA es independiente de la determinación de si existe un establecimiento permanente (EP) para efectos del impuesto sobre la renta”) OCDE (2015), *Abordando los Desafíos Impositivos de la Economía Digital, Informe final de la Acción 1—2015*, Proyecto OCDE/G20 sobre Erosión de la Base Imponibles y el Traslado de Beneficios. Publicaciones OCDE, París, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>. Ver pie de página 24 de las Directrices Internacionales sobre IVA/IBS (“A los efectos de estas Directrices, se asume que un establecimiento comprende un lugar fijo de negocios con infraestructura suficiente en términos de personal, sistemas y activos, como para tener capacidad para recibir o efectuar las prestaciones. El registro a efectos del IVA no constituye, en sí mismo, un establecimiento a los fines de estas Directrices. Se alienta a los países a publicar lo que constituye un «establecimiento» conforme a su legislación interna sobre el IVA”) OCDE (2017), *Directrices Internacionales sobre IVA/IBS*, Publicaciones OCDE, París, [http:// dx.doi.org/10.1787/9789264271401-en](http://dx.doi.org/10.1787/9789264271401-en).

[...]

7. Tal vez podría argumentarse que en la definición general también deberían mencionarse las demás características de un establecimiento permanente, a las cuales algunas veces se ha atribuido cierta importancia en el pasado, en particular, respecto de que el establecimiento permanente debe tener un carácter productivo: por ejemplo, contribuir a los beneficios de la empresa. En la definición actual no se ha tomado este rumbo. En el marco de una organización empresarial bien dirigida, resulta evidente asumir que cada parte contribuye a la productividad del conjunto. Ello no lleva necesariamente a concluir en cada caso que, en el amplio contexto de toda la organización, debido a que un establecimiento en particular posea un “carácter productivo”, éste deba considerarse un establecimiento permanente a los cuales los beneficios puedan debidamente atribuirse a los fines tributarios en un territorio en particular (véanse los Comentarios al apartado 4).

8. También resulta importante destacar que la forma en que se lleva a cabo el negocio evoluciona con los años, por lo que los hechos y acuerdos aplicables en un momento dado pueden dejar de ser pertinentes tras un cambio en la forma de ejercer la actividad empresarial en un determinado Estado. Es obvio que la existencia o no de un establecimiento permanente en un Estado en un determinado período debe determinarse en función de las circunstancias aplicables a ese período y no a las que concurran en un período anterior o posterior,

como el que precedió a la adopción de nuevos acuerdos que modificaron la forma de llevar a cabo el negocio.^[34]

9. Asimismo, la determinación de si una empresa de un Estado Contratante posee o no un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante debe efectuarse con independencia de la determinación respecto de qué disposiciones del Convenio resultan aplicables a los beneficios obtenidos por esa empresa. Por ejemplo, una granja o una oficina de alquiler de apartamentos situada en un Estado Contratante y operada por un residente del otro Estado Contratante, puede constituir un establecimiento permanente independientemente de que los beneficios atribuibles a dicho establecimiento permanente sean rentas de bienes inmuebles sujetas al Artículo 6; si bien la existencia de un establecimiento permanente en tales casos puede no resultar relevante para la aplicación del Artículo 6, seguiría siendo pertinente a los efectos de otras disposiciones, tales como los apartados 4 y 5 del Artículo 11, el subapartado (c) del apartado 2 del Artículo 15 y el apartado 3 del Artículo 24.

10. La expresión “lugar de negocios” comprende cualquier local o instalación utilizada para llevar a cabo los negocios de la empresa, sea o no usado de manera exclusiva para ese propósito. Un lugar de negocios también puede existir aun cuando no haya instalaciones a disposición o éstas no sean necesarias para llevar a cabo los negocios de la empresa y ésta simplemente tenga a su disposición cierta cantidad de espacio. Resulta irrelevante el hecho de que las instalaciones o locales pertenezcan a, sean alquilados por, o estén de otra manera a disposición de la empresa. Un lugar de negocios puede, por lo tanto,

34 *[Sin embargo, este principio, no afecta la aplicación de las partes de la definición de establecimiento permanente que expresamente exige la consideración de hechos o acuerdos previos. Por ejemplo, en el contexto del subapartado 3(b) del Artículo 5, la determinación respecto de si existe un establecimiento permanente en un determinado año fiscal con frecuencia requerirá la consideración acerca de si se prestaron servicios durante parte de un año fiscal anterior que se incluiría en un período de 12 meses finalizando en ese determinado año fiscal. Así, por ejemplo, que en el Estado B el año fiscal coincide con el año calendario. Si una empresa del Estado A presta servicios en el Estado B, desde el 1 de julio del año 00 hasta el 31 de enero del año 01, a través de sus empleados u otro personal contratado por la empresa para tales fines, a los efectos de aplicar el subapartado 3(b), por parte del Estado B, durante el año fiscal 01, cobrarán relevancia los servicios prestados durante el año 00.]*

estar configurado por un puesto en mercado, o por cierta área utilizada permanentemente en un depósito aduanero (por ejemplo, para el almacenamiento de bienes sujetos a derechos aduaneros). Asimismo, el lugar de negocios puede estar situado en las instalaciones comerciales de otra empresa. Éste puede ser el caso, por ejemplo, de una empresa extranjera que tiene a su continua disposición ciertas instalaciones, o parte de ellas, pertenecientes a la otra empresa.

11. Tal como se señala más abajo, el mero hecho de que una empresa posea cierta cantidad de espacio a su disposición para ser utilizado en sus actividades empresariales es suficiente para constituir un lugar de negocios. No se exige ningún derecho formal para usar dicho lugar. Por lo tanto, un establecimiento permanente podría existir, por ejemplo, cuando una empresa ocupa ilegalmente cierto lugar en la que realice sus negocios.

12. Aunque no se requiere un derecho legal formal de uso de un lugar concreto para que éste constituya un establecimiento permanente, la mera presencia de una empresa en un lugar determinado no significa necesariamente que ese lugar esté a disposición de esa empresa. El hecho de que se pueda considerar que un lugar está a disposición de una empresa de manera que pueda constituir un “lugar de negocios a través del cual [esa] empresa lleva a cabo, total o parcialmente, su actividad” dependerá tanto de que dicha empresa tenga efectivamente la potestad para utilizar ese lugar, como del grado de presencia de la empresa en ese lugar y de las actividades que allí realice. Esto se ilustra a través de los siguientes ejemplos. Cuando una empresa tiene un derecho exclusivo para utilizar un determinado lugar que se usa únicamente para el ejercicio de su propia actividad empresarial (por ejemplo, cuando ésta tiene la posesión legal del sitio), dicho lugar está claramente a disposición de la empresa. Éste también será el caso cuando a una empresa se le permite utilizar un determinado lugar que pertenece a otra empresa o cuyo uso comparten varias empresas, y ejerce su actividad empresarial en dicho lugar de forma continua durante un período de tiempo prolongado. Éste no será el caso, sin embargo, cuando la presencia de la empresa en ese lugar sea tan intermitente o incidental que no pueda considerarse que el lugar es un lugar de negocios de la empresa (por ejemplo, cuando los empleados de una empresa tengan acceso a las instalaciones de empresas asociadas que visitan a menudo, pero en las que no trabajan durante un período de tiempo prolongado). Cuando una empresa no tiene derecho a estar presente en un lugar y, de hecho, no utiliza ese lugar por sí misma, claramente ese lugar no está a disposición de la

empresa; así, por ejemplo, no puede considerarse que una fábrica, que es propiedad de un proveedor o un contratista quien la utiliza con exclusividad, se encuentra a disposición de una empresa que recibe los bienes producidos en esa fábrica por el mero hecho de que todos esos bienes vayan a utilizarse en el marco de la actividad de esa empresa (véanse también los párrafos 65, 66 y 121 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita más abajo en los párrafos 58 y 78*]). También es importante recordar que aun si un determinado lugar es un lugar de negocios a través del que una empresa desarrolla parte de su actividad, este lugar no se considerará como un establecimiento permanente si resulta de aplicación el apartado 4 respecto de las actividades desarrolladas en ese lugar.

5. Una minoría de los miembros indicó no estar de acuerdo con las oraciones sexta y séptima del párrafo 12 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado anteriormente.³⁵ Estos miembros señalaron la dificultad de establecer qué tan intermitente debería resultar una presencia en un lugar para considerarlo como un lugar de negocios. Esto dependerá de los hechos y circunstancias de cada caso. Para estos miembros, el análisis de la disposición debería apuntar a si la presencia en ese lugar permite contribuir a los intereses del negocio de la empresa en vez de evaluar su duración o si es continua o intermitente.

6. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que ofrece ejemplos adicionales que ilustran la aplicación de los principios previstos en el párrafo 12 de esos Comentarios, resulta aplicable al Artículo 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido a los fines de ofrecer explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas de este Modelo):

13. Estos principios se encuentran ilustrados a través de los siguientes ejemplos adicionales en los que representantes de una empresa están presentes en los locales de otra empresa.

35 La decisión de incluir esta posición minoritaria en los Comentarios se adoptó durante la vigésima primera sesión del Comité, llevada a cabo en octubre de 2020.

14. Un primer ejemplo es aquél de un vendedor que visita regularmente a un cliente importante para levantar pedidos y, para ello, se reúne con el gerente de abastecimiento en la oficina de este último. En este caso, las instalaciones del cliente no se encuentran a disposición de la empresa para la cual trabaja el vendedor y, por lo tanto, no constituye un lugar de negocios a través del cual las actividades empresariales de esta última se llevan a cabo (dependiendo de las circunstancias, sin embargo, el apartado 5 [o 6] podría resultar de aplicación para presumir la existencia de un establecimiento permanente).

15. Un segundo ejemplo es aquél en el que un empleado de una sociedad es autorizado, por un largo período de tiempo, a utilizar una oficina en las oficinas centrales de otra sociedad (por ejemplo, una subsidiaria recientemente adquirida) a los fines de asegurar que esta última sociedad cumpla con las obligaciones incurridas en el marco de los contratos celebrados con la primera sociedad. En ese caso, el empleado lleva a cabo actividades vinculadas con los negocios de la primera sociedad y las oficina que está a su disposición en las oficinas centrales de la otra sociedad constituirán un establecimiento permanente de su empleador, en la medida que la oficina se encuentre a su disposición por un período de tiempo prolongado de modo tal de constituir un “lugar fijo de negocios” (véanse los párrafos 28 a 34 [del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita más abajo en los párrafos 11 y 13]) y las actividades que allí se efectúan excedan aquéllas a las que se refiere el apartado 4 del artículo.

16. Un tercer ejemplo es el de una empresa de transporte terrestre que diariamente, por un número de años, utiliza una plataforma de descarga en el almacén de un cliente a los fines de entregar los bienes adquiridos por ese cliente. En ese caso, la presencia de la empresa de transporte terrestre en la plataforma de descarga sería tan limitada que no se podría considerar que ese lugar se encuentra a su disposición de manera tal de constituir un establecimiento permanente para la empresa.

17. Un cuarto ejemplo es aquél de un pintor que, por dos años, permanece tres días a la semana en un gran edificio de oficinas de su principal cliente. En ese caso, la presencia del pintor el edificio de oficinas, en el que desempeña las funciones más importantes de su negocio (pintar), constituye un establecimiento permanente para el pintor.

18. Si bien parte del negocio de una empresa puede llevarse a cabo en un lugar tal como una oficina situada en el domicilio de una persona

natural, esto no debería llevar automáticamente a la conclusión de que ese lugar está a disposición de la empresa simplemente porque lo utiliza una persona (por ejemplo, un empleado) que trabaja para la empresa. La determinación acerca de si una oficina situada en el domicilio constituye un lugar a disposición de la empresa dependerá de los hechos y circunstancias de cada caso. En muchas ocasiones, el ejercicio de actividades empresariales en el domicilio de una persona (por ejemplo, un empleado) será tan intermitente o incidental que el domicilio no se considerará como un lugar a disposición de la empresa (véase el anterior párrafo 12). Sin embargo, cuando una oficina en el domicilio se utilice de forma continuada para ejercer actividades para una empresa y de los hechos y circunstancias del caso pueda concluirse claramente que la empresa ha solicitado a esa persona a utilizar ese lugar para el ejercicio de la actividad (por ejemplo, no proporcionando una oficina a un empleado en aquellas circunstancias en que la naturaleza del empleo claramente requiere de una oficina),^[36] puede considerarse que la oficina en el domicilio está a disposición de la empresa.

19. Un claro ejemplo de ello sería el de un asesor no-residente que está presente durante un extenso período de tiempo en un determinado Estado en el cual ella lleva a cabo la mayor parte de las actividades empresariales de su propia empresa de consultoría, desde una oficina establecida en su domicilio en ese Estado; en ese caso, esa oficina en su domicilio constituye un lugar a disposición de la empresa. Sin embargo, cuando un trabajador transfronterizo lleva a cabo la mayor parte de su trabajo desde su domicilio situado en un Estado, en vez de hacerlo desde la oficina puesta a su disposición en el otro Estado, no debería considerarse que el domicilio del trabajador está a disposición de la empresa ya que ésta no requiere que el domicilio sea utilizado para sus actividades empresariales.^[37] Debería señalarse, no obstante, que atento a que la gran mayoría de los empleados reside

36 *[El Comité observó, sin embargo, que éste no es el caso cuando el empleador, debido a circunstancias especiales (tal como una pandemia), requiere que sus empleados trabajen desde su hogar en vez de concurrir a las oficinas que normalmente suministra a estos empleados].*

37 *[El mero hecho de que el empleador no exija formalmente al empleado que utilice el domicilio de ese empleado para los fines del negocio del empleador no debería resultar suficiente. Ya sea que si el empleador exige, o no, al empleado que utilice el hogar para sus actividades empresariales, debería determinarse sobre la base de todos los hechos y circunstancias.]*

en el Estado en que su empleador tiene a su disposición uno o más lugares de negocios a los que concurren esos empleados, la cuestión acerca de si una oficina en el domicilio constituye, o no, un lugar a disposición de una empresa se planteará, en la práctica, en pocas ocasiones. Asimismo, las actividades desarrolladas en una oficina en el domicilio tendrán, con frecuencia, un carácter meramente auxiliar, por lo que estarán incluidas dentro de la excepción del apartado 4.

7. Una pequeña minoría de miembros no estuvo de acuerdo con las dos últimas oraciones del párrafo 19 de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE citado anteriormente.³⁸ Su opinión es que ambas afirmaciones no pueden generalizarse, dependiendo de los hechos. Para estos miembros, podría haber modelos de negocios en los que, por varias razones, entre ellas la flexibilidad, los empleados estarían obligados a trabajar predominantemente en sus hogares, a pesar de que el empleador posea varias oficinas en el Estado. En varias de estas situaciones, las actividades desempeñadas desde el hogar no tendrían carácter auxiliar.

8. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que ofrece explicaciones adicionales respecto de la definición incluida en el apartado 1 del Artículo, resulta aplicable al Artículo 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido a los fines de ofrecer explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas de este Modelo):

20. A la expresión “a través del cual” se le debe atribuir un significado amplio de manera tal que apliquen a cualquier situación en la que las actividades empresariales se efectúen en una ubicación particular que, a tales fines, se encuentre a disposición de la empresa. Así, por ejemplo, se considerará que una empresa, involucrada en la pavimentación de una carretera, realiza sus negocios “a través” de la ubicación en la que sus actividades tienen lugar.

38 La decisión de incluir esta posición minoritaria en los Comentarios se adoptó durante la vigésima primera sesión del Comité, llevada a cabo en octubre de 2020.

21. De acuerdo con la definición, el lugar de negocios tiene que ser “fijo”. Así, en términos generales, tiene que haber un vínculo entre el lugar de negocios y un determinado punto geográfico. Resulta irrelevante cuánto tiempo una empresa de un Estado Contratante opera en el otro Estado Contratante si no lo hace en un lugar distintivo; no obstante, ello no significa que el equipo que constituye el lugar de negocios deba estar efectivamente fijado al suelo en el cual se encuentra. Resulta suficiente que el equipo permanezca en un lugar en particular (pero véase más abajo el párrafo 57 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 30*]).

22. Cuando la naturaleza de las actividades desempeñadas por una empresa sea tal que esas actividades a menudo se desplacen entre ubicaciones vecinas, puede resultar difícil determinar la existencia de un único “lugar de negocios” (por supuesto, si se emplean dos lugares de negocios y se cumplen los restantes requisitos del Artículo 5, la empresa tendrá dos establecimientos permanentes). Tal como se reconoce más abajo en los párrafos 51 y 57 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita más abajo en los párrafos 26 y 30*], se considera que existe un único lugar de negocios cuando, a la luz de la naturaleza del negocio, se puede identificar que una ubicación en particular, dentro de la cual se desplazan las actividades, constituye un todo coherente, desde un punto de vista comercial y geográfico, con relación a ese negocio.

23. Este principio puede ilustrarse mediante ejemplos. Una mina claramente constituye un único lugar de negocios, aunque las actividades empresariales se desplacen desde un punto a otro dentro de una gran mina, toda vez que constituye una sola unidad desde un punto de vista geográfico y comercial, en lo que concierne a la actividad minera. De manera similar, puede considerarse que un “complejo de oficinas”, dentro del cual una firma consultora regularmente alquila diferentes oficinas, resulta un único lugar de negocios de esa firma dado que, en ese caso, el edificio constituye un todo geográfico y, para la firma consultora, el complejo es un mismo lugar de negocios. Por la misma razón, un paseo peatonal, mercado al aire libre, o feria, en cuyas diferentes partes un comerciante regularmente instala su puesto, representa un único lugar de negocios para ese comerciante.

9. Los Comentarios al apartado 1 del Artículo 5 del Modelo de Convenio de la OCDE de 2017 incluyen algunos ejemplos relacionados con la prestación de servicios. Mientras el Comité considera que los

siguientes párrafos 24 y 25 de tales Comentarios resultan aplicables con respecto al apartado 1 del Artículo 5 de este Modelo, el Comité señala que el subapartado (b) del apartado 3 del Artículo 5 de este Modelo contiene una disposición específica con respecto a la prestación de servicios, por parte de una empresa, a través de sus empleados o personal contratado a tal efecto. En la práctica, por lo tanto, los puntos expresados en los siguientes párrafos de los Comentarios de la OCDE (junto a otras partes de los Comentarios al apartado 1 del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE) pueden resultar de menor relevancia, para el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, que en su contexto original.

24. Contrariamente, cuando no hay coherencia comercial, el hecho de que las actividades puedan llevarse a cabo dentro de un área geográfica limitada no deberá considerarse que esa área constituye un único lugar de negocios. Por ejemplo, cuando un pintor trabaja de manera sucesiva en el marco de una serie de contratos inconexos para un número de clientes no relacionados entre sí, en un mismo edificio de oficinas, de manera tal que no pueda decirse que constituye un único proyecto para repintar el edificio, éste no deberá considerarse como un único lugar de negocios a los fines de ese trabajo. Sin embargo, en el caso diferente en que un pintor que, bajo un mismo contrato, lleva a cabo su trabajo a lo largo de un edificio para un mismo cliente, se entenderá que se trata de un único proyecto para el pintor y el edificio, en su conjunto, puede considerarse como un único lugar de negocios a los fines de ese trabajo dado que constituye un conjunto con coherencia comercial y geográfica.

25. Por el contrario, puede que no exista coherencia geográfica para que un área pueda considerarse un único lugar de negocios, aun cuando en ella se llevan a cabo actividades como parte de un mismo proyecto que constituye un todo desde un punto de vista comercial. Por ejemplo, cuando un consultor trabaja en diferentes sucursales en locales separados entre sí, en el marco de un mismo proyecto para entrenar a los empleados de un banco, debería considerarse separadamente cada sucursal. Sin embargo, se considerará que el consultor permanece en el mismo lugar de negocios si se desplaza desde una oficina a otra dentro de la misma sucursal. La misma ubicación de la sucursal posee coherencia geográfica, la cual está ausente en el caso en que el consultor se desplaza entre las sucursales situadas en diferentes ubicaciones.

10. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que aborda la aplicación del Artículo 5 a un buque, también resulta aplicable al apartado 1 del Artículo 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido a los fines de ofrecer explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas de este Modelo):

26. Un buque que navega en aguas internacionales o entre uno o más Estados no está fijo y, por tanto, no constituye un lugar fijo de negocios (salvo que la explotación del buque se limite a una zona en particular que tenga coherencia comercial y geográfica). Las actividades empresariales ejercidas a bordo de dicho buque, tal como la operación de una tienda o de un restaurante, deben tratarse de la misma forma a los fines de determinar si resulta aplicable el apartado 1 (los apartados [3,] 5 [y 6] podrían aplicarse, no obstante, a algunas de estas actividades, por ejemplo, si se celebran contratos cuando esas tiendas o restaurantes son operados en un Estado).

11. El Comité también considera que los párrafos 28 a 31 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que aborda el aspecto temporal del término “fijo” contemplada en el apartado 1 del Artículo, resultan aplicables al apartado 1 del Artículo 5 de este Modelo, mientras reconoce que tales situaciones excepcionales no siempre se darán en la práctica, y que debería prestarse especial atención cuando se confíe en estos apartados como aplicables en un caso real:

28. Toda vez que el lugar de negocios debe ser fijo, se desprende que puede presumirse que existe un establecimiento permanente solo si el lugar de negocios posee cierto grado de permanencia, por ejemplo, si no es de naturaleza meramente temporal. Un lugar de negocios puede, sin embargo, constituir un establecimiento permanente, aunque exista en la práctica solo por un período de tiempo muy breve, en virtud de que la naturaleza del negocio es tal que solo se llevará a cabo durante ese breve período de tiempo. Resulta a veces difícil determinar si éste es el caso. Habida cuenta de que no ha resultado consistente la práctica adoptada por países miembros, en lo que se refiere al período de tiempo requerido, la experiencia ha demostrado que normalmente no se ha considerado que los establecimientos

permanentes existen en situaciones en las que los negocios se han llevado a cabo en un país a través de un lugar fijo de negocios que se mantuvo por menos de seis meses (por el contrario, en la práctica se han observado varios casos en los que se consideró la existencia de un establecimiento permanente cuando los lugares de negocios se mantuvieron por un período que excede seis meses).

29. Una excepción a esta práctica general han sido las actividades de naturaleza recurrente; en tales casos, cada período de tiempo durante el cual se utilizó el lugar debe considerarse en combinación con la cantidad de veces durante las cuales ese lugar se utilizó (lo cual puede extenderse a lo largo de varios años). Esa excepción se ilustra mediante el siguiente ejemplo. Una empresa del Estado R lleva a cabo operaciones de perforación en un lugar remoto del Estado S en el Ártico. Las condiciones estacionales en ese lugar impiden desarrollar dichas operaciones durante más de tres meses al año, pero lo previsto es que éstas duren cinco años. En ese caso, dada la naturaleza de las operaciones propias del negocio en ese lugar, podría considerarse que se cumple el requisito temporal para la existencia de un establecimiento permanente debido a la naturaleza recurrente de la actividad con independencia de que cada presencia continuada sea inferior a seis meses; el requisito temporal se podría cumplir, de manera similar, en el caso de períodos recurrentes más cortos, circunstancia que vendría determinada por la naturaleza específica del negocio de que se trate.

30. Otra excepción a esta práctica general se da cuando las actividades constituyen un negocio que se llevó a cabo exclusivamente en ese país; en esta situación, el negocio puede tener una corta duración en atención a su naturaleza, pero habida cuenta de que ha sido plenamente llevada a cabo en ese país, su vínculo con éste resulta más fuerte. Esta excepción se ilustra con el siguiente ejemplo. Una persona natural residente del Estado R ha tenido conocimiento de que se va a rodar un documental televisivo en un pueblo remoto del Estado S, donde sus padres todavía disponen de una amplia casa. El documental requerirá la presencia en ese pueblo de unos cuantos actores y técnicos durante un periodo de cuatro meses. Dicha persona acuerda contractualmente con el productor del documental prestar un servicio de abastecimiento de comida a los actores y técnicos durante ese período de cuatro meses y, en cumplimiento del contrato, esa persona utiliza la casa de sus padres como restaurante, que ella gestiona durante ese período como única propietaria (*sole proprietorship*). Éstas son las únicas actividades empresariales que esa persona desarrolla y la

empresa termina luego de ese periodo; el restaurante será, por lo tanto, el único lugar en donde se desarrollará, íntegramente, el negocio de esa empresa. En ese caso, se podría considerar que se cumple el requisito temporal para la existencia de un establecimiento permanente toda vez que el restaurante es operado durante toda la existencia de esa actividad empresarial en particular. Sin embargo, la situación sería distinta si una sociedad residente del Estado R, que opera varias instalaciones de abastecimiento de comida en el Estado R, operara un restaurante en el Estado S durante el período de cuatro meses en que se produce un documental. En ese caso, la actividad empresarial de la sociedad, que se lleva a cabo permanentemente en el Estado R, solo se estaría desarrollando en el Estado S de forma temporal.

31. Para facilitar su administración, los países pueden desear contemplar las prácticas reflejadas en los párrafos 28 a 30 cuando existan desacuerdos con respecto a si un determinado lugar de negocios que solo existe por un corto período de tiempo constituye un establecimiento permanente.

12. Una minoría de los miembros indicó no estar de acuerdo con las dos últimas oraciones del párrafo 30 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado antes, porque consideró que la operación de instalaciones para el abastecimiento de comida en ese ejemplo cumple el requisito temporal para constituir un establecimiento permanente.³⁹ Para esos miembros, la excepción al requisito de la duración resulta aplicable dependiendo de la naturaleza específica del negocio con independencia del hecho de que ese negocio se lleva a cabo exclusivamente en el Estado de la fuente; si el negocio (el restaurante en el ejemplo) también se desarrolla en algún otro país, ello no es razón suficiente para que no resulte aplicable la excepción. Estos miembros consideran que la excepción resulta aplicable dependiendo de la naturaleza específica del negocio y, por lo tanto, sería incorrecto aseverar que, si el negocio no se desarrolla exclusivamente en el Estado de la fuente, no se cumple con el requisito de la duración.

13. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017,

39 La decisión de incluir esta posición minoritaria en los Comentarios se adoptó durante la vigésima primera sesión del Comité, llevada a cabo en octubre de 2020.

que brinda explicaciones adicionales con relación al aspecto temporal del término “fijo” contenido en el apartado 1 del Artículo, también resulta aplicable al apartado 1 del Artículo 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido a los fines de ofrecer explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas de este Modelo):

32. Como se menciona en los párrafos 44 y 55 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], las interrupciones temporales de las actividades no implican que un establecimiento permanente deje de existir. Del mismo modo, como se expone en el párrafo [29 *del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], cuando un determinado lugar de negocios se utiliza únicamente durante períodos muy cortos, pero esta utilización ocurre regularmente a lo largo de períodos prolongados, no debería considerarse que el lugar de negocios sea de naturaleza meramente temporal.

33. Además, puede ocurrir que un lugar de negocios en particular se utilice durante períodos muy cortos para un cierto número de negocios similares llevados a cabo por una misma persona o por varias personas relacionadas entre sí, en un intento de evitar que se considere que cada uno de los negocios individuales ha utilizado ese lugar más que con fines meramente temporales. También son válidas para este tipo de situaciones las observaciones contenidas en los párrafos 52 y 53 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*] acerca de los acuerdos con los que se podría abusar del período de [seis] meses que establece el apartado 3.

34. Cuando un lugar de negocios que, desde un comienzo, se concibió para ser utilizado durante un período lo suficientemente corto como para no ser considerado un establecimiento permanente, pero que, de hecho, se mantiene durante un período cuya duración ya no permite atribuirle un carácter temporal, pasará a convertirse en un lugar fijo de negocios y, por lo tanto —retroactivamente— en un establecimiento permanente. Un lugar de negocios puede constituir, asimismo, un establecimiento permanente desde su inicio, aunque en la práctica haya existido durante un período muy breve, si debido a circunstancias especiales (por ejemplo, el fallecimiento del contribuyente o el fracaso de las inversiones) tuvo que liquidarse prematuramente.

35. Para que un lugar de negocios constituya un establecimiento permanente, la empresa que lo utiliza debe realizar sus actividades, en todo o en parte, a través de él. Como se ha indicado antes en el apartado [7 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017], no es necesario que la actividad tenga un carácter productivo. Además, la actividad no tiene que ser permanente en el sentido de que no se interrumpa, si bien debe realizarse de una manera regular.

14. El Comité considera también que la siguiente parte del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que principalmente aborda el arrendamiento de la propiedad, resulta aplicable al apartado 1 del Artículo 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido a los fines de reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas de este Modelo). Sin embargo, advierte que cuando el arrendador de equipo industrial, comercial o científico también suministra personal para operar, mantener dicho equipo luego de su instalación, tales actividades podrían constituir un establecimiento permanente en virtud de las disposiciones del subapartado (b) del apartado 3 del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas:

36. Cuando una empresa de un Estado Contratante alquila o arrienda, a terceros, activos tangibles tales como instalaciones, equipos industriales, comerciales o científicos, edificios, o activos intangibles tales como patentes, procedimientos o activos similares, a través de un lugar fijo de negocios del que dispone en el otro Estado, esta actividad conferirá, en términos generales, al lugar de negocios el carácter de establecimiento permanente. Lo mismo sucede si se ponen capitales a disposición de terceros por medio de un lugar fijo de negocios. Si una empresa de un Estado Alquila o arrienda instalaciones, equipos industriales, comerciales o científicos, edificios o bienes intangibles a una empresa del otro Estado sin disponer de un lugar fijo de negocios en ese otro Estado para dicha actividad de arrendamiento o alquiler, las instalaciones, equipos industriales, comerciales o científicos, los edificios o los activos intangibles cedidos no constituirán, por sí solos, un establecimiento permanente del arrendador, siempre que el contrato se limite al simple arrendamiento del equipo, etc. Seguirá siendo el caso, aun cuando, por ejemplo, tras la instalación, el

arrendador proporcione personal para operar el equipo, en la medida que la responsabilidad de dicho personal solo se limite a la operación o mantenimiento del citado equipo industrial, comercial o científico bajo la dirección, responsabilidad y control del arrendatario. Si la responsabilidad del personal es más amplia, por ejemplo, si participa en las decisiones relativas al trabajo para el que se emplea el equipo o si maneja, repara, inspecciona o mantiene el equipo bajo la responsabilidad y el control del arrendador, la actividad de este último puede exceder el simple arrendamiento de equipos industriales, comerciales o científicos y constituir una actividad empresarial. En tal caso podrá considerarse que existe un establecimiento permanente si se cumple con el criterio de permanencia. Cuando dichas actividades se vinculen con, o tengan un carácter similar a, las mencionadas en el apartado 3, resulta de aplicación el plazo de *[seis]* meses. Otros casos deberán resolverse en función de las circunstancias.

15. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que aborda la interpretación de la expresión “a través del cual una empresa lleva a cabo, total o parcialmente, su actividad”, resulta aplicable al apartado 1 del Artículo 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido a los fines de ofrecer explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas de este Modelo):

39. Existen diversas formas en las que una empresa puede ejercer su actividad. En la mayoría de los casos, es el empresario o las personas con una relación laboral con la empresa (el personal) quienes realizan la actividad empresarial. Este personal incluye a los empleados y otras personas que reciban instrucciones de la empresa (por ejemplo, los agentes dependientes). Las facultades de las que dispongan estas personas en su relación con terceros son irrelevantes. Es indiferente que el agente dependiente esté o no autorizado para firmar contratos si trabaja en el lugar fijo de negocios de la empresa (véase el párrafo 100 *[del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en apartado 5 del Comentario al Artículo 15 de este Modelo]*). No obstante, como se explica en el párrafo 8.11 del Comentario al Artículo 15 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en apartado 5 del Comentario al Artículo 15 de este Modelo]*, puede haber casos en los

que las personas naturales que estén formalmente empleadas por una empresa ejerzan, en realidad, la actividad de otra empresa y en los que, por lo tanto, no deba considerarse que la primera empresa ejerce su propia actividad en el lugar en el que dichas personas naturales desarrollen su trabajo. En el marco de los grupos multinacionales, resulta relativamente frecuente que los empleados de una sociedad secunden temporalmente a otra sociedad del grupo y que realicen actividades claramente enmarcadas en la actividad de esta otra sociedad. En tales casos, razones de índole administrativa (por ejemplo, la necesidad de conservar derechos de antigüedad o de pensión) impidan modificar el contrato de trabajo. El análisis descrito en los párrafos 8.13 a 8.15 del Comentario al Artículo 15 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en apartado 5 del Comentario al Artículo 15 de este Modelo*] resultará pertinente a los efectos de distinguir estos casos de otros en los que los empleados de una empresa extranjera lleven a cabo las actividades propias del negocio de esa empresa.

40. Una empresa también puede ejercer su actividad a través de subcontratistas, que intervengan solos o junto a los empleados de la empresa. En ese caso, solo se determinará la existencia de un establecimiento permanente para la empresa cuando se cumplan las restantes condiciones del Artículo 5 (esto, no obstante, no aborda la cuestión distinta referida a la porción de los beneficios que resulta atribuible a dicho establecimiento permanente). En el contexto del apartado 1, la existencia de un establecimiento permanente en estas circunstancias requerirá que los subcontratistas lleven a cabo el trabajo de la empresa en un lugar fijo de negocios que esté a disposición de la empresa. Para determinar si un lugar fijo de negocios en el que los subcontratistas llevan a cabo el trabajo de una empresa se encuentra a disposición de esa empresa deberá recurrirse a la interpretación contenida en el párrafo 12 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]; sin embargo, en ausencia de empleados de la empresa, será necesario demostrar que ese lugar está a disposición de la empresa sobre la base de otros factores que prueben que la empresa manifiestamente está efectivamente facultado para utilizar ese sitio, por ejemplo porque la empresa es titular o tiene la posesión legal de ese sitio y controla el acceso a él y su utilización. El párrafo 54 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*] ilustra esta situación en el caso de una obra en construcción; esto podría también ocurrir en otras circunstancias. Podría citarse como ejemplo el caso de una empresa, titular de un pequeño hotel cuyas habitaciones alquila a través de Internet,

que ha subcontratado la operación *in situ* del hotel a una sociedad a la que remunera sobre la base de los costes más un margen.

41. También, puede existir un establecimiento permanente cuando las actividades de la empresa se realizan principalmente mediante equipo automatizado y la actividad del personal se limita a la instalación, manejo, control y mantenimiento de ese equipo. Por lo tanto, que las máquinas de juego, expendedoras y otras similares, instaladas por una empresa de un Estado en el otro Estado constituyan o no un establecimiento permanente dependerá de que la empresa realice o no una actividad empresarial además de la instalación inicial de las máquinas. No existe un establecimiento permanente si la empresa meramente instala las máquinas y luego las cede en arrendamiento a otras empresas. Sin embargo, puede existir un establecimiento permanente si la empresa que instala las máquinas también las explota y mantiene por su propia cuenta. Este criterio es igualmente aplicable si las máquinas las explota y mantiene un agente dependiente de la empresa.

42. A partir de la definición de “empresa de un Estado Contratante” contenida en el Artículo 3, se deduce que este término, tal como se utiliza en el Artículo 7, así como el término “empresa” utilizado en el Artículo 5, se refieren a cualquier forma de empresa realizada por un residente de un Estado Contratante, con independencia de que esta empresa haya sido legalmente establecida bajo la forma de una sociedad, asociación de personas (*partnership*), propietario único (*sole proprietorship*) u otra forma legal. Puede ocurrir que empresas distintas colaboren en un mismo proyecto y la respuesta a la cuestión de si su colaboración constituye una empresa separada (por ejemplo, en forma de asociación de personas) dependerá de los hechos y de la legislación interna de cada Estado. Claramente, si dos personas, cada una de las cuales lleva a cabo una empresa separada, deciden formar una sociedad de la cual estas personas sean accionistas, la sociedad constituye una persona jurídica que ejercerá lo que pasa a ser una empresa distinta. Sin embargo, con frecuencia ocurrirá que empresas diferentes simplemente acuerden desarrollar cada una de ellas una parte distinta de un mismo proyecto y que estas empresas no desarrollen conjuntamente una actividad empresarial, que no compartan los beneficios que de ella se deriven y que no sean responsables por las actividades de una y otra con relación a ese proyecto aunque puedan compartir el resultado global del proyecto o la contraprestación por las actividades que se desarrollarán en el marco de ese proyecto. En tal caso, será difícil considerar que se ha creado una empresa distinta. Aun cuando en

muchos países un acuerdo de esta naturaleza constituiría un “proyecto conjunto” (*joint venture*), el significado de este término depende de la legislación interna y, por lo tanto, es posible que, en algunos países, el término “proyecto conjunto” haga referencia a una empresa distinta.

43. En el caso de una empresa que adopta la forma de una asociación de personas (*partnership*) fiscalmente transparente, la empresa es llevada a cabo por cada socio y, respecto de la participación de cada socio en los beneficios, se considerará que se trata de una empresa de cada Estado Contratante en el cual sus socios residan. Si tal asociación de personas posee un establecimiento permanente en un Estado Contratante, la porción correspondiente a cada socio respecto de los beneficios atribuibles al establecimiento permanente, por lo tanto, consistirá, a los efectos del Artículo 7, en beneficios obtenidos por una empresa del Estado Contratante en el cual ese socio sea residente (véase también a continuación el párrafo 56 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]).

44. Un establecimiento permanente comienza a existir desde el momento en que la empresa comienza su actividad a través de un lugar fijo de negocios. Este es el caso desde que la empresa prepara, en el lugar de negocios, la actividad para la que este lugar de negocios ha de servir de manera permanente. El período durante el cual la empresa instala el propio lugar de negocios no debe computarse en la medida en que esta actividad difiera sustancialmente de aquella para la que vaya a servir permanentemente dicho lugar de negocios. El establecimiento permanente dejará de existir con la enajenación del lugar fijo de negocios o con el cese de las actividades realizadas a través suyo; esto es, cuando finalicen todos los actos y medidas vinculadas a las actividades previas del establecimiento permanente (conclusión de las operaciones empresariales corrientes, mantenimiento y reparación de las instalaciones). Sin embargo, una interrupción temporal de las operaciones no puede considerarse como cierre. Si el lugar fijo de negocios se cede en arrendamiento a otra empresa, normalmente solo servirá a las actividades de esa empresa y no a las del arrendador; por lo general, el establecimiento permanente del arrendador dejará de existir, salvo que continúe realizando una actividad empresarial propia a través del lugar fijo de negocios.

Apartado 2

16. El apartado 2, que reproduce el apartado 2 del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, brinda ejemplos de

lugares que, a menudo, constituyen un establecimiento permanente. Sin embargo, la disposición no es autónoma. Aunque en el apartado 2 se indica que las oficinas, fábricas, etcétera, son tipos comunes de establecimientos permanentes, cuando se observan las operaciones de una empresa en particular, éstas deben, además, cumplir con los requisitos del apartado 1. Por consiguiente, el apartado 2 simplemente brinda una indicación de que bien puede existir un establecimiento permanente; pero no estipula que éste necesariamente exista. Esta es también la posición adoptada en el párrafo 45 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, en los que se prevé que los Estados interpretarán los términos listados en el apartado 2 “en forma tal que esos lugares de negocios constituyen establecimientos permanentes solo si cumplen con los requisitos del apartado 1”.

17. Los países en desarrollo frecuentemente desean ampliar el alcance de la expresión “establecimiento permanente”, y algunos creen que un depósito debería incluirse entre los ejemplos especificados en el apartado 2. Sin embargo, la eliminación del término “entrega” entre las actividades excluidas descritas en los subapartados (a) y (b) del apartado 4 significa que un “depósito” utilizado para cualquier propósito es (siempre que se cumplan las condiciones del apartado 1, un establecimiento permanente de conformidad con los principios generales del Artículo.

18. En el párrafo 46 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 se señala que la expresión “sede de dirección” se menciona expresamente porque no es necesariamente una “oficina” y que “cuando las legislaciones de los dos Estados Contratantes no consideren que el concepto ‘sede de dirección’ fuere distinto del de ‘oficina’, no habrá necesidad de incluir al primero en su convenio bilateral”.

19. Con relación con el subapartado (f) del apartado 2, que establece que la expresión “establecimiento permanente” incluye las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales, el párrafo 47 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 señalan que “la expresión ‘cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales’ debería interpretarse en sentido amplio” para incluir,

por ejemplo, todos los lugares de extracción de hidrocarburos, tanto en tierra como en el mar. Como el subapartado (f) no menciona la exploración de recursos naturales, ya sea en tierra o en el mar, la cuestión acerca de si esas actividades de exploración se realizan por medio de un establecimiento permanente se registrará por el apartado 1. La siguiente parte del párrafo 48 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 indica que los Estados pueden desear abordar bilateralmente la cuestión relativa a las actividades de exploración:

48. [...] No obstante, dado que no ha sido posible adoptar una posición común respecto de las cuestiones básicas de la atribución de facultades de imposición y de la calificación de la renta procedente de las actividades de exploración, los Estados Contratantes pueden acordar la inclusión de disposiciones específicas. Pueden convenir, por ejemplo, que una empresa de un Estado Contratante, por lo que respecta a las actividades de exploración de recursos naturales en un lugar o un área del otro Estado Contratante:

- a) se considere que no tiene un establecimiento permanente en ese otro Estado; o
- b) se considere que realiza tales actividades mediante un establecimiento permanente en ese otro Estado; o
- c) se considere que realiza tales actividades mediante un establecimiento permanente en ese otro Estado si la duración de esas actividades excede de un período determinado.

Los Estados Contratantes pueden, asimismo, acordar el sometimiento de la renta de tales actividades a cualquier otra regla.

20. Como se mencionará más adelante, la expresión “cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales” que figura en el subapartado (f) debería interpretarse en sentido amplio. Algunos han sostenido que, a ese efecto, se podría considerar que una embarcación de pesca es un lugar de extracción o explotación de recursos naturales, dado que los peces constituyen recursos naturales. En su análisis, aunque es verdad que todos los lugares o aparatos considerados “establecimientos permanentes” en los subapartados (a) a (e) del apartado 2 tienen cierto grado de permanencia o constituyen “propiedad inmueble”, las embarcaciones de pesca se pueden considerar como un lugar utilizado para la extracción de recursos naturales, lo que puede no necesariamente significar solo los minerales incorporados a la tierra. Según

esta opinión, las embarcaciones de pesca se pueden comparar con las plataformas móviles de perforación que se usan en las operaciones de perforación frente a las costas para acceder al petróleo o gas. Cuando esas embarcaciones de pesca se usen en aguas territoriales o en la zona económica exclusiva del Estado costero, sus actividades constituirían un establecimiento permanente situado en ese Estado. Sin embargo, otros opinan que esa interpretación se presta a objeciones al constituir una lectura demasiado amplia de la expresión “establecimiento permanente” y del texto natural del subapartado. En consecuencia, en su opinión, cualquier Estado Contratante que trate de fomentar esa posición respecto de las actividades de pesca deben mencionarlo explícitamente incorporándola como una categoría nueva y distinta de la lista que contiene este Artículo. Por consiguiente, la interpretación acerca de la naturaleza de esta actividad ha quedado librada a las negociaciones entre los Estados Contratantes de modo que, por ejemplo, los países que piensan que una embarcación de pesca puede constituir un establecimiento permanente podrían optar por manifestarlo expresamente en este Artículo, por ejemplo, con arreglo al criterio descrito en el párrafo 33 de este Comentario. Por ello, la interpretación acerca de la naturaleza de esta actividad debería quedar establecida en las negociaciones entre los Estados Contratantes.

Apartado 3

21. Este apartado abarca una serie de actividades más amplia que el apartado 3 del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, el cual establece, “una obra en construcción o un proyecto de instalación constituye un establecimiento permanente solo si dura más de doce meses”. Además de la expresión “proyecto de instalación”, utilizada en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, el subapartado (a) del apartado 3 del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas incluye un “proyecto de montaje” así como las “actividades de supervisión” en relación con “una obra en construcción o un proyecto de montaje o instalación”. Otra diferencia es que mientras el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE utiliza un plazo de 12 meses, el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reduce la duración mínima a seis meses. En casos especiales, este período de seis meses podría reducirse en negociaciones bilaterales a no menos de tres meses. El Comité observa que existen

diferentes opiniones en cuanto a si el subapartado (a) del apartado 3 es una disposición “autónoma” (de modo tal que no requiere recurrir al apartado 1) o si (por el contrario) solo las obras en construcción y similares que cumplan el criterio del apartado 1 constituirían establecimientos permanentes, sujeto a la existencia del requisito relativo al período de seis meses. No obstante, el Comité considera que, si una obra en construcción existe durante seis meses, en la práctica además cumplirá, casi invariablemente, con los requisitos del apartado 1. De hecho, una empresa que posea una obra en construcción, etcétera, a su disposición, a través del cual lleve a cabo, total o parcialmente, su actividad, también cumplirá con el criterio del apartado 1.

22. Algunos países son partidarios de una versión más elaborada del subapartado (a) del apartado 3, que haría extensivo el alcance de la disposición a la situación en que “tal proyecto o actividad, que resulte incidental a la venta de maquinaria o equipo, continúe durante un período que no exceda de seis meses y las cargas que deban pagarse por el proyecto o actividad excedan del 10 por ciento del precio de venta de la maquinaria o equipo”. Otros países estiman que esa disposición no resultaría adecuada, en particular si la maquinaria fuera instalada por una empresa distinta de la que efectúa los trabajos de construcción.

23. El subapartado (b) del apartado 3 se refiere a la provisión de servicios, incluidos los servicios de consultoría, cuya prestación, que por sí misma, no crea un establecimiento permanente en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Muchos países en desarrollo consideran que los servicios de gestión y consultoría deberían estar comprendidos porque la prestación de tales servicios en los países en desarrollo por parte de empresas de países industrializados puede generar amplios beneficios. En la versión 2011 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, el Comité acordó introducir una ligera modificación a la redacción del subapartado (b) del apartado 3, el cual fuera enmendado para que se lea de la siguiente manera: “pero solo si las actividades de esa naturaleza continúan (...) en un Estado Contratante durante un período o períodos que en total excedan de 183 días dentro de cualquier período de 12 meses que comience o finalice en el año fiscal involucrado”, en lugar de decir “pero solo si las actividades de esa naturaleza continúan (...) en un Estado Contratante durante un período o períodos que en total excedan de seis meses, dentro de un período cualquiera de 12 meses” tal como aparecía en la

versión anterior. Se consideró que esto brindaría más coherencia con el criterio adoptado en el subapartado (b) del apartado 1 del Artículo 14.

24. En la versión de 2017, el Comité realizó un cambio mayor al subapartado (b) del apartado 3 a fin de eliminar por completo el texto entre paréntesis “(en relación con el mismo proyecto o con un proyecto conexo)”. Este cambio se analiza con mayor detalle en el párrafo 31 más adelante.

25. Algunos países en desarrollo se oponen a los períodos de seis meses y de 183 días previstos en los subapartados (a) y (b) del apartado 3. Invocan dos razones principales: en primer lugar, sostienen que la construcción, montaje o actividades similares podrían ser, como resultado de la tecnología moderna, de muy corta duración y, aun así, dar lugar a beneficios sustanciales para la empresa; en segundo lugar, y más importante, simplemente consideran que, el período durante el cual el personal extranjero permanezca en el país de la fuente, resulta irrelevante para determinar su derecho a someter a imposición la renta (tal como sucede en el caso de los profesionales del espectáculo del espectáculo y los deportistas en virtud del Artículo 17). Otros países en desarrollo se oponen a un plazo porque podría ser utilizado por las empresas extranjeras para poner en práctica acuerdos artificiales para evadir la imposición en su territorio. Sin embargo, el propósito de los convenios bilaterales es promover el comercio, las inversiones y el desarrollo internacionales, y la razón para la existencia del plazo (de hecho, para la existencia del umbral del establecimiento permanente) es alentar a la comunidad de negocios para que lleve a cabo operaciones preparatorias o auxiliares en otro Estado que faciliten un compromiso posterior de mayor permanencia y sustancia, sin que queden inmediatamente sujetas a imposición en ese Estado.

26. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 resulta aplicable al subapartado (a) del apartado 3 del Artículo 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido a los fines de ofrecer explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas de este Modelo):

49. Este apartado establece expresamente que una obra en construcción [*o un proyecto de montaje o instalación y las actividades de supervisión relacionadas a éstos*] constituye un establecimiento permanente únicamente si su duración excede de [*seis*] meses. Cualquiera de estas actividades que no cumpla con esta condición no constituye, por sí misma, un establecimiento permanente [*en virtud del subapartado (a) del apartado 3 del Artículo 5 de este Modelo*], aun cuando contenga una instalación como, por ejemplo, una oficina o un taller, en los términos del apartado 2, relacionado a la actividad de construcción. Sin embargo, cuando dicha oficina o taller se utilice en varios proyectos de construcción, y las actividades allí realizadas excedan de las mencionadas en el apartado 4, se considerará que constituye un establecimiento permanente si, de alguna otra manera, se cumplen los requisitos previstos en el Artículo, incluso si ninguno de los proyectos entraña una obra en construcción [*o un proyecto de montaje o instalación y las actividades de supervisión relacionadas a éstos*] con una duración superior a [*seis*] meses. En este caso, la situación del taller o de la oficina será, pues, diferente a la de las obras o proyectos, no constituyendo ninguno de ellos un establecimiento permanente [*en virtud del subapartado (a) del apartado 3 del Artículo 5 de este Modelo*], y será importante garantizar que solo se atribuyan al establecimiento permanente, los beneficios debidamente atribuibles a las funciones ejercidas a través de esa oficina o taller, teniendo en cuenta los activos que hayan sido utilizados y los riesgos que hayan sido asumidos a través de esa oficina o taller. Estos beneficios podrán incluir aquellos atribuibles a las funciones ejercidas en relación con las distintas obras en construcción, pero solo en la medida en que dichas funciones se atribuyan correctamente a esa oficina.

50. La expresión “obra en construcción [*, un proyecto de montaje o instalación*]” comprende no solo la construcción de edificios, sino también la de carreteras, puentes o canales, la renovación (que exceda del mero mantenimiento o redecoración) de edificios, carreteras, puentes o canales, el tendido de tuberías, la excavación y el dragado. Además, la expresión “proyecto de instalación” no se limita a una instalación relacionada con un proyecto de construcción; también incluye la instalación de nuevo equipo, tal como una maquinaria compleja, en un edificio ya existente o al aire libre. La planificación y supervisión in situ de la construcción de un edificio quedan comprendidas en el [*subapartado (a) del apartado 3 del Artículo 5 de este Modelo*]. [...]

51. El criterio de los [*seis*] meses se aplica separadamente a cada obra o proyecto. Para determinar la duración de la obra o proyecto,

no se computará el tiempo que el contratista previamente haya dedicado a otras obras o proyectos con los que estos nuevos no guarden ninguna relación. Una obra en construcción deberá considerarse como una unidad independiente, incluso si se basa en varios contratos, siempre y cuando constituya un todo coherente desde el punto de vista comercial y geográfico. Con esta condición, una obra constituirá una unidad independiente incluso si los pedidos hubieren sido realizados por varias personas (por ejemplo, un conjunto de viviendas).

52. El umbral de los *[seis]* meses ha dado lugar a abusos; en ocasiones, las empresas (principalmente contratistas o subcontratistas que operan en la plataforma continental o que se dedican a actividades relacionadas con la exploración y explotación de dicha plataforma) fraccionan los contratos en varias partes, cada una con una duración inferior a *[seis]* meses y asignada a una sociedad diferente que, sin embargo, pertenece al mismo grupo. Además del hecho de que tales abusos pueden, según las circunstancias, caer dentro del ámbito de aplicación de medidas legislativas o judiciales antielusión, estos abusos también pueden abordarse mediante la aplicación de la norma antiabuso, contenida en el apartado 9 del Artículo 29, como muestra el ejemplo J en el párrafo 182 del Comentario al Artículo 29 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en párrafo 35 del Comentario al Artículo 29 de este Modelo y el ejemplo N en el mismo párrafo 35 del Comentario al Artículo 29 de este Modelo]*. No obstante, algunos Estados pueden preferir lidiar expresamente con estos abusos. Asimismo, los Estados que no incluyan el apartado 9 del Artículo 29 en sus convenios tributarios deberían incluir una disposición adicional para abordar la división de contratos. Esa disposición podría, por ejemplo, formularse en los siguientes términos:

Con el único propósito de determinar si se ha superado el periodo de *[seis]* meses, mencionado en el apartado 3,

- (a) cuando una empresa de un Estado Contratante realice actividades en el otro Estado Contratante en un lugar que constituya una obra en construcción o un proyecto de *[montaje o]* instalación *[o actividades de supervisión relacionadas a éstos]*, y esas actividades se lleven a cabo durante uno o más periodos de tiempo que, en conjunto, excedan de 30 días y no superen *[seis]* meses, y
- (b) una o varias empresas estrechamente relacionadas a la empresa mencionada en primer lugar lleven a cabo actividades conexas en la misma obra en construcción, o proyecto de *[montaje o]* instalación *[o actividades de*

supervisión relacionadas a éstos] durante diferentes períodos, cada uno de los cuales exceda de 30 días, esos diferentes períodos de tiempo se sumarán al período durante el cual la empresa mencionada en primer lugar ha realizado actividades en esa obra en construcción o proyecto de [montaje o] instalación [o actividades de supervisión relacionadas a éstos].

El concepto de “empresas estrechamente relacionadas” que se utiliza en esta disposición se encuentra definido en el apartado [9] del Artículo (véanse a continuación los párrafos 119 a 121 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]).

53. Para efectos de la disposición alternativa incluida en el párrafo 52, la determinación acerca de si las actividades resultan conexas dependerá de los hechos y circunstancias de cada caso. Los factores que se incluyen a continuación pueden resultar particularmente relevantes a estos efectos:

- si los contratos que comprenden las distintas actividades fueron celebrados con la misma persona, o con personas relacionadas;
- si la celebración de contratos adicionales con una persona constituye la consecuencia lógica de un contrato previo celebrado con dicha persona o con personas relacionadas;
- si de no mediar consideraciones de planificación fiscal, las actividades hubieran sido objeto de un único contrato;
- si la naturaleza del trabajo del que se trata bajo los distintos contratos es la misma o similar;
- si los mismos empleados realizan las actividades previstas en los distintos contratos.

27. El Comité señala que las medidas orientadas a contrarrestar los abusos se aplicarían igualmente en los casos previstos en el subapartado (b) del apartado 3 del Artículo 5. La norma antidivisión de contratos prevista en el párrafo 52 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 puede modificarse para contrarrestar también los abusos en el ámbito del subapartado (b). Una posibilidad sería la de incluir el siguiente texto inmediatamente después del subapartado (b), el cual se basa en una disposición similar contenida en el convenio de 2016 entre Chile y Japón, pero la cual emplea la fórmula de “empresa estrechamente relacionada” contenida en la disposición del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE:

La duración de las actividades en virtud de los subapartados (a) y (b) se determinarán totalizando los períodos durante los cuales las actividades se llevan a cabo en un Estado Contratante por empresas estrechamente relacionadas, en la medida que las actividades de esas empresas estrechamente relacionadas en ese Estado Contratante resulten conexas a las actividades llevadas a cabo en ese Estado Contratante por sus empresas estrechamente relacionadas. El período durante el cual dos o más empresas estrechamente relacionadas llevan a cabo actividades concurrentes deberá computarse solo una vez a los efectos de determinar la duración de las actividades.

28. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 resulta aplicable al subapartado (a) del apartado 3 del Artículo 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido a los fines de ofrecer explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo). Sin embargo, con relación al párrafo 55 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE citado más abajo, el Comité señala que cuando una empresa emprende un trabajo en una obra en construcción con posterioridad a que se hubiere completado la construcción, sea o no en virtud de una garantía que requiera que la empresa efectúe reparaciones, a los efectos de determinar la existencia de un establecimiento permanente en virtud del subapartado (b) del apartado 3 del Artículo 5 de este Modelo, el período durante el cual ese trabajo se realice debería computarse conjuntamente con el trabajo realizado durante el período de construcción:

54. Una obra existe desde la fecha en que el contratista comienza su actividad, incluyendo los trabajos preparatorios en el país en que va a realizarse la construcción, por ejemplo, si instala una oficina de planificación para la construcción. Si una empresa (contratista general) que ha asumido la ejecución total de un proyecto, subcontrata todo o partes de ese proyecto a otras empresas (subcontratistas), el tiempo transcurrido en la obra en construcción por cada subcontratista que trabaja en ella debe considerarse como tiempo empleado en el proyecto de construcción por el contratista general a los efectos de determinar si éste cuenta con un establecimiento permanente. En ese

caso, debería considerarse que el lugar de la obra está a disposición del contratista general durante el tiempo que, en ese lugar, transcurre cada subcontratista cuando las circunstancias indiquen que, durante ese tiempo, el contratista general tiene, evidentemente, la obra a su disposición; ello, en razón de factores tales como el hecho de que tenga la posesión legal de ese lugar, controle su acceso y uso, y asuma la responsabilidad total de lo que allí ocurra durante ese periodo. El propio subcontratista tiene un establecimiento permanente en la obra si la duración de sus actividades allí excede de *[seis]* meses.

55. Por lo general, una obra en construcción continúa existiendo hasta que el trabajo se complete o se abandona permanentemente. Por lo tanto, el tiempo durante el cual el contratista o el subcontratista verifican la construcción o sus instalaciones, normalmente se incluirá en el período durante el cual exista la obra en construcción. En la práctica, la entrega de la construcción o de las instalaciones al cliente marcará, normalmente, el fin del período de trabajo, siempre que el contratista o el subcontratista no continúen trabajando en el lugar de la obra tras su entrega a los efectos de completar su construcción. No puede considerarse que una obra ha dejado de existir cuando los trabajos se interrumpen temporalmente. Las interrupciones estacionales u otras interrupciones temporales deberían incluirse en la determinación de la duración de la obra. Las interrupciones estacionales incluyen aquéllas debidas al mal tiempo. Las interrupciones temporales podrían estar causadas, entre otras razones, por falta de materiales o dificultades con la mano de obra. Así, por ejemplo, si un contratista comenzó los trabajos de construcción de una carretera el primero de *[julio]*, los interrumpió el primero de noviembre a causa de malas condiciones climáticas o por falta de materiales, pero los reinició el primero de febrero del año siguiente, finalizando la carretera en junio, su proyecto de construcción debería considerarse un establecimiento permanente toda vez que transcurrieron *[once]* meses entre la fecha de comienzo de los primeros trabajos (primero de *[julio]*) y la fecha de terminación de la obra (primero de junio del año siguiente). Los trabajos efectuados en el lugar de una obra una vez que su construcción se ha completado, debido a una garantía que obliga a una empresa a realizar reparaciones no se incluirán, normalmente, en el período de construcción original. No obstante, dependiendo de las circunstancias, puede que haya que tener en cuenta todo trabajo posterior efectuado en el lugar de una obra (incluyendo el realizado en el marco de una garantía) durante un período de tiempo prolongado, a los efectos de determinar si esos trabajos se efectúan a través de un establecimiento permanente distinto. Por ejemplo, si luego de la entrega de un

proyecto de construcción tecnológicamente avanzado, los empleados del contratista o del subcontratista permanecen en el lugar de la obra durante cuatro semanas a los fines de capacitar a los trabajadores del propietario, ese trabajo de capacitación no se considerará como un trabajo efectuado con el objeto completar el proyecto de construcción. El anterior párrafo 52 *[del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el aparte 26 anterior]* aborda las preocupaciones relacionadas con la división de contratos encarada a los efectos de evitar que el trabajo de construcción ulterior se incluya en el proyecto de construcción original.

29. Una pequeña minoría de miembros del Comité indicó no estar de acuerdo con la segunda, tercera y cuarta oraciones finales del párrafo 55 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE citado anteriormente.⁴⁰ De conformidad con estos miembros, contrariamente a lo que se establece en la cuarta oración final del apartado, todo trabajo emprendido en el lugar poco después de que la obra en construcción hubiere finalizado, incluidos los trabajos de reparación efectuados en el marco de una garantía, requiere tomarse en cuenta como parte del período de construcción original para la determinar si existe un establecimiento permanente. Su opinión es la misma respecto de la oración siguiente que excluye un período de capacitación a los empleados luego de la entrega del proyecto. Para estos miembros, un aspecto importante y de relevancia sobre esta cuestión radica en la diferencia entre la formulación del subapartado (a) del apartado 3 del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas y la del apartado 3 del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, debido al hecho de que el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas se refiere a “actividades de supervisión relacionadas a éstos”. Las reparaciones posteriores a la finalización y a la capacitación a los empleados serían, asimismo, parte de las actividades de supervisión.

30. El Comité considera que la siguiente parte de los Comentarios al apartado 3 del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que aborda la aplicación del apartado 3 del artículo

40 La decisión de incluir esta posición minoritaria en los Comentarios se adoptó durante la vigésima primera sesión del Comité, llevada a cabo en octubre de 2020.

en el caso de entidades transparentes y en situaciones en las que se relocalizan las actividades de construcción, también resulta aplicable al subapartado (a) del apartado 3 del Artículo 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido a los fines de ofrecer explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

56. En el caso de asociaciones de personas (*partnerships*) fiscalmente transparentes, el criterio de los [seis] meses se aplica a nivel de la asociación de personas en lo que se refiere a sus propias actividades. Si el período de tiempo transcurrido en la obra por los socios y los empleados de la asociación de personas excede de los [seis] meses, se considerará que la empresa llevada a cabo por la asociación de personas, por lo tanto, tiene un establecimiento permanente. Se considerará, pues, que cada socio tiene un establecimiento permanente a los efectos de la tributación de su participación en los beneficios empresariales generados por la asociación de personas independientemente del tiempo transcurrido por él en la obra. Supongamos, por ejemplo, que un residente del Estado A y un residente del Estado B son socios en una asociación de personas establecida en el Estado B, la cual lleva a cabo sus actividades de construcción en un lugar situado en el Estado C, cuya duración es de 10 meses. Si bien el convenio tributario entre el Estado A y el Estado C resulta idéntico al Modelo de Convenio Tributario de [las Naciones Unidas], el apartado 3 del Artículo 5 del convenio entre el Estado B y el Estado C establece que una obra en construcción constituye un establecimiento permanente únicamente si su duración excede de [12] meses. En ese caso, el umbral temporal de cada convenio se aplicaría a nivel de la asociación de personas, pero únicamente respecto de la parte de los beneficios correspondiente a cada socio que se encuentre comprendida por ese convenio; dado que los convenios prevén umbrales temporales distintos, el Estado C tendrá derecho a gravar aquella parte de los beneficios obtenidos por la asociación de personas atribuible al socio residente del Estado [A], pero [a menos que exista un establecimiento permanente en virtud de otras disposiciones del Artículo 5] no tendrá derecho a gravar la parte atribuible al socio residente del Estado [B]. Esto se desprende del hecho de que mientras que las disposiciones del [subapartado (a) del] apartado 3 de cada convenio se aplican al nivel de la misma empresa (es decir, la asociación de personas, el resultado difiere con respecto a las distintas participaciones en los beneficios de

la asociación de personas en función del umbral temporal previsto en el convenio aplicable a cada participación.

57. La propia naturaleza de un proyecto de construcción o instalación puede obligar al contratista a desplazar su actividad constantemente, o al menos de vez en cuando, a medida que el proyecto avanza. Este sería el caso, por ejemplo, de la construcción de una carretera o de un canal, del dragado de un río o del tendido de tuberías. De forma similar, cuando las partes de una estructura sustancial, tal como una plataforma marítima, se ensamblan en distintos lugares de un país y éstas se remolcan a otro lugar del citado país para su ensamblaje final, estas operaciones se inscriben en el marco de un proyecto único. En tales casos resulta indiferente el hecho de que los trabajadores no estén presentes durante *[seis]* meses en un determinado lugar. Las actividades realizadas en cada lugar particular forman parte de un único proyecto, y éste debe considerarse como un establecimiento permanente si, en su conjunto, dura más de *[seis]* meses.

31. Hasta la actualización del año 2017, el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas contenía la expresión “(en relación con el mismo o con un proyecto conexo)” en el subapartado 3(b). Esta expresión fue eliminada en atención a que la limitación al “proyecto” resultaba de fácil manipulación y creaba dificultades interpretativas y exigencias determinativas de índole fáctica para las autoridades fiscales, lo cual consistía en una carga administrativa indeseada, en particular para los países en desarrollo. Además, desde un punto de vista político, si un no-residente presta servicios en un país por más de 183 días, el involucramiento del no-residente en la vida comercial de ese país evidentemente justifica la imposición en ese país de la renta derivada de tales actividades, con independencia de si los servicios se prestan para un mismo proyecto o para múltiples proyectos. El grado del involucramiento del no-residente en la economía del país de la fuente resulta la misma, sin importar el número de proyectos implicados. Se ha argumentado que los contribuyentes pueden monitorear con mayor facilidad la ubicación de las actividades de sus empleados y de los contratistas independientes sobre la base de un análisis proyecto por proyecto. El requerimiento a las empresas, incluso a las empresas de mayor envergadura con múltiples proyectos, de mantener registros con respecto a los países en los cuales sus empleados y contratistas independientes se encuentran trabajando no resulta indebidamente oneroso o irrazonable — en especial a la luz de los avances tecnológicos.

Sin embargo, los países preocupados con la incertidumbre relacionada a que se acumulen proyectos inconexos, y con la distinción indeseada que ello crea entre, por ejemplo, una empresa con un proyecto de 95 días de duración y otra empresa con dos proyectos inconexos consecutivos, cada uno con una duración de 95 días, pueden agregar la expresión “(en relación con el mismo o con un proyecto conexo)” en el subapartado (b) del apartado 3.

32. En términos generales, el Comité observó que la extensión del ámbito de aplicación del subapartado (b) del apartado 3 implica que la disposición modificada resultará de aplicación en ciertas circunstancias en lugar del Artículo 12A en relación con los honorarios por servicios técnicos.

33. Si los Estados desean tratar como establecimientos permanentes a las embarcaciones de pesca que operan en sus aguas territoriales (véase el anterior párrafo 20), podrían agregar una disposición adecuada al apartado 3, que podría aplicar, por ejemplo, solo a la pesca que excediera de un determinado nivel, o en referencia a algún otro criterio.

34. Si se estima que existe un establecimiento permanente en virtud del apartado 3, solo las utilidades atribuibles a las actividades realizadas a través del establecimiento permanente (y a las actividades que se refieren los apartados 1(b) y (c) del Artículo 7) son gravables en el país fuente.

Texto propuesto como alternativa para los países que deseen suprimir el Artículo 14

35. Algunos países han opinado que debería eliminarse el Artículo 14 y trasladar su ámbito de aplicación a los Artículos 5 y 7. Los países que así opinan, con frecuencia lo hacen porque consideran que el concepto de “base fija” del Artículo 14 contiene incertidumbres ampliamente reconocidas y que se puede adecuar el concepto de “establecimiento permanente” a fin de incorporar los derechos de tributación contenidos en el Artículo 14. Este criterio se expresa en el apartado 2 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, en los términos siguientes:

2. Antes del año 2000, la renta derivada de los servicios profesionales y de otras actividades de carácter independiente se trataban en un Artículo aparte, específicamente, en el Artículo 14. Las disposiciones de este Artículo eran similares a aquéllas aplicables a los beneficios empresariales, pero utilizaba el concepto de base fija y no el de establecimiento permanente, ya que, en un principio, se había considerado que este último concepto debería reservarse a las actividades comerciales e industriales. La eliminación del Artículo 14 en el año 2000 reflejó el hecho de que no se pretendía diferenciar entre el concepto de establecimiento permanente, tal como se lo utilizaba en el Artículo 7, y el de base fija, tal como se lo utilizaba en el Artículo 14, o entre la manera en que se computan los beneficios o se calcula el impuesto de conformidad con la aplicación del Artículo 7 o la del Artículo 14. La eliminación del Artículo 14 implicó, por tanto, que la definición de establecimiento permanente resultara aplicable a lo que previamente constituía una base fija.

36. Muchos países no comparten estas opiniones y no estiman que sean suficientes para justificar la eliminación del Artículo 14. Además, algunos países consideran que existen diferencias de significado entre los conceptos de “base fija” (en el Artículo 14) y de “establecimiento permanente” (en el Artículo 5). Debido a tales diferencias, la eliminación del Artículo 14 y la dependencia en los Artículos 5 y 7 conducirá, o, al menos en la práctica, puede conducir, a una reducción de las facultades de imposición del Estado de la fuente. Considerando las diferencias de opinión en este ámbito, que no podrían superarse mediante una única disposición, el Comité determinó que el Artículo 14 debería mantenerse en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas pero que en estos Comentarios se ofrecería una disposición alternativa, en forma de orientación para los países que desearan eliminar el Artículo 14.

37. Esta alternativa difiere de la proporcionada en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, el cual recogía en sus modificaciones las conclusiones de un informe de la OCDE sobre el Artículo 14 publicado en el año 2000.⁴¹ En ese informe se sugerían ciertos cambios a los

41 Cuestiones relacionadas con el *Artículo 14 de la versión 2015 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*. Reproducido en el Volumen II del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 en la página R(16)-1 disponible en <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-con->

Artículos del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE (y tratados bilaterales) así como consecuentes modificaciones a los Comentarios. Debido a que la mayoría de los países que eliminen el Artículo 14, lo harían por las razones descritas en el informe de la OCDE, y probablemente seguirían las recomendaciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, los cambios a los Artículos propuestos en ese informe, tal como figuran actualmente en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se abordan en los párrafos a continuación relativos a la posible eliminación del Artículo 14. Las diferencias entre ese modo de proceder y el texto alternativo propuesto más abajo, son resultado de las diferencias entre el Artículo 14 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas y el Artículo 14 tal como figuraba anteriormente en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

38. Como la eliminación del Artículo 14 se presenta meramente como una opción que algunos países pueden preferir adoptar, la discusión completa acerca de las implicaciones resultantes de ese modo de proceder se aborda en estos Comentarios al Artículo 5, identificando, incluso, la posibilidad y, en la mayoría de los casos, la necesidad, de realizar ciertos cambios consecuentes que reflejan la eliminación del Artículo 14, la necesidad de eliminar las referencias a “servicios personales independientes” y “base fija” y la posibilidad de eliminar las referencias a “servicios personales dependientes” en aras de mayor claridad.

Modificaciones a los Artículos 14 y 5

39. Bajo la alternativa sugerida, el Artículo 14 se eliminaría y el subapartado (b) del apartado 3 del Artículo 5 diría lo siguiente:

- (b) La prestación de servicios por parte de una empresa a través de sus empleados u otro personal contratado por la empresa a tales fines, pero solo si las actividades de esa naturaleza continúan en un Estado Contratante durante un período o períodos que en total excedan de 183 días dentro de un período cualquiera de 12 meses que comience o finalice en el año fiscal involucrado;

vention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page2197, consultado el 10 de mayo de 2021.

40. Las diferencias entre esta versión alternativa y el subapartado (b) del apartado 3 del Artículo son menores, y consisten en: (i) la eliminación de la frase “incluidos los servicios de consultoría” después de la frase “la prestación de servicios”, debido a que esa frase resulta innecesaria y se presta a confusión, pues resulta evidente la inclusión de ese tipo de servicios; y (ii) el uso de un punto y coma y no de un punto al final del subapartado, el cual es necesario dada la introducción del subapartado (c) (véase a continuación). Tal como se explicó anteriormente en el párrafo 31, en 2017 se eliminó la frase “(en relación con el mismo o con un proyecto conexo)” del subapartado (b), pero aquellos países que estén preocupados por la incertidumbre que esto podría ocasionar pueden incluir dicha frase.

41. Se insertaría un nuevo subapartado (c) en el apartado 3, que diría lo siguiente:

- (c) Respecto de una persona natural, la prestación de servicios en un Estado Contratante por esa persona, pero solo si su permanencia en ese Estado es por un período o períodos que en su conjunto totalicen más de 183 días en un período cualquiera de 12 meses que comience o finalice en el año fiscal involucrado.

42. Este subapartado (c) adicional tiene por objeto asegurar que cualquier situación previamente comprendida en el Artículo 14 quede ahora abordada en los Artículos 5 y 7. La redacción refleja el hecho de que la eliminación del Artículo 14 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas supondría la supresión del requisito de “días de presencia física” que figura en el subapartado (b) del apartado 1 del Artículo 14 de este Modelo, el cual no tenía contrapartida en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE cuando se convino la eliminación del Artículo 14 de ese Modelo.

43. Cabe señalar que el subapartado (c), al intentar reflejar la aplicación del actual subapartado (b) del apartado 1 del Artículo 14, indica en forma más explícita que el subapartado solo se aplica a personas naturales. A este respecto, el subapartado continúa y aclara la interpretación que figura en el apartado 9 del Comentario al Artículo 14, en el sentido de que el Artículo 14 solo se aplica a personas naturales. El Comité observa que algunos países no aceptan esa opinión y que deberían intentar aclarar la cuestión al negociar el Artículo 14.

44. Cabe hacer notar también que la última parte del subapartado (b) del apartado 1 del Artículo 14 no se ha trasladado a esta versión alternativa del Artículo 5: (“... en tal caso, solo la parte de la renta obtenida por el desarrollo de sus actividades en ese otro Estado pueden someterse a imposición en ese otro Estado”). La razón para ello es que el Artículo 7 trae sus propias reglas de atribución, lo que, en la mayoría de los casos, significa que solo los beneficios de una empresa que sean atribuibles a ese establecimiento permanente (es decir, la “presencia física” a la que se alude en el subapartado (c) adicional) pueden someterse a imposición por el Estado en el que existe el establecimiento permanente. Cuando se hubiere adoptado, en los tratados bilaterales, una regla sobre “fuerza de atracción limitada” como la prevista en el apartado 1 del Artículo 7, otras actividades empresariales de las misma naturaleza o de una naturaleza similar a las realizadas por medio del establecimiento permanente originado en la presencia física pueden someterse a imposición por el Estado en el que existe el establecimiento permanente, lo que se puede justificar aduciendo que se brinda el mismo tratamiento a distintas formas de establecimiento permanente. Si los Estados acordaron una regla sobre fuerza de atracción limitada en el primer apartado del Artículo 7 y la eliminación del Artículo 14, pero no desean aplicar la regla sobre fuerza de atracción limitada a los casos comprendidos en el subapartado (b) del apartado 1 del Artículo 14, estos Estados podrían estipular expresamente que la regla sobre fuerza de atracción limitada no se aplica a los casos comprendidos en el subapartado (c) adicional del apartado 3 del Artículo 5.

Consecuentes modificaciones en otros Artículos

45. Deberían reenumerarse los actuales subapartados (c) a (g) del apartado 1 del Artículo 3, como subapartados (d) a (i) y deberían incluirse los siguientes nuevos subapartados (c) y (h):

- (c) El término “empresa” se aplicará a la realización de cualquier actividad empresarial;
- (h) La expresión “actividad empresarial” incluye la prestación de servicios profesionales y la realización de otras actividades de carácter independiente.

46. Las razones en las que se basa este cambio están explicadas en los párrafos 4 y 10.2 del Comentario al Artículo 3 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017:

4. La cuestión respecto de si una actividad se realiza en el marco de una empresa o se presume que constituye en sí misma una empresa se ha interpretado siempre conforme a las disposiciones de la legislación interna de los Estados Contratantes. Por consiguiente, en este Artículo no se ha intentado definir exhaustivamente el término “empresa”. Sin embargo, se prevé que el término “empresa” aplique al ejercicio de cualquier actividad empresarial. Dado que la expresión “actividad empresarial” se define explícitamente como inclusiva de la prestación de servicios profesionales y la realización de otras actividades de carácter independiente, queda aclarado que la prestación de servicios profesionales y la realización de otras actividades de carácter independiente deben considerarse constitutivas de una empresa, con independencia del sentido que se le atribuya a ese término en el marco de la legislación interna. Los Estados que consideren innecesaria efectuar esta aclaración, son libres de omitir la definición del término “empresa” en sus convenios bilaterales.

[...]

10.2 El Convenio no contiene una definición exhaustiva del término “actividad empresarial” que, en virtud del apartado 2, por lo general debería tener el significado que se le atribuye en virtud de la legislación interna del Estado que aplica el Convenio. No obstante, el subapartado (h) prevé de manera expresa que el término incluye la prestación de servicios profesionales y la realización de otras actividades de carácter independiente. Esta disposición se añadió en el año 2000 al mismo tiempo que suprimió del Convenio el Artículo 14, que regulaba los Servicios Personales Independientes. El objetivo de añadir esta definición, que garantiza que el término “actividad empresarial” incluya la realización de las actividades que anteriormente estaban comprendidas en el Artículo 14, fue el de evitar que el término “actividad empresarial” se interpretara restrictivamente, de forma que excluyera la prestación de servicios profesionales o la realización de otras actividades de carácter independiente, en los Estados en los que la legislación interna no considere que la prestación de tales servicios o la realización de dichas actividades pueda constituir una actividad empresarial. Los Estados Contratantes en los que no surja esta dificultad son libres de convenir bilateralmente en omitir esta definición.

47. También deberían enmendarse otras disposiciones del Convenio para eliminar las referencias al Artículo 14, “base fija” y “renta derivada de los servicios personales independientes”. Por lo tanto, las siguientes disposiciones deberían redactarse de la siguiente manera:

Artículo 6, Apartado 4:

4. Las disposiciones de los apartados 1 y 3 se aplicarán igualmente a las rentas derivadas de los bienes inmuebles de una empresa.

Artículo 10, Apartados 4 y 5:

4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no se aplicarán si el beneficiario efectivo de los dividendos, residente de un Estado Contratante, realiza actividades empresariales en el otro Estado Contratante, del que sea residente la sociedad que paga los dividendos, por medio de un establecimiento permanente situado en él, y la participación por la que se paguen los dividendos está vinculada efectivamente con ese establecimiento permanente. En tal caso, se aplicarán las disposiciones del Artículo 7.

5. Cuando una sociedad residente de un Estado Contratante obtenga beneficios o rentas procedentes del otro Estado Contratante, ese otro Estado no podrá exigir ningún impuesto sobre los dividendos pagados por la sociedad, excepto si esos dividendos se pagan a un residente de ese otro Estado o si la participación por la que se paguen los dividendos está efectivamente vinculada con un establecimiento permanente situado en ese otro Estado, ni someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuesto sobre los beneficios no distribuidos, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de ese otro Estado.

Artículo 11, Apartados 4 y 5:

4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no se aplicarán si el beneficiario efectivo de los intereses, residente de un Estado Contratante, realiza actividades empresariales en el otro Estado Contratante, del que procedan los intereses, por medio de un establecimiento permanente situado en él, y el crédito por el

que se paguen los intereses está efectivamente vinculado con:

- (a) ese establecimiento permanente, o con
- (b) las actividades empresariales mencionadas en el subapartado (c) del apartado 1 del Artículo 7.

En tales casos se aplicarán las disposiciones del Artículo 7.

5. Los intereses se considerarán procedentes de un Estado Contratante cuando el deudor sea un residente de ese Estado. Sin embargo, cuando el deudor de los intereses sea o no residente de un Estado Contratante, tenga en un Estado Contratante un establecimiento permanente en relación con el cual se haya contraído la deuda que dé origen a los intereses y este establecimiento soporte el pago de los mismos, los intereses se considerarán procedentes del Estado en que esté situado el establecimiento permanente.

Artículo 12, Apartados 4 y 5:

4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no se aplicarán si el beneficiario efectivo de las regalías, residente en un Estado Contratante, realiza actividades empresariales en el otro Estado Contratante, del que procedan las regalías, por medio de un establecimiento permanente situado en él, y el derecho o propiedad por el que se paguen las regalías está efectivamente vinculado con:

- (a) ese establecimiento permanente, o con
- (b) las actividades empresariales mencionadas en el subapartado (c) del apartado 1 del Artículo 7.

En tales casos se aplicarán las disposiciones del Artículo 7.

5. Las regalías se considerarán procedentes de un Estado Contratante cuando el deudor sea un residente de ese Estado. Sin embargo, cuando el deudor de las regalías, sea o no residente en un Estado Contratante, tenga en un Estado Contratante un establecimiento permanente en relación con el cual se haya contraído la obligación de pagar las regalías y este establecimiento soporte el pago de las mismas, las regalías se considerarán procedentes del Estado en que esté situado el establecimiento permanente.

Artículo 12A, Apartados 2, 4, 5 y 6:

2. Sin embargo, sujeto a las disposiciones de los Artículos 8, 16 y 17, los honorarios por servicios técnicos procedentes de un Estado Contratante pueden someterse a imposición también en el Estado Contratante del que proceden y de acuerdo con las leyes de dicho Estado, pero si el beneficiario efectivo de los honorarios es un residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no deberá exceder del ___ por ciento del importe bruto de los honorarios [*el porcentaje será establecido a través de negociaciones bilaterales*].

4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no deberán aplicar si el beneficiario efectivo de los honorarios por servicios técnicos, que sea un residente de un Estado Contratante, realiza actividades empresariales en el otro Estado Contratante del cual proceden los honorarios por servicios técnicos a través de un establecimiento permanente ubicado en ese otro Estado y los pagos por servicios técnicos están efectivamente relacionados con:

- (a) ese establecimiento permanente; o
- (b) las actividades empresariales referidas en el inciso (c) del apartado 1 del Artículo 7.

En tales casos aplicarán las disposiciones del Artículo 7.

5. Para efectos de este Artículo, sujeto al apartado 6, se considerará que los honorarios por servicios técnicos proceden de un Estado Contratante si el pagador es un residente de ese Estado, o si la persona que paga los honorarios, sea residente de un Estado Contratante o no, tiene en un Estado Contratante un establecimiento permanente en relación con el cual se ha incurrido en la obligación de pagar los honorarios, y dichos honorarios son soportados por el establecimiento permanente.

6. A los efectos de este Artículo, se considerará que los honorarios por servicios técnicos no proceden de un Estado Contratante si el pagador es un residente de ese Estado y realiza actividades empresariales en el otro Estado Contratante a través de un establecimiento permanente ubicado en ese otro Estado y dichos honorarios son soportados por ese establecimiento permanente.

Artículo 12B, Apartados 2, 3, 8, 9 y 10:

2. Sin embargo, sujeto a las disposiciones del Artículo 8, la renta proveniente de los servicios digitales automatizados procedente de un Estado Contratante puede someterse a imposición también en el Estado Contratante del que procede de acuerdo con las leyes de dicho Estado, pero si el beneficiario efectivo de la renta es un residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no deberá exceder del ____ por ciento [*el porcentaje será establecido a través de negociaciones bilaterales*] del importe bruto de los pagos subyacentes a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados.

3. Las disposiciones del apartado 2 no resultarán aplicables si el beneficiario efectivo de la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, que sea un residente de un Estado Contratante, solicita al Estado Contratante del cual procede esa renta, someter a imposición la renta calificada de ese residente, proveniente de los servicios digitales automatizados, relativa al año fiscal en cuestión, a la tasa prevista en la legislación doméstica de ese Estado. Si el beneficiario efectivo así lo solicita, sujeto a las disposiciones del Artículo 8, la imposición por ese Estado Contratante se llevará a cabo de dicha manera. A los efectos de este apartado, la renta calificada consistirá en el 30 por ciento del importe que resulte de aplicar el margen de utilidad, relativo al segmento de los servicios digitales automatizados del beneficiario efectivo, al ingreso bruto anual derivado de los servicios digitales automatizados obtenidos del Estado Contratante del cual procede esa renta. Si el beneficiario efectivo no mantiene cuentas segmentadas, la determinación de la renta calificada se efectuará a partir de su margen de utilidad global. Sin embargo, cuando el beneficiario efectivo pertenezca a un grupo empresarial multinacional, el margen de utilidad que deberá emplearse será aquél del grupo referido al segmento relativo a la renta comprendida en este Artículo, o el global del grupo en el caso en que el grupo no mantenga cuentas segmentadas, en la medida que ese margen de utilidad del grupo empresarial multinacional resulte superior al margen de utilidad del beneficiario efectivo antes mencionado. Cuando el margen de utilidad del segmento o, según corresponda, el margen de utilidad global del grupo empresarial

multinacional al que pertenece el beneficiario efectivo, no se encuentre a disposición del Estado Contratante del cual procede la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, las disposiciones de este apartado no resultarán aplicables; en cuyo caso, resultarán aplicables las disposiciones del apartado 2.

8. Las disposiciones de los apartados 1, 2 y 3 no resultarán aplicables si el beneficiario efectivo de los honorarios por servicios técnicos, residente de un Estado Contratante, realiza actividades empresariales en el otro Estado Contratante del cual procede la renta proveniente de los servicios digitales automatizados a través de un establecimiento permanente ubicado en ese otro Estado y la renta proveniente de los servicios digitales automatizados está efectivamente relacionada con:

- (a) ese establecimiento permanente; o
- (b) las actividades empresariales referidas en el inciso (c) del apartado 1 del Artículo 7.

En tales casos aplicarán las disposiciones del Artículo 7.

9. Para efectos de este Artículo y sujeto a lo dispuesto en el apartado 10, se considerará que la renta proveniente de los servicios digitales automatizados procede de un Estado Contratante si, quien efectúa los pagos subyacentes a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, es un residente de ese Estado, o si la persona que efectúa los pagos subyacentes a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, sea residente de un Estado Contratante, o no, tiene en un Estado Contratante un establecimiento permanente en relación con el cual se ha contraído la obligación de efectuar los pagos, y dichos pagos son soportados por el establecimiento permanente.

10. A los efectos de este Artículo, no se considerará que la renta proveniente de los servicios digitales automatizados procede de un Estado Contratante si quien efectúa los pagos subyacentes a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados es un residente de ese Estado y realiza actividades empresariales en el otro Estado Contratante a través de un establecimiento permanente ubicado en ese otro Estado y dichos los pagos subyacentes a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados son soportados por ese establecimiento permanente.

Artículo 13, Apartado 2:

2. Las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado Contratante mantenga en el otro Estado Contratante, incluidas las ganancias de la enajenación de dicho establecimiento permanente (tanto por separado como con toda la empresa), pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

Artículo 15, Apartado 2(c):

(c) Las remuneraciones no son soportadas por un establecimiento permanente que el empleador tenga en el otro Estado.

Artículo 17, Apartados 1 y 2:

1. No obstante las disposiciones del Artículo 15, la renta que un residente de un Estado Contratante obtenga en calidad de profesional del espectáculo, como artista de teatro, cine, radio o televisión, o músico o deportista, por sus actividades personales como tal en el otro Estado Contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Cuando la renta que obtenga por sus actividades personales un profesional del espectáculo o deportista no los perciba el propio profesional o deportista, sino un tercero, esa renta puede, no obstante, las disposiciones del Artículo 15, someterse a imposición en el Estado Contratante en el que desarrolle sus actividades tal profesional o deportista.

Artículo 18 (Alternativa B), Apartado 2:

2. Sin embargo, esas pensiones y otras remuneraciones similares pueden someterse a imposición también en el otro Estado Contratante si el pago es efectuado por un residente de ese otro Estado o si la persona que paga las pensiones o remuneraciones similares, sea o no residente de un Estado Contratante, tiene en ese otro Estado un establecimiento permanente con relación al cual se haya incurrido en la obligación de pagar las pensiones o remuneraciones similares, y dicho establecimiento soporta el pago de las mismas.

Artículo 21, Apartado 2:

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no resultará aplicable a la renta, distinta de la renta de los bienes inmuebles, tal como se define en el apartado 2 del Artículo 6, si el perceptor de tales rentas, residente de un Estado Contratante, realiza actividades empresariales en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, y el derecho o propiedad por el que se paga la renta está efectivamente vinculado con ese establecimiento permanente. En ese caso se aplicarán las disposiciones del Artículo 7.

Artículo 22, Apartado 2:

2. El capital constituido por bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante, puede someterse a imposición en ese otro Estado.

48. De la misma forma, si el Artículo 14 es suprimido, los Estados Contratantes necesitarían llegar a un acuerdo sobre si los Artículos siguientes deben ser reenumerados, siendo común reenumerar aquellos artículos, o renombrar un Artículo adicional como Artículo 14. Adicionalmente, los Estados Contratantes tal vez deseen sustituir el título del Artículo 15 por “INGRESOS PROCEDENTES DEL EMPLEO”, que es el título utilizado en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE desde 2000. La base de este cambio es que, cuando se suprime el Artículo 14, suele representar una decisión consciente de apartarse de los conceptos de servicios personales independientes y dependientes y una aceptación de que el Artículo 15 se refiere únicamente a los servicios de empleo, cualquier otra prestación de servicios contemplada en el Artículo 7 o en Artículos específicos, como los Artículos 12A, 12B, 16 o 17.

Apartado 4

49. En 2017 se introdujeron una serie de modificaciones a los apartados 4, 5 y 7 del Artículo 5 y, además, se incluyeron al Artículo los apartados 4.1 y 9, como resultado de las recomendaciones contenidas en el Informe Final sobre la Acción 7 (Prevenir la Elusión Artificial

del Estatus de Establecimiento Permanente)⁴² del Proyecto BEPS de la OCDE y el G20. Por lo tanto, se efectuaron una serie de cambios consecuentes a estos Comentarios. Estos cambios a los Comentarios son solo de manera prospectiva y, como tal, no afecta la interpretación de las disposiciones anteriores del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas y de los tratados en los cuales tales disposiciones fueron incluidas, en particular con respecto a la interpretación de los apartados 4 y 5 del Artículo, tal como se leían con anterioridad a estos cambios.

55. En ese momento, el Comité acordó incluir una versión modificada del apartado 4 del Artículo 5 en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, tal como se recomendó en el Informe Final sobre la Acción 7 de la OCDE y el G20. El apartado 4 se modificó de manera tal que todas las actividades allí comprendidas se encuentren sujetas a la condición de que fuesen preparatorias o auxiliares.

56. El nuevo apartado 4 del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas todavía omite la referencia a la “entrega” en los subapartados (a) y (b). La eliminación del término “entrega” refleja la opinión mayoritaria del Comité en el sentido de que un “almacén” utilizado para tal propósito, en caso de satisfacerse los requisitos del apartado 1, debería constituir un establecimiento permanente.

57. Dadas las similitudes con la redacción recomendada y la relevancia general de sus Comentarios, primero se mencionan a continuación los principios generales del apartado 4 del Artículo 5 de ambos Modelos y luego se considera la relevancia práctica de la eliminación de la referencia a la “entrega” en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas.

58. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017,

42 OECD (2015), *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7—2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en>, consultado el 10 de mayo de 2021.

resulta aplicable respecto del apartado 4 del Artículo 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido a los fines de ofrecer explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas de este Modelo):

58. En este apartado se enumeran varias actividades empresariales a las que se trata como excepciones a la definición general establecida en el apartado 1 y que, cuando se llevan a cabo a través de un lugar fijo de negocios, no son suficientes como para que esos lugares constituyan establecimientos permanentes. La parte final del apartado establece que estas excepciones solo se aplican si las actividades enumeradas tienen carácter preparatorio o auxiliar. Dado que el subapartado *e*) se aplica a toda actividad no mencionada explícitamente en el apartado (siempre que tenga carácter auxiliar o preparatorio) las disposiciones de este apartado equivalen, de hecho, a una restricción general respecto del alcance de la definición de establecimiento permanente contenida en el apartado 1 y, cuando se interpretan en conjunto con ese apartado, aportan un criterio más estricto a partir del cual se delimita lo que constituye un establecimiento permanente. Estas disposiciones limitan considerablemente la definición contenida en el apartado 1 y excluyen de su ámbito relativamente amplio, una serie de lugares fijos de negocios que, debido a que las actividades empresariales realizadas a través de ellos son meramente preparatorias o auxiliares, no deben considerarse como establecimientos permanentes. Se reconoce que dicho lugar de negocios puede perfectamente contribuir a la productividad de la empresa, pero los servicios que allí se prestan están tan alejados de la obtención de los beneficios, que resulta difícil asignar parte de ellos al lugar de negocios en cuestión. El subapartado *f*) prevé, además, que la combinación de las actividades mencionadas en los subapartados *(a)* a *(e)* en un mismo lugar fijo de negocios no se considerará constitutiva de un establecimiento permanente, a reserva de la condición, expresada en la parte final del apartado, de que el conjunto de las actividades realizadas en el lugar fijo de negocios que resulte de esa combinación conserve el carácter de preparatorio o auxiliar. Así pues, las disposiciones del apartado 4 tienen por objeto evitar que una empresa de un Estado sea sometida a imposición en el otro Estado si únicamente ejerce actividades de carácter netamente preparatorio o auxiliar en ese otro Estado. Las disposiciones del apartado 4.1 a continuación complementan ese

principio, asegurando que el carácter preparatorio o auxiliar de las actividades realizadas en un lugar fijo de negocios debe considerarse a la luz de otras actividades que constituyan funciones complementarias que forman parte de una actividad empresarial cohesionada y que son llevadas a cabo en el mismo Estado por la misma empresa o por empresas estrechamente relacionadas.

59. A menudo resulta difícil distinguir entre las actividades que poseen un carácter preparatorio o auxiliar y aquéllas que no lo poseen. El criterio decisivo consiste en determinar si la actividad del lugar fijo de negocios constituye, en sí misma, una parte esencial y significativa de la actividad de la empresa en su conjunto. Convendrá examinar por separado cada caso particular según sus propias circunstancias. En cualquier caso, se considera que un lugar fijo de negocios cuyo objeto general sea idéntico al de la empresa en su conjunto, no realiza una actividad preparatoria o auxiliar.

60. Como regla general, una actividad que posee un carácter preparatorio es aquella que se lleva a cabo con la perspectiva de la ejecución de lo que constituye la parte esencial y significativa de la actividad de la empresa en su conjunto. Atento que la actividad preparatoria antecede a otra actividad, con frecuencia se llevará a cabo durante un periodo de tiempo corto, cuya duración estará determinada por la naturaleza de la actividad principal de la empresa. Sin embargo, no siempre será así, ya que es posible llevar a cabo una actividad en un lugar determinado durante un largo periodo de tiempo, en preparación de actividades que se llevarán a cabo en otro lugar. Por ejemplo, si una empresa constructora forma a sus trabajadores en un lugar antes de enviarlos a otros lugares de trabajos alejados situados en otros países, la formación que se lleva a cabo en el primer lugar constituye una actividad preparatoria para dicha empresa. Por otro lado, una actividad con carácter auxiliar corresponde, normalmente, a una actividad de apoyo, sin constituir una parte esencial y significativa de la actividad de la empresa en su conjunto. Es poco probable que una actividad que requiera una proporción significativa de los activos o de los empleados de la empresa pueda considerarse como una actividad que posee un carácter auxiliar.

61. Los subapartados (a) a (e) hacen referencia a actividades realizadas para la propia empresa. Por lo tanto, existirá un establecimiento permanente cuando las actividades se ejerzan por cuenta de otras empresas en ese mismo lugar fijo de negocios. Si, por ejemplo, una empresa que mantiene una oficina dedicada a la publicidad de sus propios productos o servicios se ocupara también de hacer publicidad

por cuenta de otras empresas en ese mismo lugar, esa oficina constituiría un establecimiento permanente de la empresa que la mantiene.

62. El subapartado (a) se refiere a un lugar fijo de negocios constituido por instalaciones utilizadas por una empresa para almacenar [o] exponer [...] sus propios bienes o mercancías. La determinación de si la actividad desarrollada en dicho lugar fijo de negocios posee un carácter preparatorio o auxiliar se adoptará a la luz de los factores comprendidos en el conjunto de la actividad de la empresa. Cuando, por ejemplo, una empresa del Estado R mantiene un gran almacén en el Estado S en el cual trabaja un número significativo de empleados con el principal objeto de almacenar [...] bienes que son propiedad de la empresa y que ésta vende en línea a clientes del Estado S, el apartado 4 no resultará de aplicación a este almacén ya que las actividades de almacenamiento [...] de bienes que se llevan a cabo a través de este almacén, que representa un activo importante y requiere un número de trabajadores, constituye una parte esencial de la actividad de venta [...] de la empresa y no tiene, por tanto, un carácter preparatorio o auxiliar.

63. El subapartado (a) comprendería, por ejemplo, un depósito aduanero con instalaciones especiales de gas que un exportador de fruta de un Estado mantenga en otro Estado con el único fin de almacenar la fruta en condiciones ambientales controladas durante el proceso de despacho de aduanas en ese otro Estado. También comprendería un lugar fijo de negocios que una empresa mantenga exclusivamente para [el almacenamiento] de para clientes para la maquinaria vendida a esos clientes. Sin embargo, el apartado 4 no resultará de aplicación cuando la empresa mantenga un lugar fijo de negocios para [el almacenamiento] de piezas de repuesto de la maquinaria vendida a esos clientes y, además, para el mantenimiento o la reparación de esa maquinaria, ya que tales actividades exceden el simple [almacenamiento] mencionado en el subapartado (a) y no son actividades de naturaleza auxiliar o preparatoria, dado que estas actividades postventa constituyen una parte esencial y significativa de los servicios que la empresa presta a sus clientes.

64. Pueden surgir algunos problemas con relación a la aplicación de la definición de establecimiento permanente a ciertas instalaciones como las de cables o tuberías que atraviesan el territorio de un país. Aparte del hecho de que resulta aplicable el Artículo 6 a la renta que obtiene el propietario o el operador de tales instalaciones por el uso que otras empresas hacen de ellas, toda vez que estas instalaciones se consideran bienes inmuebles en virtud del apartado 2 del Artículo 6,

cabría cuestionarse si el subapartado [(e)] les resulta aplicable. [...] El subapartado (e) [...] no se aplicará en lo que se refiere a esa empresa, ya que el cableado o la tubería no es utilizado únicamente por la empresa y su uso no es de carácter preparatorio o auxiliar, dada la naturaleza de la actividad de esa empresa. [...] Una cuestión distinta es si el cableado o tubería puede constituir un establecimiento permanente para el cliente del operador del cableado o tubería, es decir, la empresa cuyos datos, energía o propiedad se transmite o transporta de un lugar a otro. En ese caso, la empresa está meramente recibiendo servicios de transmisión o transporte, prestados por el operador del cableado o tubería, y no tiene a su disposición el cableado o la tubería. En consecuencia, el cableado o la tubería no pueden considerarse un establecimiento permanente de esa empresa.

65. El subapartado (b) se refiere al mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa. Este subapartado no es pertinente en los casos en los que un depósito de bienes o mercancías, pertenecientes a una empresa, es mantenido por otra persona en instalaciones operadas por esta otra persona y la empresa no tenga dichas instalaciones a su disposición, toda vez que el lugar en el que se mantiene el depósito no puede constituir un establecimiento permanente de esa empresa. Cuando, por ejemplo, una empresa de logística opera un depósito en el Estado S y almacena continuamente en él bienes o mercancías pertenecientes a una empresa del Estado R, con la cual la empresa de logística no está estrechamente relacionada, el depósito no constituye un lugar fijo de negocios a disposición de la empresa del Estado R y, por lo tanto, el subapartado (b) es irrelevante. Sin embargo, cuando dicha empresa tiene autorización para acceder ilimitadamente a una parte separada del depósito, para inspeccionar y mantener los bienes o mercancías allí almacenados, el subapartado (b) resultará de aplicación y la existencia de un establecimiento permanente dependerá de si estas actividades constituyen una actividad preparatoria o auxiliar.

66. Para fines de la aplicación de los subapartados (a) y (b), poco importa que el almacenamiento o la [exhibición] se realicen antes o después de que los bienes o mercancías se hayan vendido, siempre que dichos bienes o mercancías pertenezcan a la empresa mientras se encuentren en el lugar en cuestión (por ejemplo, los subapartados pueden resultar de aplicación sin importar el hecho de que algunos de los bienes almacenados en un lugar ya se hayan vendido, siempre que el título de propiedad de dichos bienes únicamente pase al cliente al momento de la entrega o con posterioridad). Los subapartados (a)

y (b) abarcan también aquellas situaciones en las que se utiliza una instalación, o se mantiene un depósito de bienes o mercancías, para cualquier combinación de las actividades de almacenaje [o] exhibición [...], ya que las instalaciones que se utilizan para la [exhibición] de bienes se utilizarán casi siempre también para el almacenamiento de dichos bienes, aunque sea por un corto período. A los efectos de los subapartados (a) y (d), los términos “bienes” y “mercancías” designan bienes materiales y no comprenderían, por ejemplo, bienes inmuebles ni datos (aunque los subapartados aplicarían a los bienes tangibles que incluyan datos tales como, por ejemplo, los CDs o los DVDs).

67. El subapartado (c) cubre los casos en los que las existencias de bienes o mercancías pertenecientes a una empresa son transformadas por una segunda empresa por cuenta de la empresa mencionada en primer lugar. Como se explicó en el párrafo 65 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], la mera presencia de bienes o mercancías pertenecientes a una empresa no significa que el lugar fijo de negocios en que dichos bienes o mercancías están almacenados se encuentra a disposición de la empresa. Si, por ejemplo, un fabricante por contrato situado en el Estado S almacena bienes pertenecientes a RCO, una empresa del Estado R, con el fin de transformarlos, RCO no tendrá a su disposición un lugar fijo de negocios y, por lo tanto, el lugar en el que se almacenan los bienes no constituye un establecimiento permanente de RCO. Sin embargo, si a RCO se le permite el acceso ilimitado a una parte separada de las instalaciones del fabricante, a los fines de inspeccionar y mantener los bienes allí almacenados, el subapartado (c) resultará de aplicación y será necesario determinar si el mantenimiento de las existencias de bienes por RCO constituye una actividad preparatoria o auxiliar. Este será el caso si RCO fuera un mero distribuidor de productos manufacturados por otras empresas ya que, en ese caso, el mero mantenimiento de las existencias de bienes con el propósito de su transformación por otra empresa no es una parte esencial y significativa de la actividad global de RCO. En ese caso, a menos que resulte de aplicación el apartado 4.1, en virtud del apartado 4 se considerará que no existe un establecimiento permanente con relación a dicho lugar fijo de negocios que se encuentra a disposición de la empresa del Estado R con el fin de mantener sus propios bienes que van a ser transformados por el fabricante.

68. La primera parte del subapartado (d) se refiere al caso en el que las instalaciones se utilizan únicamente para comprar bienes o mercancías para la empresa. Puesto que esta excepción aplica únicamente si esa actividad tiene un carácter preparatorio o auxiliar,

normalmente no se aplicará en el caso de un lugar fijo de negocios utilizado para la compra de bienes o mercancías cuando el conjunto de la actividad de la empresa consista en la venta de dichos bienes y cuando la compra sea una función principal en el negocio de la empresa. Los siguientes ejemplos ilustran la aplicación del apartado 4 en el caso de lugares fijos de negocio en los que se realizan actividades de compra:

- Ejemplo 1: RCO es una sociedad residente del Estado R, compradora a gran escala de un producto agrícola en particular que se produce en el Estado S. RCO vende dicho producto desde el Estado R a distribuidores situados en distintos países. RCO mantiene una oficina de compras en el Estado S. Los empleados que trabajan en esa oficina son compradores experimentados con conocimientos especializados en este tipo de producto y son quienes visitan a los productores en el Estado S, determinan el tipo y calidad de los productos de acuerdo con estándares internacionales (lo que consiste en un proceso complicado que requiere habilidades y conocimientos especiales) y celebran distintos tipos de contratos (al contado o a crédito) para la adquisición de los productos por RCO. En este ejemplo, aunque la única actividad realizada a través de la oficina es la compra de productos para RCO, que es una actividad comprendida en el subapartado (*d*), no resulta aplicable el apartado 4 y, por lo tanto, la oficina constituye un establecimiento permanente toda vez que la función de compra constituye una parte esencial y significativa de la actividad global de RCO.
- Ejemplo 2: RCO, una sociedad residente del Estado R que opera varias tiendas grandes de descuento, mantiene una oficina en el Estado S, durante un período de dos años, con el propósito de estudiar el mercado local y ejercer una labor de presión al gobierno para que realice algunos cambios que permitan a RCO establecer sus tiendas en el Estado S. Durante este período, los empleados de RCO compran ocasionalmente suministros para sus oficinas. En este ejemplo, resulta de aplicación el apartado 4 porque el subapartado (*f*) es aplicable a las actividades realizadas a través de la oficina (puesto que los subapartados (*d*) y (*e*) se aplicarían a las actividades de compra, de estudio de mercado y de presión si cada una de estas actividades fuera la única actividad ejercida en la oficina) y el conjunto de la actividad de la oficina posee un carácter preparatorio.

69. La segunda parte del subapartado (*d*) se refiere a un lugar fijo de negocios utilizado exclusivamente para recopilar información para la

empresa. Es frecuente que una empresa necesite recopilar información antes de decidir si emprenderá sus principales actividades en un Estado, como así también de qué manera lo hará. Si la empresa realiza esa actividad sin mantener un lugar fijo de negocios en ese Estado, el subapartado (d) resultará evidentemente irrelevante. Sin embargo, si mantiene un lugar fijo de negocios exclusivamente para ese propósito, el subapartado (d) resultará pertinente y será necesario determinar si la recopilación de información va más allá del umbral de lo preparatorio o auxiliar. Por ejemplo, cuando un fondo de inversión establece una oficina en un Estado con el único propósito de recolectar información sobre las posibles oportunidades de inversión en ese Estado, la recolección de información a través de la oficina será una actividad preparatoria. Puede llegarse a la misma conclusión en el caso de una empresa aseguradora que establece una oficina con el único propósito de recolectar información, como datos estadísticos, sobre riesgos en un mercado en particular, y en el caso de una oficina de un periódico establecida en un Estado con el único propósito de conseguir información sobre posibles noticias sin llevar a cabo ninguna actividad de publicidad: en ambos casos, la recopilación de información resultará una actividad preparatoria.

70. El subapartado (e) se aplica a un lugar fijo de negocios mantenido únicamente con el propósito de llevar a cabo, por parte de la empresa, cualquier actividad que no fuera expresamente mencionada en los subapartados (a) a (d); en la medida en que esa actividad tenga carácter preparatorio o auxiliar, se considera que ese lugar fijo de negocios no constituye un establecimiento permanente. La redacción de este subapartado torna innecesaria la confección una lista exhaustiva de las actividades a las que puede aplicar el apartado; los ejemplos citados en los subapartados (a) a (d) son meros ejemplos comunes de las actividades comprendidas en el apartado, porque ellas, frecuentemente, poseen un carácter preparatorio o auxiliar.

71. A modo de ejemplos de lugares de negocios comprendidos en el subapartado (e) pueden mencionarse los lugares fijos de negocios utilizados exclusivamente para hacer publicidad, o para suministrar información, o para realizar investigaciones científicas o para prestar asistencia en la ejecución de contratos de patentes o de cesión de *know-how*, cuando dichas actividades tengan un carácter preparatorio o auxiliar. Sin embargo, el apartado 4 no resultará de aplicación si un lugar fijo de negocios utilizado para proporcionar información, no se limita a ello, sino que, además, ofrece planes etc., especialmente diseñados para responder a las necesidades de cada cliente. Tampoco

resultará de aplicación si un establecimiento de investigación se ocupara también de la fabricación. De manera similar, cuando una empresa tiene por objeto la prestación de asistencia en la ejecución de contratos de patente o de cesión de *know-how*, el lugar fijo de negocios mediante el cual esta empresa ejerce esta actividad no podrá gozar de los beneficios del apartado 4. No puede considerarse que un lugar fijo de negocios cuya función es la gestión de una empresa o, incluso, de solo parte de ella, o de un grupo de empresas, realiza una actividad preparatoria o auxiliar, ya que estas actividades de gestión exceden ese carácter. Si una empresa con ramificaciones internacionales instala una “oficina de gestión” en un Estado en el cual cuenta con subsidiarias, establecimientos permanentes, representantes o concesionarios, y esa oficina desarrolla funciones de supervisión y coordinación para todos los departamentos de la empresa situados en esa región, no resultará de aplicación el subapartado (e) a esa “oficina de gestión” toda vez que la función de gestión de una empresa, incluso si se limita a cierta área de sus operaciones, constituye una parte esencial de su actividad empresarial y, por lo tanto, no puede considerarse, en modo alguno, que se trata de una actividad preparatoria o auxiliar en los términos del apartado 4.

72. Asimismo, cuando una empresa que vende bienes en todo el mundo establece una oficina en un Estado y los empleados que trabajan en esa oficina participan activamente en la negociación de partes importantes de los contratos relativos a la venta de bienes a compradores de ese Estado, sin que ellos habitualmente concluyan los contratos o sin que ellos desempeñen el rol principal conducente a la conclusión de tales contratos (por ejemplo, participando en decisiones relacionadas con el tipo, la calidad o cantidad de los productos a los que se refieren esos contratos), estas actividades constituirán normalmente una parte esencial de las operaciones de la empresa y no deberían considerarse como que poseen un carácter preparatorio o auxiliar en los términos del subapartado (e) del apartado 4. Si se cumplen las condiciones del apartado 1, esa oficina constituirá, por lo tanto, un establecimiento permanente.

73. Tal como se ha indicado anteriormente en el párrafo 58 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], el apartado 4 tiene por objeto establecer excepciones a la definición general del apartado 1 respecto de lugares fijos de negocios dedicados a actividades de carácter preparatorio o auxiliar. Por tanto, conforme al subapartado (f), el hecho de que un lugar fijo de negocios combine cualquiera de las actividades mencionadas en los

subapartados (a) a (e) no significa, por sí solo, que existe un establecimiento permanente. En la medida en que la actividad conjunta de dicho lugar fijo de negocios resulte meramente preparatoria o auxiliar, se debería considerar que no existe un establecimiento permanente. Estas combinaciones no deberían interpretarse como reglas rígidas, sino considerarse a la luz de las circunstancias particulares.

74. A menos que resulten aplicables las disposiciones antifragmentación del apartado 4.1 más abajo, lo dispuesto en el subapartado (f) no resultará relevante en el caso en que una empresa mantenga varios lugares fijos de negocios a los cuales puedan aplicarse los subapartados (a) a (e), toda vez que, en ese caso, cada lugar de negocios tiene que considerarse por separado y aisladamente para determinar si existe un establecimiento permanente.

75. Los lugares fijos de negocio a los que resulta de aplicación el apartado 4 no constituyen establecimientos permanentes en tanto las actividades empresariales que se realicen a través de ellos se limiten a las actividades mencionadas en dicho apartado. Este será el caso incluso si los contratos necesarios para establecer y llevar a cabo estas actividades empresariales fuesen celebrados por los responsables de los propios lugares de negocios. La celebración de estos contratos por estos empleados no constituirá un establecimiento permanente de la empresa en virtud del apartado 5, en la medida que la celebración de estos contratos satisfaga las condiciones del apartado 4 (véase a continuación el párrafo 97 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]). A modo ejemplo podría citarse el caso de un gerente de un lugar de negocios, en el que se realizan actividades de investigación, preparatorias o auxiliares, quien celebra los contratos necesarios para establecer y mantener ese lugar de negocio como parte de las actividades realizadas en ese lugar.

76. Si, en virtud del apartado 4, se considera que un lugar fijo de negocios no constituye un establecimiento permanente, la misma excepción será aplicable a la enajenación de los bienes muebles que forman parte del activo del lugar de negocios cuando finalicen las actividades de la empresa en ese lugar (véase el anterior párrafo 44 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*] y el apartado 2 del Artículo 13). Cuando, por ejemplo, la exposición de mercancías durante una feria comercial o un congreso está exceptuada conforme a los subapartados (a) y (b), la venta de esa mercancía al finalizar la feria o el congreso resulta comprendida en el subapartado (e) ya que dicha venta es una actividad meramente auxiliar. Naturalmente, la excepción no resulta aplicable a la

venta de mercancías que no se hayan expuesto realmente en la feria comercial o congreso.

77. Cuando el apartado 4 no resulte aplicable porque un lugar fijo de negocios utilizado por una empresa para realizar actividades que se encuentran listadas en ese apartado se usa también para otras actividades que exceden el carácter preparatorio o auxiliar, ese lugar de negocios constituye un único establecimiento permanente de la empresa y los beneficios que sean atribuibles al establecimiento permanente respecto de ambos tipos de actividades pueden someterse a imposición en el Estado en que esté situado ese establecimiento permanente.

59. El Comité tomó nota de que algunos miembros consideraban que el alcance del apartado 4 resulta demasiado amplio y da lugar a ciertos desafíos (véase el párrafo 58 que cita el párrafo 59 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017) lo cual puede ser particularmente difícil de abordar para los países en desarrollo debido a la falta de experiencia administrativa. Los países que tengan tales preocupaciones pueden considerar la eliminación del apartado por completo. Otra opción que podrían considerar aquellos que quisieran limitar el alcance del apartado consiste en la eliminación de aquellos subapartados cuyo alcance pudiere considerarse excesivo; en este sentido, los miembros mencionaron, en particular, los subapartados (e) y (f). Sin embargo, los negociadores de un acuerdo deberían asegurarse de que la aplicación de las restantes partes del apartado se encuentre limitada por el requisito del carácter preparatorio o auxiliar, con el fin de que el apartado exceptúe del concepto de establecimiento permanente del apartado 1, solo a aquellos trabajos de nula o poca significancia a la luz de otros trabajos realizados por la empresa.

60. También se notó que algunos Estados pueden considerar que las actividades del apartado 4 resultan intrínsecamente de naturaleza preparatoria o auxiliar y pueden considerar que estas actividades no deberían estar sujetas a la condición del carácter preparatorio o auxiliar dado que cualquier preocupación acerca del uso inadecuado de estas excepciones se trata a través de las disposiciones del apartado 4.1. Los Estados que comparten esta opinión son libres de modificar el apartado 4 de la siguiente manera (y también pueden acordar la eliminación de algunas de las actividades mencionadas en los subapartados (a) a (d) a continuación si consideran que estas actividades deberían

estar sujetas a la condición del carácter preparatorio o auxiliar contenido en el subapartado (e)):

4. No obstante las disposiciones precedentes de este Artículo, se considerará que la expresión “establecimiento permanente” no incluye:

- (a) El uso de instalaciones al solo fin de almacenar o exhibir bienes o mercancías pertenecientes a la empresa;
- (b) El mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa al solo fin de su almacenaje o exhibición;
- (c) El mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa al solo fin de su procesamiento por parte de otra empresa;
- (d) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios al solo fin de adquirir bienes o mercancías o recopilar información, para la empresa;
- (e) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios al solo fin de llevar a cabo, para la empresa, cualquier otra actividad de carácter preparatorio o auxiliar; o
- (f) El mantenimiento de un lugar fijo de negocios al solo fin de combinar las actividades mencionadas en los subapartados (a) a (e), en la medida que el conjunto de actividades del lugar fijo de negocios, resultante de esta combinación, sea de carácter preparatorio o auxiliar.

61. Como se ha señalado antes, el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, a diferencia del Modelo de Convenio Tributario de OCDE, no hace referencia a la “entrega” en los subapartados (a) o (b). Se ha debatido extensamente acerca de si el uso de las instalaciones para la “entrega de bienes” debería dar lugar a un establecimiento permanente. Un estudio hecho en 1997 reveló que casi el 75 por ciento de los convenios tributarios celebrados por países en desarrollo incluía la “entrega de bienes” en la lista de excepciones de los subapartados (a) y (b) del apartado 4. Sin embargo, algunos países consideran que la omisión de la expresión en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas es un gran desvío respecto del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y consideran que el almacenamiento de bienes

para su pronta entrega facilita las ventas del producto y, por lo tanto, la obtención de beneficios en el país anfitrión.

62. Al revisar el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, el Comité mantuvo la distinción entre los dos Modelos, pero advirtió que aun cuando se considere que la entrega de bienes da lugar a un establecimiento permanente, es posible que pueda atribuirse muy poca renta a esa actividad. Si no se examina cuidadosamente la cuestión, es posible que las autoridades tributarias se vean conducidas a atribuir demasiada renta a esta actividad, lo que daría lugar a litigios prolongados y a una aplicación inconsistente de los convenios tributarios. En consecuencia, aun en ausencia de la referencia a la “entrega” en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, los países pueden desear considerar ambos puntos de vista cuando entablen tratados tributarios bilaterales, a los fines de determinar los resultados prácticos de utilizar cualquiera de esos criterios.

Apartado 4.1

63. En 2017 el Comité decidió agregar el nuevo apartado 4.1 al Artículo 5. El nuevo apartado 4.1 consiste en una regla antifragmentación que fue recomendada para el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE en el Informe Final sobre la Acción 7 (Prevenir la Elusión Artificial del Estatus de Establecimiento Permanente)⁴³ de la OCDE y el G20. El propósito de este nuevo apartado es prevenir que una empresa fragmente sus actividades—ya sea dentro de la empresa o entre empresas estrechamente relacionadas—con el fin de calificar para las exenciones especificadas en el apartado 4 del Artículo 5. El Informe Final de la Acción 7 también incluyó un nuevo Comentario para orientar acerca de la aplicación del apartado 4.1 en aquellas situaciones en las que una empresa o un grupo de empresas estrechamente relacionadas intentan evitar la regla sobre el carácter preparatorio o auxiliar del apartado 4 mediante la fragmentación de una operación empresarial cohesionada, en varias operaciones menores. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, resulta aplicable respecto del apartado 4.1 del Artículo 5 de este Modelo (las

43 Véase pie de página 41.

modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido a los fines de reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas de este Modelo):

79. [...] Conforme el apartado 4.1, las excepciones previstas en el apartado 4 no se aplican a un lugar de negocios que, de otro modo, habría constituido un establecimiento permanente si las actividades desarrolladas en ese lugar y otras actividades, de la misma empresa o de empresas estrechamente relacionadas, ejercidas en ese mismo lugar o en otro lugar del mismo Estado, constituyen funciones complementarias que forman parte de una actividad empresarial cohesionada. Sin embargo, para que el apartado 4.1 resulte de aplicación, al menos uno de los lugares donde estas actividades se desarrollan debe constituir un establecimiento permanente o, de no ser así, el conjunto de la actividad resultante de la combinación de las actividades en cuestión debe exceder de lo meramente preparatorio o auxiliar.

80. Las disposiciones del apartado [9] resultan aplicables a los fines de determinar si una empresa es una empresa estrechamente relacionada a otra (véanse más abajo los párrafos 119 a 121 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]).

81. Los ejemplos siguientes ilustran la aplicación del apartado 4.1:

- Ejemplo A: RCO, un banco residente del Estado R, posee un número de sucursales en el Estado S que constituyen establecimientos permanentes. También posee una oficina distinta en el Estado S, en la que unos pocos empleados verifican la información proporcionada por los clientes que han presentado solicitudes de préstamo en las diferentes sucursales. Los resultados de las verificaciones realizadas por los empleados se transmiten a la sede central de RCO en el Estado R, donde otros empleados analizan la información incluida en las solicitudes de préstamo y remiten informes a las sucursales, en las que se toman las decisiones sobre la concesión de dichos préstamos. En ese caso, las excepciones del apartado 4 no se aplicarán a la oficina porque otro lugar (es decir, cualquiera de las sucursales donde se presentan las solicitudes de préstamo) constituye un establecimiento permanente de RCO en el Estado S y las actividades empresariales desempeñadas por RCO en la oficina y en la sucursal en cuestión constituyen funciones complementarias que son parte de una operación empresarial cohesionada (es

decir, el otorgamiento de préstamos a los clientes en el Estado S).

- Ejemplo B: RCO, una sociedad residente del Estado R, fabrica y vende electrodomésticos. SCO, una subsidiaria residente del Estado S cuyo único titular es RCO, posee un local donde vende los electrodomésticos que adquiere a RCO. RCO también posee un pequeño almacén en el Estado S en el que almacena una pequeña cantidad de grandes electrodomésticos, que son idénticos a algunos de los que se exhiben en el local perteneciente a SCO. Cuando un cliente le compra uno de esos grandes electrodomésticos a SCO, los empleados de SCO van al almacén y recogen el electrodoméstico previo a entregárselo al cliente; SCO solo adquiere la propiedad del electrodoméstico cuando éste sale del almacén. En este caso, el apartado 4.1 impide la aplicación de las excepciones del apartado 4 al almacén y, por lo tanto, no será necesario determinar si el apartado 4 y, en particular su subapartado (a), resulta aplicable al almacén. Las condiciones para la aplicación del apartado 4.1 concurren porque:
 - SCO y RCO son empresas estrechamente relacionadas;
 - el local de SCO constituye un establecimiento permanente de SCO (la definición de establecimiento permanente no se limita a situaciones en las que el residente de un Estado Contratante usa o mantiene un lugar fijo de negocios en el otro Estado; se aplica igualmente cuando una empresa de un Estado usa o mantiene un lugar fijo de negocios en ese mismo Estado); y
 - las actividades empresariales que realizan RCO en su almacén y SCO en su local, constituyen funciones complementarias que son parte de una operación empresarial cohesionada (es decir, el almacenamiento de bienes en un lugar con el objeto de entregarlos como parte de las obligaciones resultantes de su venta a través de otro lugar en el mismo Estado).

Apartado 5

64. En 2017, el Comité decidió modificar los apartados 5 y 7 del Artículo 5. Los nuevos apartados abordan la elusión artificial del estatus de establecimiento permanente a través de acuerdos de comisionistas (*commissionnaire arrangements*) y estrategias similares. La modificación de estos apartados y de los respectivos Comentarios al Modelo

de Convenio Tributario de las Naciones Unidas se encuentra en línea con las recomendaciones para el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE incluidos en el Informe Final sobre la Acción 7 (Prevenir la Elusión Artificial del Estatus de Establecimiento Permanente)⁴⁴ de la OCDE y el G20.

65. Resulta generalmente aceptado que, si una persona actúa en un Estado para una empresa de tal manera que vincula estrechamente la actividad de esa empresa con la vida económica de ese Estado, la empresa debería considerarse como que posee un establecimiento permanente en ese Estado, aun si no posee un lugar fijo de negocios en ese Estado de conformidad con el apartado 1. El apartado 5 logra esto al presumir la existencia de un establecimiento permanente cuando la persona es un agente dependiente que desempeña, por cuenta de la empresa, una actividad especificada en el subapartado (a) o (b).

66. El subapartado (a) sigue la sustancia del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y continúa sobre la base de que si una persona habitualmente concluye contratos en nombre de la empresa para transferir la titularidad, o para garantizar el derecho a uso de bienes de la empresa, o para que la empresa preste servicios (o si habitualmente desempeña el rol principal que conduce a la celebración de tales contratos), entonces resulta adecuado presumir que esa empresa posee un establecimiento permanente porque tales actividades crean para la empresa una vinculación lo suficientemente estrecha con un Estado. La condición del subapartado (b), relacionado con el mantenimiento de un depósito de bienes, se analiza más adelante.

67. Con relación al subapartado (a), un agente dependiente genera que se presuma la existencia de un “establecimiento permanente” solo si esa persona, de manera reiterada, y no meramente en casos aislados, celebra contratos o desempeña el rol principal que conduce a la celebración de contratos. El Comité considera que la siguiente parte de los Comentarios al apartado 5 del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, resulta aplicable respecto del subapartado (a) del apartado 5 del Artículo 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la

44 Véase pie de página 41.

OCDE de 2017, se han incluido a los fines de reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas de este Modelo):

84. Para poder aplicar el *[subapartado (a) del]* apartado 5, deben cumplirse todas las condiciones siguientes:

- que una persona actúe en un Estado Contratante por cuenta de una empresa;
- que, al hacerlo, esa persona habitualmente celebre contratos o habitualmente desempeñe el rol principal que conduce a la celebración de contratos que son celebrados de manera rutinaria sin que la empresa los modifique de manera significativa, y
- que estos contratos estén a nombre de la empresa o que tengan por objeto la transmisión de la propiedad, o garantizar el derecho a uso, de bienes propiedad de esa empresa, o sobre los cuales la empresa tenga el derecho a usar, o la prestación de servicios por parte de esa empresa.

85 No obstante, aun cumpliéndose estas condiciones, el *[subapartado (a) del]* apartado 5 no resultará de aplicación si las actividades ejercidas por la persona por cuenta de la empresa están incluidas en la excepción del apartado [7] relativa al agente independiente, o si se limitan a las actividades mencionadas en el apartado 4, respecto de las cuales se considera que, si se ejercen a través de un lugar fijo de negocios, no dan lugar a un establecimiento permanente. Esta última excepción se explica por el hecho de que, toda vez que, conforme el apartado 4, se considera que el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el mero propósito de llevar a cabo actividades preparatorias o auxiliares no constituye un establecimiento permanente, tampoco debe considerarse que lo constituye una persona cuyas actividades se limitan a tales propósitos. Cuando, por ejemplo, una persona actúa exclusivamente como un agente de compras para una empresa y, al hacerlo, habitualmente celebra contratos de compra en nombre de esa empresa, el apartado 5 no resultará de aplicación, aun cuando esa persona no sea independiente de la empresa, en la medida que dichas actividades sean preparatorias o auxiliares (véase el anterior párrafo 68 *[del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017]*).

86. Una persona realiza actividades en un Estado Contratante por cuenta de una empresa cuando esa persona involucra hasta cierto punto a la empresa en actividades empresariales en ese Estado. Este

será el caso, por ejemplo, cuando un agente actúa para un mandante, cuando un asociado actúe para una asociación de personas (partnership), cuando un director actúa para una sociedad o cuando un empleado actúe para su empleador. No puede decirse que una persona actúa por cuenta de una empresa si la actividad que realiza esa persona no afecta directa o indirectamente a la empresa. Tal como se indica en el párrafo 83 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], la persona que actúa por cuenta de una empresa puede ser una sociedad; en ese caso, las actividades de los empleados y directores de esa sociedad se considerarán conjuntamente a los fines de determinar si, y en qué medida, esa sociedad actúa por cuenta de la empresa.

87. La expresión “celebra contratos” apunta a situaciones en las que, conforme la legislación aplicable en materia de contratos, un contrato se considera celebrado por una persona. Un contrato puede celebrarse sin que se requiera una negociación activa respecto de sus términos; así ocurriría, por ejemplo, si la legislación en materia de contratos aplicable prevé que un contrato puede celebrarse por la mera aceptación de una persona, que actúa por cuenta de una empresa, respecto de la oferta hecha por un tercero para entablar un contrato estándar con esa empresa. Asimismo, un contrato puede, conforme a la legislación aplicable, celebrarse en un Estado Aun cuando se firme fuera de ese Estado; sí, por ejemplo, la celebración de un contrato resulta de la mera aceptación de una persona que actúa por cuenta de una empresa, respecto de una oferta formulada por un tercero para entablar un contrato, resultará irrelevante que dicho contrato se firme fuera de ese Estado. Además, puede decirse que una persona, que negocia en un Estado todos los elementos y detalles de un contrato de una manera que vincula a la empresa, celebra el contrato en ese Estado Aun cuando ese contrato fuera firmado por otra persona fuera de ese Estado.

88. La expresión “o habitualmente desempeña el rol principal que conduce a la celebración de contratos que son celebrados de manera rutinaria sin que la empresa los modifique de manera significativa” apunta a las situaciones en las que la celebración de un contrato resulta directamente de las actividades que la persona lleva a cabo en un Estado Contratante por cuenta de la empresa, aunque, conforme la legislación aplicable, el contrato no sea celebrado por esa persona en ese Estado. Si bien la expresión “celebra contratos” ofrece un criterio relativamente bien conocido basado en la legislación en materia de contratos, se consideró necesario complementar ese criterio con otro enfocado en las actividades sustanciales que se llevan a cabo en

un Estado, a los fines de abordar los casos en los que la celebración de contratos resulta la clara consecuencia directa de tales actividades aunque la normativa aplicable en materia de contratos prevean que la celebración del contrato tiene lugar fuera de ese Estado. Esta expresión debe interpretarse a la luz del objeto y fin del apartado 5, el cual consiste en abarcar aquellos casos en los que las actividades que ejerce una persona en un Estado tienen la finalidad de resultar en la celebración de contratos, de forma regular, que deben ejecutarse por parte de una empresa extranjera, es decir, cuando esa persona actúa como la fuerza de ventas de la empresa. El rol principal que conduce a la celebración del contrato estará, por lo general, asociado a las gestiones de la persona que convenció al tercero para entablar un contrato con la empresa. La expresión “contratos que son celebrados de manera rutinaria sin que la empresa los modifique de manera significativa” aclara que cuando ese rol principal se desempeñe en ese Estado, las gestiones de esa persona estarán comprendidas dentro del alcance del apartado 5, aun cuando los contratos no se celebraran formalmente en ese Estado, por ejemplo, cuando los contratos están rutinariamente sujetos a revisión y aprobación, fuera de ese Estado, sin que dicha revisión resulte en una modificación de los aspectos esenciales de esos contratos.

89. La expresión “habitualmente desempeña el rol principal que conduce a la celebración de contratos que son celebrados de manera rutinaria sin que la empresa los modifique de manera significativa” aplica, por lo tanto, cuando, por ejemplo, una persona solicita y recibe pedidos (pero no los finaliza formalmente) que se envían directamente a un almacén desde el cual se entregan bienes pertenecientes a la empresa y cuando la empresa aprueba de manera rutinaria esas transacciones. No aplica, sin embargo, cuando una persona se limita a promocionar y posicionar bienes y servicios de una empresa de una manera tal que no resulta directamente en la celebración de contratos. Cuando, por ejemplo, representantes de una empresa farmacéutica promocionan activamente medicamentos producidos por esa empresa, contactando médicos que subsecuentemente prescriben dichos medicamentos, esa actividad promocional no resulta directamente en la celebración de contratos entre los médicos y la empresa de modo que dicho apartado no resulta aplicable, aunque las ventas de esos medicamentos pueden aumentar significativamente debido a esa actividad promocional.

90. El siguiente consiste en otro ejemplo que ilustra la aplicación del *[subapartado (a) del]* apartado 5. RCO, una sociedad residente del

Estado R, distribuye varios productos y servicios en todo el mundo a través de sus sitios web. SCO, una sociedad residente en el Estado S, es una subsidiaria cuyo único titular es RCO. Los empleados de SCO envían correos electrónicos, realizan llamadas telefónicas o visitan grandes organizaciones con la finalidad de convencerlas para que compren los productos y servicios de RCO y son, por lo tanto, los responsables de importantes cuentas en el Estado S; los empleados de SCO, cuya remuneración se basa parcialmente en las rentas obtenidas por RCO de los titulares de dichas cuentas, usan sus habilidades en entablar relaciones para intentar anticiparse a las necesidades de los clientes y convencerlos de que adquieran los productos y servicios ofrecidos por RCO. Cuando un empleado de SCO persuade al titular de una de esas cuentas para que compre una cierta cantidad de bienes o servicios, dicho empleado indica el precio correspondiente a esa cantidad, informa que debe celebrarse en línea un contrato con RCO, como paso previo a la provisión por parte de RCO de los bienes o servicios, y explica los términos estandarizados de los contratos de RCO, incluyendo la estructura fija de precios utilizada por RCO, la cual el empleado no está autorizado a modificar. El titular de la cuenta subsecuentemente celebra ese contrato en línea relativo a la cantidad convenida con el empleado de SCO de conformidad con la estructura de precios comunicada por dicho empleado. En este ejemplo, los empleados de SCO desempeñan el rol principal que conduce a la celebración de contratos entre los titulares de cuentas y RCO y tales contratos son celebrados de manera rutinaria sin que la empresa los modifique de manera significativa. El hecho de que los empleados de SCO no puedan modificar los términos de los contratos no significa que la conclusión de estos contratos no sea el resultado directo de las actividades que ellos desempeñan por cuenta de la empresa, convencer a los titulares de cuenta para que acepten los términos estandarizados constituye un elemento crucial que conduce a la celebración de los contratos entre los titulares de cuentas y RCO.

91. La redacción de [*las subdivisiones (i), (ii) y (iii)*] asegura que el [*subapartado (a) del*] apartado 5 aplique no solo a los contratos que crean derechos y obligaciones jurídicamente exigibles entre la empresa por cuenta de la cual actúa la persona y las terceras partes con las cuales se concluyen estos contratos, sino que también a los contratos que crean obligaciones que serán efectivamente cumplidas por dicha empresa en vez la persona contractualmente obligada a ello.

92. Un caso típico comprendido en [*estas subdivisiones*] es aquél en el que los contratos con los clientes son celebrados por un agente, un

asociado o un empleado de una empresa, de modo tal que crea derechos y obligaciones jurídicamente exigibles entre la empresa y estos clientes. Estas [subdivisiones] también abarcan casos en los que los contratos, celebrados por una persona que actúa por cuenta de una empresa, no vinculan legalmente a la empresa con las terceras partes con las cuales estos contratos son celebrados, pero tratan respecto de la transmisión de la titularidad de, o para la concesión del derecho a uso de, bienes pertenecientes a la empresa o que la empresa posee el derecho a usar, o para la prestación de servicios por parte de esa empresa. Un ejemplo característico sería el de los contratos que un comisionista celebra con terceros en el marco de un acuerdo de comisionista (*commissionnaire arrangement*) con una empresa extranjera en virtud del cual este comisionista actúa por cuenta de la empresa, pero que, al hacerlo, celebra contratos en su propio nombre que no generan derechos ni obligaciones jurídicamente exigibles entre la empresa extranjera y los terceros, incluso cuando, como resultado del acuerdo entre el comisionista y la empresa extranjera, esta última transfiere directamente a estos terceros, la propiedad o el uso de los bienes que le pertenecen o que tiene derecho a usar.

93. La referencia a contratos “en nombre de” en [la subdivisión (i)] no limita la aplicación de [la subdivisión] a aquellos contratos que son literalmente en nombre de la empresa; esta expresión puede aplicar, por ejemplo, a ciertas situaciones en las que el nombre de la empresa no se revela en un contrato escrito.

94. La condición crucial para la aplicación de [las subdivisiones y (iii)] es que la persona, que habitualmente celebra los contratos, o que habitualmente desempeña el rol principal que conduce a la celebración de los contratos que son celebrados de manera rutinaria sin que la empresa los modifique de manera significativa, actúe por cuenta de una empresa de manera tal que sea la empresa, y no esa persona, la que ejecutará las cláusulas del contrato relativas a la transmisión de la propiedad o del uso de los bienes o a la prestación de los servicios.

95. A los efectos de [la subdivisión (ii)], poco importa que los bienes en cuestión existan, o no, o que pertenezcan, o no, a la empresa al momento de la celebración de los contratos entre la persona que actúa para la empresa y las terceras partes. Por ejemplo, una persona que actúa por cuenta de una empresa podría perfectamente vender bienes que producirá posteriormente la empresa antes de entregárselos directamente a los clientes. Asimismo, la referencia a “bienes” se refiere a todo tipo de bienes tangibles o intangibles.

96. Los casos a los cuales aplica el *[subapartado (a) del]* apartado 5 deben distinguirse de las situaciones en las que una persona celebra contratos por su cuenta y, a los fines de ejecutar las obligaciones derivadas de dichos contratos, obtiene bienes o servicios de otras empresas o contrata a otras empresas para entregar dichos bienes o servicios. En tales casos, la persona no actúa “por cuenta” de esas otras empresas y los contratos que esa persona celebra no son en nombre de esas empresas, ni implican la transmisión a terceros de la propiedad o el uso de bienes que pertenecen a esas personas o cuyo derecho a uso poseen, ni la prestación de servicios por parte de esas otras empresas. Por ejemplo, cuando una sociedad actúa como distribuidor de productos en un mercado particular y, al hacerlo, vende a clientes productos que compra a una empresa (incluso una empresa asociada), esta sociedad no actúa por cuenta de esa empresa ni vende bienes que pertenecen a esa empresa ya que los bienes vendidos a los clientes pertenecen al distribuidor. Lo mismo ocurriría si ese distribuidor actuara en calidad de lo que se denomina un distribuidor “de bajo riesgo” (y no, por ejemplo, como un agente) pero solo si la transmisión de la titularidad de los bienes vendidos por ese distribuidor “de bajo riesgo” pasa de la empresa al distribuidor y de éste al cliente (independientemente del tiempo durante el cual el distribuidor posea la titularidad del producto vendido) de modo que el distribuidor obtendría un beneficio por la venta y no una remuneración, por ejemplo, en forma de comisión.

97. Los contratos a los que refiere el apartado 5 comprenden aquellos relativos a las operaciones que constituyen la actividad propia de la empresa. Resultaría irrelevante, por ejemplo, si la persona celebró contratos laborales para la empresa con el personal que asistirá a esta persona en las actividades que ejerce para la empresa, o si esta persona hubiere celebrado, en nombre de la empresa, contratos similares relativos exclusivamente a operaciones internas. Además, la determinación acerca de si una persona habitualmente celebra contratos, o no, o si habitualmente desempeña el rol principal que conduce a la celebración de contratos que son celebrados de manera rutinaria sin que la empresa los modifique de manera significativa, se efectuará en función de la situación comercial real. El mero hecho de que una persona haya asistido e incluso participado en negociaciones en un Estado entre una empresa y un cliente no resultará suficiente, por sí mismo, para concluir que esa persona ha celebrado contratos o desempeñado el rol principal que conduce a la celebración de contratos que son celebrados de manera rutinaria sin que la empresa los modifique de manera significativa. El hecho de que una persona haya asistido o incluso participado en tales negociaciones podría, sin embargo,

resultar un factor relevante a la hora de determinar las funciones específicas que esa persona desempeña por cuenta de la empresa.

98. El requisito de que un agente debe “habitualmente” celebrar contratos o desempeñar el rol principal que conduce a la celebración de contratos que son celebrados de manera rutinaria sin que la empresa los modifique de manera significativa, refleja el principio que subyace al Artículo 5, según el cual la presencia que una empresa mantiene en un Estado Contratante debería resultar más que meramente transitoria para que pueda considerarse que la empresa mantiene un establecimiento permanente y, por lo tanto, una presencia imponible en ese Estado. La amplitud y la frecuencia de la actividad, necesaria para concluir que el agente “habitualmente” celebra contratos o desempeña el rol principal que conduce a la celebración de contratos que son celebrados de manera rutinaria sin que la empresa los modifique de manera significativa, dependerán de la naturaleza de los contratos y de las actividades empresariales del mandante. No es posible definir un criterio preciso sobre la frecuencia. No obstante, puede recurrirse a los mismos tipos de factores que los considerados en los párrafos 28 a 30 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*] para llegar a esa determinación.

68. El Comité analizó el significado de la referencia a contratos “que son celebrados de manera rutinaria sin que la empresa los modifique de manera significativa”. El Comité tuvo en cuenta que, aún si la empresa efectúa modificaciones significativas a algunos contratos (incluso a la mayoría de los contratos resultantes de las actividades del personal de ventas local) antes de ser aprobados, en la medida que haya una persona que habitualmente desempeñe el rol principal que conduce a la celebración de otros contratos celebrados de manera rutinaria por la empresa sin que los modifique de manera significativa, tendrá lugar un establecimiento permanente como resultado de las actividades de esa persona. Algunos miembros del Comité aún prefirieron omitir esa expresión en atención a que favorecerían una formulación más amplia. Asimismo, consideraron que dicha expresión fomentaría a las empresas para que reclamen que la condición no se ha cumplido y para eludir artificialmente la existencia de un establecimiento permanente. Los países que comparten esta preocupación son libres de omitir la expresión “que son celebrados de manera rutinaria sin que la empresa los modifique de manera significativa”.

69. Con la inclusión del subapartado (*b*) del apartado 5, relativo al mantenimiento de existencias de bienes, el apartado 5 del Artículo 5 de este Modelo tiene un alcance más amplio que el apartado 5 del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Algunos países consideran que una formulación restrictiva podría alentar a un agente, que de hecho es dependiente, a presentarse como si actuara por cuenta propia.

70. El anterior Grupo de Expertos entendió que el subapartado (*b*) del apartado 5 debía interpretarse de manera tal que, si todas las actividades relacionadas con las ventas se realizaran fuera del Estado Anfitrión y únicamente la entrega a cargo de un agente, tuviera lugar allí, la situación no conllevaría a un establecimiento permanente.⁴⁵ Sin embargo, el anterior Grupo de Expertos señaló que si las actividades relacionadas con las ventas (por ejemplo, publicidad o promoción) también se realizan en ese Estado por cuenta del residente (ya sea, o no, por la empresa misma o por sus agentes dependientes) y han contribuido a la venta de esos bienes y mercancías, puede que exista un establecimiento permanente.⁴⁶

Apartado 6

71. Este apartado del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas no se corresponde con ninguna disposición del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y se incluye para abordar ciertos aspectos del negocio de seguros. Sin embargo, el párrafo 114 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 analiza la posibilidad de incluir esa disposición en los acuerdos fiscales bilaterales, en los términos siguientes:

114. Conforme a la definición del término “establecimiento permanente”, una sociedad aseguradora de un Estado puede someterse a imposición en el otro Estado por su negocio de seguros si tiene un lugar fijo de negocios conforme el apartado 1 o si realiza sus actividades mediante una persona en el sentido del apartado 5. Dado que las agencias de sociedades aseguradoras extranjeras no siempre responden a uno u otro de estos dos supuestos, es de suponer que

45 Véase el párrafo 25 del Comentario al Artículo 5 de la versión 1999 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas.

46 Ibid.

dichas sociedades realicen negocios a gran escala en un Estado sin que se sometan a imposición en ese Estado por los beneficios que generan sus actividades. Para evitar esa situación, varios convenios suscritos por países miembros de la OCDE antes de 2017 contienen una disposición que estipula que las sociedades aseguradoras de un Estado tienen un establecimiento permanente en el otro Estado si perciben primas en ese otro Estado por medio de un agente establecido allí—distinto de un agente que ya constituye un establecimiento permanente en virtud del apartado 5—o aseguran riesgos situados en ese territorio por medio de dicho agente. La decisión respecto de si debiera o no incluirse una disposición en estos términos en un convenio dependerá de la situación de hecho y de derecho existente en los Estados Contratantes relevantes. Asimismo, los cambios introducidos en 2017 a los apartados 5 y 6 abordaron algunas de las preocupaciones que dicha disposición intenta resolver. Por consiguiente, dicha disposición no será contemplada con frecuencia. Por ello, no pareció recomendable incluir una disposición en este sentido en el Modelo de Convenio.

72. El apartado 6 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, que logra el objetivo mencionado precedentemente, resulta necesario porque, en general, los agentes de seguros no tienen autoridad para celebrar contratos; en consecuencia, no se reunirían los requisitos establecidos en el apartado (a) del apartado 5. Sin embargo, si un agente de seguros es independiente, los beneficios obtenidos por la sociedad aseguradora atribuibles a las actividades del agente no son imponibles en el Estado de la fuente porque aplicarían las disposiciones del apartado 7 del Artículo 5 y no se consideraría que la empresa posee un establecimiento permanente.

73. Sin embargo, algunos países favorecen la extensión de la disposición para permitir la imposición aun cuando la representación esté a cargo de un agente independiente. Adoptan ese criterio debido a la naturaleza del negocio de seguros, al hecho de que los riesgos se localizan en el país que reclama jurisdicción impositiva y a la facilidad con que algunas personas, trabajando a tiempo parcial, podrían representar a sociedades aseguradoras en base a un “estatus de independiente”, dificultando la distinción entre agentes de seguros dependientes e independientes. Otros países consideran que no hay razón para tratar al negocio de seguros de modo diferente a otras actividades, tales como la de venta de bienes tangibles. También señalan la dificultad

para determinar el monto total de las actividades empresariales realizadas cuando el seguro está a cargo de varios agentes independientes en el mismo país. Habida cuenta de esa diferencia de criterios, el tratamiento aplicable a los agentes independientes se deja para ser decidido en negociaciones bilaterales, las cuales podrían tener en cuenta los métodos utilizados para vender seguros y otras características del negocio de seguros en los países pertinentes.

Apartado 7

74. La primera oración de este apartado reproduce el apartado 6 del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, con muy ligeras diferencias de redacción. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, resulta aplicable respecto del apartado 7 del Artículo 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido a los fines de reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas de este Modelo):

102. Cuando una empresa de un Estado Contratante lleve a cabo operaciones empresariales por medio de un agente independiente que ejerza actividades empresariales como tal, esa empresa no puede someterse a imposición en el otro Estado Contratante por razón de esas operaciones si el agente actúa en el curso ordinario de esa actividad (véase el anterior párrafo 83 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]). Las actividades de dicho agente, el cual compone una empresa distinta e independiente, no deberían resultar en la existencia de un establecimiento permanente de la empresa extranjera.

103. La excepción del apartado [7] aplica únicamente cuando una persona actúa por cuenta de una empresa en el ejercicio de una actividad empresarial como agente independiente. Por lo tanto, no sería aplicable cuando una persona actúa por cuenta de una empresa en una capacidad diferente, tal como cuando un empleado intervenga por cuenta de su empleador o un asociado por cuenta de una asociación de personas (*partnership*). Tal como se explica en el apartado 8.1 del Comentario al Artículo 15 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], a veces resulta difícil determinar si los servicios prestados por una persona natural constituyen servicios prestados

en el marco de una relación laboral o servicios prestados por una empresa independiente, para lo cual resultan pertinentes las pautas contenidas en los párrafos 8.2 a 8.28 del Comentario al Artículo 15 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017]*. No obstante, cuando una persona natural actúa por cuenta de una empresa en el ejercicio de su propia actividad y no como un empleado, la aplicación del apartado [7] seguirá requiriendo que esa persona natural lo haga como un agente independiente; tal como se explica más adelante en el párrafo 111 *[del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017]*, este estatus de independiente es menos probable si las actividades de esta persona natural se ejercen de manera exclusiva o casi exclusiva por cuenta de una empresa o de empresas estrechamente relacionadas.

104. La determinación de si una persona actúa como agente independiente de la empresa a la que representa depende del alcance de sus obligaciones con respecto a la empresa. Si las actividades empresariales que la persona realiza para la empresa están sujetas a instrucciones detalladas o a un control exhaustivo por parte de ésta, esa persona no puede considerarse independiente de la empresa. Otro criterio importante consiste en determinar si el riesgo empresarial es asumido por la persona o por la empresa a la que ésta representa. En todo caso, la última oración del apartado [7] prevé que, en determinadas circunstancias, no se considerará a una persona como un agente independiente (véanse los párrafos 119 a *[del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017]* a continuación). Las siguientes consideraciones deberían tenerse en cuenta cuando se determine si un agente al que no le resulte aplicable esa última oración, puede considerarse que es independiente.

105. Debe señalarse que, cuando la última oración del apartado [7] no resulte aplicable porque una subsidiaria no actúe de manera exclusiva o casi exclusiva para empresas estrechamente relacionadas, el control ejercido por la sociedad matriz sobre su subsidiaria en base a su calidad de accionista no resulta relevante para determinar la dependencia o independencia de la subsidiaria en su condición de agente para la matriz. Esto es coherente con la del apartado [8] del Artículo 5 (véase también a continuación el párrafo 113 *[del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017]*).

106. Un agente independiente normalmente será responsable ante su mandante por los resultados de su trabajo, sin que ello implique que estará sometido a un control significativo sobre la forma en que

ejerce ese trabajo. El agente no estará sujeto a instrucciones detalladas del mandante en cuanto a la ejecución del trabajo. El hecho de que el mandante confíe en las habilidades y en los conocimientos específicos del agente es un indicio de independencia.

107. Las limitaciones respecto de la amplitud del negocio que puede realizar el agente afectan claramente al alcance de sus facultades. No obstante, estas limitaciones no guardan relación con el nivel de dependencia, la cual viene determinado por el margen de libertad del que dispone el agente en la realización de operaciones por cuenta del principal, dentro del alcance de las facultades que le confiere el acuerdo.

108. La ejecución de un acuerdo puede caracterizarse por el hecho de que un agente suministrará información sustancial al mandante respecto de la actividad ejercida en virtud del acuerdo. Esto no constituye por sí solo un criterio suficiente para determinar que se trata de un agente dependiente, a menos que la información se suministre con el fin de lograr la aprobación por parte del mandante acerca de la forma en que se ejercerá la actividad. El suministro de información con el único fin de garantizar el buen funcionamiento del acuerdo y la fluidez de las relaciones con el mandante no es un indicio de dependencia.

109. Otro factor que debe considerarse para determinar la condición de independiente consiste en el número de mandantes a los que el agente representa. Tal como se indica en el párrafo 111 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], el estatus de independiente es menos probable si el agente ejerce sus actividades de manera exclusiva o casi exclusiva por cuenta de una única empresa durante todo el ciclo de vida de la actividad o durante un largo período de tiempo. No obstante, este hecho no es por sí solo determinante. Deben tenerse en cuenta todos los hechos y circunstancias para determinar si las actividades del agente constituyen una actividad empresarial autónoma que ejerce el agente, respecto de la cual el agente asume el riesgo y obtiene una recompensa por la aplicación de sus habilidades y conocimientos empresariales. Cuando un agente actúa para varios mandantes en el curso ordinario de sus funciones y ninguno de ellos ocupa una posición predominante en las operaciones que realiza el agente, puede existir dependencia si los mandantes actúan de común acuerdo para controlar las actuaciones del agente en el curso de la actividad que éste ejerce por cuenta de ellos.

110. No puede decirse que un agente independiente actúa en el curso ordinario de su actividad como tal cuando ejerce actividades que no están relacionadas con las actividades empresariales de agencia. Cuando, por ejemplo, una sociedad que actúa por su propia cuenta como distribuidora para un número de sociedades, también actúa como agente para otra empresa, las actividades que la sociedad realiza como distribuidora no se considerarán, a los fines de aplicar el apartado [7], como parte de las actividades que la sociedad desarrolla en el curso ordinario de su actividad como agente. Sin embargo, las actividades que forman parte del curso ordinario de la actividad que una empresa ejerce como agente comprenderán las actividades de intermediación que, en línea con la práctica habitual de un sector de negocios en particular, se llevan a cabo en ocasiones como agente y en otras ocasiones por cuenta propia de la empresa, a condición de que esas actividades de intermediación resulten, en esencia, imposibles de distinguir entre sí. Cuando, por ejemplo, un corredor/intermediario en el sector financiero ejerce diversas actividades de intermediación de forma idéntica, pero, informado de las necesidades de sus clientes, lo hace en ocasiones como agente para otra empresa y en otras ocasiones por su propia cuenta, se considerará que este corredor/intermediario actúa en el curso ordinario de su actividad como agente cuando lleve a cabo estas diversas actividades de intermediación de mercado.

111. La última oración del apartado [7] establece que no se considerará como agente independiente a una persona que actúa de manera exclusiva o casi exclusiva para una o más empresas con las que ésta esté estrechamente relacionada. Sin embargo, esa última oración no significa que el apartado [7] aplicará automáticamente cuando una persona actúa para una o más empresas con las que no esté estrechamente relacionada. El apartado [7] requiere que la persona ejerza una actividad como agente independiente y que opere en el curso ordinario de esa actividad. El estatus de independiente es menos probable si las actividades de esa persona se ejercen íntegra o casi íntegramente por cuenta de una única empresa (o un grupo de empresas estrechamente relacionadas entre sí) durante todo el ciclo de vida de las actividades empresariales de esa persona o durante un largo período de tiempo. Sin embargo, cuando una persona actúa exclusivamente para una única empresa, respecto de la cual no está estrechamente relacionada, durante un corto periodo de tiempo (por ejemplo, al momento en que esa persona inicia sus operaciones), es posible que pueda aplicarse el apartado [7]. Tal como se indicó anteriormente en el párrafo 109 *[del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la*

OCDE de 2017], deben tenerse en cuenta todos los hechos y circunstancias para determinar si las actividades de una persona constituyen el ejercicio de una actividad como agente independiente.

112. La última oración del apartado [7] aplica únicamente cuando la persona actúa “de manera exclusiva o casi exclusiva” por cuenta de empresas estrechamente relacionadas, tal como se definen en el apartado [9]. Esto significa que cuando las actividades que ejerce la persona por cuenta de una empresa respecto de la cual no está estrechamente relacionada no constituyen una parte significativa de la actividad de esa persona, esta persona no calificará como un agente independiente. Cuando, por ejemplo, las ventas que un agente celebra para empresas respecto de las cuales no esté estrechamente relacionado, representen menos del 10 por ciento del total de ventas que celebra como agente para otras empresas, debería considerarse que ese agente actúa “de manera exclusiva o casi exclusiva” por cuenta de empresas estrechamente relacionadas.

113. La regla contenida en la última oración del apartado [7] y el hecho de que la definición de “estrechamente relacionado” del apartado [9] abarque las situaciones en las que una sociedad controle o esté controlada por otra, no restringen en modo alguno el ámbito de aplicación del apartado [8] del Artículo 5. Tal como se explica más abajo en el párrafo 117 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], es posible que una subsidiaria actúe por cuenta de su sociedad matriz de manera tal que se considere que la matriz tiene un establecimiento permanente conforme el apartado 5; si este fuera el caso, una subsidiaria que actúa de manera exclusiva o casi exclusiva para su matriz no podrá beneficiarse de la excepción del “agente independiente” del apartado [7]. Sin embargo, esto no implica que la relación matriz-subsidiaria elimine las condiciones del apartado 5 y que dicha relación pueda ser suficiente, en sí misma, para concluir que se cumple alguna de esas condiciones.

75. En la revisión de 1999 de este Modelo, se enmendó la redacción del apartado 7 para aclarar que el criterio esencial para considerar que un agente no goza de un “estatus de independiente” era la ausencia de una relación de plena competencia (*arm's length*). Sin embargo, en la actualización de 2017, el Comité decidió que la ausencia de una relación de plena competencia no debería resultar un factor decisivo para determinar que un agente no califica como agente con un estatus de independiente y eliminó este requerimiento en la regla sobre el agente independiente. Al adoptar esta su decisión, el Comité advirtió que la

eliminación de la condición de plena competencia se hizo porque con anterioridad a la actualización de 2017, resultaba más fácil calificar como “un agente independiente” en virtud del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas que conforme el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

Apartado 8

76. El apartado 8 reproduce el apartado 7 del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, resulta aplicable respecto del apartado 8 del Artículo 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido a los fines de reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas de este Modelo):

115. Resulta generalmente aceptado que la existencia de una sociedad subsidiaria no convierte, por sí solo, a ésta en un establecimiento permanente de su sociedad matriz. Ello se deriva del principio según el cual, a los fines impositivos, esa sociedad subsidiaria constituye una entidad jurídica independiente. Incluso, el hecho de que la actividad comercial o empresarial realizada por la sociedad subsidiaria esté gestionada por la sociedad matriz no entraña que la sociedad subsidiaria constituye un establecimiento permanente de la sociedad matriz.

116. Sin embargo, conforme las reglas de los apartados 1 [*5 o 6*] del Artículo, es posible que se considere que una sociedad matriz tiene un establecimiento permanente en un Estado en el que una subsidiaria cuenta con un lugar de negocios. Así, todo lugar o espacio perteneciente a la subsidiaria que se encuentre a disposición de la sociedad matriz (véanse los anteriores párrafos 10 a 19 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]) y que constituya un lugar fijo de negocios mediante el cual la matriz realiza su propia actividad, constituirá un establecimiento permanente de la matriz de conformidad con el apartado 1, sin perjuicio de los apartados 3 y 4 del Artículo (véase, por ejemplo, el supuesto del apartado 15 anterior [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]). Asimismo, conforme al apartado 5 [*o 6*], se considerará que una matriz posee un establecimiento permanente en un Estado con respecto a cualquier actividad

que su subsidiaria emprenda por ella, si se cumplen las condiciones de ese apartado (véanse los anteriores párrafos 82 a 99 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]), salvo que resulte de aplicación el apartado [7] del Artículo.

117. Los mismos principios resultan de aplicación respecto de cualquier sociedad que forma parte de un grupo multinacional, de manera tal que podría considerarse que esa sociedad posee un establecimiento permanente en un Estado en el cual tenga a su disposición [...] y utilice lugares pertenecientes a otra sociedad del grupo, o si se considera que la empresa mencionada en primer término dispone de un establecimiento permanente de conformidad con el apartado 5 [o 6] del Artículo (véanse los anteriores párrafos 82 a 99 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]). No obstante, la determinación acerca de la existencia de un establecimiento permanente de acuerdo con las reglas de los apartados 1 [o 5 o 6] del Artículo debe efectuarse de forma separada para cada sociedad del grupo. Así, la existencia de un establecimiento permanente de una sociedad del grupo en un Estado no tendrá relevancia alguna para determinar si otra sociedad del grupo posee, por sí misma, un establecimiento permanente en ese Estado.

77. El Comité observa que la determinación acerca de si existe o no un establecimiento permanente sobre la base de un análisis separado para cada entidad puede dar lugar a una vulnerabilidad contra acuerdos abusivos. Según la legislación interna de los Estados, es posible encontrar algunas salvaguardias contra estructuras puramente artificiales mediante la aplicación de una norma de fondo sobre forma. En este sentido, el Comité también considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 resulta aplicable al Artículo 5 de este Modelo:

118. Si bien los lugares pertenecientes a una sociedad que es miembro de un grupo multinacional pueden ponerse a disposición de otra sociedad del grupo y pueden, sin perjuicio de las demás condiciones del Artículo 5, constituir un establecimiento permanente de esa otra sociedad si ésta realiza su actividad a través de ese lugar, resulta importante distinguir ese caso de la frecuente situación en la que una sociedad, integrante de un grupo multinacional, presta servicios (por ejemplo, servicios de gestión) a otra sociedad del grupo como parte de su propia actividad empresarial, ejercida en lugares que no son aquellos de esa otra sociedad y usando su propio personal. En este caso, el lugar donde se prestan los servicios no se encuentra a disposición

de la sociedad mencionada en último término y no es su actividad empresarial la que se lleva a cabo desde ese lugar. Por tanto, ese lugar no puede considerarse como un establecimiento permanente de la sociedad a la cual se le presta el servicio. En efecto, el hecho que las actividades propias de una sociedad desarrolladas en un determinado lugar puedan proporcionar un beneficio económico a la actividad empresarial de otra sociedad no implica que esta última realice su actividad a través de dicho lugar: evidentemente, una sociedad que se limite a adquirir piezas producidas, o servicios prestados, por otra sociedad en un país diferente no tendría un establecimiento permanente en ese país por dicha circunstancia, a pesar de que se beneficie de la fabricación de esas piezas o de la prestación de esos servicios.

Apartado 9

78. Este apartado reproduce el apartado 8 del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 resulta aplicable al apartado 9 del Artículo 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido a los fines de reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas de este Modelo):

119. El apartado [9] explica el significado del concepto de una persona o empresa “estrechamente relacionada a una empresa” a los efectos de este Artículo y, en particular, de los apartados 4.1 y [7]. Ese concepto debe distinguirse del concepto de “empresas asociadas” utilizado a los efectos del Artículo 9; aunque ambos conceptos se superponen en cierta medida, no están pensados para ser equivalentes.

120. La primera parte del apartado [9] incluye una definición general de lo que constituye “una persona o empresa estrechamente relacionada a una empresa”. Precisa que una persona o empresa está estrechamente relacionada a una empresa si, en base a todos los hechos y circunstancias, una tiene control de la otra o ambas están bajo el control de las mismas personas o empresas. Esta regla general comprendería, por ejemplo, aquellas situaciones en las que una persona o una empresa controlan una empresa en virtud de un acuerdo especial que permite a esa persona o empresa ejercer derechos similares a los que tendría si poseyera, directa o indirectamente, más del 50 por ciento de los

derechos de participación en los beneficios de la empresa. Como ocurre la mayoría de los casos en que se utiliza el plural, la referencia a “las mismas personas o empresas” al final de la primera oración del apartado [9] comprende las situaciones en las que solo haya una persona o una empresa.

121. La segunda parte del apartado [9] precisa que los requisitos de la definición de “una persona o empresa estrechamente relacionada a una empresa” se cumplen automáticamente en ciertas circunstancias. En virtud de esta segunda parte, se considera que una persona o empresa está estrechamente relacionada a una empresa si cualquiera de ellas posee, directa o indirectamente, más del 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios de la otra, o si una tercera persona posee, directa o indirectamente, más del 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios tanto de la persona como de la empresa o de ambas empresas. En el caso de una sociedad, esta condición se cumple cuando una persona posee directa o indirectamente más del 50 por ciento tanto del derecho a voto como del valor de las acciones o participaciones en el capital de la sociedad.

Comercio electrónico

79. El Comité considera que la siguiente sección del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, relativa al comercio electrónico, resulta generalmente aplicable con respecto al Artículo 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, las cuales no forman parte de los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido a los fines de ofrecer explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas de este Modelo):

Comercio electrónico

122. Ha habido cierto debate acerca de si el mero uso de equipos informáticos situados en un país para efectuar operaciones de comercio electrónico podría constituir un establecimiento permanente. Esta cuestión plantea una serie de cuestiones en relación con las disposiciones del Artículo.

123. Si bien un lugar en el que una empresa opere un equipo automatizado puede constituir un establecimiento permanente en el país en el que está situado (véase a continuación), debe distinguirse entre

el equipo informático, que puede instalarse en un lugar de forma tal que, bajo ciertas circunstancias, puede constituir un establecimiento permanente, y los datos y el software utilizados, o almacenados, en ese equipo. Por ejemplo, un sitio web de Internet, consistente en una combinación de software y datos electrónicos, no constituye, por sí mismo, un bien tangible. Por lo tanto, no tiene un lugar que pudiera constituir un “lugar de negocio” toda vez que no existe ninguna “instalación tal como locales o, en determinados casos, maquinaria o equipo” (véase más arriba el apartado 6 [del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017]) en lo que respecta al software y los datos que componen el sitio web en cuestión. Por otra parte, el servidor en el que se almacena el sitio web y a partir del cual se accede a él consiste en una parte de un equipo que cuenta con una ubicación física y cuya ubicación, por lo tanto, puede constituir un “lugar fijo de negocios” de la empresa que opera el servidor.

124. La distinción entre un sitio web y el servidor en el que éste se almacena y usa, resulta de importancia, habida cuenta de que la empresa que opera el servidor puede resultar distinta de la empresa que lleva a cabo la actividad empresarial a través del sitio web. Por ejemplo, es común que el servidor de un Proveedor de Servicios de Internet (ISP, por sus siglas en inglés) aloje al sitio web mediante el cual una empresa lleva a cabo su actividad empresarial. Aunque los honorarios pagados al ISP en virtud de dicho acuerdo puedan basarse en la cantidad de espacio del disco utilizado para almacenar el software y los datos requeridos para el sitio web, estos contratos generalmente no implican que el servidor y su ubicación estén a disposición de la empresa (véanse los párrafos 10 a 19 [del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017]), incluso si la empresa ha estado en condiciones de determinar que su sitio web debería alojarse en un servidor en particular en una ubicación en particular. En ese caso, la empresa ni siquiera cuenta con presencia física en esa ubicación, ya que el sitio web no es tangible. En estos casos, no puede considerarse que la empresa ha adquirido un lugar de negocios como consecuencia de ese acuerdo de servidor. Sin embargo, si la empresa que lleva a cabo su actividad a través de un sitio web tiene el servidor a su disposición, por ejemplo, si es titular (o alquila) y opera el servidor en el cual almacena y utiliza el sitio web, el lugar en el que se encuentra ubicado el servidor podría constituir un establecimiento permanente de la empresa si se cumplen las demás condiciones del Artículo.

125. El equipo informático situado en una ubicación determinada únicamente puede constituir un establecimiento permanente si cumple el requisito de estar fijo. En el caso de un servidor, lo que cobra relevancia no es la posibilidad de que se lo traslade, sino si de hecho se ha trasladado. Para que un servidor constituya un lugar fijo de negocios, éste deberá de estar ubicado en un lugar determinado durante un período lo suficientemente amplio como para considerarse fijo en el sentido del apartado 1.

126. Otro asunto es si la actividad de una empresa puede considerarse total o parcialmente ejercida en una ubicación en la que la empresa tenga a su disposición un equipo, tal como un servidor. La cuestión respecto de si la actividad de una empresa puede considerarse total o parcialmente ejercida a través de ese equipo debe examinarse caso por caso, teniendo en cuenta si, por la existencia de tal equipo, se puede afirmar que la empresa tiene a su disposición instalaciones en las que se ejercen sus funciones empresariales.

127. Cuando una empresa opera un equipo informático en una ubicación en particular, puede existir un establecimiento permanente aún si no se requiere personal de la empresa en esa ubicación para la operación del equipo. La presencia de personal no resulta necesaria para considerar que una empresa lleva a cabo total o parcialmente su actividad en un lugar cuando, de hecho, no se necesita personal alguno para ejercer actividades empresariales en ese lugar. Esta conclusión resulta aplicable al comercio electrónico en la misma medida que resulta aplicable respecto de otras actividades en las que se opere automáticamente un equipo, por ejemplo, un equipo de bombeo automático usado en la explotación de recursos naturales.

128. Otro tema se relaciona con el hecho de que no puede considerarse que existe un establecimiento permanente cuando las operaciones de comercio electrónico, llevadas a cabo a través de un equipo informático situado en un determinado lugar de un país, se limitan a las actividades preparatorias o auxiliares contempladas en el apartado 4. La cuestión, acerca de si las actividades en particular realizadas en ese lugar caen dentro del ámbito de aplicación del apartado 4, debe examinarse caso por caso y teniendo en cuenta las distintas funciones ejercidas por la empresa a través de dicho equipo. Las siguientes constituyen ejemplos de actividades que por lo general se considerarán como preparatorias o auxiliares:

- proporcionar un enlace de comunicación — similar a una línea telefónica — entre proveedores y clientes;

- publicitar bienes y servicios;
- retransmitir información a través de un servidor-espejo con fines de seguridad y eficiencia;
- recolectar datos de mercado para la empresa;
- suministrar información.

129. Sin embargo, cuando tales funciones constituyen, en sí mismas, una parte esencial y significativa de la actividad de la empresa en su conjunto, o cuando otras funciones esenciales de la empresa se llevan a cabo a través de un equipo informático, se estaría yendo más allá de las actividades comprendidas en el apartado 4 y si el equipo constituye un lugar fijo de negocios de la empresa (tal como se analizó anteriormente en los párrafos 123 a 127 [*del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]) existiría un establecimiento permanente.

130. La naturaleza de la actividad que realiza una empresa en particular determina cuáles son sus funciones esenciales. Por ejemplo, algunos ISP tienen como actividad la operación de sus propios servidores con el propósito de alojar sitios web u otras aplicaciones para otras empresas. Para estos ISP, la operación de sus servidores con el fin de proporcionar servicios a sus clientes es una parte esencial de su actividad comercial y no puede considerarse como preparatoria o auxiliar. Un ejemplo distinto sería el de una empresa cuya actividad consiste en la venta de productos a través de Internet (algo así como un minorista electrónico). En ese caso, la empresa no se dedica al negocio de operar servidores y el mero hecho de que pueda hacerlo en una determinada ubicación no resulta suficiente para considerar que las actividades realizadas en esa ubicación excedan el carácter de preparatorio o auxiliar. Lo que ha de hacerse en tal caso es examinar la naturaleza de las actividades llevadas a cabo en esa ubicación a la luz de la actividad ejercida por la empresa. Si estas actividades resultan meramente preparatorias o auxiliares al negocio de venta de productos por Internet (por ejemplo, el lugar se utiliza para operar un servidor que aloja un sitio web que, como ocurre frecuentemente, se utiliza exclusivamente para publicitar, para exhibir un catálogo de productos o para brindar información a potenciales clientes), el apartado 4 resultará de aplicación y ese lugar no constituirá un establecimiento permanente. Sin embargo, si las funciones típicas relacionadas con la venta se ejercen en ese lugar (por ejemplo, la celebración del contrato con el cliente, el procesamiento de pago y la entrega de los productos se realizan automáticamente a través del equipo allí ubicado), tales

actividades no pueden considerarse como meramente preparatorias o auxiliares.

131. Un último tema es si el apartado 5 puede aplicarse para considerar que un ISP constituye un establecimiento permanente. Tal como ya se ha señalado, es frecuente que los ISP brinden el servicio de alojar, en sus propios servidores, los sitios web de otras empresas. Cabe plantearse, entonces, si es posible aplicar el apartado 5 para considerar que esos ISP constituyen establecimientos permanentes para las empresas que llevan a cabo actividades de comercio electrónico, a través de los sitios web operados a través de servidores que pertenecen y son operados por esos ISP. Aunque así puede ser en circunstancias muy inusuales, el apartado 5 no resultará por lo general aplicable, toda vez que los ISP no constituyen agentes de las empresas a las cuales pertenecen los sitios webs, porque no celebran contratos, ni desempeñan el rol principal que conduce a la celebración de contratos en nombre de esas empresas, para la transmisión de bienes pertenecientes a dichas empresas o para la prestación de los servicios por parte de éstas, o porque ellos intervendrán en el curso ordinario de su actividad como agentes independientes, tal como se evidencia por hecho de que albergan los sitios web de muchas empresas diferentes. Resulta también evidente que, como el sitio web a partir del cual una empresa ejerce su actividad no es, en sí mismo, una “persona” en los términos del Artículo 3, el apartado 5 no puede aplicar para considerar que existe un establecimiento permanente debido a que el sitio web constituye un agente de la empresa a los fines de ese apartado.

80. El Comité observa que el párrafo 124 del Comentario al Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado anteriormente en el párrafo 79, establece una distinción entre un contrato concertado con un Proveedor de Servicios de Internet y uno en el que se pone a disposición de la empresa un lugar de negocios. A ese respecto, el Comité reconoce que algunas empresas podrían tratar de evitar la constitución de un establecimiento permanente manipulando los términos contractuales en aquellos casos en que las circunstancias justificarían la conclusión de que existe un establecimiento permanente. Tales abusos pueden caer dentro del ámbito de aplicación de la regla antiabuso del apartado 9 del Artículo 29 o de las normas legislativas o judiciales naciones antielusión.

Comentario al Capítulo III

TRIBUTACION SOBRE LAS RENTAS

Artículo 6

RENTAS DE BIENES INMUEBLES

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El Artículo 6 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce el Artículo 6 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, salvo por la frase “y la renta de los bienes inmuebles utilizados para el ejercicio de servicios personales independientes”, que aparece al final del apartado 4 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas. Dicha frase se incluye en la del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas como consecuencia del mantenimiento del Artículo 14, relativo a los Servicios Personales Independientes.

2. Al gravar las rentas procedentes de los bienes inmuebles, el objetivo debería ser gravar los beneficios y no las rentas brutas; por lo tanto, se deberían tener en cuenta los gastos en los que se incurre para obtener rentas de bienes inmuebles o de las actividades agrícolas o forestales. Sin embargo, este objetivo no debería impedir que se pueda aplicar un impuesto de retención en la fuente sobre las rentas de los bienes inmuebles, basado en las rentas brutas; en esos casos, la tasa del impuesto debe considerar que se ha incurrido en gastos. Por otra parte, si se aplica un impuesto de retención en la fuente sobre las rentas brutas, sería igualmente satisfactorio que el propietario de los bienes inmuebles pudiera elegir que se gravaran las rentas procedentes de los bienes inmuebles sobre una base neta con arreglo al impuesto ordinario sobre la renta. El Artículo 6 no pretende impedir que un país que grave las rentas obtenidas de la agricultura o de otros bienes inmuebles sobre una base estimada o análoga, siga utilizando ese método.

3. Algunos miembros del anterior Grupo de Expertos opinaron que la distribución de dividendos por una sociedad, a lo que se hacía

referencia en el apartado 4 del Artículo 13, se debía clasificar como renta de bienes inmuebles, y por lo tanto incluirse en el ámbito del Artículo 6. Sin embargo, esta opinión no fue compartida por la mayoría de los miembros.

4. Se señaló que en algunos países una persona podía recibir renta (típicamente renta por alquileres) de bienes inmuebles cuando dicha persona, en lugar de ser propietaria directa del bien inmueble, tuviera acciones en una compañía propietaria del bien inmueble y que la propiedad de dichas acciones le diera derecho al uso o disfrute de la propiedad. Los Estados Contratantes pueden ampliar el alcance del Artículo a fin de incluir la renta estimada de ese uso o disfrute. También pueden ampliar el ámbito del Artículo 22 para permitir la imposición en la fuente de las acciones de dichas sociedades.

B. COMENTARIO A LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 6

Apartado 1

5. Este apartado concede el derecho de someter a imposición las rentas de bienes inmuebles (incluidas las rentas procedentes de explotaciones agrícolas o forestales) al Estado fuente, es decir, el Estado en el que esté situado el bien de que se trate. El apartado 1 del Comentario al Artículo 6 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, explica que esta disposición se basa en “el hecho de que siempre hay una relación económica muy estrecha entre la fuente de esa renta y el Estado fuente” y proporciona las siguientes explicaciones adicionales, que el Comité de Expertos considera aplicables al apartado 1 del Artículo 6 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas:

[...] Aunque las rentas procedentes de las explotaciones agrícolas o forestales se encuentran comprendidas en el Artículo 6, los Estados Contratantes pueden acordar libremente en sus convenios bilaterales someter dichas rentas a las disposiciones del Artículo 7. El Artículo 6 se refiere únicamente a las rentas que un residente de un Estado Contratante obtiene de bienes inmuebles situados en el otro Estado Contratante. Por consiguiente, no es aplicable a las rentas procedentes de bienes inmuebles situados en el Estado Contratante del que sea residente el perceptor en el sentido del Artículo 4, ni en un tercer Estado; las disposiciones del apartado 1 del Artículo 21 son aplicables a dichas rentas.

Apartado 2

6. Este apartado, que define el concepto de “bienes inmuebles” por referencia al derecho del Estado Contratante en que esté situado el bien, tiene el objetivo de aminorar dificultades a la hora de interpretar si un activo o un derecho deben considerarse o no, como un bien inmueble. Además, el apartado cita expresamente los activos y derechos que siempre deben considerarse como bienes inmuebles. Por otro lado, el apartado especifica que los buques y aeronaves no tendrán la consideración de bienes inmuebles. Las rentas de los créditos con garantía hipotecaria no están cubiertas por el Artículo 6, y en su lugar, dicha materia es tratada en el ámbito del Artículo 11 relativo a intereses.

Apartado 3

7. Este apartado dispone que la regla general establecida en el apartado 1 se aplicará cualquiera que sea la forma de utilización de los bienes inmuebles.

Apartado 4

8. Este apartado establece que las disposiciones de los apartados 1 y 3 se aplican también a las rentas procedentes de los bienes inmuebles de empresas industriales, comerciales y de otra índole y a las procedentes de bienes inmuebles utilizados para la prestación de servicios personales independientes. El Comité considera que las siguientes explicaciones que se encuentran en el Comentario al Artículo 6 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 son aplicables al apartado 4 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, pero que se aplican igualmente en el caso de rentas de bienes inmuebles utilizados para la prestación de servicios personales independientes por razón de la inclusión de dichas rentas en el apartado 4:

4. [...] la potestad tributaria del Estado de la fuente tiene prioridad frente a la del otro Estado, incluso cuando, en el caso de una empresa, las rentas solo se derivan indirectamente de bienes inmuebles. Esto no significa que las rentas procedentes de bienes inmuebles obtenidas por medio de un establecimiento permanente [*o base fija*] no deban tratarse como rentas empresariales, pero sí garantiza que las rentas se graven en el Estado donde la propiedad esté situada, aun en el caso en que dicha propiedad no forme parte de un establecimiento

permanente [*o base fija*] situado en ese Estado. Debe señalarse asimismo que las disposiciones de este Artículo no prejuzgan la aplicación de la legislación interna en lo que respecta a la forma en que deban gravarse las rentas procedentes de bienes inmuebles.

Artículo 7

BENEFICIOS EMPRESARIALES

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas se compone de diversas disposiciones del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008, bien sin alteraciones o bien modificadas sustancialmente, y de algunas disposiciones nuevas. El Comité, en su período de sesiones anual de 2009, decidió no adoptar el enfoque de la OCDE del Artículo 7 resultante del Informe de 2008 sobre la Atribución de Beneficios al Establecimiento Permanente (*Informe de 2008 sobre el Establecimiento Permanente*)⁴⁷. En dicho informe se prevé tener en cuenta las transacciones entre distintas partes de una empresa, como un establecimiento permanente y su casa matriz, en mayor medida que lo reconocido en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas. Ese planteamiento de la OCDE se refleja en una versión diferente del Artículo 7 y del Comentario a dicho Artículo que se incluyó en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2010 y que aparece en las versiones subsecuentes de dicho Modelo. El Comité decidió no adoptar este enfoque de la OCDE porque estaba en conflicto directo con el apartado 3 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, que en general no permite efectuar deducciones por cantidades “pagadas” (distintas del reembolso de gastos efectivamente incurridos) por un establecimiento permanente a su casa matriz. Se estimó que dicha norma continúa siendo apropiada en el contexto del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, independientemente de los cambios que se introdujeron en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Por ello, conviene señalar que en este Comentario las referencias subsecuentes al Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y a su Comentario, generalmente se refieren al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008. El Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas y el Artículo 7

47 Véase OECD (2008), *Informe Attribution of Profits to Permanent Establishments*, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/20/36/41031455.pdf>, consultado el 10 de mayo de 2021.

del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008 son, en gran parte, coincidentes (salvo por algunas adiciones específicas al Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas). Sin embargo, algunas partes del Comentario al Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008 reflejan las opiniones contenidas en el Informe de 2008 sobre Establecimientos Permanentes. En las partes en las que el Comentario al Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008 refleja el planteamiento de dicho Informe, se hace referencia al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2005, que no refleja dicho planteamiento.

2. Existe una aceptación general del principio de plena competencia (*arm's length principle*) incorporado en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, bajo el cual los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente son los que ese establecimiento percibiría si fuese una entidad totalmente independiente que tratase con su casa matriz como si fuera una empresa distinta y separada que opera bajo condiciones y precios de venta que prevalecen en el mercado regular. Los beneficios atribuibles por esta vía serán normalmente los que arrojen los libros del establecimiento. Sin embargo, este principio permite a las autoridades del país en el que está ubicado el establecimiento permanente, rectificar la contabilidad de la empresa, a fin de que refleje adecuadamente las rentas que el establecimiento habría obtenido si fuese una empresa independiente que tratase con su casa matriz en condiciones de plena competencia. La aplicación del principio de plena competencia a la distribución de los beneficios entre la casa matriz y su establecimiento permanente presupone que en la mayoría de los países la legislación interna autoriza a hacer la determinación sobre la base del principio de plena competencia.

3. La aplicación del principio de plena competencia (*arm's length principle*) resulta particularmente importante en relación con el complejo y difícil problema de las deducciones que se autorizarán al establecimiento permanente. En general, también se acepta que al calcular los beneficios de un establecimiento permanente se autoricen deducciones por los gastos, dondequiera que se realicen, para los fines de las actividades del establecimiento permanente, incluidos los gastos ejecutivos y los gastos generales de administración. Además de los gastos que pueden considerarse ordinarios, existen ciertas categorías de gastos

que pueden dar lugar a problemas especiales. Entre estos se encuentran intereses y regalías, etcétera, pagados por el establecimiento permanente a su casa matriz por préstamos o derechos de patente cedidos por ésta al establecimiento permanente. Esas categorías incluyen además las comisiones (excepto el reembolso de gastos efectivamente incurridos) por servicios específicos o por el ejercicio de servicios de administración por parte de la empresa en beneficio del establecimiento. En esos casos se considera que no debe permitirse la deducción de tales pagos al calcular los beneficios del establecimiento permanente. En cambio, los pagos de ese tipo efectuados a un establecimiento permanente por la casa matriz deberán excluirse de los beneficios del establecimiento permanente. Por otra parte, deberá permitirse la deducción de una parte proporcional de esos pagos, por ejemplo, los intereses y regalías, pagados por la empresa a terceros. Como se señaló anteriormente en el apartado 1, este planteamiento coincide con el adoptado al interpretar el Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008, pero no con el planteamiento adoptado por la OCDE en su Informe de 2008 sobre Establecimientos Permanentes.

4. De conformidad con el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, solo los beneficios atribuibles al establecimiento permanente pueden someterse a imposición en el país fuente. El Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas amplía este principio de atribución por una regla de fuerza de atracción limitada que permite que la empresa, una vez que lleva a cabo sus actividades a través de un establecimiento permanente situado en el país fuente, sea gravada sobre algunos beneficios empresariales obtenidos por la empresa en dicho país, provenientes de transacciones realizadas en el país fuente, pero no a través del establecimiento permanente. Cuando, como consecuencia del principio de fuerza de atracción, los beneficios de una empresa, distintos a aquellos directamente atribuibles al establecimiento permanente, puedan gravarse en el Estado en el que esté situado el establecimiento permanente, esos beneficios deberán determinarse de la misma forma como si fueran atribuibles directamente al establecimiento permanente.

5. Hasta 2021, una nota al final del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas establecía que “[l]a determinación sobre si deben atribuirse beneficios a un establecimiento

permanente por el solo hecho de que dicho establecimiento permanente adquiera bienes o mercancías para la empresa no ha sido resuelta. Por ello, ésta deberá acordarse en negociaciones bilaterales”. Dicha nota fue eliminada en el 2021 como reconocimiento del hecho de que la actividad de adquisición puede contribuir a la obtención de beneficios globales por la empresa y, en consecuencia, alguna porción de dichos beneficios debía poder ser gravada por ese país. Esto concuerda con la opinión expresada en el siguiente párrafo 43 del Comentario al Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica por qué una disposición por medio de la cual “[n]o se atribuirán beneficios a un establecimiento permanente por la simple compra de bienes o mercancías para la empresa” fue eliminada de dicho Modelo en 2010:

43. Otra disposición que se suprimió al mismo tiempo del Artículo establecía que “no se atribuirán beneficios a un establecimiento permanente por la simple compra de bienes o mercancías para la empresa”. La redacción anterior del subapartado 4 d) del Artículo 5 establecía que cuando una empresa de un Estado Contratante mantenía en el otro Estado un lugar fijo de negocios exclusivamente para la adquisición de bienes para sí, no debía considerarse que esa actividad, en ese lugar, hubiera alcanzado un nivel tal que justificara la imposición en ese otro Estado (los cambios realizados en el Artículo 5 en 2017 han reducido el ámbito de esa excepción). No obstante, cuando el subapartado 4 d) no era aplicable porque la empresa llevara a cabo otras actividades a través de ese lugar de negocios, que constituía por tanto un establecimiento permanente, lo adecuado era atribuir beneficios a todas las funciones ejercidas en ese lugar. De hecho, si fuera una empresa independiente la que desarrollara las actividades de compra, la adquirente habría sido retribuida por sus servicios en condiciones de plena competencia (*arm's length*). Del mismo modo, dado que una exención restringida a las actividades de adquisición realizadas por la empresa supondría que los gastos en los que se incurriera en el ejercicio de tales actividades se excluyeran de la determinación de los beneficios del establecimiento permanente, dicha exención podía generar problemas administrativos. El Comité consideró, por tanto, que una disposición conforme a la que no pudieran atribuirse beneficios a un establecimiento permanente por razón de la mera adquisición de bienes o mercancías para la empresa no era coherente con el principio de plena competencia y no debía incluirse en el Artículo.

B. COMENTARIO A LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 7

Apartado 1

6. Este apartado reproduce el apartado 1 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008, con la adición de los subapartados (b) y (c). En las deliberaciones que precedieron a la aprobación de este apartado por el Grupo de Expertos, varios miembros de países en desarrollo expresaron su apoyo a la regla de la fuerza de atracción, aunque indicando que limitarían su aplicación. Los subapartados (b) y (c) significan que el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas amplía el Artículo correspondiente del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE al incluir una versión limitada de la regla de fuerza de atracción. Esto permite al país en el que esté ubicado el establecimiento permanente gravar no solo los beneficios atribuibles a ese establecimiento permanente, sino también otros beneficios de la empresa generados en ese país en la medida autorizada en el Artículo. Cabe señalar que la regla de fuerza de atracción se aplica únicamente a los beneficios empresariales comprendidos en el Artículo 7 y no se extiende a las rentas de capital (dividendos, intereses y regalías) comprendidas en otras disposiciones de los tratados. Los partidarios de esa regla argumentan que en virtud de ella la empresa no tributaría por las ventas efectuadas mediante comisionistas independientes ni por las actividades de compra. Algunos miembros de países desarrollados señalaron que se había comprobado que la regla de fuerza de atracción no resultaba satisfactoria y se había abandonado en los convenios fiscales recientemente concertados por ellos, por estimar que no convenía gravar las rentas provenientes de una actividad que no guardaba ninguna relación con el establecimiento y que no tenía en sí amplitud suficiente para constituir un establecimiento permanente. Insistieron también en la incertidumbre que ese enfoque crearía para los contribuyentes. Los miembros de países en desarrollo señalaron que el criterio propuesto de la fuerza de atracción eliminaba algunos problemas administrativos, pues hacía innecesario determinar si ciertas actividades estaban o no relacionadas con el establecimiento permanente o si las rentas relevantes eran atribuibles a ese establecimiento. Éste era el caso sobre todo en relación con transacciones realizadas directamente por la casa matriz en el país que son similares en su naturaleza a aquellas realizadas por el establecimiento permanente. Sin embargo,

después de debatir la cuestión se propuso que la regla de la “fuerza de atracción” del Artículo 7 debería limitarse a esa última situación, de manera que se aplicara únicamente a las ventas de bienes o mercancías y a otras actividades empresariales en la forma siguiente:

- Si una empresa tenía un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante con el objeto de vender bienes o mercancías, las ventas de tipo idéntico o similar podrían gravarse en ese Estado, aunque no se efectuaran por conducto del establecimiento permanente.
- Una regla similar aplica si el establecimiento permanente se utilizara para otras actividades empresariales y se realizaran actividades idénticas o similares sin ninguna relación con el establecimiento permanente.

7. No obstante, en 1999, cuando se revisó el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas algunos miembros consideraron que esa versión limitada de la regla de fuerza de atracción de los subapartados (b) y (c) no debía aplicarse cuando una empresa pudiera demostrar que las ventas o actividades empresariales se realizaban con fines distintos a los de obtener los beneficios del tratado. Con esto se reconoce que una empresa puede tener razones empresariales legítimas para elegir no llevar a cabo ventas o actividades empresariales por conducto de su establecimiento permanente.

8. Pueden surgir problemas relacionados con la aplicación de los apartados 1 y 2 del Artículo 7 en el caso de contratos de “llave en mano” (*turnkey contracts*), así como en contratos sobre ingeniería, adquisición y construcción (contratos EPC, por sus siglas en inglés). Bajo un contrato de “llave en mano”, un contratista accede a construir una fábrica o instalación similar y la deja lista para operar; cuando la instalación está lista para operar, ésta se entrega al comprador, quien entonces puede iniciar operaciones. Bajo un contrato EPC, la casa matriz de una empresa de un Estado Contratante tiene a su cargo la provisión de bienes y servicios a través de actividades de ingeniería y adquisición, llevadas a cabo en el país de origen, mientras que las actividades de construcción, montaje e instalación relacionadas con dichos bienes y servicios son llevadas a cabo a través de un establecimiento permanente de la empresa en el otro Estado Contratante. Bajo ambos tipos de contratos, actividades tales como la adquisición de bienes de capital,

el desarrollo de servicios de arquitectura e ingeniería y la provisión de asistencia técnica, algunas veces se completan incluso antes de que las actividades de construcción comiencen (por tanto, antes de que se constituya un establecimiento permanente) y a menudo se desarrollan fuera del país en el que se ubica el establecimiento permanente.

9. En virtud de lo anterior surge la cuestión de determinar qué parte del total de los beneficios derivados de estos contratos es adecuadamente gravable en el país en el que está situado el establecimiento permanente, de conformidad con las reglas de los apartados 1 y 2. Cuando la cuestión sobre los contratos “llave en mano” (*turnkey contracts*) fue considerada por el anterior Grupo de Expertos, un miembro de un país desarrollado indicó que existían casos en los que países habían buscado atribuir la totalidad de los beneficios del contrato al establecimiento permanente. Sin embargo, en la opinión de tal miembro, solo los beneficios atribuibles a las actividades llevadas a cabo por el establecimiento permanente deberían ser sometidas a imposición en el país en el que se sitúa el establecimiento permanente, a no ser que los beneficios incluyeran elementos de renta tratados de manera separada en otros Artículos del Convenio y fueran gravables en dicho país en consecuencia.

10. Tal como lo hizo el anterior Grupo de Expertos en relación con los contratos de “llave en mano” (*turnkey contracts*), el Comité reconoció que la aplicación de los tratados tributarios a los contratos EPC y de llave en mano involucran muchas cuestiones interrelacionadas con los tratados, tales como reglas de fuente de la renta, la potencial aplicación de otros Artículos (como el Artículo 12A), la aplicación de la definición de establecimiento permanente y el concepto de beneficios de una empresa.

11. No obstante lo anterior, el Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008 resulta relevante en relación con la aplicación del subapartado 1(a) y el apartado 2 del Artículo 5 de este Modelo a dichos contratos (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008, han sido incluidas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias ente las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

24. [...] En estas circunstancias es necesario prestar especial atención al principio general que indica que los beneficios que son atribuibles a un establecimiento permanente serán únicamente [*los relacionados con*] actividades llevadas a cabo a través del establecimiento permanente.

25. Por ejemplo, cuando dichos bienes son suministrados por otras partes de la empresa, los beneficios derivados de dicha provisión no resultan de actividades llevadas a cabo a través del establecimiento permanente y no son atribuibles a éste. De manera similar, los beneficios resultantes de la prestación de servicios (tales como la planeación, diseño, elaboración de planos o asesoría técnica) por las partes de la empresa, que operan fuera del Estado en donde el establecimiento permanente está ubicado, no resultan de actividades llevadas a cabo a través del establecimiento permanente y no son atribuibles a éste.

12. Sin embargo, cuando se llevan a cabo funciones a través del establecimiento permanente relacionadas con la adquisición de bienes proveídos o servicios prestados por otras partes de la empresa, se podrán atribuir beneficios al establecimiento permanente con respecto al desarrollo de tales funciones.

13. Si bien es cierto que los subapartados (b) y (c) del apartado 1 aplican en distintas circunstancias, éstos comparten un tema principal: en ambos casos, las actividades que dan origen a los beneficios empresariales gravables deben ser llevadas a cabo en el Estado Contratante en donde se sitúa el establecimiento permanente. En consecuencia, en el caso del subapartado (b), la venta de los referidos bienes o mercancías que son de un tipo similar a los vendidos a través del establecimiento permanente, deben llevarse a cabo dentro del Estado Contratante en donde el establecimiento permanente está ubicado, y los beneficios de cualquier venta que se lleve a cabo fuera de ese Estado no podrán ser sometidos a imposición en el mismo.

14. De manera similar, en el caso del subapartado (c), la actividad o actividades empresariales desempeñadas por la empresa que son de una naturaleza similar a las actividades empresariales llevadas a cabo por el establecimiento permanente, deben ser realizadas dentro del Estado Contratante en el que se sitúe el establecimiento permanente. En consecuencia, los beneficios derivados de una actividad empresarial llevada a cabo dentro del Estado de origen de la empresa claramente

no podrían ser sometidos a imposición en el Estado en el que se sitúa el establecimiento permanente.

15. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al apartado 1 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008 resulta aplicable al apartado 1 del Artículo 7 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido incluidas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias ente las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008 y las de este Modelo):

11. Al mencionar la parte de los beneficios de una empresa que es atribuible a un establecimiento permanente, el *[subapartado (a)]* del apartado 1 hace referencia directa al apartado 2, en el que se establece la directriz para determinar qué beneficios deben atribuirse al establecimiento permanente. Toda vez que el apartado 2 forma parte del contexto en el que debe leerse *[el subapartado (a)]*, éste no debe interpretarse de manera que pueda estar en contradicción con el apartado 2; por ejemplo, interpretándolo en el sentido de que restringe el monto de beneficios que pueden atribuirse al establecimiento permanente únicamente al monto de beneficios de la empresa como un conjunto. Por ello, mientras que el *[subapartado (a)]* establece que un Estado Contratante solo puede gravar los beneficios de una empresa del otro Estado Contratante en la medida en que sean atribuibles a un establecimiento permanente situado en el primer Estado, es el apartado 2 el que determina el significado de la expresión “beneficios atribuibles a un establecimiento permanente”. En otras palabras, la directriz del apartado 2 puede dar lugar a que se atribuyan beneficios a un establecimiento permanente aun cuando el conjunto total de la empresa nunca haya conseguido utilidades; por el contrario, esa directriz puede dar lugar a que no se atribuya ningún beneficio a un establecimiento permanente aun cuando el conjunto de la empresa haya percibido beneficios.

12. No obstante, es obvio que el Estado Contratante de la empresa tiene interés en que la directriz del apartado 2 sea aplicada correctamente por el Estado donde se encuentra el establecimiento permanente. Toda vez que esa directriz se aplica a ambos Estados Contratantes, el Estado de la empresa debe, de conformidad con el Artículo 23, eliminar la doble imposición sobre los beneficios adecuadamente atribuibles al establecimiento permanente. En otras palabras, si el Estado

donde se encuentra el establecimiento permanente trata de gravar beneficios que no son atribuibles al establecimiento permanente *[o de otra forma gravables en ese Estado]* en virtud del Artículo 7, el resultado puede ser una doble imposición de los beneficios que deberían someterse a imposición solo en el Estado de la empresa.

13. El objetivo del apartado 1 es establecer límites al derecho de uno de los Estados Contratantes de gravar los beneficios empresariales de las empresas del otro Estado Contratante. El apartado no limita el derecho de un Estado Contratante a gravar a sus propios residentes en virtud de las disposiciones sobre sociedades extranjeras controladas (CFC, por sus siglas en inglés) contenidas en su legislación interna, aun cuando dicho gravamen aplicado a estos residentes pueda calcularse haciendo referencia a la parte de los beneficios de una empresa [...] del otro Estado Contratante, que es atribuible a la participación de estos residentes en dicha empresa. Los impuestos así aplicados por un Estado sobre sus propios residentes no reducen los beneficios de la empresa del otro Estado y, por consiguiente, no puede decirse que han sido aplicados sobre tales beneficios (véanse también el párrafo 23 del Comentario al Artículo 1 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008]* y los párrafos 37 a 39 del Comentario al Artículo 10 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008]*).

16. Algunos países no están de acuerdo con el enfoque adoptado en la segunda oración del párrafo 13 del Comentario al Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008 citado en el anterior párrafo 15, en la que se afirma que el apartado 1 del Artículo 7 no limita el derecho de un Estado Contratante a gravar a sus propios residentes en virtud de las disposiciones sobre empresas extranjeras controladas (CFC, por sus siglas en inglés) contenidas en su legislación interna. Sin embargo, después de la adición, en 2017 de la denominada “cláusula de salvaguardia” del apartado 3 del Artículo 1, este Modelo expresamente retiene este derecho para los Estados Contratantes.

Apartado 2

17. El apartado 2 reproduce el apartado 2 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008. Cuando el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas fue revisado en 1999, algunos de los miembros del anterior Grupo de Expertos opinaban que la última parte del apartado 2 era muy restrictiva, pues a su juicio,

se refería solo a las transacciones entre el establecimiento permanente y la casa matriz y no tenía en cuenta las transacciones entre el establecimiento permanente y, por ejemplo, otros establecimientos permanentes de la misma empresa. A ese efecto, los Estados Contratantes podrían considerar la siguiente aclaración alternativa:

En cada Estado Contratante se atribuirán a ese establecimiento permanente los beneficios que éste obtendría si fuese una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones.

18. Aunque el punto controvertido es el relativo a la atribución de beneficios entre diferentes establecimientos permanentes, y no la atribución de beneficios entre un establecimiento permanente y su casa matriz, se aceptó, en general, que debía denotarse claramente la preocupación externada por el anterior Grupo de Expertos.

19. Como se observa en el párrafo 14 del Comentario al Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas de 2008, el apartado 2 en su redacción actual: “contiene la directriz central en la que debe basarse la atribución de beneficios a un establecimiento permanente”. Tal como lo indica el apartado 2, lo anterior está obviamente sujeto a las disposiciones del apartado 3 del Artículo. El párrafo 14 de del Comentario de la OCDE continúa indicando:

[...] El apartado incorpora la idea, generalmente contenida en los convenios bilaterales, de que los beneficios que deben atribuirse a un establecimiento permanente son los que hubiera obtenido ese establecimiento si en lugar de tratar con el resto de la empresa hubiera tratado con una empresa totalmente distinta bajo condiciones y precios del mercado ordinario. Ello está en armonía con el principio de plena competencia (*arm's length principle*) examinado en el Comentario al Artículo 9. Normalmente, los beneficios así determinados serán los mismos que cabe esperar que se determinarán por los métodos ordinarios de contabilidad empresarial.

20. Como el principio de plena competencia (*arm's length principle*) se extiende también a la atribución de los beneficios que el establecimiento permanente pueda obtener de transacciones con otros establecimientos permanentes de la empresa, el apartado 2 existente debe interpretarse de modo que sea aplicable a esas situaciones. Por consiguiente, cuando una empresa de un Estado Contratante realiza

sus actividades empresariales en el otro Estado Contratante a través de un establecimiento permanente situado en él, sería necesario atribuir a dicho establecimiento permanente los beneficios que podría obtener si fuera una empresa distinta que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones y que operase bajo el principio de plena competencia, en una relación completamente independiente con la empresa de la que sea establecimiento permanente o con los otros establecimientos permanentes de esa empresa.

21. La determinación de los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente específico es un tema en el que el Comentario al Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008 hace referencia al Informe de 2008 sobre Establecimientos Permanentes. Tomando en cuenta los Comentarios anteriores del apartado 1, el Comité considera que la siguiente parte del Comentario al apartado 2 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2005 es aplicable al apartado 2 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (una elipsis que aparece en cursivas y corchetes indicando que se hace una referencia cruzada a otra parte del Comentario al Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE se ha omitido):

12. En la mayor parte de los casos, las autoridades fiscales concernientes utilizarán la contabilidad comercial del establecimiento permanente—de la que se dispondrá comúnmente, aunque solo sea porque una organización empresarial bien administrada se preocupa normalmente de conocer la rentabilidad de sus varias sucursales—para determinar los beneficios que deban atribuirse a ese establecimiento apropiadamente. Excepcionalmente, puede no haber contabilidades separadas [...]. Pero cuando existan, esas contabilidades constituirán naturalmente el punto de partida de todo proceso de ajuste, en caso de requerirse ajustes para calcular el monto de beneficios atribuibles apropiadamente. Quizá deba subrayarse que la directriz contenida en el apartado 2 no justifica que las administraciones fiscales elaboren cifras hipotéticas de beneficios sin ninguna base; siempre será necesario partir de datos reales del caso, tal como aparezcan en los registros empresariales del establecimiento permanente, y ajustar como sea necesario las cifras de beneficios que arrojen esos datos.

12.1 Se plantea así la cuestión de saber en qué medida se ha de confiar en esa contabilidad cuando se basa en acuerdos entre la casa matriz y

sus establecimientos permanentes (o entre los mismos establecimientos permanentes). Es obvio que esos acuerdos internos no constituyen contratos jurídicamente vinculantes. Sin embargo, en la medida en la que la contabilidad empresarial de ambos, de la casa matriz y de los establecimientos permanentes, se lleven de manera simétrica con base en dichos acuerdos y reflejen las funciones llevadas a cabo por las distintas partes de la empresa, tal contabilidad empresarial podrá ser aceptada por las autoridades fiscales. En este tenor, no podrá considerarse que los libros se llevan simétricamente a menos que los valores de las transacciones o los métodos de atribución de los beneficios o gastos en los libros de los establecimientos permanentes corresponden exactamente a los valores o métodos de atribución utilizados en los libros de la casa matriz en términos de la moneda de curso legal o la moneda funcional en la que la empresa contabilice sus transacciones. Sin embargo, cuando los libros de contabilidad se basen en acuerdos internos que plasmen acuerdos puramente artificiales, en lugar de las funciones económicas reales de las diferentes partes de la empresa, habrá simplemente que ignorarlos y rectificarlos según proceda. Así ocurriría, por ejemplo, si a un establecimiento permanente dedicado a las ventas se le atribuyera, en virtud de un acuerdo interno de esa índole, la función de principal (aceptando todos los riesgos y con derecho a recibir todos los beneficios de las ventas) cuando, en realidad, ese establecimiento permanente fuera solo un intermediario o agente (que asumiera riesgos limitados y tuviera derecho únicamente a una participación limitada de las rentas resultantes) o, a la inversa, cuando se le atribuyera la función de intermediario o agente cuando en realidad fuera un principal.

12.2 A ese respecto hay que observar también que el principio establecido en el apartado 2 está sometido a las disposiciones contenidas en el apartado 3, especialmente en lo que se refiere al tratamiento de los pagos que, bajo el nombre de intereses, regalías, etcétera, haga un establecimiento permanente a su casa matriz en contrapartida de préstamos o derechos de patente concedidos por ésta al establecimiento permanente [...].

13. Aun cuando un establecimiento permanente pueda presentar una contabilidad detallada que pretenda reflejar los beneficios obtenidos de sus actividades, puede ser necesario que las autoridades fiscales del país de que se trate rectifiquen esa contabilidad de conformidad con el principio de plena competencia (*arm's length principle*) [...]. Ajustes de este tipo pueden ser necesarios, por ejemplo, porque se han facturado bienes de la casa matriz al establecimiento permanente

a precios que no se ajusten a ese principio, y, por consiguiente, se han desviado beneficios del establecimiento permanente a la casa matriz, o viceversa.

14. En esos casos, normalmente, resultará apropiado sustituir los precios utilizados, por los precios en el mercado ordinario de los mismos bienes o de otros análogos, suministrados en condiciones idénticas o análogas. Evidentemente, el precio al que puedan adquirirse los bienes en el libre mercado variará dependiendo de la cantidad requerida y el periodo de tiempo en el cual serán proveídos; esos factores habrán de tenerse en cuenta al decidir el precio de libre mercado que se utilizará. En este punto, quizás solo sea necesario mencionar que algunas veces existen razones comerciales perfectamente válidas por las que una empresa facture sus bienes a precios menores a aquellos que prevalecen en un mercado ordinario; ese puede ser, por ejemplo, un método comercial perfectamente normal para lograr una posición competitiva en un mercado nuevo y ello no deberá considerarse como prueba de un intento de desviar beneficios de un país a otro. También pueden surgir dificultades en el caso de bienes amparados por patentes producidos por una empresa, que se vendan en su totalidad, por medio de sus establecimientos permanentes; si en esas circunstancias no existe un precio de libre mercado y se considera que las cifras de la contabilidad son insatisfactorias, puede ser necesario calcular los beneficios del establecimiento permanente por otros métodos, por ejemplo, aplicando un porcentaje promedio de beneficios brutos a la facturación total del establecimiento permanente y posteriormente deduciendo de la cifra así obtenida, el importe exacto de los gastos efectuados. Evidentemente, pueden surgir muchos problemas especiales de esta clase en casos concretos, pero la norma general debe ser siempre que los beneficios atribuidos a un establecimiento permanente deben basarse en la contabilidad de ese establecimiento en la medida en que se disponga de contabilidad que refleje los hechos reales de la situación. Si la contabilidad disponible no corresponde a los hechos reales, entonces deberá elaborarse una nueva contabilidad o rectificar la original, y para este fin se utilizarán las cifras que prevalezcan en el libre mercado.

15. Muchos Estados consideran que se producen beneficios imposibles cuando un bien, sea o no comercializable, que forma parte del activo empresarial de un establecimiento permanente situado en un territorio, se transfiere a un establecimiento permanente o a la casa matriz de la misma empresa, situados en otro Estado. El Artículo 7 permite a esos Estados gravar los beneficios que se consideren

obtenidos en relación con esa transferencia. Esos beneficios podrán determinarse como se indica a continuación. En los casos en los que se produce esa transferencia, sea o no permanente, se plantea la cuestión de saber cuándo se considera que se obtienen los beneficios imponibles. En la práctica, cuando el bien tiene un valor de mercado importante y es probable que se consigne en el balance general del establecimiento permanente importador u otra parte de la empresa después del año fiscal en el cual se produjo la transferencia, la obtención de los beneficios imponibles, en tanto a la empresa en su conjunto se refiere, no ocurrirá necesariamente en el año fiscal en el que se llevó a cabo la transferencia en cuestión. Sin embargo, el mero hecho de que el bien salga del ámbito de una jurisdicción fiscal puede dar lugar a la tributación de las ganancias acumulables atribuibles a dicha propiedad, toda vez que el concepto de acumulación depende de la legislación interna de cada país.

15.1 Cuando los países en los cuales realizan sus operaciones los establecimientos permanentes gravan los beneficios acumulables de una transferencia interna tan pronto como ésta se produce, incluso cuando estos beneficios realmente no se obtienen hasta un ejercicio financiero subsecuente, inevitablemente habrá un desfase entre el momento en que se pague el impuesto en el extranjero y el momento en que se pueda tomar en cuenta en el país en el cual esté situada la casa matriz de la empresa. Ese desfase plantea un problema grave, especialmente cuando un establecimiento permanente transfiere activos fijos o — en el caso de su liquidación — todo su equipo operativo a alguna otra parte de la empresa de la cual forma parte. En esos casos incumbe al país donde esté situada la casa matriz encontrar, caso por caso, una solución bilateral con el país receptor cuando haya un riesgo importante de tributación excesiva.

15.2 Otro problema importante relacionado con la transferencia de activos, por ejemplo, los préstamos incobrables, se plantea en relación con la banca internacional. Las deudas se pueden transferir, por razones de supervisión y de financiación, desde la sucursal a la casa matriz o desde una sucursal a otra dentro del mismo banco. Esas transferencias no deben reconocerse cuando no resulta razonable estimar que se hacen por razones comerciales válidas o cuando no habrían ocurrido entre empresas independientes, por ejemplo, cuando se hacen exclusivamente con fines tributarios, a fin de elevar al máximo un beneficio fiscal disponible para el banco. En esos casos, no se esperaría que dichas transferencias se llevaran a cabo entre empresas totalmente independientes y, en consecuencia, no habrían afectado el monto de

beneficios que dicha empresa independiente hubiera esperado obtener en acuerdos independientes con la empresa de la cual es un establecimiento permanente.

15.3 Sin embargo, puede existir un mercado comercial para la transferencia de dichos préstamos de un banco a otro y las circunstancias de la transferencia interna pueden ser similares a las que cabría esperar si se hubieran llevado a cabo entre bancos independientes. Un ejemplo de esa transferencia puede ser el caso de un banco que cierra una sucursal extranjera particular y, por lo tanto, transfiere la deuda en cuestión ya sea, de vuelta a la casa matriz, o a otra sucursal. Otro ejemplo podría ser la apertura de una nueva sucursal en un país determinado y la subsecuente transferencia a ésta, exclusivamente por razones comerciales, de todos los préstamos previamente otorgados a los residentes de dicho país por la casa matriz u otras sucursales. Cualesquiera de dichas transferencias deberían ser tratadas (en la medida en que se reconozcan a los efectos fiscales) como llevadas a cabo a valor de libre mercado de la deuda en la fecha de la transferencia. Debe tomarse en cuenta alguna desgravación al calcular los beneficios del establecimiento permanente, toda vez que, entre entidades separadas, el valor de la deuda a la fecha de la transferencia es el que se habría tenido en cuenta para determinar el precio por cobrar, y los principios de una sana contabilidad requieren que se modifique el valor en libros del activo a fin de ajustarlo a los valores de mercado.

15.4 Cuando se transfieren préstamos incobrables, a fin de obtener una reducción completa, pero no en exceso, de la pérdida, es importante que las dos jurisdicciones involucradas lleguen a un acuerdo con una base mutua y congruente para otorgar una desgravación. En esos casos se debe considerar si el valor de transferencia, a la fecha de la transferencia interna, fue resultado de un juicio erróneo sobre la solvencia del deudor, o si el valor en esa fecha reflejaba un juicio atinado respecto de la solvencia del deudor en ese momento. En el caso planteado puede ser apropiado que el país de la sucursal que hace la transferencia limite la desgravación a la pérdida real sufrida por el banco en su conjunto, y que el país receptor no grave la aparente ganancia subsecuente. Sin embargo, cuando el préstamo se ha transferido por razones comerciales de una parte del banco a otra y, tras un cierto tiempo, ha habido un aumento de su valor, entonces la sucursal que transfiere debe, por lo común, obtener un beneficio fiscal sobre la base del valor real al momento en el que se efectuó la transferencia. La situación se torna diferente cuando la entidad receptora es la casa matriz de un banco en un país que utiliza el método de crédito de impuestos,

porque típicamente el país con el método de crédito de impuestos gravará al banco sobre sus beneficios mundiales y, por lo tanto, desgravará en función de la pérdida total sufrida por el préstamo desde el momento de su concesión y hasta su liquidación. En ese caso, la sucursal que efectúa la transferencia del crédito recibirá el beneficio por el plazo durante el cual el préstamo estuvo en manos de la sucursal con referencia a los principios antes enunciados. El país de la casa matriz entonces otorgará el beneficio de la doble imposición otorgando un crédito por el impuesto soportado por la sucursal en el país anfitrión.

Apartado 3

22. La primera oración del apartado 3 del Artículo 7 reproduce, con ligeras diferencias de redacción, la totalidad del texto del apartado 3 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008. El resto del apartado se compone de disposiciones adicionales formuladas por el anterior Grupo de Expertos en 1980. Esas disposiciones procedían de una propuesta formulada por miembros de países en desarrollo, que estimaron que sería útil incluir todas las definiciones y aclaraciones necesarias en el texto para ayudar, en particular, a los países en desarrollo no representados en el Grupo. Algunos de esos miembros estimaron también que en el texto de un convenio tributario bilateral debían incluirse disposiciones que prohibieran la deducción de algunos gastos, para que los contribuyentes conocieran plenamente sus obligaciones tributarias. En el curso del debate se señaló que las adiciones al texto de la OCDE asegurarían que el establecimiento permanente pudiera deducir intereses, regalías y otros gastos efectuados por la casa matriz por cuenta del establecimiento. El Grupo convino en que, si las facturas de la casa matriz incluían todos los costos, tanto directos como indirectos, no debería haber otra asignación de gastos de ejecución y de administración de la casa matriz, ya que ello produciría una duplicidad de tales cargos al hacer la transferencia entre la casa matriz y el establecimiento permanente. Se señaló que era importante determinar la forma en que se fijaban los precios y los elementos de costo que éstos incluían. Cuando se utilizara un precio internacional al por mayor, ese precio incluiría normalmente los costos indirectos. Hubo acuerdo general en el Grupo en que debía evitarse toda duplicidad de costos y gastos.

23. De acuerdo con el apartado 1 del Artículo 7, los beneficios empresariales de una empresa de un Estado Contratante deben someterse a

imposición solo en ese Estado, a menos que la empresa realice sus actividades en el otro Estado Contratante a través de un establecimiento permanente situado en el mismo. Los beneficios y ganancias de esas operaciones se calcularán deduciendo todos los gastos relacionados con la actividad empresarial, distintos de los gastos de capital, que actualmente no son deducibles, o los gastos de naturaleza personal o extra comercial que no se puedan atribuir a las operaciones de la empresa. Por lo común, muchos países, al considerar la cuestión de la deducibilidad de los gastos, aplican el criterio de que esos gastos sean entera, exclusiva y necesariamente para los efectos de la actividad empresarial. El objetivo básico a este respecto es garantizar que los gastos reclamados como deducción, al determinar los beneficios imponibles, sean pertinentes, imputables y necesarios para realizar las actividades empresariales. Debe haber un nexo entre el gasto y la actividad empresarial, de modo que el gasto realizado esté justificado por razones de conveniencia del negocio, necesidad o eficiencia. Una vez que se comprueba que una partida es deducible de conformidad con los criterios precedentes, se debe determinar si hay disposiciones legislativas específicas que establezcan un tope monetario o de otra índole a la deducción de los gastos del negocio; de otra forma, habrá que considerar todas las reclamaciones de gastos deducibles, sin reparar en la razonabilidad de una cuantía o en su incidencia sobre la rentabilidad de las operaciones empresariales.

24. El Comité considera que la parte siguiente del Comentario al apartado 3 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008 es aplicable a la primera parte del apartado 3 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008, han sido incluidas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

27. Este apartado aclara, en relación con los gastos de un establecimiento permanente, la directriz general establecida en el apartado 2. El apartado reconoce específicamente que al calcular los beneficios de un establecimiento permanente deben tenerse en cuenta los gastos contraídos para los fines de ese establecimiento permanente, cualquiera que sea el lugar donde se hayan realizado. Es evidente que en

algunos casos será necesario estimar o calcular por medios convencionales el importe de los gastos que deban tenerse en cuenta. Por ejemplo, en el caso de gastos generales de administración en los que haya incurrido la casa matriz de la empresa, puede ser apropiado tomar en cuenta una parte proporcional basada en la relación que guarda el monto global de facturación del establecimiento permanente (o quizá sus beneficios brutos) respecto el de la totalidad de la empresa. Con esta reserva, se estima que el importe de los gastos que deben tenerse en cuenta como contraídos para los fines del establecimiento permanente será el importe de gastos en los que realmente se ha incurrido. La deducción que se le permita hacer al establecimiento permanente, por cualesquiera de los gastos de la empresa que se le atribuyan, no dependerá de su reembolso efectivo por el establecimiento permanente.

28. En algunas ocasiones se ha señalado que la necesidad de conciliar los apartados 2 y 3 creaba dificultades prácticas, pues el apartado 2 disponía que los precios entre el establecimiento permanente y la casa matriz por lo común debían fijarse sobre una base de plena competencia (*arm's length*), atribuyendo a la entidad que hacía la transferencia el tipo de beneficio que hubiera esperado obtener de tratar con una empresa independiente, en tanto que la redacción del apartado 3 parecía indicar que la deducción de los gastos realizados para los establecimientos permanentes debían ser las cuantías reales de esos gastos, por lo común sin la adición de ningún elemento del beneficio.

29. De hecho, si bien la aplicación del apartado 3 puede plantear algunas dificultades prácticas, especialmente en relación con los principios de empresa separada y el de plena competencia (*arm's length principle*) en los que se sustenta el apartado 2, no existe diferencia de principios entre ambos apartados. El apartado 3 indica que, al determinar los beneficios de un establecimiento permanente, ciertos gastos deberán permitirse como deducciones, en tanto que el apartado 2 dispone que los beneficios determinados de conformidad con la norma contenida en el apartado 3, relacionada con la deducción de gastos, deben ser los que habría obtenido una empresa separada y distinta dedicada a las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones. Por lo tanto, si bien el apartado 3 establece una norma aplicable para determinar los beneficios del establecimiento permanente, el apartado 2 exige que los beneficios determinados de ese modo correspondan a los beneficios que habría obtenido una empresa separada e independiente.

30. Asimismo, el apartado 3 solo especifica qué gastos deben imputarse al establecimiento permanente para los efectos de determinar los beneficios atribuibles a dicho establecimiento permanente. No trata con la determinación sobre si esos gastos, una vez imputados, son deducibles al calcular la renta imponible del establecimiento permanente, ya que las condiciones para la deducibilidad de los gastos deben ser determinadas por la legislación interna, con sujeción a las normas del Artículo 24 sobre la no discriminación (en particular, los apartados 3 y 4 de dicho Artículo).

31. Al aplicar estos principios a la determinación práctica de los beneficios de un establecimiento permanente, se puede plantear la cuestión de si un determinado costo en el que ha incurrido una empresa puede verdaderamente considerarse como un gasto realizado a los efectos del establecimiento permanente, teniendo presentes los principios de empresa separada e independiente contenidos en el apartado 2. Aunque, en general, las empresas independientes buscarán en sus operaciones obtener una utilidad y, cuando se transfieren bienes o se prestan servicios, cobran los precios de libre mercado, habrá también circunstancias en las cuales no se pueda considerar que un bien o servicio determinado se habría podido obtener de una empresa independiente, o circunstancias en las que las empresas independientes podrán convenir compartir los gastos de una actividad realizada en común para su mutuo beneficio. En esas circunstancias especiales puede ser apropiado considerar que los gastos pertinentes realizados por la empresa han sido gastos realizados para el establecimiento permanente. La dificultad surge cuando se hace una distinción entre estas circunstancias y los casos en los cuales un gasto realizado por una empresa no se ha de considerar como gasto del establecimiento permanente, y el bien o servicio del que se trate, deba considerarse, en virtud del principio de las empresas separadas e independientes, como transferido entre la casa matriz y el establecimiento permanente a un precio que incluye un elemento de utilidad. La cuestión que se ha de resolver es si la transferencia interna de bienes y servicios sea temporal o definitiva, es de la misma índole que las transferencias en las cuales la empresa, en el curso normal de sus actividades, habría cobrado a un tercero a un precio de plena competencia (*arm's length*), esto es, incluyendo por lo común en el precio de venta un margen apropiado de utilidad.

32. Por un lado, la respuesta a esa pregunta será afirmativa si el gasto se realizó inicialmente para desempeñar una función cuyo objetivo directo es vender un bien o prestar un servicio concreto y obtener un

beneficio empresarial a través de un establecimiento permanente. Por el otro, la respuesta será negativa si, conforme a los hechos y circunstancias del caso en particular, se tiene la impresión de que el gasto se realizó inicialmente al desempeñar una función cuyo objetivo esencial es racionalizar los gastos generales de la empresa o aumentar de alguna manera sus ventas.

33. Cuando los bienes están destinados a la reventa, sean bienes terminados, materias primas o bienes semiterminados, habitualmente será apropiado que se apliquen las disposiciones del apartado 2 y que se le atribuya una utilidad a la parte de la empresa que los suministra, computada mediante la aplicación de los principios de plena competencia (*arm's length principles*). Pero incluso en este caso puede haber excepciones. Un ejemplo podría ser cuando los bienes no se suministran para reventa, sino para una utilización temporal dentro de las operaciones de la empresa, de modo que sea apropiado para las partes de la empresa que comparten el uso de esos bienes, que soporten solo la parte que les corresponda de los costos de los mismos, por ejemplo, en el caso de maquinaria, los costos de depreciación que se relacionan con la utilización por cada una de estas partes. Cabe recordar que [*cuando la única actividad llevada a cabo por el establecimiento permanente es*] la mera adquisición de bienes [*para la empresa y esa actividad tiene una naturaleza preparatoria o auxiliar, no se considerará que existe un establecimiento permanente, sujeto al apartado 4.1 del Artículo 5*] (apartado 4 d) del Artículo 5), por lo que en esas circunstancias no surge la duda sobre la atribución de beneficios.

34. En el caso de derechos intangibles, las normas sobre las relaciones entre empresas del mismo grupo (por ejemplo, el pago de regalías o los contratos de repartición de costos) no se pueden aplicar a las relaciones entre partes de la misma empresa. De hecho, puede ser sumamente difícil imputar la “propiedad” del derecho intangible solamente a una parte de la empresa y sostener que esta parte de la empresa debe percibir regalías de las demás partes de una empresa, como si fuera una empresa independiente. Toda vez que existe solo una entidad jurídica, es imposible imputar la propiedad jurídica a una parte específica de la empresa, y desde el punto de vista práctico muchas veces será difícil imputar los gastos de creación exclusivamente a una parte de la empresa. Por lo tanto, para el caso de los costos derivados de la creación de derechos intangibles, puede ser preferible que se consideren atribuibles a todas las partes de la empresa que harán uso de los mismos y considerarlos como incurridos en beneficio de las diversas partes de la empresa a los que corresponden. En esas circunstancias,

sería apropiado imputar a las diversas partes de la empresa los gastos reales de creación o adquisición de esos derechos intangibles, así como los gastos contraídos posteriormente en relación con los mismos, sin añadir ningún margen por concepto de utilidad o regalía. Cuando procedan de ese modo, las autoridades fiscales han de tener presente que las consecuencias perjudiciales que pueden derivarse de cualquier actividad de investigación y desarrollo (por ejemplo, la responsabilidad por los productos y los daños al medio ambiente) deberán imputarse también a las diversas partes de la empresa, lo que dará lugar, cuando corresponda, a un cargo compensatorio.

35. En la esfera de los servicios puede haber dificultades para determinar si, en un caso determinado, un servicio se debe facturar a las diversas partes de una sola empresa a su costo real o a su costo real más un margen que represente la utilidad para la parte de la empresa que presta el servicio. La actividad de la empresa o parte de ella puede consistir en la prestación de esos servicios, y puede existir un cargo estándar por la prestación de los mismos. En este caso, por lo común, será apropiado cobrar por un servicio la misma tarifa que se cobra al cliente externo.

36. Cuando la actividad principal de un establecimiento permanente sea prestar ciertos servicios a la empresa a la que pertenece, y cuando esos servicios brinden una verdadera ventaja a la empresa, y sus costos representen una parte importante de los gastos de la empresa, el país anfitrión puede exigir que se incluya en los costos un margen por concepto de utilidad. En medida de lo posible, el país receptor deberá tratar entonces de evitar soluciones esquemáticas y determinar el valor de esos servicios según las circunstancias de cada caso.

37. Sin embargo, generalmente la prestación de servicios es solamente una parte de la actividad general de administración de la sociedad en su conjunto, cuando, por ejemplo, la empresa tiene establecido un sistema común de formación del que se benefician los empleados de todas las partes de la empresa. En ese caso, muchas veces será apropiado considerar que el costo de la prestación del servicio forma parte de los gastos administrativos generales de la empresa en su conjunto, que se han de imputar con base en su costo real a las diversas partes de la empresa, en la medida en que se realicen gastos en beneficio de esa parte de la empresa, sin que haya un margen que represente la utilidad para otra parte de la empresa.

38. El régimen aplicable a los servicios prestados en el curso de la administración general de una empresa plantea la cuestión de si se ha

de considerar que una parte de los beneficios totales de una empresa se deriva del ejercicio de una buena administración. Considere el caso de una sociedad cuya casa matriz se encuentra en un país pero que ejerce todas sus actividades empresariales a través de un establecimiento permanente situado en otro país. En un caso extremo, podría suceder que únicamente las reuniones de la junta directiva se celebrasen en la casa matriz y que todas las demás actividades de la sociedad, excepto las jurídicas y puramente formales, se ejerciesen a través del establecimiento permanente. En este caso, existe mucho que decir sobre el punto de vista que aduce que al menos una parte de los beneficios totales de la empresa se deben a la administración eficiente y perspicacia empresarial de los directores, y que parte de los beneficios de la empresa deben, en consecuencia, atribuirse al país donde se encontrase la casa matriz. Si la sociedad hubiera sido administrada por una agencia de administración, no cabe duda de que ésta habría exigido una remuneración por sus servicios, remuneración que podría haber consistido en un simple porcentaje de los beneficios de la empresa. Pero cualesquiera sean los méritos teóricos de dicho caso, las consideraciones prácticas se inclinan contra su adopción. En el caso descrito, los gastos de administración serían, sin duda, compensados contra los beneficios del establecimiento permanente conforme a las disposiciones del apartado 3, pero si se considera el problema en su conjunto, no parece adecuado ir más allá deduciendo y tomando en cuenta una cifra virtual (*notional figure*) por concepto de “beneficios derivados de la administración”. En supuestos idénticos al caso extremo mencionado previamente, al determinar los beneficios imposables del establecimiento permanente no deberá tenerse en cuenta ninguna cifra virtual por concepto de beneficios derivados de la administración.

39. Evidentemente, puede suceder que los países en los que se acostumbre a imputar una parte de los beneficios totales de una empresa a su casa matriz a título de beneficios derivados de una buena administración deseen mantener esa práctica. Ninguna disposición del Artículo se los impide. Sin embargo, de lo dicho en el párrafo 38 se deduce que el país donde se encuentre un establecimiento permanente no estará obligado en absoluto, al calcular los beneficios imputables a ese establecimiento, a deducir una suma cuya intención sea representar una parte proporcional de los beneficios derivados de la administración atribuibles a la casa matriz.

40. Es muy posible que el país donde se encuentre la casa matriz de una empresa impute a esa casa matriz un porcentaje de los beneficios

de la empresa en concepto solo de buena administración, mientras que el país donde esté situado el establecimiento permanente no lo haga y, el resultado total de los montos sujetos a impuestos en ambos países será mayor de lo que debería ser. En estos casos, el país donde se encuentre la casa matriz de la empresa deberá tomar la iniciativa y efectuar los ajustes necesarios al calcular los impuestos exigibles en ese país para asegurarse que se elimine la doble imposición.

41. El régimen aplicable a los intereses plantea cuestiones particulares. En primer lugar, es posible que, bajo el nombre de intereses, la casa matriz haga cargos a su establecimiento permanente en relación con “préstamos” internos de la empresa al establecimiento permanente. Excepto en el caso de empresas financieras, como sería el caso de los bancos, en general, se considera que esos “intereses” internos no deben reconocerse. Las razones son:

- Desde el punto de vista jurídico, la transferencia de capital a cambio del pago de intereses y la obligación de amortizar el total del principal en la fecha de vencimiento, es en realidad un acto formal incompatible con la verdadera naturaleza jurídica del establecimiento permanente.
- Desde el punto de vista económico, puede comprobarse que las deudas y créditos internos sean inexistentes, pues si una empresa se financia exclusiva o fundamentalmente de capital, no debe permitírsele deducir cargos por intereses que de hecho no ha tenido que pagar. Aunque debe admitirse que los débitos y créditos simétricos no distorsionarán los beneficios globales de la empresa, los resultados parciales bien pueden ser modificados arbitrariamente.

42. Por estas razones, en términos generales, debe mantenerse la prohibición de las deudas y créditos internos, salvo por lo que se refiere a la situación especial de los bancos antes mencionada.

43. Sin embargo, un tema diferente es la relativa a la deducción de los intereses de las deudas realmente contraídas por la empresa. Dichas deudas pueden estar asociadas en su totalidad o en parte con las actividades del establecimiento permanente; de hecho, los préstamos contraídos por una empresa serán de utilidad para la casa matriz, al establecimiento permanente o a ambos. La cuestión que se plantea en relación con esas deudas es cómo determinar la parte del interés que debe deducirse al calcular los beneficios atribuibles al establecimiento permanente.

44. El enfoque sugerido [...] antes de 1994, a saber, la distribución directa e indirecta de los cargos efectivos por deudas, no resultó una solución práctica, en particular porque era improbable que se aplicara de manera uniforme. Además, es bien sabido que la atribución indirecta de los cargos totales por pagos de intereses, o del saldo de los intereses que restan después de ciertas imputaciones directas, se enfrenta a dificultades prácticas. Es bien sabido, además, que la imputación directa del gasto total por intereses puede no reflejar con exactitud el costo de financiamiento del establecimiento permanente, porque el contribuyente puede controlar dónde se asientan los préstamos y puede ser necesario realizar un ajuste para reflejar la realidad económica, en particular el hecho de que normalmente se esperaría que una empresa independiente tuviera un cierto nivel de capital “disponible”.

25. A pesar de los comentarios al párrafo 30 del Comentario al Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008 citado anteriormente en el párrafo 24, el Comité hace notar que algunos países pueden desear aclarar en el texto de sus tratados que permitirán solo las deducciones que están permitidas de conformidad con su legislación interna.

26. Asimismo, en relación con la cuestión de la determinación de la parte de intereses en los que haya incurrido una empresa que deberían ser deducibles al calcular los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente, que se discute en el párrafo 44 del Comentario al Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008 citado anteriormente en el párrafo 24, el Comité considera que, como consecuencia de los problemas identificados en el párrafo 44 citado, es preferible buscar una solución práctica. Ésta tendría que tomar en cuenta una estructura apropiada de capital para ambos, la organización y las funciones realizadas, tomando en consideración la necesidad de reconocer que se esperaría que una empresa distinta, separada e independiente contara con un financiamiento adecuado.

Apartado 4

27. Este apartado reproduce el apartado 4 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008. El Comité considera que la parte siguiente del Comentario al apartado 4 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008 es aplicable

al apartado 4 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008, han sido incluidas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

52. En algunos casos se ha adoptado la práctica de determinar los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente, no sobre la base de una contabilidad separada o efectuando una estimación de los beneficios conforme al principio de plena competencia (*arm's length principle*), sino simplemente distribuyendo los beneficios totales de la empresa de acuerdo con diversas fórmulas. Este método difiere de los previstos en el apartado 2, porque no se trata de atribuir beneficios según el principio de empresa separada, sino de un reparto de los beneficios totales; y de hecho podría conducir a un resultado diferente del que daría el cálculo basado en una contabilidad separada. El apartado 4 indica con claridad que un Estado Contratante puede continuar empleando dicho método si se utiliza habitualmente en ese país, aunque la cantidad que resulte difiera en cierta medida de la que se obtendría de una contabilidad separada, a condición de que pueda verdaderamente considerarse que el resultado obtenido es conforme con los principios contenidos en el Artículo. Sin embargo, es necesario enfatizar que, de manera general, los beneficios que se imputen a un establecimiento permanente deben determinarse de acuerdo con la contabilidad de dicho establecimiento permanente, si ésta refleja la realidad. Se considera que un método de imputación basado en un reparto de beneficios totales es, en general, menos apropiado que otro que atienda solo a las actividades del establecimiento permanente, y deberá utilizarse solo excepcionalmente, cuando se haya utilizado habitualmente en el pasado y, en general, tanto las autoridades fiscales como los contribuyentes del país de que se trate lo consideren satisfactorio. Queda entendido que el apartado 4 puede suprimirse si ninguno de los Estados utiliza ese método. Sin embargo, cuando los Estados Contratantes deseen poder utilizar un método que no se haya usado habitualmente en el pasado, el apartado deberá ser modificado durante las negociaciones bilaterales para precisarlo.

[...]

54. Los métodos que implican un *[reparto]* de los beneficios totales tienen como característica esencial la imputación de una parte

proporcional de los beneficios de la totalidad de la empresa a una parte de ella, por estimar que todas las partes de la empresa han contribuido, según el criterio o los criterios adoptados, a la rentabilidad del conjunto. Lo que por lo general distingue a esos métodos entre sí son los diversos criterios utilizados para determinar cuál es la proporción exacta en los beneficios totales [...]. [L]os criterios usualmente adoptados pueden agruparse en tres grandes categorías, a saber, aquellos basados en las rentas de la empresa, en sus gastos o en la estructura de su capital. El primer grupo incluye los métodos de imputación basados en la facturación global o en las comisiones; el segundo, los que toman como base los salarios; el tercero, los que se basan en la proporción del capital total explotado por la empresa asignado a cada sucursal o a parte de la empresa. Evidentemente es imposible decir en abstracto que cualquiera de esos métodos es más preciso que los otros; cada uno de ellos será más o menos adecuado según los supuestos a los que se aplique. En algunas empresas, especialmente las que prestan servicios o producen Artículos amparados por patentes con un alto margen de utilidades, los beneficios netos dependerán sobre todo de la facturación global. Para las empresas de seguros, el método apropiado puede consistir en efectuar un reparto de los beneficios totales en proporción a las primas abonadas por los titulares de las pólizas en cada uno de los países involucrados. Si se trata de una empresa de manufactura con un elevado costo como consecuencia de las materias primas o de la mano de obra utilizadas, los beneficios dependerán más estrechamente de los gastos. Para los bancos y empresas financieras, el porcentaje del capital total explotado puede ser el criterio más adecuado. [...] *[En general, se considera que el objetivo de todo método [de reparto] de los beneficios totales deberá ser el obtener una cifra de beneficios imponibles que se aproxime lo más posible a la que se habría obtenido con una contabilidad separada, y [...] no parece oportuno, para estos fines, establecer ninguna directriz específica, salvo indicar que es responsabilidad de la autoridad fiscal, en consulta con las autoridades de otros países involucrados utilizar el métodos que, a la luz del conocimiento de los hechos, parezca más apto para producir ese resultado.*

55. El utilizar un método que atribuye a una parte de la empresa una proporción de los beneficios totales, lógicamente plantea la pregunta sobre qué método debe utilizarse para computar los beneficios totales de la empresa. Este tema más bien será uno que se tratará de manera distinta de conformidad con las legislaciones de los diferentes países. No es un tema que requiera una solución práctica mediante el establecimiento de una regla rígida. No cabe esperar que se acepte que los beneficios que se imputen sean los calculados conforme a la legislación

de un país concreto; cada país interesado debe tener derecho a calcular los beneficios según las disposiciones de su propia legislación.

Apartado 5

28. El apartado 5 reproduce el apartado 6 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008 (como se explicó anteriormente en el apartado 5, el Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas no incluye un apartado correspondiente al apartado 5 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008). El Comité considera que la parte siguiente del Comentario al apartado 6 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008 es aplicable al apartado 5 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas:

58. En este apartado se ha querido indicar claramente que, una vez utilizado un método de imputación, éste no debe cambiarse simplemente porque en un año concreto otro método produzca resultados más favorables. Uno de los fines de los convenios para evitar la doble imposición es proporcionar a las empresas de un Estado Contratante cierta certeza respecto al régimen fiscal que se aplicará a los establecimientos permanentes que posean en el otro Estado Contratante, así como a la parte de la empresa situada en el país de la sede, con la que esté relacionado el establecimiento permanente; por ello, el apartado 6 asegura la continuidad y coherencia del régimen fiscal.

Apartado 6

29. El apartado 6 reproduce el apartado 7 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008. El Comité considera que la parte siguiente del Comentario al apartado 7 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008 es aplicable al apartado 6 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2008, han sido incluidas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

59. Aunque no se ha juzgado necesario definir el término “beneficios” en el Convenio, debe entenderse, sin embargo, que el término

empleado en este y en otros Artículos del Convenio tiene un sentido amplio que comprende todas las rentas obtenidas de la operación de una empresa. Esta amplia acepción corresponde a la utilizada en la legislación tributaria de la mayoría de los países miembros de la OCDE.

60. Esa interpretación del término “beneficios” puede producir, sin embargo, ciertas dudas en cuanto a la aplicación del Convenio. Si los beneficios de una empresa incluyen categorías de rentas tratadas separadamente en otros Artículos del Convenio, por ejemplo, dividendos, cabe preguntarse si la tributación de esos beneficios se rige por el Artículo especial sobre los dividendos, etcétera, o por las disposiciones del presente Artículo.

61. La cuestión tiene poco interés práctico mientras que la aplicación de este Artículo y del Artículo especial de que se trate resultarían en el mismo tratamiento fiscal. Además, debe resaltarse que algunos de los Artículos especiales contienen disposiciones específicas que dan prioridad a un Artículo determinado (compárense el apartado 4 del Artículo 6, el apartado 4 de los Artículos 10 y 11, el apartado [4] del Artículo 12 [*apartado 4 del Artículo 12A, apartado 8 del Artículo 12B*] y el apartado 2 del Artículo 21).

62. Sin embargo, resulta conveniente formular una regla de interpretación a fin de aclarar el ámbito de aplicación del presente Artículo en relación con los otros Artículos que se refieren a una categoría específica de rentas. Conforme a la práctica generalmente seguida en los convenios bilaterales en vigor, el apartado [6] da preferencia, primero, a los Artículos especiales sobre dividendos, intereses, etcétera. Como consecuencia de esa norma, este Artículo será aplicable a los beneficios empresariales no pertenecientes a las categorías de rentas comprendidas en Artículos especiales y, además, a los dividendos, intereses, etcétera, que en virtud del apartado 4 de los Artículos 10 y 11, el apartado [4] del Artículo 12 [*apartado 4 del Artículo 12A, apartado 8 del Artículo 12B*] y el apartado 2 del Artículo 21 queden comprendidos en el presente Artículo [...]. Queda entendido que las rentas reguladas por Artículos especiales pueden someterse, con sujeción a las disposiciones del Convenio, a imposición, separadamente o como beneficios empresariales, de conformidad con la legislación tributaria de los Estados Contratantes.

63. Los Estados Contratantes son libres de convenir bilateralmente mediante explicaciones especiales o definiciones relacionadas con el término “beneficios” a fin de aclarar la distinción entre este término

y, por ejemplo, el concepto de dividendo. En especial, puede considerarse conveniente hacerlo cuando, durante la negociación de un convenio, se introduzcan modificaciones de las definiciones contenidas en los Artículos especiales sobre dividendos, intereses [*regalías, honorarios por servicios técnicos e ingresos por servicios digitales automatizados*]. También puede considerarse conveniente si los Estados Contratantes desean subrayar que, de acuerdo con la legislación tributaria interna de uno o de ambos Estados, el término “beneficios” comprende categorías especiales de rentas, como las procedentes de la enajenación o arrendamiento de una empresa o de bienes muebles utilizados por ella. A este respecto, quizá haya que examinar si fuera útil incluir también otras reglas para la imputación de esos beneficios especiales.

30. Es importante observar que, en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, los pagos “por el uso o por la concesión del uso de equipos industriales, comerciales o científicos” están sujetos a un régimen distinto que en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Esos pagos quedan comprendidos en la definición de “regalías” del apartado 3 del Artículo 12 en lugar de estar comprendidos en las disposiciones del Artículo 7, en virtud del apartado 6 del Artículo 7.

Artículo 8

TRANSPORTE INTERNACIONAL MARÍTIMO Y AÉREO

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Para el Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas se ofrecen dos alternativas: el Artículo 8 (Alternativa A) y el Artículo 8 (Alternativa B). El Artículo 8 (Alternativa A) reproduce el Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Artículo 8 (Alternativa B) introduce modificaciones sustanciales al Artículo 8 (Alternativa A), abordando de manera separada los beneficios procedentes de la operación de aeronaves y los procedentes de la operación de buques, regulándolos en los apartados 1 y 2, respectivamente. El apartado 3 reproduce el apartado 2 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, con un ajuste menor para reflejar el apartado adicional introducido en la Alternativa B.
2. En cuanto a la tributación de los beneficios procedentes de la operación de buques en tráfico internacional, muchos países apoyaron la posición adoptada en el Artículo 8 (Alternativa A). En su opinión, las empresas navieras no deben estar sometidas a las leyes tributarias de los muchos países a los que se extienden sus operaciones. Adujeron que, si cada país gravara una parte de los beneficios de una empresa naviera, computados según sus propias normas, probablemente daría como resultado que la suma de esas partes sería mayor que el total de las rentas de la empresa. En consecuencia, ello constituiría un problema grave, especialmente porque los impuestos en los países en desarrollo pueden, a menudo, ser excesivamente elevados y los beneficios totales de las empresas navieras son, con frecuencia, bastante reducidos.
3. Otros países declararon que no estaban en condiciones de renunciar a las rentas, aunque éstas fueran limitadas, de la tributación de las empresas extranjeras de transporte marítimo, mientras sus propias industrias de transporte marítimo no estuvieran más desarrolladas. Reconocieron, sin embargo, que existían considerables dificultades para determinar un beneficio imponible en tal situación y asignar los beneficios a los diversos países involucrados durante la operación de buques en tráfico internacional.

4. Como no se pudo llegar a un consenso sobre una disposición relativa a la tributación de los beneficios del transporte marítimo, se decidió utilizar dos alternativas en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas y dejar la determinación sobre dicha tributación a las negociaciones bilaterales.

5. Hasta 2017, ambos textos, el Artículo 8 (Alternativa A) y el Artículo 8 (Alternativa B) se referían a la “sede de dirección efectiva de la empresa”. Después de tomar en consideración la práctica de la mayoría de los países, el Comité decidió seguir la redacción existente en otros Artículos y referirse en su lugar a “empresa de un Estado Contratante” y la redacción de ambas alternativas fue modificada en consecuencia. Sin embargo, algunos países pueden preferir continuar utilizando la redacción anterior y referirse a “el Estado en donde su ubica la sede de dirección efectiva de la empresa” (véase el apartado 10 más adelante).

6. Si bien hubo consenso en recomendar las dos alternativas, algunos países que no pudieron aceptar el Artículo 8 (Alternativa A) tampoco pudieron aceptar el Artículo 8 (Alternativa B), por la frase “no sean meramente ocasionales”. Adujeron que algunos países podían desear gravar todos los beneficios del transporte marítimo o todos los beneficios de las líneas aéreas y que aceptar el Artículo 8 (Alternativa B) podría entonces traducirse en pérdidas de ingresos tributarios, teniendo en cuenta el reducido número de empresas de esos Estados que se dedican al transporte marítimo o aéreo. Una vez más, en esos casos la cuestión de la tributación deberá solucionarse mediante negociaciones bilaterales.

7. Según la frecuencia o volumen del tráfico transfronterizo, los países quizá deseen, con ocasión de las negociaciones bilaterales, ampliar las disposiciones del Artículo 8 al transporte ferroviario o por carretera. Tal como se explica más adelante en el apartado 18, pueden también desear cubrir el transporte marítimo interior.

B. COMENTARIO A LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 8 (ALTERNATIVAS A Y B)

Apartado 1 del Artículo 8 (Alternativa A)

8. Este apartado, que reproduce el apartado 1 del Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, tiene el objetivo de

garantizar que los beneficios obtenidos de la operación de buques o aeronaves se graven en un solo Estado. El efecto del apartado es que esos beneficios están totalmente exentos de tributación en el país fuente y se gravan exclusivamente en el Estado de la empresa dedicada al tráfico internacional. El apartado establece una regla operativa independiente aplicable a esas actividades y no está subordinada a los Artículos 5 y 7 relativos a los beneficios empresariales regidos por la norma del establecimiento permanente. Los Artículos 12A y 12B, que permiten el gravamen en fuente de los honorarios por servicios técnicos y las rentas provenientes de servicios digitales automatizados, respectivamente, también están sujetos a la operación del Artículo 8 (véanse el apartado 2 del Artículo 12A y el apartado 49 del Comentario al Artículo 12A, apartados 2 y 3 del Artículo 12B y el apartado 38 del Comentario al Artículo 12B).

9. La exención de impuestos en el país fuente se basa en gran parte en la premisa de que las rentas de esas empresas se obtienen en alta mar, de que el sometimiento a las legislaciones tributarias de muchos países se traduciría probablemente en una doble imposición o, en el mejor de los casos, en difíciles problemas de imputación, y en que la exención en los lugares que no sean el país de origen asegura que las empresas no serán gravadas en países extranjeros si sus operaciones globales no resultan rentables. Las consideraciones relativas al tráfico aéreo internacional son análogas. Como algunos países con fronteras navegables no tienen empresas de transporte marítimo que residan en ellos, pero sí puertos utilizados en una importante medida por buques de otros países, tradicionalmente se han mostrado disconformes con ese principio de exención de los beneficios del transporte marítimo y se inclinarían por la Alternativa B.

10. El apartado 2 del Comentario al Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 observa que mientras el apartado 1 está basado en el principio de ceder el derecho de tributación al Estado Contratante de la empresa, algunos países pueden desear referirse en su lugar a la sede de dirección efectiva de la empresa y redactar el apartado de la siguiente manera:

Los beneficios procedentes de la operación en tráfico internacional de buques o aeronaves solo pueden someterse a imposición en el Estado en que se encuentre la sede de dirección efectiva.

11. Tal como se indicó en el apartado 3 del Comentario al Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, los países que deseen referirse a la “sede de dirección efectiva de la empresa” en el apartado 1, pueden también desear abordar el caso particular en el cual la sede de dirección efectiva de la empresa se encuentra a bordo de un buque, lo que podría hacerse mediante la adición de la siguiente disposición:

Si la sede de dirección efectiva de una empresa de transporte marítimo está ubicada a bordo de un buque, entonces se considerará ubicada en el Estado Contratante en el que el puerto base del buque esté situado, o, de no existir dicho puerto base, en el Estado Contratante del que sea residente quien opera el buque.

12. Al referirse al significado de la expresión “beneficios procedentes de la operación de buques o aeronaves en tráfico internacional”, el Comentario al Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 establece dos categorías de beneficios que se considerarían dentro del ámbito del apartado 1 del Artículo 8. La primera, se refiere a los beneficios directamente obtenidos por la empresa procedentes del transporte de pasajeros o carga en tráfico internacional y la segunda, se refiere a los beneficios procedentes de actividades para posibilitar, facilitar o financiar las operaciones de tráfico internacional. Dentro de la segunda categoría, el Comentario distingue dos tipos de actividades: aquellas directamente relacionadas con tales operaciones y aquellas que no lo están, pero que sí son “auxiliares” a dichas operaciones. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que proporciona explicaciones adicionales sobre estas diferentes categorías de beneficios, es aplicable al Artículo 8 de este Modelo:

4. Los beneficios objeto de este Artículo son, en primer lugar, los beneficios directamente obtenidos por la empresa procedentes del transporte de pasajeros o carga en buques o aeronaves (propias, arrendadas o a disposición de la empresa de otro modo) que operen en tráfico internacional. Sin embargo, toda vez que el transporte internacional ha evolucionado, las empresas de transporte marítimo y aéreo invariablemente llevan a cabo una gran variedad de actividades para posibilitar, facilitar o financiar sus operaciones en tráfico internacional. El apartado comprende de igual forma, los beneficios

procedentes de actividades directamente relacionadas con tales operaciones, así como los beneficios derivados de actividades que no están relacionadas directamente con la operación de los buques o aeronaves de las empresas utilizadas en tráfico internacional, en la medida en la que sean auxiliares a dicha operación.

4.1 Toda actividad llevada a cabo por una empresa principalmente relacionada con el transporte de pasajeros o carga por medio de buques o aeronaves que dicha empresa opera en tráfico internacional debe considerarse directamente relacionada con este transporte.

4.2 Las actividades que la empresa no tiene necesidad de llevar a cabo a los efectos de la propia operación de buques o aeronaves en tráfico internacional, pero que suponen una contribución menor en relación con esa operación y que están tan estrechamente vinculadas a la misma que no deben considerarse como una actividad económica o una fuente de renta distinta, deberán considerarse como auxiliares a la operación de buques o de aeronaves en tráfico internacional.

13. Aplicando los principios antes señalados, el Comentario al Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, aborda un número de actividades relacionadas con la medida en que aplicará el apartado 1 cuando dichas actividades son llevadas a cabo por una empresa involucrada en la operación de buques o aeronaves en tráfico internacional. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, es aplicable al apartado 1 del Artículo 8 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

5. Los beneficios obtenidos del arrendamiento de un buque o aeronave, completamente armados, tripulados y equipados, deben tratarse de la misma manera que los beneficios del transporte de pasajeros o carga. De otra forma quedaría fuera del campo de aplicación de la disposición una gran parte de las actividades del transporte marítimo o aéreo. Sin embargo, el Artículo [12], y no el Artículo 8, se aplica a los beneficios procedentes del arrendamiento del casco del buque o aeronave, salvo que constituya una actividad auxiliar para una empresa dedicada a la operación internacional de buques o aeronaves.

6. Los beneficios obtenidos por una empresa procedentes del transporte de pasajeros o carga por un medio distinto de los buques o aeronaves que dicha empresa opera en tráfico internacional están comprendidos en el apartado en la medida en que dicho transporte esté directamente relacionado con la operación, por la empresa, de buques o aeronaves en tráfico internacional o que sea una actividad auxiliar. Un ejemplo podría ser el de una empresa dedicada al transporte internacional, que transporta algunos de sus pasajeros o carga por medio de buques o aeronaves operados por otras empresas, por ejemplo, mediante acuerdos de código compartido o de espacio (*slot*) compartido, o para aprovechar una salida anterior. Otro ejemplo sería el de una compañía aérea que operara un servicio de autobús para conectar una ciudad a su aeropuerto, principalmente con el fin de permitir el acceso desde y hacia ese aeropuerto a los pasajeros de sus vuelos internacionales.

7. Un ejemplo más sería el de una empresa que transporta pasajeros o carga mediante buques o aeronaves operados en tráfico internacional y que concierne la recogida de esos pasajeros o de esa carga en el país de origen del transporte o el traslado o la entrega en el país de destino por cualquier medio de transporte interior operado por otras empresas. En tal caso, los beneficios obtenidos por la empresa mencionada en primer lugar, a consecuencia de esos acuerdos de transporte por terceras empresas, quedarían comprendidos en el apartado, aunque los beneficios obtenidos por las empresas que prestan ese servicio de transporte interior no lo estarían.

8. Es frecuente que una empresa venda billetes por cuenta de otras empresas de transporte en una ubicación que mantenga con el fin principal de vender billetes para el transporte en buques o aeronaves que ella opera en tráfico internacional. Tales ventas de billetes por cuenta de otras empresas estarán directamente relacionadas con viajes a bordo de buques o aeronaves que la empresa opera (por ejemplo, la venta de un billete emitido por otra empresa para el tramo nacional de un vuelo internacional ofrecido por la empresa) o bien serán auxiliares respecto de sus propias ventas. Por tanto, los beneficios obtenidos por la primera empresa por la venta de esos billetes están cubiertos por este apartado.

8.1 La publicidad que la empresa pueda hacer para otras empresas en las revistas disponibles a bordo de los buques o aeronaves que opera, o en sus locales de negocio (por ejemplo, las oficinas de venta de billetes) es auxiliar respecto a su actividad de operación de esos

buques o aeronaves y los beneficios generados por esa publicidad se consideran incluidos en el apartado.

9. Los contenedores se utilizan ampliamente en el transporte internacional. Frecuentemente, esos contenedores se utilizan también en el transporte interior. Los beneficios del arrendamiento de contenedores obtenidos por una empresa dedicada al transporte internacional están, por lo general, directamente relacionados o bien son complementarios respecto de su operación de buques o aeronaves en tráfico internacional y en tales casos, quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del apartado. Se puede llegar a la misma conclusión con relación a los beneficios obtenidos por la empresa del almacenamiento a corto plazo de tales contenedores (por ejemplo, cuando la empresa cobra al cliente por tener depositado en un almacén un contenedor cargado a la espera de su entrega) o por demoras por el uso de los contenedores más allá de los días pactados.

10. Una empresa que tenga activos o personal en un país extranjero para operar sus buques o aeronaves en tráfico internacional puede obtener rentas por suministrar bienes o servicios en ese país a otras empresas de transporte. Aquí se incluiría, por ejemplo, la prestación de bienes y servicios efectuada por ingenieros, personal de tierra y de mantenimiento de equipos, manipuladores de carga, así como por el personal encargado de servicios de hostelería y de atención al cliente. Cuando la empresa entrega dichos bienes o servicios a terceras empresas y estas actividades están directamente relacionadas con la operación de los buques o aeronaves en tráfico internacional, o son auxiliares respecto de dicha operación, los beneficios resultantes de la entrega de dichos bienes o servicios a otras empresas quedan comprendidos en el apartado.

10.1 Por ejemplo, empresas dedicadas al transporte internacional pueden concluir acuerdos de operación en común con el fin de reducir los costos de mantenimiento de las instalaciones necesarias para la operación de sus buques o aeronaves en otros países. Así, cuando una compañía aérea se compromete, en el marco de un acuerdo con el Grupo Técnico de Aerolíneas Internacionales (*International Airlines Technical Pool*) a suministrar piezas de repuesto o servicios de mantenimiento a otras aerolíneas que aterrizan en un lugar determinado (lo que le permite a su vez beneficiarse de esos servicios en otros lugares), las actividades realizadas a consecuencia de ese acuerdo serán auxiliares respecto a la operación de aeronaves en tráfico internacional.

[...]

12. El apartado no se aplica a un astillero operado en un país por una empresa naviera que tenga su sede de dirección efectiva en otro país.

[...]

14. Las rentas de inversión de las empresas de transporte marítimo o aéreo (por ejemplo: rentas de valores, obligaciones, acciones o préstamos) se someten al régimen normalmente aplicable a esta clase de rentas excepto cuando la inversión generadora de la renta es, en ese Estado Contratante, parte integral de la actividad de operación en tráfico internacional de los buques o aeronaves, de modo que la inversión puede ser considerada como directamente relacionada con tal operación. Así, el apartado sería aplicable a los intereses generados, por ejemplo, por el efectivo requerido en un Estado Contratante para realizar la actividad empresarial o por las obligaciones consignadas como garantía cuando ésta se exige por ley para llevar a cabo dicha actividad: en tales casos la inversión es necesaria para permitir la operación de los buques o aeronaves en tal ubicación. Sin embargo, el apartado no sería aplicable a la renta proveniente de intereses obtenidos en la gestión del flujo de caja o de otras operaciones de tesorería realizadas para un establecimiento permanente de la empresa al que no sea atribuible dicha renta, o para empresas asociadas, independientemente de que estén situadas dentro o fuera del Estado Contratante, o que sean realizadas para la casa matriz (centralización de las actividades de tesorería e inversión); ni tampoco aplicará a los intereses generados por las inversiones a corto plazo de los beneficios obtenidos por la actividad empresarial en el ámbito local cuando no se requieran los fondos invertidos para dicha actividad.

14.1 Las empresas dedicadas a la operación de buques o aeronaves en tráfico internacional pueden estar obligadas a adquirir y utilizar créditos y derechos de emisión para dicha operación (la naturaleza de esos derechos y créditos se explica en el párrafo 75.1 del Comentario al Artículo 7 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017]*). El apartado 1 se aplica a las rentas que esas empresas obtienen en relación con dichos derechos y créditos cuando las rentas son parte integral de la actividad de operación de los buques o aeronaves en tráfico internacional, por ejemplo, cuando los derechos se adquieren para los fines de la operación de buques o aeronaves o cuando los derechos adquiridos para la operación se comercializan después, una vez verificado que no se utilizarán.

14. Algunos países miembros del Comité no están totalmente de acuerdo con la frase “beneficios de la operación de buques o

aeronaves en tráfico internacional” que suponen los párrafos 10.2 y 11 del Comentario al Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE citado más adelante en el párrafo 13. Algunos de esos miembros consideran que las actividades de naturaleza auxiliar no están cubiertas por el texto del Artículo 8, toda vez que esas actividades no se mencionan en el texto de dicho Artículo del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas. Otros consideran que solo algunos de los ejemplos proporcionados por los Comentarios de la OCDE antes citados, no encuadran en la definición de la expresión “beneficios de la operación de buques o aeronaves en tráfico internacional”.

Apartado 1 del Artículo 8 (Alternativa B)

15. Este apartado reproduce el apartado 1 del Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, suprimiendo las palabras “buques o”. En consecuencia, el apartado no se aplica a la tributación de los beneficios procedentes de la operación de buques en tráfico internacional, pero sí aplica a la de los beneficios procedentes de la operación de aeronaves en tráfico internacional. Por consiguiente, el Comentario al apartado 1 del Artículo 8 (Alternativa A) resulta pertinente en lo que a la operación de aeronaves se refiere.

Apartado 2 del Artículo 8 (Alternativa B)

16. Este apartado permite que los beneficios de la operación de buques en tráfico internacional sean objeto de imposición en el país fuente siempre que las operaciones en ese país “no sean meramente ocasionales”. El apartado establece también una regla independiente aplicable al transporte marítimo que no está subordinada a los Artículos 5 y 7 relativos a los beneficios empresariales regidos por la norma del establecimiento permanente. Comprende tanto las escalas regulares o frecuentes, como las irregulares o aisladas, siempre que estas últimas sean planeadas y no meramente fortuitas. La expresión “no sean meramente ocasionales” significa una escala prevista o planeada de un buque en un país determinado para recoger carga o pasajeros.

17. Los beneficios netos globales deberían ser determinados, en general, por las autoridades del Estado de la empresa (o el Estado en el que se ubique la sede de dirección efectiva de la empresa, si se utiliza la redacción propuesta anteriormente en el apartado 10). Las

condiciones definitivas de la determinación podrían ser decididas en negociaciones bilaterales. En el curso de tales negociaciones podría especificarse, por ejemplo, si los beneficios netos se determinarían con anterioridad a la aplicación de deducciones o incentivos especiales que no pudieran asimilarse a descuentos por depreciación, sino considerarse más bien como subvenciones a la empresa. Asimismo, en el curso de dichas negociaciones bilaterales podría especificarse también que los subsidios concedidos directamente a la empresa por un gobierno se incluyesen en los beneficios netos. El método de contabilización de cualesquiera pérdidas de años anteriores, a efectos de la determinación de los beneficios netos, también podría fijarse en las negociaciones. Para aplicar ese método, el país de residencia extendería un certificado en el que indicarían los beneficios netos obtenidos del transporte marítimo por la empresa y el importe de las partidas especiales, incluidas las pérdidas de años anteriores, que, de conformidad con las decisiones tomadas en las negociaciones, debieran incluirse o excluirse en la determinación de los beneficios netos que hubieran de prorratearse, o que hubieran de ser objeto de trato especial en dicha determinación. La imputación de los beneficios imponibles podría basarse en algún factor proporcional especificado en las negociaciones bilaterales, preferentemente el factor de las rentas por los recibos de fletes de salida (calculados sobre una base uniforme, deducidas o no las comisiones). La reducción porcentual del impuesto calculado sobre la base de los beneficios imputados tiene por objeto lograr un reparto de las rentas que refleje los insumos de administración y capital procedentes del país de residencia.

Operación de embarcaciones en vías navegables interiores

18. Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante procedentes de la transportación por vías navegables interiores se considera dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del Artículo 8 (Alternativa A) o del apartado 2 del Artículo 8 (Alternativa B), solo en la medida en la que dicho transporte constituya tráfico internacional, de conformidad con la definición de dicha expresión prevista en el Artículo 3. Sin embargo, algunos países (p.ej., países en los que empresas extranjeras están autorizadas para llevar a cabo operaciones de cabotaje en un río que fluye entre ellos) pueden desear extender el tratamiento establecido en el apartado 1 del Artículo 8 (Alternativa A)

a los beneficios procedentes de cualquier transportación en ríos, canales y lagos; estos países pueden hacerlo mediante la inclusión de la siguiente disposición en sus tratados bilaterales:

Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante procedentes de la operación de embarcaciones en el transporte por vías navegables interiores solo pueden someterse a imposición en ese Estado.

Cuando se incluya tal disposición, el título del Artículo 8 lógicamente, deberá ser modificado en el siguiente sentido: “Transporte Marítimo por Vías Navegables Interiores y Transporte Aéreo”.

19. Sin embargo, otros países consideran que el transporte por vías navegables interiores que no sea considerado transporte internacional no debería ser tratado de manera distinta a otras actividades empresariales que se lleven a cabo dentro de sus fronteras. Estos países consideran que, si bien es posible que el transporte por vías navegables interiores que no sea considerado transporte internacional pueda generar problemas de doble imposición, tales problemas pueden ser abordados a través de las reglas establecidas en los Artículos 7 y 23A o 23B en los casos en los que empresas extranjeras están autorizadas a llevar a cabo dichas actividades de transporte.

20. Las reglas establecidas en los anteriores párrafos 9 a 11.1 relativas a los derechos de imposición y beneficios contemplados, se aplican igualmente a la disposición alternativa establecida anteriormente en el párrafo 18. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, es aplicable con respecto a la aplicación de dicha disposición alternativa (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

16. La disposición anterior será aplicable no solo al transporte por vías navegables interiores entre dos o más países (en cuyo caso se traslaparía con el apartado 1), sino también al transporte por vías navegables interiores efectuado por una empresa de un Estado entre dos puntos situados en otro Estado. La formulación alternativa que figura

en el apartado 2 [*del Comentario al Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], conforme a la cual la potestad tributaria corresponde al Estado en el que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa, se aplica también a la disposición anterior. En caso de utilizar esta disposición alternativa, lo adecuado será añadir una referencia a las “embarcaciones operadas en el transporte por vías navegables interiores” en el apartado 3 de los Artículos 13 y 22 para así garantizar el mismo tratamiento a dichas embarcaciones que el otorgado a los buques y aeronaves operados en tráfico internacional (véase también el párrafo 9.3 del Comentario al Artículo 15 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]). También serán aplicables los principios y ejemplos recogidos en los párrafos 4 y 14 [*del Comentario al Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], con las adaptaciones que resulten oportunas, a efectos de determinar qué beneficios pueden considerarse procedentes de la operación de embarcaciones afectas al transporte por vías navegables interiores. Los problemas tributarios concretos que puedan surgir en relación con el transporte por vías navegables interiores, particularmente entre países limítrofes, podrán también resolverse específicamente mediante convenios bilaterales.

17. Si bien la disposición alternativa anterior recurre al término “embarcación” al referirse al transporte por vías navegables interiores, este uso responde a una distinción tradicional que no debe interpretarse en modo alguno como restrictiva del término “buque” utilizado a lo largo del Convenio, cuya intención es la de tener un amplio significado que abarque toda nave utilizada para la navegación por agua.

18. También podría acordarse bilateralmente que los beneficios derivados de la operación de naves dedicadas a la pesca, el dragado o el arrastre en alta mar tengan el tratamiento de renta comprendida en este Artículo.

Empresas que no se dedican exclusivamente a la navegación marítima o aérea

21. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que trata sobre las empresas que no se dedican exclusivamente a la navegación marítima o aérea, es aplicable al apartado 1 del Artículo 8 (Alternativa A), y únicamente respecto a los beneficios de la operación de aeronaves en tráfico internacional del apartado 1 del Artículo 8

(Alternativa B) de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

19. De la redacción del apartado 1 se desprende que las empresas que no se dedican exclusivamente al transporte marítimo o aéreo están, no obstante, comprendidas en el ámbito de las disposiciones de dicho apartado en lo que respecta a los beneficios obtenidos en la operación de sus buques o aeronaves.

20. Si una empresa tiene, en un país extranjero, establecimientos permanentes dedicados exclusivamente a la operación de sus buques o aeronaves, no hay razón para tratar dichos establecimientos permanentes de forma diferente a los de las empresas dedicadas exclusivamente a la navegación marítima o aérea.

21. Tampoco surge dificultad alguna al aplicar las disposiciones del apartado 1 si la empresa tiene en otro Estado un establecimiento permanente que no se dedique exclusivamente a la navegación marítima o aérea. Si sus buques transportan bienes de la empresa a uno de sus establecimientos permanentes situado en un país extranjero es correcto afirmar que no procede gravar en el Estado en el que está situado el establecimiento permanente parte alguna del beneficio obtenido por la empresa al realizar el transporte por sus propios medios. La misma regla debe aplicarse cuando el establecimiento permanente disponga de instalaciones para la operación de buques o aeronaves (por ejemplo, muelles de consignación) o asuma otros costes relacionados con el transporte de los bienes de la empresa (por ejemplo, costes de personal). En tal caso, aun cuando el establecimiento permanente pueda llevar a cabo ciertas funciones relacionadas con la operación de los buques y aeronaves en tráfico internacional, los beneficios atribuibles a dichas funciones estarán sujetos a imposición exclusivamente en el Estado al que pertenezca la empresa. Los gastos, o parte de los mismos, en los que se incurra por razón del desarrollo de tales funciones, deben deducirse al calcular la parte del beneficio que no puede gravarse en el Estado en el que está situado el establecimiento permanente y, por tanto, no aminorarán la parte de los beneficios atribuible al establecimiento permanente que pueda someterse a imposición en ese Estado de conformidad con el Artículo 7.

22. Cuando los buques o aeronaves se operan en tráfico internacional, la aplicación de la formulación alternativa del apartado 2 [del Comentario al Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017] a los beneficios derivados de esa operación no se verán afectados por el hecho de que sea un establecimiento permanente, distinto de la sede de dirección efectiva del conjunto de la empresa, el que opere los buques o aeronaves; así, aun cuando dichos beneficios pudieran atribuirse al establecimiento permanente de conformidad con el Artículo 7, estarán sujetos a imposición únicamente en el Estado en el que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa [...].

Apartado 2 del Artículo 8 (Alternativa A) y Apartado 3 del Artículo 8 (Alternativa B)

22. El apartado 2 del Artículo 8 (Alternativa A) reproduce el apartado 2 del Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El apartado 3 del Artículo 8 (Alternativa B) reproduce igualmente este último apartado, con un solo ajuste consistente en sustituir la frase “del apartado 1” por las palabras “de los apartados 1 y 2”. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que proporciona explicaciones adicionales sobre el apartado 2 de dicho Artículo, es aplicable al apartado 2 del Artículo 8 (Alternativa A) y al apartado 3 del Artículo 8 (Alternativa B) de este Modelo:

23. Existen diversas formas de cooperación internacional en el transporte marítimo o aéreo. En esa esfera, la cooperación internacional se realiza mediante acuerdos de consorcio u otros convenios del mismo tipo, que establecen algunas reglas para el reparto de las rentas (o beneficios) de la empresa mixta.

24. Para aclarar la situación fiscal de los participantes en un consorcio, una empresa mixta o un organismo internacional de explotación y para resolver cualesquiera dificultades que puedan surgir, los Estados Contratantes pueden, si lo juzgan necesario, añadir en sus convenios bilaterales la siguiente disposición:

...pero, únicamente a la parte de beneficios así obtenidos que sea atribuible a cada participante en proporción a su participación en la empresa mixta.

Artículo 9

EMPRESAS ASOCIADAS

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El Artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce el Artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, excepto por el apartado 3 adicional en la versión del Artículo del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas. Ambos Modelos incorporan el principio de plena competencia (*arm's length principle*) que constituye la base para la atribución de beneficios resultantes de transacciones entre empresas asociadas. El Artículo 9 debe considerarse de manera conjunta con el Artículo 25 sobre el procedimiento de acuerdo mutuo (MAP, por sus siglas en inglés) y el Artículo 26 sobre el intercambio de información.

2. La aplicación del principio de plena competencia (*arm's length principle*) para la atribución de beneficios entre empresas asociadas, presupone que en la mayoría de los países la legislación interna autoriza a hacer la determinación sobre la base del principio de plena competencia.

3. El Comité destacó que el apartado 1 del Comentario al Artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 incluye el siguiente enunciado general sobre el Artículo:

1. Este Artículo se refiere a los ajustes de los beneficios que pueden hacerse a efectos fiscales cuando las operaciones entre empresas asociadas (sociedades matrices y sus sociedades subsidiarias, y sociedades sometidas a un control común) se realicen en términos que difieran de los de plena competencia (*arm's length principle*). El Comité ha dedicado tiempo y esfuerzos considerables (y continúa haciéndolo) a examinar las condiciones para la aplicación de este Artículo, sus consecuencias y los diversos métodos aplicables para el ajuste de beneficios en el caso de operaciones realizadas en términos distintos a los de plena competencia. Sus conclusiones se recogen en el informe titulado *Directrices de Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias*,^{1, [48]} que

48 [Para la versión más reciente de las *Directrices sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias* véase la nota al pie 22.]

se actualiza periódicamente con objeto de recoger los avances en el trabajo del Comité en la materia.

-
- 1 La versión original de dicho informe fue aprobada por el Consejo de la OCDE el 27 de junio de 1995. Publicado en un formato de “hojas sueltas” como *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD, Paris, 1995.

4. El apartado 1 del Comentario al Artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 continúa indicando que las *Directrices Aplicables en materia de Precios de Transferencia a Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias* representan los principios internacionalmente acordados y ofrece lineamientos para la aplicación del principio de plena competencia (*arm's length principle*), cuya enunciación autorizada recoge este Artículo. El Comité considera que dichos lineamientos contienen una guía valiosa y relevante para la aplicación del principio de plena competencia establecido en el Artículo 9 de los convenios tributarios bilaterales que siguen ambos Modelos. El Comité también considera de suma importancia para eliminar la doble imposición internacional de los beneficios corporativos, que prevalezca un entendimiento común sobre cómo debe aplicarse el principio de plena competencia, y que los dos Modelos proporcionan un marco común para prevenir y resolver las disputas que en materia de precios de transferencia puedan surgir. Con ese objetivo en mente, el Comité ha desarrollado el *Manual Práctico de las Naciones Unidas sobre Precios de Transferencia para Países en Desarrollo*⁴⁹ que pone especial atención a la experiencia de los países en desarrollo, refleja las realidades de dichos países en sus estados relevantes de capacidad de desarrollo, y busca consistencia con la guía proporcionada por las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE.

B. Comentario a los Apartados del Artículo 9

Apartado 1

5. El apartado 1 dispone que en los casos en que estén involucradas empresas asociadas, las autoridades tributarias de los Estados Contratantes, para calcular las obligaciones fiscales, pueden rectificar

49 Véase la nota al pie 23.

la contabilidad de las empresas si, como resultado de las relaciones especiales existentes entre éstas, su contabilidad no refleja los beneficios imponibles reales obtenidos en esos Estados. Es obvio que un ajuste debería autorizarse en esas circunstancias. Las disposiciones de este apartado se aplican únicamente cuando entre las dos empresas se hayan convenido o impuesto condiciones especiales. Claramente, no se efectuará una rectificación de la contabilidad, con el ajuste correlativo, si las transacciones entre las empresas asociadas han tenido lugar en condiciones comerciales normales de libre mercado, en otras palabras, en condiciones de plena competencia (*arm's length principle*).

6. En el informe de la OCDE sobre “Subcapitalización”,⁵⁰ se señala que existe una interacción entre los tratados tributarios y la normativa interna sobre subcapitalización (*thin capitalization*) que resulta relevante para el ámbito del Artículo. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que aborda dicha interacción, es aplicable al Artículo 9 de este Modelo (la modificación que aparece en cursiva y entre corchetes, no es parte del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE):

3. [...]
 - a) El artículo no impide la aplicación de las normas internas sobre subcapitalización (*thin capitalization*) en la medida en que su efecto sea el de asimilar los beneficios del prestatario a una cuantía correspondiente a los beneficios que habría obtenido en una situación de plena competencia (*arm's length*);
 - b) El artículo es pertinente para determinar no solo si la tasa de interés estipulada en un contrato de préstamo es una tasa de interés de plena competencia (*arm's length*), sino también si lo que parece ser un préstamo debe considerarse como préstamo o como otra forma de pago, en particular como aportación de capital social;

50 Aprobado por el Consejo de la OCDE el 26 de noviembre de 1986 y reproducido en la página R (4)-1 del volumen II de la versión completa del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page1763, consultado el 10 de mayo de 2021.

- c) La aplicación de las normas relativas a la subcapitalización (*thin capitalization*) no ha de tener, por lo común, el efecto de aumentar los beneficios imponibles de la empresa nacional de que se trate, a una cuantía superior al beneficio de plena competencia (*arm's length*), y este principio se debe respetar en la aplicación de los convenios tributarios vigentes.

4. Se plantea la cuestión de si las normas de procedimiento especiales que han instituido algunos países respecto de las transacciones entre partes relacionadas son congruentes con el Modelo de Convenio Tributario. Por ejemplo, se puede preguntar si la inversión de la carga de la prueba o de las presunciones de cualquier tipo que a veces se estatuyen en la legislación interna son congruentes con el principio de plena competencia (*arm's length principle*). Algunos países interpretan el Artículo de tal modo que de ninguna manera impide el ajuste de los beneficios conforme a la legislación interna en condiciones que difieren de las del Artículo y eleva el principio de plena competencia, al nivel de tratado. Además, casi todos los países miembros consideran que imponer requisitos de información adicionales, que serían más estrictos que los ordinarios, o incluso la inversión de la carga de la prueba, no constituiría discriminación en el sentido del Artículo 24. Sin embargo, en algunos casos la aplicación de la legislación interna de algunos países puede dar lugar a ajustes a los beneficios que se aparten de los principios del Artículo. El Artículo permite que los Estados Contratantes puedan atender a esas situaciones mediante los ajustes correspondientes (véase a continuación) y en el marco del procedimiento de acuerdo mutuo (MAP, por sus siglas en inglés).

Apartado 2

7. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica el propósito y la aplicación del apartado 2 del Artículo, es aplicable al apartado 2 del Artículo 9 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

5. La rectificación de las transacciones entre empresas asociadas en el supuesto previsto en el apartado 1 puede originar una doble

imposición económica (tributación de la misma renta en manos de diferentes personas) en tanto que la empresa del Estado A, cuyos beneficios se revisan al alza, será gravada por un importe de beneficios por los que su empresa asociada en el Estado B habrá sido ya gravada. El apartado 2 prevé que, en esas circunstancias, el Estado B deberá hacer un ajuste apropiado para eliminar la doble imposición.

6. Sin embargo, debe señalarse que un ajuste no deberá hacerse automáticamente en el Estado B por el simple hecho de que los beneficios hayan sido aumentados en el Estado A; el ajuste procederá solo si el Estado B estima que la cifra de beneficios rectificada refleja correctamente los beneficios que se habrían obtenido si las transacciones se hubiesen efectuado en plena competencia (*arm's length*). Dicho de otra manera, el apartado no se puede invocar ni debe aplicarse cuando los beneficios de una empresa asociada se aumentan hasta un nivel que sobrepase el que hubieran debido alcanzar si hubiesen sido calculados correctamente en una base de plena competencia. Por ello, el Estado B solo debe realizar un ajuste de los beneficios de la empresa asociada si estima que la corrección realizada en el Estado A se justifica tanto en sí misma, como en su importe.

[...]

7. El apartado no especifica el método que debe emplearse para efectuar el ajuste. Los países miembros de la OCDE aplican métodos diferentes para asegurar en esos casos la desgravación y los Estados Contratantes tienen, por consiguiente, completa libertad para convenir bilateralmente cualesquiera reglas específicas que quieran insertar en el Artículo. Así, algunos Estados preferirán el sistema según el cual cuando los beneficios de la empresa X situada en el Estado A se aumenten para que su importe corresponda al que hubiera alcanzado en una base de plena competencia (*arm's length*), el ajuste se hará revisando la determinación del impuesto de la empresa asociada Y en el Estado B, que incluirá los beneficios doblemente gravados, a fin de reducir el beneficio imponible en un importe apropiado. Por el contrario, otros Estados preferirán estipular que, a los efectos del Artículo 23, los beneficios doblemente gravados se considerarán, en manos de la empresa Y del Estado B, como rentas que pueden ser gravadas en el Estado A; en consecuencia, en virtud del Artículo 23, la empresa del Estado B tendrá derecho en este último Estado, a una desgravación del impuesto pagado por su empresa asociada en el Estado A.

8. El objeto del apartado no es tratar lo que podrían denominarse “ajustes secundarios”. Suponga que se ha efectuado un ajuste al alza de los beneficios imponibles de la empresa X en el Estado A conforme al principio establecido en el apartado 1, y que además los beneficios de la empresa Y del Estado B se han rectificado de conformidad con el principio establecido en el apartado 2. La situación no ha sido restaurada exactamente a la que habría existido si las transacciones se hubiesen realizado a precios de plena competencia (*arm's length*), ya que de hecho, los fondos que representan los beneficios sujetos al ajuste se encuentran en manos de la empresa Y, y no en las de la empresa X. Puede aducirse que si las transacciones se hubiesen efectuado a precios de plena competencia, y si la empresa X hubiese querido transferir luego esos beneficios a la empresa Y, lo habría hecho, por ejemplo, en la forma de dividendos o de regalías (si la empresa Y fuera la sociedad matriz de la empresa X), o en forma de préstamos (si la empresa X fuera la sociedad matriz de la empresa Y), y que en esas condiciones habrían podido producirse otras consecuencias fiscales (por ejemplo, una retención en la fuente), en función del tipo de renta de que se trate y de las disposiciones del Artículo aplicable a esa renta.

9. Tales ajustes secundarios que se necesitarían para reestablecer la situación de manera exacta como si se hubiera llevado a cabo en condiciones de plena competencia (*arm's length*), dependen de las circunstancias de cada caso. Cabe señalar que ninguna disposición del apartado 2 impide efectuar esos ajustes secundarios cuando lo permita la legislación interna de los Estados Contratantes.

10. El apartado tampoco aclara si hubiera que fijar o no un plazo al término del cual el Estado B no estaría obligado a efectuar un ajuste apropiado de los beneficios de la empresa Y como consecuencia de una corrección al alza de los beneficios de la empresa X en el Estado A. Algunos Estados consideran que la obligación del Estado B no debería limitarse en el tiempo, o, en otras palabras, que sin importar el número de años atrás a los que el Estado A haga revisiones de las determinaciones de impuestos, debería por equidad, garantizarse a la empresa Y que en el Estado B se efectuará el ajuste apropiado. Otros Estados estiman que una obligación ilimitada de este tipo no parece razonable en la práctica administrativa. En consecuencia, este problema no se ha abordado en el texto del Artículo, sin embargo, los Estados Contratantes quedan en libertad para incluir en sus convenios bilaterales, si lo desean, disposiciones que limiten el tiempo durante el cual el Estado B estará obligado a efectuar un ajuste apropiado [...].

11. Si entre las partes interesadas existiera una disputa sobre el importe y naturaleza del ajuste apropiado, se debe aplicar el procedimiento de acuerdo mutuo (MAP, por sus siglas en inglés) del Artículo 25; en el Comentario a ese Artículo figuran diversas consideraciones aplicables a los ajustes de los beneficios de empresas asociadas realizados conforme al presente Artículo (siguiendo, en particular, el ajuste de los precios de transferencia) y a los ajustes correspondientes que se deberán hacer correlativamente en aplicación del apartado 2 del presente Artículo [...].

8. Se ha manifestado la opinión de que el ajuste correlativo conforme al apartado 2 podría ser muy oneroso para un país en desarrollo, por lo que lo podría llevar a considerar la posibilidad de no incluir el apartado 2 en sus convenios. Sin embargo, el apartado 2 es un elemento esencial del Artículo 9, y la ausencia de un ajuste correlativo daría lugar a una doble imposición, lo que estaría en contradicción con el propósito del Convenio. Un país debe examinar detenidamente el ajuste primario conforme al apartado 1 antes de decidir qué ajuste correlativo resulta apropiado para reflejar el ajuste primario. Algunos países consideran que podría ser conveniente suprimir la obligación de que un Estado tenga que efectuar un ajuste correlativo cuando el otro Estado Contratante ha ajustado los precios de transferencia previamente. Este enfoque podría integrarse cambiando la palabra “ajustará” por las palabras “podrá ajustar” en el apartado 2. Los Estados Contratantes, en sus negociaciones bilaterales, podrían usar la fórmula que les resulte conveniente. Sin embargo, no hay consenso sobre el asunto antes planteado y no se ha modificado la redacción del apartado 2.

Apartado 3

9. El Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas se enmendó en 1999 mediante la adición del apartado 3. El apartado 2 del Artículo 9 indica que un país “ajustará debidamente la cuantía” (esto es, hará un ajuste correlativo) a fin de reflejar un cambio en el precio de transferencia hecho por un país conforme al apartado 1 del Artículo 9. El apartado 3 establece que las disposiciones del apartado 2 no se aplicarán cuando, de resultados de actuaciones judiciales o administrativas o de actuaciones legales de otra índole, haya una decisión firme determinando que, en virtud de actos que dieron lugar a un ajuste de los

beneficios con arreglo al apartado 1, una de las empresas asociadas involucradas es acreedora a sanciones por fraude, negligencia grave o incumplimiento doloso. En otras palabras, si de actuaciones judiciales, administrativas o de otra índole ha emanado una decisión firme con arreglo a la cual, en relación con el ajuste de los beneficios conforme al apartado 1, una de las empresas asociadas es sancionada por fraude, negligencia o incumplimiento doloso, no existe obligación de efectuar el ajuste correlativo en virtud del apartado 2. Este enfoque significa que un contribuyente puede estar sujeto a sanciones tributarias y no tributarias. Algunos países pueden considerar que esa doble sanción es demasiado severa, pero conviene tener presente que es probable que los casos en que se impusieran esas sanciones serían excepcionales y la disposición no se aplicaría de manera rutinaria.

Artículo 10

DIVIDENDOS

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce las disposiciones del Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, con excepción del apartado 2, que contiene importantes diferencias, y los apartados 4 y 5, que hacen referencia a servicios personales independientes prestados desde una base fija. El Artículo 10 se refiere a la imposición de los dividendos recibidos por un residente de un Estado Contratante de fuentes situadas en el otro Estado Contratante. El apartado 1 dispone que los dividendos pueden someterse a imposición en el país de residencia y el apartado 2 establece que los dividendos pueden someterse a imposición en el país fuente, pero con una tasa limitada. El término “dividendos” se define en el apartado 3, en el sentido de comprender las distribuciones de beneficios de sociedades a sus accionistas. Tal como se observa en el apartado 3 del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, “[d]esde el punto de vista de los accionistas, los dividendos son rentas provenientes de los capitales que han puesto a disposición de la sociedad a título de accionistas”. El apartado 4 dispone que los apartados 1 y 2 no se aplicarán a los dividendos que sean atribuibles a un establecimiento permanente o base fija del receptor en el país fuente, y el apartado 5 impide, en general, que un Estado Contratante someta a imposición los dividendos pagados por una sociedad residente en el otro Estado, salvo cuando el accionista sea residente del Estado que los grava o cuando los dividendos sean atribuibles a un establecimiento permanente o base fija que el receptor mantiene en ese Estado.

B. COMENTARIO A LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 10***Apartado 1***

2. Este apartado, que reproduce el apartado 1 del Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, prevé que los dividendos pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del

beneficiario. No prevé, sin embargo, la imposición de los dividendos exclusivamente en ese Estado, y por lo tanto deja abierta la posibilidad de que se graven en el Estado en el que reside la sociedad que paga los dividendos, es decir, el Estado en el que se originen esos dividendos (país fuente). Cuando se elaboró por primera vez el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, muchos miembros del anterior Grupo de Expertos procedentes de países en desarrollo estimaron que, por principio, los dividendos solo debían ser gravados por el país fuente. Según esos miembros, si se concedía el derecho de imposición tanto al país de residencia como al país fuente, el país de residencia debería conceder un crédito fiscal sin importar el monto del impuesto extranjero que debiera ser absorbido, y en casos apropiados, un crédito ficticio derivado de un incentivo (*tax sparing credit*). Uno de esos miembros subrayó que no había necesidad de que un país en desarrollo cediera o redujera su impuesto de retención sobre los dividendos, especialmente si ofrecía incentivos tributarios y otras concesiones. Sin embargo, el Grupo llegó al consenso de que los dividendos podían ser gravados por el Estado de residencia del beneficiario. La práctica actual de los tratados de los países desarrollados y en desarrollo refleja ese consenso. La doble imposición se elimina o reduce mediante una combinación de exención o crédito tributario en el país de residencia y tasas impositivas reducidas en el país fuente.

3. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que proporciona explicaciones adicionales al apartado 1 del Artículo, es aplicable al apartado 1 del Artículo 10 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y de este Modelo):

7. [...] El término “pagados” tiene un sentido muy amplio, ya que el concepto de pago significa el cumplimiento de la obligación de poner fondos a disposición del accionista de la manera prevista por el contrato o los usos.

8. El Artículo aborda únicamente los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado Contratante y, por tanto, no se aplica a los dividendos pagados por una sociedad residente de un

tercer Estado. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado Contratante que sean atribuibles a un establecimiento permanente que una empresa de ese Estado tenga en el otro Estado Contratante [*o a una base fija a través de la cual dicho residente del Estado mencionado en primer lugar presta servicios personales independientes en ese otro Estado*] podrán someterse a imposición en el Estado mencionado en primer lugar de conformidad con el apartado 2, sin embargo también podrán ser gravados en el otro Estado, de conformidad con apartado 1 del Artículo 7 (véanse los párrafos 9 y 9.1 del Comentario a los Artículos 23A y 23B [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 15 del Comentario a los Artículos 23A y 23B de este Modelo*] relativos al alivio de la doble imposición en dichos casos).

Apartado 2

4. Este apartado reproduce el apartado 2 del Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, con algunos cambios que se explican más adelante.

5. El apartado 2a) del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE restringe el gravamen en el país fuente al 5 por ciento para el caso de dividendos de inversiones directas y el apartado 2b) restringe el gravamen en el Estado fuente al 15 por ciento para el caso de dividendos de inversiones de cartera, sin embargo, el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas deja la determinación de esos porcentajes en manos de las negociaciones bilaterales.

6. Previo a la actualización de 2017, el porcentaje mínimo de propiedad necesario para el tratamiento a dividendos de inversión directa establecido en el apartado 2(a) de este Modelo era de 10 por ciento, en oposición al 25 por ciento contemplado en la disposición correspondiente del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El umbral del 10 por ciento que determinaba el nivel de participación que constituye una inversión directa, hasta antes de 2017, solo tenía un carácter ilustrativo. El anterior Grupo de Expertos decidió utilizar el “10 por ciento” del subapartado (a) como capital mínimo requerido para el estatus de dividendos de inversiones directas, porque en algunos países en desarrollo los no residentes estaban limitados a una propiedad del 50 por ciento, y el 10 por ciento representaba una parte importante de dicha participación autorizada. Sin embargo, como parte de la actualización

de 2017, el Comité consideró que 25 por ciento era un umbral más apropiado para la inversión directa, en concordancia con la posición adoptada en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

7. Asimismo, en concordancia con una recomendación contenida en el Informe Final de la Acción 6 del Proyecto BEPS (Impedir la Utilización Abusiva de los Beneficios de los Tratados Fiscales en Circunstancias Inapropiadas)⁵¹ de la OCDE y el G20, el Comité decidió en 2017 que, con el fin de prevenir el abuso de la tasa menor de retención por dividendos derivados de inversiones directas, debía incluirse un periodo de tenencia de 365 días en el subapartado *a*). Este requisito de tenencia de 365 días puede cumplirse al momento en que se efectúa el pago del dividendo o después de que el pago por dividendos es hecho. Ese cambio reflejaba una modificación similar efectuada al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, por lo que el Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica el cambio, resulta aplicable al apartado 2*a*) del Artículo 10 de este Modelo:

16. Antes de 2017, el párrafo 17 del Comentario al Artículo establecía que “[l]a reducción contemplada en el subapartado 2 *a*) no debía otorgarse en caso de abuso a dicha disposición, por ejemplo, cuando una sociedad con una tenencia menor al 25 por ciento, hubiere incrementado dicho porcentaje poco antes de que los dividendos fueran pagaderos, con el propósito principal de asegurar los beneficios establecidos en la disposición antes mencionada, o de otra forma, cuando la tenencia que califique para tales beneficios hubiere sido acordada principalmente para obtener la reducción.” Tales abusos fueron abordados en el informe final de la Acción 6 del Proyecto de la OCDE y del G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Como resultado de dicho informe, el subapartado *a*) fue modificado para restringir su aplicación a situaciones en las que la sociedad que recibe los dividendos detente directamente al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos a lo largo de un periodo de 365 días, que incluye el día en el que se efectúa el pago de los dividendos. El subapartado también establece, sin embargo, que al computar ese periodo, los cambios sobre tenencia que resulten directamente de una reorganización corporativa, tal como una fusión o escisión, no deberán tomarse en cuenta. Asimismo, la adición del

51 Véase nota al pie 7.

Artículo 29 abordará otros acuerdos abusivos celebrados con el objetivo de obtener los beneficios del subapartado a).

8. Los tratados celebrados antes de la actualización de 2017 normalmente no incluyen este nuevo umbral de tiempo en tanto no sean bilateralmente renegociados o modificados a través de la *Convención Multilateral para la Implementación de medidas relacionadas con los tratados tributarios para la prevención de la erosión de la base gravable y el traslado de beneficios*.⁵² En consecuencia, el siguiente extracto del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2014, continúa siendo relevante para estos tratados:

16. El subapartado a) del apartado 2 no requiere que la sociedad que recibe los dividendos deba ser propietaria de al menos el por ciento del capital durante algún tiempo relativamente largo antes de la fecha de la distribución. Esto significa que todo lo que cuenta respecto al porcentaje de tenencia es la situación que prevalezca al momento material en el que surja la responsabilidad tributaria a la que aplica el apartado 2, por ejemplo, en la mayoría a de los casos, la situación que exista al momento que los dividendos se encuentren legalmente disponibles para los accionistas. La razón principal de ello reside en el deseo de contar con una disposición que sea aplicable de la manera más amplia posible. El requerir que una sociedad matriz haya sido propietaria del porcentaje de tenencia mínimo por cierto periodo de tiempo, previo a la distribución de los beneficios, podría involucrar extensos cuestionamientos. La legislación interna de algunos países miembros de la OCDE establece un periodo mínimo durante el cual la sociedad que recibe los dividendos debe haber detentado las acciones para calificar para la exención o reducción del impuesto en relación con los dividendos recibidos. Tomando en cuenta lo anterior, los Estados Contratantes pueden desear incluir una disposición similar en sus tratados.

17. La reducción contemplada en el subapartado a) del apartado 2 no deberá concederse en casos de abuso a esta disposición, por ejemplo, cuando una sociedad con una tenencia menor al por ciento incrementa su participación poco antes de que los dividendos se paguen, principalmente para efectos de asegurar la aplicación de los beneficios

52 Véase <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>, consultado el 10 de mayo de 2021.

de la disposición antes mencionada, o bien cuando la tenencia que califica haya sido estructurada para obtener la reducción. Para combatir dichas maniobras, los Estados Contantes pueden considerar apropiado agregar al subapartado a) una disposición que contenga la siguiente redacción:

siempre que dicha tenencia no haya sido adquirida principalmente con el fin de tomar ventaja de esta disposición.

9. El anterior Grupo de Expertos no pudo llegar a un consenso en cuanto a las tasas tributarias máximas que se habían de autorizar en el país fuente. Los miembros de los países en desarrollo, que básicamente preferían el principio de la tributación de dividendos exclusivamente en el país fuente, consideraron que las tasas prescritas en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE producirían una pérdida tributaria demasiado grande para el país fuente. Además, aunque aceptaron el principio de tributación en el país de residencia del beneficiario, estimaron que cualquier reducción de la tasa impositiva en el país fuente debía beneficiar al inversor extranjero y no al fisco del país de residencia del beneficiario, como puede ocurrir con el método tradicional de crédito de impuestos, si la reducción disminuye la tasa tributaria acumulativa del país fuente a un nivel inferior a la del país de residencia del beneficiario.

10. El anterior Grupo de Expertos sugirió algunas consideraciones que podrían orientar a los países en sus negociaciones respecto de las tasas impositivas del país fuente aplicables a los dividendos de inversiones directas. Si el país desarrollado (de residencia) utilizaba un sistema de acreditamiento, en las negociaciones de los convenios tributarios se podría tratar de determinar una tasa impositiva en la fuente que, combinada con la tasa básica del impuesto sobre la renta de las sociedades en el país fuente, produjera una tasa efectiva combinada que no excediera la tasa tributaria en el país de residencia. La postura de las partes negociadoras también podría verse afectada si el país de residencia otorga o no un crédito por impuestos exonerados en el país fuente como resultado de programas de incentivos fiscales. Si el país desarrollado utiliza un sistema de exención para mitigar la doble imposición, durante las negociaciones bilaterales podría buscar limitar las tasas impositivas en fuente bajo la hipótesis de que: a) la exención en sí misma refuerza el principio de no sujetar a imposición los dividendos entre sociedades y la limitación de la tasa impositiva en

la fuente estaría en armonía con dicho principio, y b) la exención y el resultante abandono de la neutralidad fiscal respecto de la inversión nacional, beneficia al inversor internacional y la limitación de la tasa impositiva en la fuente, que también beneficiaría al inversionista, estaría en armonía con este aspecto de la exención.

11. Tanto el país fuente como el país de residencia deberían poder gravar los dividendos de las acciones de inversiones de cartera, aun y cuando la cuantía relativamente pequeña de inversión de cartera y su importancia considerablemente menor, en comparación con la inversión directa, podrían hacer que las cuestiones relacionadas con su tratamiento tributario resulten menos intensas en algunos casos. El anterior Grupo de Expertos decidió que no recomendaría una tasa máxima porque los países de la fuente solían tener opiniones diversas respecto a la importancia de las inversiones de cartera y de las cifras que debían insertarse.

12. Durante la revisión de 1999 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas se observó que, la práctica reciente de los países desarrollados/en desarrollo en materia de convenios tributarios, indicaba un amplio rango de tasas impositivas máximas en la fuente para inversiones directas e inversiones de cartera. Tradicionalmente, las tasas máximas de gravamen en fuente sobre dividendos en los convenios tributarios entre países desarrollados/ en desarrollo han sido superiores a las acordadas en los convenios tributarios entre países desarrollados. En consecuencia, aunque la OCDE establece que las tasas aplicables a las inversiones directas y a las inversiones de cartera son del 5 por ciento y del 15 por ciento, en los convenios tributarios entre países desarrollados/países en desarrollo, tradicionalmente se han establecido tasas del 5 por ciento al 15 por ciento para los dividendos de inversiones directas y del 15 por ciento al 25 por ciento para los dividendos de inversiones de cartera. Algunos países en desarrollo han adoptado la tesis de que las pérdidas fiscales a corto plazo, resultantes de bajos niveles de gravamen en fuente, se justifican por el aumento de la inversión extranjera a mediano o a largo plazo. De esta forma, en varios convenios tributarios recientes de países desarrollados/países en desarrollo se estipulan las tasas del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE para el caso de inversiones directas, y en algunos convenios tributarios se estipulan incluso tasas inferiores.

13. Adicionalmente, se han puesto de manifiesto los siguientes atributos especiales en los convenios tributarios en países desarrollados/ países en desarrollo: a) las tasas tributarias pueden no ser idénticas para ambos países, con tasas más elevadas permitidas para el país en desarrollo; b) las tasas tributarias pueden no estar limitadas en absoluto; c) las tasas reducidas se pueden aplicar solamente a las rentas provenientes de nuevas inversiones; d) las tasas más bajas o las exenciones se pueden aplicar solamente a ciertos tipos de inversiones calificadas (por ejemplo, “proyectos industriales” o “primeras inversiones”); y e) los dividendos pueden beneficiarse de tasas reducidas únicamente si las acciones se han poseído por un plazo determinado. En los convenios tributarios celebrados por países que han adoptado un sistema de imputación en la tributación de las sociedades (esto es, la integración del impuesto sobre sociedades en el impuesto sobre sociedades del accionista o el impuesto sobre la renta de las personas naturales) en lugar del régimen de tributación clásico (esto es, la imposición por separado del accionista y de la sociedad), disposiciones específicas pueden asegurar que los créditos anticipados y las exenciones concedidas a los accionistas nacionales se hagan extensivos a los accionistas residentes en el otro Estado Contratante.

14. Aunque las tasas se fijan en todo o en parte, por razones vinculadas con el equilibrio general de un convenio tributario bilateral, al fijar las tasas se suelen considerar los siguientes factores técnicos:

- a) el régimen del impuesto sobre sociedades en el país fuente (por ejemplo, el grado en el que el país aplica un régimen clásico o integrado) y la carga tributaria total sobre los beneficios distribuidos de las sociedades resultante de ese régimen;
- b) el grado en el que el país de residencia puede acreditar el impuesto sobre los dividendos y los beneficios subyacentes frente a sus propios impuestos y la carga tributaria total impuesta al contribuyente luego de la desgravación en ambos países;
- c) el grado en el que el crédito ficticio derivado de rentas pasivas (*matching credit*) es otorgado en el país de residencia por impuestos exonerados en el país fuente;
- d) el logro, desde el punto de vista del país fuente, de un equilibrio satisfactorio entre la recaudación fiscal y la atracción de inversiones extranjeras.

15. Las modificaciones efectuadas en 2014 al Comentario sobre el Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, dejaron claro, en relación con el apartado 2 del Artículo 3, que el concepto de beneficiario efectivo (*beneficial owner*) utilizado en el apartado 2 del Artículo 10, tenía la intención de ser interpretado en el contexto en el que aparece y no con referencia a la legislación interna de los Estados Contratantes. En 2021, el Comité coincidió con esta aplicación del apartado 2 del Artículo 3 del concepto de beneficiario efectivo. Por tanto, el Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que aborda la interpretación del concepto de beneficiario efectivo, es aplicable al apartado 2 del Artículo 10 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y de este Modelo):

12. El requisito de beneficiario efectivo (*beneficial ownership*) se introdujo en el apartado 2 del Artículo 10 para aclarar el significado de las palabras “pagados a un residente” en el sentido en que se utilizan en el apartado 1 del Artículo. De esa manera se indica claramente que el país fuente no está obligado a renunciar al derecho de gravamen sobre las rentas por dividendos simplemente porque esas rentas fueron pagadas directamente a un residente del Estado con el que el país fuente haya concertado un convenio.

12.1. Toda vez que la expresión “beneficiario efectivo” (*beneficial owner*) se añadió para abordar las dificultades potenciales que surgen del uso de las palabras “pagados a un residente” en el apartado 1, la intención era que se interpretara en dicho contexto y no referirse a algún significado técnico que pudiera tener de conformidad con la legislación interna de un país en específico (de hecho, cuando se añadió al apartado, la expresión no tenía un significado preciso bajo la legislación de muchos países). Por tanto, la expresión “beneficiario efectivo” no se usa en un sentido técnico limitado (tal como el significado que tiene bajo la legislación sobre fideicomisos en muchos países del derecho común¹), más bien debe ser entendida en su contexto, en particular en relación con las palabras “pagados a un residente”, y en vista del objeto y fin del Convenio, incluyendo eliminar la doble imposición y prevenir la evasión y elusión fiscal.

-
- 1 Por ejemplo, cuando los fiduciarios de un fideicomiso discrecional no distribuyen los intereses generados durante determinado periodo, estos fiduciarios, actuando en tal capacidad (o el fideicomiso, si se le reconoce como un contribuyente separado) podría ser considerado como el beneficiario efectivo (*beneficial owner*) de dicha renta para efectos del Artículo 11, incluso si no son los beneficiarios efectivos de conformidad con la legislación sobre fideicomisos.

12.2 Cuando un elemento de renta es pagado a un residente de un Estado Contratante que interviene en calidad de agente u otro mandatario, sería contrario al objeto y fin del Convenio que el país fuente concediera la exoneración o exención, teniendo en cuenta únicamente el estatus de receptor directo de la renta, como residente del otro Estado Contratante. El receptor directo de la renta en esta situación califica como residente, pero no existe doble imposición potencial como consecuencia de dicho estatus, ya que el receptor no es tratado como el propietario de la renta para efectos fiscales en el Estado de residencia.

12.3 Sería igual de contradictorio con el objeto y fin del Convenio que el país fuente otorgara la exoneración o exención cuando un residente de un Estado Contratante, en una relación distinta a la de un agente o mandatario, actúe simplemente como conducto de otra persona que recibe de hecho el beneficio de las rentas en cuestión. Por esas razones, el informe del Comité de Asuntos Fiscales [OCDE] titulado “Convenios para Eliminar la Doble Imposición y el Uso de Sociedades Instrumentales” (*Double Taxation Conventions and the use of Conduit Companies*)¹ concluye que una sociedad instrumental (*conduit company*) no puede ser considerada normalmente como beneficiario efectivo (*beneficial owner*) si, a pesar de ser formalmente el propietario, en la práctica tiene solo facultades muy limitadas, lo que la convierte, en relación con las rentas en cuestión, en mero fiduciario o administrador que interviene en nombre de las partes interesadas.

1 El informe se reproduce [en la página R(6)-1 del] Volumen II de [la versión completa] del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE [2017, disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page1833, consultado el 10 de mayo de 2021.]

12.4 En estos distintos ejemplos (agente, mandatario, sociedad instrumental (*conduit company*) que interviene como fiduciario o administrador) el receptor directo de los dividendos no es el “beneficiario efectivo” (*beneficial owner*) porque el derecho del receptor a disponer y disfrutar del dividendo está limitado por una obligación

contractual o legal de ceder a otra persona el pago recibido. Esta obligación normalmente vendrá impuesta por los documentos jurídicos pertinentes, pero también se puede inferir de hechos y circunstancias que prueben que, en esencia, el perceptor claramente carece del derecho de disponer y disfrutar del dividendo sin estar limitado por la obligación contractual o legal de ceder a otra persona el pago recibido. Este tipo de obligación no incluye las obligaciones contractuales o legales que no dependen de la recepción del pago por el perceptor directo, como una obligación no contingente de recepción del pago y que el perceptor directo pueda tener en su condición de deudor o de parte en operaciones financieras, o las obligaciones normales de distribución derivadas de instrumentos de previsión para la jubilación y de vehículos de inversión colectiva que tengan derecho a acogerse a los beneficios de los convenios en virtud de los principios contemplados en los párrafos [12 a 32 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo]. Cuando el receptor de los dividendos tenga derecho a disponer y disfrutar de los dividendos sin estar limitado por la obligación contractual o jurídica de ceder el pago recibido a un tercero, el perceptor es el “beneficiario efectivo” de los mismos. Conviene señalar también que el Artículo 10 hace referencia al beneficiario efectivo de los dividendos en oposición a los titulares de las acciones, que puede ser diferente en algunos casos.

12.5 Sin embargo, el hecho de que se considere al perceptor de un dividendo como beneficiario efectivo (*beneficial owner*) de ese dividendo no significa que deba aplicarse automáticamente la limitación en el impuesto prevista en el apartado 2. Esta limitación en el impuesto no debe concederse en casos de abuso a esta disposición (véase también el párrafo 22 [del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita a continuación]). Las disposiciones del Artículo 29 y los principios enunciados en el apartado titulado “Uso indebido del Convenio” en Comentario al Artículo 1 son aplicables para impedir los abusos, incluidas las estrategias de triangulación de beneficios (*treaty shopping*), en los que el perceptor de los dividendos es el beneficiario efectivo. Si bien el concepto de “beneficiario efectivo” mitiga ciertas formas de evasión fiscal (por ejemplo, aquellas que involucran la interposición de un perceptor obligado a ceder el dividendo a un tercero), no cubre otros tipos de abusos, tales como ciertas estrategias de evasión mediante ciertas formas de triangulación de beneficios a las que se refieren esas disposiciones y principios y, por tanto, no deben considerarse como limitativas en modo alguno de la aplicación de otros planteamientos para resolver esos casos.

12.6 Las anteriores explicaciones relativas al significado del término “beneficiario efectivo” (*beneficial owner*) aclaran que debe distinguirse entre el significado dado a este término en el contexto del Artículo, del significado dado en el contexto de otros instrumentos¹ relativos a la determinación de las personas (normalmente personas naturales) que ejercen el control último sobre las entidades o los activos. No cabe aplicar ese significado distinto del término beneficiario efectivo en el contexto del Convenio. De hecho, ese significado, que se refiere a personas naturales (personas naturales) no es compatible con la formulación expresa del subapartado 2 a), que se refiere a las situaciones en las que el beneficiario efectivo del dividendo es una sociedad. En el contexto de los Artículos 10 [11, 12, 12A y 12B], el término “beneficiario efectivo” pretende resolver las dificultades que se desprenden de la utilización de las palabras “pagados a” en relación con los dividendos, [intereses, regalías, honorarios por servicios técnicos y rentas de servicios digitales automatizados] más que las dificultades relacionadas con la propiedad [de la propiedad o derechos subyacente con respecto a los cuales se pagan los montos]. Por tanto, sería inoportuno, en el contexto de est[os artículos], considerar un significado que remite a las personas naturales que ejercen “el control efectivo último sobre una persona jurídica o un acuerdo”.²

1 Véase, por ejemplo, el documento del Grupo de Acción Financiera, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation The FATF Recommendations* (OECD FATF, París, 2012) que fija en detalle la norma internacional contra el lavado de capitales y que incluye la siguiente definición del término beneficiario efectivo (*beneficial owner*) (en la página 110): “El propietario o tenedor último, persona natural, de un cliente o la persona por cuenta de quien se realiza una operación. Igualmente incluye a las personas que ejercen el control efectivo último sobre una persona o instrumento jurídicos.” De forma similar, el informe de 2001 del Grupo director sobre gobernanza corporativa de la OCDE *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes* (OCDE, París, 2001), define el concepto de beneficiario efectivo como sigue (en la página 14):

En este informe, “beneficiario efectivo” (*beneficial owner*) hace referencia a la titularidad o beneficio efectivo final por una persona natural. En algunas situaciones, para descubrir al beneficiario efectivo puede ser necesario ir rebasando varias personas naturales o jurídicas intermediarias hasta llegar al verdadero propietario, persona natural. En relación con las sociedades de capital, los propietarios son los socios o accionistas. Las sociedades personalistas pertenecen a los socios colectivos y socios

comanditarios. En los fideicomisos y las fundaciones, los beneficiarios efectivos son sus beneficiarios, entre los que puede hallarse también al fideicomitente o al fundador.

- 2 Véase la definición de Grupo de Acción Financiera, International citada en la nota anterior.

12.7 Con sujeción a otras condiciones impuestas en el Artículo y a las otras disposiciones del Convenio, la limitación del impuesto exigido en el país fuente continúa aplicándose cuando un intermediario, tal como un agente o mandatario ubicado en un Estado Contratante o en un tercer Estado, es interpuesto entre el beneficiario y el deudor, pero el beneficiario efectivo (*beneficial owner*) es un residente del otro Estado Contratante (el texto del [Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas fue modificado en 2021 para aclarar este punto siguiendo las modificaciones efectuadas al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE en 1995 y 2014]).

16. De la misma manera, el Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que proporciona explicaciones adicionales al apartado 2 del Artículo 10, es aplicable al apartado 2 del Artículo 10 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y de este Modelo):

11. Antes de 2017, el subapartado *a*) del apartado 2 hacía referencia a una sociedad “excluidas las sociedades de personas (*partnerships*). Esta excepción se suprimió debido al hecho de que si una asociación de personas (*partnership*) tiene la consideración de sociedad a efectos fiscales en el Estado Contratante en que está establecida, lo apropiado será que el otro Estado conceda los beneficios previstos en el subapartado *a*) a esa asociación de personas (*partnership*). En efecto, una entidad o un instrumento (por ejemplo, una asociación de personas (*partnership*) considerada como sociedad a efectos fiscales, constituye una sociedad en el sentido del subapartado *b*) del apartado 1 del Artículo 3 y, en la medida en que sea residente de un Estado Contratante, tendrá derecho a los beneficios del subapartado *a*) del apartado 2 en lo que concierne a los dividendos pagados por una sociedad residente del otro Estado, siempre que sea propietaria directamente de al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad. Esta

conclusión es cierta independientemente de que el Estado de la fuente de los dividendos pueda considerar a esta entidad o instrumento como fiscalmente transparente. Esta conclusión queda confirmada mediante la disposición sobre entidades fiscalmente transparentes del apartado 2 del Artículo 1.

11.1 Esta disposición garantiza igualmente que la parte del dividendo percibida por una entidad o instrumento fiscalmente transparente, que se considera como renta de un socio de esa entidad o instrumento a los fines de su imposición por el Estado de residencia de ese socio, será considerada, a los efectos del Artículo 10, como un dividendo pagado a ese socio (véase el párrafo 12 del Comentario al Artículo 1[*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 7 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo*]). Cuando, por ejemplo, una sociedad residente del Estado A pague un dividendo a una asociación de personas (*partnerships*) que el Estado B considera como una entidad transparente, la parte de este dividendo que el Estado B considera como renta de un socio residente del Estado B, se considerará como un dividendo pagado a un residente del Estado B a los fines del apartado 2 del convenio entre los Estados A y B. Asimismo, a los fines de la aplicación del subapartado *a*) del apartado 2 en ese caso, deberá considerarse que un socio que sea una sociedad posee directamente, en proporción a su participación en la entidad o instrumento fiscalmente transparentes, la parte del capital de la sociedad que paga los dividendos que se posee a través de esa entidad o instrumento y, a fin de determinar si ese socio tiene una participación directa de al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos, esa parte del capital se sumará a otras participaciones en el capital que el socio pueda tener directamente. En ese caso, a los efectos de la aplicación del requisito sobre la tenencia de al menos el 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos durante un periodo de 365 días, será necesario tener en cuenta tanto el periodo durante el que el socio posee la participación en cuestión en la entidad o instrumento fiscalmente transparentes, como el periodo durante el que la parte del capital de la sociedad que paga los dividendos se posee por intermediación de dicha entidad o instrumento: si uno u otro periodo no satisfacen la condición de los 365 días, el subapartado *a*) no se aplica y el subapartado *b*) se aplica por tanto a la parte correspondiente de los dividendos. Los Estados tienen libertad para aclarar la aplicación del subapartado *a*) en estas circunstancias añadiendo una disposición redactada como sigue:

En la medida en que en aplicación del apartado 2 del Artículo 1, un dividendo pagado por una sociedad residente de un Estado Contratante se considere renta de otra sociedad residente del otro Estado Contratante porque esa otra sociedad sea un socio de una entidad o instrumento fiscalmente transparentes en el sentido de ese apartado, se considerará que, a los efectos de la aplicación del subapartado a) del apartado 2 del Artículo 10, esa otra sociedad posee directamente la parte del capital de la sociedad que paga los dividendos que posee la entidad o instrumento transparentes que se corresponde con la parte del capital de esa entidad o instrumento fiscalmente transparentes que posee esa otra sociedad.

[...]

13. Las tasas impositivas que fija el Artículo para el impuesto en el país fuente son tasas máximas. En las negociaciones bilaterales los Estados podrán acordar tasas inferiores o incluso la imposición exclusiva en el Estado de residencia del beneficiario. La reducción de las tasas previstas en el apartado 2 se refiere únicamente al gravamen de los dividendos, y no al de los beneficios de la sociedad que paga los dividendos.

13.1 En virtud de la legislación interna de muchos Estados, los fondos de pensiones y entidades semejantes están, en general, exentos del pago de impuestos por las rentas procedentes de sus inversiones. Con el fin de conseguir la neutralidad en el trato con respecto a las inversiones nacionales y extranjeras efectuadas por dichas entidades, algunos Estados disponen en forma bilateral que las rentas, con inclusión de los dividendos, obtenidas por dicho fondo o entidad residente del otro Estado estarán exentas de tributación en la fuente. Los Estados que deseen hacerlo pueden acordar bilateralmente una cláusula basada en el párrafo 69 del Comentario al Artículo 18 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 18 del Comentario al Artículo 18 de este Modelo]*.

13.2 De igual modo, algunos Estados se abstienen de gravar los dividendos pagados a otros Estados y a algunas entidades de las que son propietarios en su totalidad, en la medida en que sus dividendos procedan de actividades de carácter gubernamental. Algunos Estados pueden otorgar esa exención debido a su interpretación del principio de inmunidad soberana (véanse los párrafos 52 y 53 del Comentario al Artículo 1 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017]*); otros pueden hacerlo de conformidad con las disposiciones de su

legislación interna. Los Estados que deseen hacerlo pueden confirmar o aclarar en sus convenios bilaterales el alcance de esas exenciones u otorgar una exención en los casos en que, de lo contrario, no estaría disponible. Ello puede efectuarse incorporando al Artículo un apartado adicional en el siguiente tenor:

No obstante las disposiciones del apartado 2, los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado Contratante solo podrán someterse a imposición en el otro Estado Contratante si el beneficiario efectivo (*beneficial owner*) de los dividendos es ese Estado o una de sus subdivisiones políticas o administraciones locales.

14. Durante las negociaciones bilaterales, los dos Estados Contratantes podrán convenir asimismo [*en reducir el porcentaje de participación requerido para el caso de dividendos de inversiones directas*]. Un porcentaje menor se justifica, por ejemplo, en los casos en los que el Estado de residencia de la sociedad principal concede a ésta, de conformidad con su derecho interno, una exención para los dividendos correspondientes a una participación inferior al por ciento en una subsidiaria no residente.

15. En el subapartado 2 a), el término “capital” se utiliza para [*definir el mínimo de participación requerida para el caso de dividendos derivados de inversiones directas*]. El uso de dicho término en este contexto implica que, para efectos del subapartado 2 a), el término debe emplearse en el sentido en el que se utiliza a efectos de las distribuciones a los accionistas (en este caso, la sociedad principal).

- a) Por ello, como regla general, el término “capital” del subapartado a) deberá entenderse tal como se entiende en el derecho corporativo. Otros elementos, en particular, las reservas, no deben tomarse en consideración.
- b) El capital, tal como se entiende en el derecho corporativo, deberá indicarse según el valor nominal total de las acciones, que, en la mayoría de los casos, aparecerá como “capital” en el balance de la sociedad.
- c) No es necesario tomar en cuenta las diferencias resultantes de las diversas clases de acciones emitidas (acciones ordinarias, acciones preferentes, acciones con voto plural, acciones sin derecho a voto, acciones al portador, acciones nominativas, etc.), pues estas diferencias se refieren más a la naturaleza de los derechos del accionista que a la importancia de su participación en el capital.

- d) Cuando, en sentido estricto, un préstamo o cualquier otra aportación a la sociedad no constituya capital, de acuerdo con el derecho corporativo, pero en virtud de la legislación o los usos internos (“subcapitalización” (*thin capitalization*) o asimilación de un préstamo a capital social) la renta proveniente de éstos sea tratada como dividendo en virtud del Artículo 10, el valor de ese préstamo o de esa aportación se considerará también como “capital” en el sentido del subapartado 2 a).
- e) En el caso de entidades que no tengan un capital de conformidad con el significado del derecho corporativo, para efectos del subapartado 2 a) se considerará como capital la totalidad de las contribuciones hechas a la entidad que son tomadas en cuenta para efectos de la distribución de utilidades.

En las negociaciones bilaterales, los Estados Contratantes podrán apartarse del criterio de “capital” utilizado en el subapartado 2 a) y emplear en cambio el criterio del “derecho de voto”.

[...]

18. El apartado 2 no se pronuncia sobre la forma de imposición en el país fuente. Por lo tanto, deja a este Estado en libertad de aplicar su propia legislación y, en particular, de gravar el impuesto por deducción en la fuente o por determinación individual.

19. El apartado no regula las cuestiones procedimentales. Cada Estado podrá adoptar el procedimiento previsto en su propia legislación. Podrá reducir inmediatamente sus impuestos a las tasas previstas en el Artículo o exigirlos íntegramente, reembolsando luego la diferencia (véase, sin embargo, el párrafo 109 del Comentario al Artículo 1 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 149 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo*]). Las situaciones de abusos potenciales que surjan de casos en los que dividendos pagados a una sociedad residente de un Estado Contratante son atribuidos a un establecimiento permanente que la empresa del otro Estado tenga en un tercer Estado, se abordan en el apartado 8 del Artículo 29. Otras cuestiones surgen con casos de triangulaciones (véase el párrafo 71 del Comentario al Artículo 24 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 2 del Comentario al Artículo 24 de este Modelo*]).

20. Además, el apartado no especifica si la reducción en el país fuente debe supeditarse o no a que los dividendos estén sujetos a imposición en el Estado de residencia. Esta cuestión podrá resolverse mediante negociaciones bilaterales.

21. El Artículo no contiene disposición alguna sobre cómo deberá el Estado de residencia del beneficiario otorgar el beneficio para el impuesto aplicado por el Estado de la fuente sobre los dividendos. Esta cuestión se aborda en los Artículos 23A y 23B.

22. El Proyecto de la OCDE y el G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (BEPS), y en particular, el informe final de la Acción 6, elaborado como parte de dicho proyecto, han abordado un número de abusos relacionados con casos como el siguiente: el beneficiario de los dividendos procedentes de un Estado Contratante es una sociedad residente del otro Estado Contratante; todo o parte de su capital pertenece a accionistas no residentes en este último Estado; su práctica es no distribuir sus beneficios en la forma de dividendos; y goza de un régimen tributario privilegiado (sociedad privada de inversiones, sociedad interpuesta (*base company*)). Además del hecho de que el Artículo 29, que fue incluido en el Convenio como resultado del informe final sobre la Acción 6, aborda los aspectos de mercadeo de tratados (*treaty shopping*) de dicho caso, los Estados que deseen negar los beneficios del Artículo 10 a los dividendos que gozan de un tratamiento fiscal preferente en el Estado de residencia, pueden considerar incluir en sus convenios, disposiciones como las descritas en los párrafos [83] a 100 del Comentario al Artículo 1 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 144 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo*].

17. La aplicación del apartado 2 a las distribuciones hechas por los Fondos de Inversión en Propiedad Inmueble (REIT, por sus siglas en inglés) genera temas de política que son discutidos en el párrafo 31 del Comentario al Artículo 1.

Apartado 3

18. Este apartado reproduce el apartado 3 del Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, es aplicable al apartado 3 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y de este Modelo):

23. Teniendo en cuenta las grandes diferencias existentes entre las legislaciones de los países miembros de la OCDE, es imposible definir total y exhaustivamente el concepto de “dividendos”. En consecuencia, la definición se limita a mencionar ejemplos que pueden encontrarse en la mayoría de las legislaciones de los países miembros y que, en todo caso, no se tratan en dichas legislaciones de manera diferente. La enumeración va seguida de una fórmula general. Durante la revisión del proyecto de Convenio de 1963 [OCDE] se llevó a cabo un estudio profundo para encontrar una solución que no hiciera referencia a las legislaciones internas. Ese estudio llevó a la conclusión de que tomando en cuenta que todavía existen diferencias entre los países miembros en el campo de la legislación tributaria y el de sociedades, no parecía posible elaborar una definición del concepto de dividendos independiente de la legislación interna. Se deja abierto a los Estados Contratantes, durante sus negociaciones bilaterales, el hacer modificaciones basadas en las peculiaridades de sus legislaciones y acordar incluir en la definición de “dividendos” otros pagos efectuados por sociedades que queden comprendidos en el Artículo.

24. La noción de dividendos se refiere esencialmente a las distribuciones hechas por las sociedades en el sentido del subapartado 1 b) del Artículo 3. Por consiguiente, la definición se refiere, en primer lugar, a las distribuciones de beneficios cuyo título está constituido por acciones que representan propiedad en una sociedad limitada por acciones (sociedad de capital conjunto (*joint stock company*)). La definición asimila a las acciones los títulos emitidos por las sociedades que den derecho a participar en los beneficios de la sociedad sin ser créditos: tal es el caso, por ejemplo, de las acciones o bonos de disfrute, acciones de fundador u otros derechos de participación en los beneficios. Naturalmente, esta enumeración puede adaptarse en los convenios bilaterales a la situación legal de los Estados Contratantes. Esto puede ser necesario, en particular, respecto de la renta de acciones de disfrute y acciones de fundador. En cambio, los créditos que den derecho a participar en los beneficios no entrarán en esta categoría (véase el párrafo 19 del Comentario al Artículo 11 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 19 del Comentario al Artículo 11 de este Modelo*]); tampoco se considerarán como dividendos los intereses de obligaciones convertibles.

25. El Artículo 10 aborda no solo los dividendos propiamente dichos, sino también a los intereses sobre préstamos en la medida en que el prestamista efectivamente comparta los riesgos que corra la sociedad, por ejemplo, cuando la amortización dependa fundamentalmente del

éxito o fracaso del negocio de la sociedad. Así pues, los Artículos 10 y 11 no impiden que a este tipo de intereses se le otorgue el tratamiento de dividendos conforme a las normas nacionales sobre subcapitalización (*thin capitalization*) aplicadas en el país del prestatario. La cuestión sobre si el prestamista comparte los riesgos que corre la empresa se debe determinar en cada caso particular a la luz de la totalidad de las circunstancias, por ejemplo:

- el préstamo supera por mucho cualquier otra contribución al capital de la empresa (o se contrajo para reemplazar una proporción considerable del capital que se ha perdido) y no tiene una contrapartida sustancial de activos amortizables;
- el acreedor compartirá cualesquiera beneficios que produzca la sociedad;
- la amortización del préstamo está subordinada a los títulos de otros acreedores o al pago de dividendos;
- el nivel o el pago de intereses dependerá de los beneficios de la sociedad;
- el contrato de préstamo no contiene disposiciones fijas relativas a la amortización en una fecha cierta.

26. La legislación de muchos Estados clasifica a las participaciones en una sociedad de responsabilidad limitada (*société à responsabilité limitée* o *limited liability company*) en la misma categoría que las acciones. De modo similar, las distribuciones de beneficios efectuadas por las sociedades co-operativas se consideran, en general, dividendos.

27. Las distribuciones de beneficios realizadas por las asociaciones de personas (*partnerships*) no tienen el carácter de dividendos, en el sentido de la definición, a menos que esas asociaciones de personas estén sujetas en el Estado en el que tienen su sede de dirección efectiva, a un régimen tributario sustancialmente similar al que se aplique a las sociedades limitadas por acciones (por ejemplo, en Bélgica, España y Portugal, y también en Francia para el caso de distribuciones hechas a los *commanditaires* en las *sociétés en commandite* simple). Por otra parte, pueden ser necesarias ciertas precisiones en los convenios bilaterales para los casos en los que la legislación tributaria de un Estado Contratante conceda al propietario de participaciones en una sociedad el derecho de optar, bajo ciertas condiciones, por una imposición análoga a la de un socio de una asociación de personas, o a la inversa, conceda al socio de una asociación de personas, el derecho de elegir ser gravado como propietario de una participación en una sociedad.

28. Los pagos que se consideran dividendos no son solo las distribuciones de beneficios aprobadas cada año en las juntas generales de accionistas, sino también otros beneficios monetarios o valorables en dinero, tales como acciones gratuitas, bonos, beneficios de liquidación o la amortización de acciones (véase el párrafo 31 del Comentario al Artículo 13 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 44 del Comentario al Artículo 13 de este Modelo*]) y distribuciones encubiertas de beneficios. Las reducciones previstas en el Artículo se aplican mientras el Estado de residencia de la sociedad que hace el pago grave dichos beneficios como dividendos. No importa que esos beneficios se paguen con cargo a beneficios actuales generados por la sociedad o provengan, por ejemplo, de reservas, esto es, de beneficios de ejercicios anteriores. Por lo común, las distribuciones hechas por una sociedad que reduzcan los derechos de los socios no se considerarán como dividendos; por ejemplo, no se considerarán como tales los pagos que correspondan a reembolsos de capital en cualquier forma.

29. Los beneficios a que da derecho una participación en una sociedad están, por regla general, disponibles solo para los accionistas mismos. Sin embargo, si algunos de esos beneficios se ponen a disposición de personas que no son accionistas, en el sentido del derecho corporativo, se podrán considerar como dividendos cuando:

- las relaciones jurídicas entre esas personas y la sociedad se asimilen a una participación social (“participaciones ocultas”); y
- las personas que reciban dichos beneficios se encuentren estrechamente vinculadas a un accionista; así ocurrirá, por ejemplo, cuando el receptor es un pariente del accionista o una sociedad perteneciente al mismo grupo que la sociedad que posea las acciones.

30. Cuando el accionista y la persona que recibe dichos beneficios sean residentes de dos Estados diferentes con los que el país fuente haya concluido convenios, pueden producirse divergencias de opinión en cuanto a qué convenio resulta aplicable. Un problema análogo puede plantearse cuando el país fuente ha concluido un convenio con uno de los Estados, pero no con el otro. Sin embargo, este conflicto también puede afectar a otros tipos de renta y su solución solo puede encontrarse con los acuerdos a los que se llegue mediante un procedimiento de acuerdo mutuo (MAP, por sus siglas en inglés).

Apartado 4

19. Este apartado, que hace inaplicables los apartados 1 y 2 a los dividendos de acciones que estén efectivamente vinculados con un establecimiento permanente o una base fija del receptor en el país fuente, reproduce el apartado 4 del Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, con la salvedad de que el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas también se refiere al receptor que presta servicios personales independientes desde una base fija.

20. Tal como se señaló en el párrafo 31 del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, el apartado 4 no adopta un enfoque de fuerza de atracción que permitiría que los dividendos se graven como beneficios empresariales o de conformidad con el Artículo 14 si quien los recibe tuviera un establecimiento permanente o base fija en el país de la fuente, sin importar si la tenencia está vinculada con el establecimiento permanente o base fija. En lugar de esto, el apartado solo permite que los dividendos sean sometidos a imposición como beneficios empresariales o de conformidad con el Artículo 14, según sea el caso, si dichos dividendos se pagan en relación con participaciones efectivamente vinculadas con un establecimiento permanente o base fija en el país de la fuente.

21. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que incluye observaciones adicionales relacionadas con el apartado 4 del Artículo 10, es aplicable al apartado 4 del Artículo 10 de este Modelo:

32. Se ha indicado que el apartado podría dar lugar a abusos mediante la transferencia de acciones a establecimientos permanentes, creados con ese único objetivo, en países que ofrecen tratamiento preferencial a las rentas resultantes de los dividendos. Además del hecho de que las disposiciones del Artículo 29 (y, en particular, el apartado 8 de ese Artículo) y los principios establecidos en la sección sobre “Uso inapropiado de los Convenios” del Comentario al Artículo 1, normalmente prevendrá esas transacciones abusivas, debe reconocerse que un lugar determinado solo puede constituir un establecimiento permanente si se realiza en él una actividad empresarial y, como se explica más adelante, que el requisito de que la participación esté “efectivamente vinculada” con ese lugar requiere más que

el simple registro de la tenencia accionaria en los libros del establecimiento permanente para efectos contables.

Apartado 5

22. Este apartado, que impide que un Estado Contratante someta a imposición los dividendos pagados por una sociedad residente del otro Estado únicamente porque dicha sociedad obtiene rentas o beneficios en el Estado que pretende gravar, reproduce el apartado 5 del Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, salvo por la referencia a base fija encontrada en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que proporciona explicaciones adicionales al apartado 5 del Artículo 10, es aplicable al apartado 5 del Artículo 10 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y de este Modelo):

33. El Artículo se refiere únicamente a los dividendos que una sociedad residente de un Estado Contratante pague a un residente del otro Estado. Sin embargo, algunos Estados no gravan solo los dividendos pagados por una sociedad residente en ellos, sino también las distribuciones de beneficios procedentes de su territorio hechas por sociedades no residentes. Naturalmente, todo Estado puede gravar los beneficios generados en su territorio por las sociedades no residentes, en la medida prevista en el Convenio (en particular en el Artículo 7). No debería gravarse, además, a los accionistas de esas sociedades a menos que sean residentes del Estado y, en consecuencia, estén naturalmente sometidos a su soberanía fiscal.

34. El apartado 5 descarta el gravamen extraterritorial de los dividendos, es decir, la práctica por medio de la cual los Estados gravan los dividendos distribuidos por una sociedad no residente solo porque los beneficios corporativos con cargo a los cuales se hacen las distribuciones se originen en su territorio (por ejemplo, si se obtienen por medio de un establecimiento permanente situado en él). Naturalmente, no se planteará el problema del gravamen extraterritorial cuando el país fuente de los beneficios corporativos grave los dividendos porque éstos han sido pagados a un accionista que es

residente de dicho Estado o a un establecimiento permanente [*o base fija*] situado en él.

35. Además, puede aducirse que tal disposición no tiene por finalidad, y no puede tener por efecto, impedir a un Estado que aplique una retención en la fuente sobre los dividendos distribuidos por sociedades extranjeras, si se perciben en su territorio. En efecto, en este caso el criterio de sujeción a impuestos es el hecho del pago de los dividendos y no el origen de los beneficios corporativos destinados a la distribución. Pero si la persona que percibe los dividendos en un Estado Contratante es residente del otro Estado Contratante (del que la sociedad que paga los dividendos es residente), podrá, en virtud del Artículo 21, obtener la exención o el reembolso de la retención en el Estado mencionado en primer lugar. De manera similar, si el beneficiario de los dividendos es un residente de un tercer Estado que ha celebrado un convenio de doble imposición con el Estado donde se cobren los dividendos, podrá, en virtud del Artículo 21 de ese convenio, obtener la exención o el reembolso de la retención en la fuente de este último Estado.

36. El apartado 5 dispone, además, que las sociedades no residentes no deberán ser sometidas a impuestos especiales sobre los beneficios no distribuidos.

37. Tal como lo confirma el apartado 3 del Artículo 1, el apartado 5 no puede interpretarse en el sentido de prohibir que el Estado de residencia del contribuyente someta a imposición a dicho contribuyente, con sujeción a la legislación sobre empresas extranjeras controladas (CFC, por sus siglas en inglés) u otras normas con efectos semejantes, por los beneficios que no se han distribuido por una sociedad extranjera. Además, cabe señalar que el apartado se limita a la imposición en la fuente, y por lo tanto no guarda relación con la imposición en el Estado de residencia en virtud de esa legislación o de esas normas. Además, el apartado se refiere exclusivamente a los tributos aplicables a la sociedad, y no al accionista.

38. Sin embargo, la aplicación de esa legislación o esas normas puede dificultar la aplicación del Artículo 23. Si la renta se atribuyera al contribuyente, entonces, cada elemento de renta debería tratarse conforme a las disposiciones aplicables del Convenio (beneficios empresariales, intereses o regalías). Si el monto se asimila a dividendos, entonces resulta evidente que se deriva de la sociedad interpuesta (*base company*) y, por ende, constituye una renta procedente del país de esa sociedad. Aun en ese caso, no está claro en modo alguno si

la cuantía imponible debe considerarse dividendos en el sentido del Artículo 10 o como “otras rentas” en el sentido del Artículo 21. Bajo algunas de estas legislaciones o normas, al monto imponible se le da el tratamiento de dividendos, lo que resulta en la aplicación de una exención concedida en virtud del convenio tributario; por ejemplo, una exención por afiliación también se extiende a éste. Resulta cuestionable determinar si el Convenio requiere que esto se lleve a cabo. Si el país de residencia considera que no es así, se puede enfrentar a la acusación de que está obstruyendo el funcionamiento normal de la exención por afiliación al gravar el dividendo (en la forma de “suma considerada como dividendos”) por anticipado.

39. Cuando los dividendos son realmente distribuidos por la sociedad interpuesta (*base company*), las disposiciones de un convenio bilateral sobre dividendos deben aplicarse en la forma ordinaria porque existe una renta de dividendos en el sentido del convenio. Por lo tanto, el país de la sociedad interpuesta podrá someter el dividendo a una retención fiscal. El país de residencia del accionista aplicará los métodos ordinarios para eliminar la doble imposición (por ejemplo, el crédito o la exención del impuesto). Ello implica que el impuesto retenido sobre los dividendos se acreditará en el país de residencia del accionista, incluso cuando el beneficio distribuido (dividendo) haya sido objeto de imposición varios años antes en virtud de la legislación sobre las empresas extranjeras controladas (CFC, por sus siglas en inglés) u otras reglas con efectos similares. Sin embargo, la obligación de otorgar créditos fiscales en ese caso sigue siendo dudosa. En general, el dividendo per se está exento de impuestos (porque ya estuvo sujeto a imposición conforme a la legislación o normas pertinentes) y podría argumentarse que no existe fundamento para otorgar un crédito tributario. Por otra parte, se frustraría la finalidad del convenio tributario si pudiera evitarse otorgar un crédito por impuestos con sencillamente anticipar la imposición de los dividendos en virtud de la legislación contra abusos. El principio general expuesto anteriormente indicaría que el crédito se debe otorgar, aunque los detalles pueden depender de los tecnicismos de la legislación o reglas relevantes y del sistema para acreditar impuestos extranjeros contra los impuestos locales, así como de las particularidades del caso (por ejemplo, el lapso transcurrido desde la tributación de la “suma asimilada a los dividendos”). Sin embargo, los contribuyentes que recurren a artificios asumen riesgos contra los cuales las autoridades tributarias no pueden protegerlos completamente.

23. Puede ser pertinente señalar que las leyes de algunos países tratan de evitar o mitigar la doble imposición económica, esto es, la

tributación simultánea de los beneficios de la sociedad al nivel de la sociedad, y de los dividendos al nivel del accionista. Para un examen detallado del asunto puede ser útil remitirse a los párrafos 40 a 67 del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017.

Impuestos sobre los beneficios de las sucursales

24. La inclusión de una disposición relativa a la tributación de los beneficios de las sucursales en una versión revisada del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas se examinó en las reuniones del anterior Grupo de Expertos celebradas en 1987 y 1991. El tema se examinó también en la reunión del anterior Grupo de Expertos de 1997 (la octava reunión) y se consideró que, dado que solo un número reducido de países gravaba los beneficios de las sucursales, el apartado bien podría ubicarse en el Comentario y no en el texto principal. Se dejó en manos de los Estados Contratantes, si así lo deseaban en el curso de negociaciones bilaterales, la incorporación de disposiciones relativas al impuesto sobre los beneficios de las sucursales en sus convenios tributarios bilaterales. En general, los países en desarrollo no se opusieron al principio de la imposición de los beneficios de las sucursales, incluso aunque no tuvieran establecido ese impuesto.

25. Algunos miembros, al indicar que la justificación de la tributación de los beneficios de las sucursales es un medio para lograr una paridad aproximada en la tributación en el país fuente, independientemente de si las actividades en dicho país se realizan por conducto de una compañía subsidiaria o de una sucursal, adujeron que el principio se debía aplicar lógicamente a lo largo de todo el texto del Convenio. Por lo tanto, a su juicio, contrariamente a lo dispuesto en el apartado 3 del Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, todos los gastos del establecimiento permanente debían ser deducibles si éste era una empresa distinta y separada que tratara con la casa matriz con total independencia.

26. Otro miembro de un país desarrollado observó que su país aplicaba el impuesto en dos partes separadas: i) un impuesto análogo al impuesto de retención sobre los dividendos, gravaba la “cuantía equivalente a dividendos” de una sucursal, que correspondía aproximadamente a la cuantía que presumiblemente se habría distribuido como

dividendos si la sucursal hubiera sido una subsidiaria; y ii) un segundo impuesto, análogo a un impuesto de retención sobre los intereses pagados por una subsidiaria residente en ese país a su sociedad principal extranjera, que se aplicaba a la diferencia que excediera el monto del interés deducido por la sucursal al calcular su renta imponible y el monto de interés efectivamente pagado por la sucursal. El objetivo principal de ese régimen era minimizar el efecto de las consideraciones fiscales en la decisión del inversor extranjero de realizar o no sus operaciones en el país por medio de una sucursal o una subsidiaria.

27. Si uno o ambos de los Estados Contratantes tienen establecidos impuestos sobre los beneficios de las sucursales, pueden incluir en el Convenio una disposición como la siguiente:

No obstante lo dispuesto en otras disposiciones de este Convenio, cuando una sociedad residente de un Estado Contratante tenga un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante, los beneficios imposables en virtud del apartado 1 del Artículo 7 pueden someterse a un impuesto adicional en ese otro Estado, de conformidad con su legislación, pero esa carga adicional no excederá del ___ por ciento de la cuantía de esos beneficios.

28. En la disposición que se sugiere no se recomienda una tasa máxima para el impuesto sobre los beneficios de las sucursales. La práctica más común es utilizar la tasa aplicable a los dividendos de inversiones directas (por ejemplo, la tasa tributaria del subapartado 2 a)). En la reunión del anterior Grupo de Expertos de 1991, hubo acuerdo entre los partidarios de la tributación sobre los beneficios de las sucursales de que, en vista de los principios enunciados en sustento de ese régimen, la tasa del impuesto sobre los beneficios de las sucursales debía ser idéntica a la tasa sobre los dividendos de inversiones directas. Sin embargo, en varios tratados la tasa del impuesto sobre los beneficios de las sucursales era la tasa que correspondía a los dividendos de inversiones de cartera (que por lo común era una tasa más elevada), y en algunos convenios tributarios la tasa del impuesto sobre las sucursales era inferior a la tasa aplicable a los dividendos de las inversiones directas. Si bien el impuesto sobre los beneficios de las sucursales se aplica a los beneficios empresariales, la disposición se puede incluir en el Artículo 10 en lugar del Artículo 7, porque el impuesto tiene por objeto ser análogo a un impuesto sobre los dividendos.

29. La disposición sugerida permite que el impuesto sobre los beneficios de las sucursales se aplique solo a los beneficios imponibles en virtud del apartado 1 del Artículo 7 en razón del establecimiento permanente. En muchos convenios tributarios, además, se limita la base tributaria a esos beneficios “después de deducir de ellos el impuesto sobre la renta y otros impuestos sobre la renta que los graven en ese otro Estado”. Otros convenios tributarios no incluyen dicha cláusula porque el concepto está incluido en la legislación interna.

30. En la reunión de 1991 del anterior Grupo de Expertos se señaló que una disposición relativa al impuesto sobre los beneficios de las sucursales podía estar en conflicto con la cláusula de no discriminación de un tratado. Toda vez que el impuesto sobre los beneficios de las sucursales constituye, por lo común, un segundo nivel de tributación sobre los beneficios de sociedades extranjeras que no se aplica a las sociedades nacionales que realizan las mismas actividades, se podría considerar, desde el punto de vista técnico, que está prohibido por el Artículo 24 (No discriminación). Sin embargo, los países que establecen este impuesto lo consideran un impuesto análogo a la tasa de retención sobre los dividendos pagados por una subsidiaria a su sociedad principal extranjera, y por lo tanto consideran apropiado incluir en el Artículo sobre la no discriminación una excepción expresa que autorice el impuesto sobre las sucursales. El Artículo sobre no discriminación contenido en varios convenios tributarios que contemplan un impuesto sobre los beneficios de las sucursales incluye el apartado siguiente:

Ninguna disposición del presente Artículo se interpretará en el sentido de impedir a cualquiera de los Estados Contratantes establecer un impuesto como el descrito en el apartado ____ [*disposición relativa al impuesto sobre los beneficios de las sucursales*] del Artículo 10 (Dividendos).

Sin embargo, la disposición relativa al impuesto sobre los beneficios de las sucursales antes sugerida hace innecesaria esta disposición porque se aplica “no obstante otras disposiciones de este Convenio” y, por lo tanto, tiene precedencia respecto de otras disposiciones del tratado, incluido el Artículo 24 (No discriminación).

31. Cuando el ámbito del Artículo 10 se discutió por anterior Grupo de Expertos, algunos de sus miembros señalaron que las personas recurren a muchos artificios para beneficiarse de las disposiciones del Artículo 10, entre otros, mediante la creación o asignación de acciones u otros títulos respecto de los cuales se pagan dividendos. Si bien entonces se señaló que se pueden invocar principios como la regla de la sustancia sobre forma, el principio del abuso de derechos, u otra doctrina análoga, la subsecuente adición, en 2017, del apartado 9 del Artículo 29 proporcionó otra forma de abordar estas preocupaciones.

Artículo 11

INTERESES

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce las disposiciones del Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, excepto los apartados 2 y 4, en los que se han hecho modificaciones sustanciales, y en los apartados 4 y 5, en lo que respecta a la prestación de servicios personales independientes desde una base fija.

2. Los intereses que, al igual que los dividendos, constituyen rentas de bienes muebles de capital, pueden pagarse a ahorradores individuales que tienen depósitos bancarios o sean titulares de certificados de ahorro, a inversores individuales que hayan adquirido bonos, a proveedores individuales o sociedades comerciales que vendan con pago diferido, a instituciones financieras que hayan concedido préstamos o a inversores institucionales que posean bonos u obligaciones. También pueden pagarse intereses por los préstamos otorgados entre empresas asociadas.

3. En el plano nacional, los intereses son, por lo común, deducibles al calcular los beneficios. Todo impuesto sobre los intereses es pagado por el beneficiario a menos que un contrato especial prevea que debe ser pagado por quien adeude los intereses. A diferencia de lo que ocurre en el caso de los dividendos, los intereses no están sujetos a imposición tanto en manos del beneficiario como del deudor. Si este último está obligado a retener cierta parte de los intereses a manera de impuesto, los intereses así retenidos representan un anticipo del impuesto que el beneficiario tendrá que pagar por sus rentas o beneficios agregados al terminar el año fiscal, y el beneficiario podrá deducir la suma retenida por el deudor del importe del impuesto que deba pagar y obtener el reembolso de cualquier cantidad retenida en exceso respecto del impuesto final a pagar. Este mecanismo impide que el beneficiario sea sometido a imposición dos veces por los mismos intereses.

4. A nivel internacional, cuando el beneficiario de los intereses es residente de un Estado y el deudor de los intereses es residente de otro,

los mismos intereses quedan sometidos a tributación en ambos países. Esta doble imposición puede reducir considerablemente el importe neto de los intereses recibidos por el beneficiario o, si el deudor ha accedido a cargar con el costo del impuesto deducible en la fuente, aumentar la carga financiera del deudor.

5. La siguiente parte del Comentario al Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, explica que, si bien esta doble imposición se podría eliminar prohibiendo al país fuente o al de residencia someter dichos intereses a imposición, este enfoque tendría pocas probabilidades de recibir una aprobación general, lo que llevó a una solución consensuada que se refleja en el Artículo 11. También explica que el apartado 4 del Artículo 24 (No discriminación) aborda las restricciones de la legislación interna sobre la deducción de intereses aplicables cuando el receptor no es residente del Estado de la fuente y no está sujeto a imposición en ese Estado:

3. Una fórmula que reservara la imposición exclusiva de los intereses a un Estado, ya fuera al de residencia del beneficiario o al país fuente, no podría lograr un consenso general. En consecuencia, se ha adoptado una solución de avenencia. Ésta prevé que los intereses pueden someterse a imposición en el Estado de residencia, pero deja al país fuente el derecho de gravarlos si su legislación se lo permite; al ser una facultad, el país fuente puede renunciar a todo gravamen sobre los intereses pagados a no residentes. Sin embargo, el ejercicio de su derecho de gravamen estará limitado por un tope del que su impuesto no podrá sobrepasar [...]. El sacrificio que este último Estado aceptará en esas condiciones quedará compensado por la desgravación que el Estado de residencia concederá para tener en cuenta el impuesto aplicado en el país fuente (véase el Artículo 23A o 23B).

4. Algunos países no permiten que el interés pagado sea deducido para los efectos de los impuestos del deudor, a no ser que el receptor también resida en el mismo Estado, o esté sujeto a imposición en el mismo. De otra forma, prohíben la deducción. El determinar si la deducción debe también permitirse en los casos en los que el interés sea pagado por un residente de un Estado Contratante a un residente del otro Estado se aborda en el apartado 4 del Artículo 24.

B. COMENTARIO A LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 11

Apartado 1

6. Este apartado reproduce el apartado 1 del Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que proporciona explicaciones adicionales sobre el apartado 1 de este Artículo, es aplicable al apartado 1 del Artículo 11 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o reflejar la diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

5. El apartado 1 establece el principio de que los intereses procedentes de un Estado Contratante y pagados a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en este último Estado. Al hacerlo, no establece un derecho exclusivo de gravamen en favor del Estado de residencia. El término “pagados” tiene un sentido muy amplio, ya que pago significa el cumplimiento de una obligación de poner fondos a la disposición del acreedor de la manera prevista por el contrato o por los usos.

6. El Artículo trata solo sobre los intereses procedentes de un Estado Contratante y, por consiguiente, no se aplica a los intereses procedentes de un tercer Estado. Los intereses procedentes de un Estado Contratante que sean atribuibles a un establecimiento permanente que una empresa de ese Estado tenga en el otro Estado Contratante, pueden ser sometidos a imposición en el Estado mencionado en primer lugar de conformidad con el apartado 2, sin embargo, también podrán gravarse en el otro Estado de conformidad con apartado 1 del Artículo 7 (ver los párrafos 9 y 9.1 del Comentario a los Artículos 23A y 23B [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*] relativos al alivio de la doble imposición en dichos casos.

Apartado 2

7. Este apartado reproduce el apartado 2 del Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, con un cambio sustantivo. El Modelo de Convenio Tributario de la OCDE dispone que el impuesto

en el país fuente “no podrá exceder del 10 por ciento del importe bruto de los intereses”, sin embargo, el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas dispone que el porcentaje se determinará mediante negociaciones bilaterales.

8. Cuando este Artículo fue examinado por el anterior Grupo de Expertos, los miembros de países en desarrollo fueron partidarios de que el país fuente debía tener el derecho exclusivo, o por lo menos el primario, de gravar los intereses. Según este criterio, incumbía al país de la residencia eliminar la doble imposición de dicha renta por medio de la exención, el acreditamiento u otras medidas de desgravación. Esos miembros alegaron que los intereses debían gravarse donde se obtenían, es decir, en el lugar en el que se utilizaba el capital. Algunos miembros de los países desarrollados consideraron que el país de origen del inversor debía gozar del derecho exclusivo de gravar los intereses, ya que, en su opinión, ello fomentaría la movilidad del capital y asignaría el derecho de gravamen al país que estaba en mejores condiciones de tener en cuenta las características del contribuyente. También señalaron que la exención de los intereses extranjeros del pago de impuestos en el país del inversor podría no resultar en beneficio de los países en desarrollo, pues podría inducir a los inversores a colocar su capital en el país en desarrollo que tuviera la tasa impositiva más baja.

9. Los miembros de países en desarrollo accedieron a la solución del gravamen tanto en el país de residencia como en el país la fuente contenida en los apartados 1 y 2 del Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, pero encontraron inaceptable el límite del 10 por ciento del importe bruto de los intereses mencionado en el apartado 2. Como el anterior Grupo de Expertos no pudo llegar a un consenso sobre un límite alternativo, se decidió dejar la cuestión en manos de las negociaciones bilaterales.

10. La decisión de no recomendar una tasa máxima de retención se puede justificar por remisión a la práctica actual de los tratados. Las tasas de retención sobre intereses adoptadas en los convenios tributarios de países desarrollados y en desarrollo exhiben un rango más amplio que las aplicables a dividendos, ya que van desde la exención total hasta el 25 por ciento. Sin embargo, algunos países en desarrollo han reducido la tasa de retención sobre los intereses a fin de atraer

inversión extranjera; varios de estos países han adoptado tasas idénticas o inferiores a la tasa de 10 por ciento de la OCDE.

11. Para fijar un nivel preciso del impuesto retenido en el país fuente se deben tomar en consideración diversos factores, entre los que figuran los siguientes: el hecho de que el capital proceda del país de residencia; la posibilidad de que una tasa elevada en la fuente haga que los acreedores traspasen el costo del impuesto a los deudores, lo que significaría que el país fuente aumentaría su recaudación a expensas de sus propios residentes y no a la de los acreedores extranjeros; la posibilidad de que una tasa impositiva superior al límite del crédito fiscal en el país de residencia puede desincentivar la inversión; el hecho de que la disminución de la tasa de retención tenga consecuencias en la recaudación y en las divisas del país fuente; y el que los intereses fluyan principalmente en una dirección (es decir, desde los países en desarrollo hacia los países desarrollados).

12. En las negociaciones de convenios tributarios bilaterales con una tasa positiva general de retención del impuesto sobre los intereses, las partes han convenido a veces en un límite más bajo o incluso en una exención de los intereses en una o más de las siguientes categorías de:

- (a) intereses pagados a los gobiernos u organismos públicos;
- (b) intereses garantizados por los gobiernos u organismos públicos;
- (c) intereses pagados a los bancos centrales;
- (d) intereses pagados a los bancos u otras instituciones financieras;
- (e) intereses sobre los préstamos a largo plazo;
- (f) intereses sobre préstamos para financiar equipos especiales u obras públicas; o
- (g) intereses sobre otras categorías de inversiones aprobadas por el gobierno (por ejemplo, el financiamiento de exportaciones).

Con respecto a los préstamos de bancos e instituciones financieras, una justificación importante de la reducción de la tasa es el alto costo de estos préstamos, particularmente el costo de los fondos para el prestamista. El impuesto de retención, por ser un gravamen aplicado sobre montos brutos, tiene una tasa tributaria efectiva elevada. Si la tasa tributaria efectiva es superior a la tasa tributaria general en el país de residencia del prestamista, el prestatario tiene muchas veces que absorber el impuesto en virtud de una cláusula de conversión de

sumas netas a sumas brutas en el contrato de préstamo. En ese caso, el impuesto de retención equivale a un impuesto adicional para los residentes del Estado de la fuente. Una forma de resolver este problema es dar la elección al prestamista de tratar dicha renta como beneficios empresariales conforme al Artículo 7; sin embargo, este método plantea problemas administrativos y de cálculo a los bancos y a las administraciones fiscales.

13. Una justificación similar existe para las tasas reducidas aplicables a los intereses procedentes de las ventas a crédito. En estos casos el proveedor se limita a menudo a traspasar al comprador, sin ningún cargo adicional, el precio del crédito pagado a un banco o a una entidad de financiamiento de exportaciones. Para el vendedor de equipo a crédito, el interés es más un elemento del precio de venta que el producto de un capital invertido.

14. Además, los créditos a largo plazo corresponden a inversiones que han de tener una rentabilidad suficiente que justifique su amortización en cuotas durante el plazo del crédito. En este último caso, el interés se debe pagar con cargo a las ganancias, al mismo tiempo que las cuotas del crédito se amortizan con cargo al capital. En consecuencia, toda carga fiscal excesiva sobre esos intereses se debe pasar al valor en libros de los bienes de capital adquiridos a crédito, con el resultado de que la carga fiscal aplicada al interés podría, en el análisis final, disminuir la cuantía de los impuestos a pagar sobre las utilidades obtenidas por el usuario de los bienes de capital.

15. En la reunión del anterior Grupo de Expertos de 1991, algunos miembros argumentaron que las rentas por intereses recibidas por organismos públicos debían exceptuarse de la tributación en el país fuente porque esa exención facilitaría el financiamiento de los proyectos de desarrollo, en particular en los países en desarrollo, ya que eliminaría las consideraciones fiscales en las negociaciones de las tasas de interés. Algunos miembros de países en desarrollo afirmaron que la financiación de esos proyectos se facilitaría aún más si la renta por intereses estuviera también exenta de impuestos en el país de residencia del prestamista.

16. La práctica predominante en materia de tratados consiste en exonerar a los intereses gubernamentales de impuesto en el país fuente,

pero existe un amplio rango en la práctica en cuanto a los detalles. En algunos casos, la renta por intereses está exenta si la paga o la recibe un gobierno; en otros casos, solo se exonera a los intereses pagados a un gobierno. Además, la definición de “gobierno” varía, pues puede incluir, por ejemplo, administraciones locales, organismos, instituciones, bancos centrales y organismos financieros que sean propiedad del gobierno.

17. El anterior Grupo de Expertos observó que muchas veces los créditos a largo plazo requieren garantías especiales debido a la dificultad para hacer pronósticos políticos, económicos y monetarios a largo plazo. Además, muchos países desarrollados, para lograr el pleno empleo en sus industrias de bienes de capital o empresas de obras públicas, han adoptado diversas medidas para incentivar los créditos a largo plazo, incluidos los seguros de crédito o las reducciones de las tasas de interés por los organismos públicos. Estas medidas pueden adoptar la forma de préstamos directos otorgados por organismos públicos, vinculados con préstamos de bancos privados o líneas de crédito privadas o condiciones de intereses más favorables de las que se pueden obtener en el mercado monetario. Es de presumir que estas medidas no han de persistir si se cancelan efectivamente las preferencias o si se reducen, como resultado de una tributación excesiva en el país del deudor. Por lo tanto, no solo los intereses sobre préstamos efectuados por los gobiernos debieran exentarse, sino que bien se podría argüir a favor de desgravar los intereses de los préstamos a largo plazo otorgados por bancos privados cuando dichos préstamos estuvieran garantizados o refinanciados por un gobierno o por un organismo público.

18. Las modificaciones efectuadas en 2014 al Comentario sobre el Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, dejaron claro, en relación con el apartado 2 del Artículo 3, que el concepto de beneficiario efectivo (*beneficial owner*) utilizado en el apartado 2 del Artículo 11, tenía la intención de ser interpretado en el contexto en el que aparece y no con referencia a la legislación interna de los Estados Contratantes. En 2021, el Comité coincidió con esta aplicación del apartado 2 del Artículo 3 del concepto de beneficiario efectivo. Por tanto, el Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que aborda la interpretación del concepto de beneficiario efectivo, es

aplicable al apartado 2 del Artículo 11 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y de este Modelo):

9. El requisito del beneficiario efectivo (*beneficial ownership*) se introdujo en el apartado 2 del Artículo 11 para aclarar el significado de las palabras “pagados a un residente” en el sentido en que se utilizan en el apartado 1 del Artículo. De esa manera, se indica claramente que el país fuente no está obligado a renunciar al derecho de gravamen sobre las rentas por intereses simplemente porque esas rentas fueron pagadas directamente a un residente del Estado con el que el país fuente haya concertado un convenio.

9.1 Toda vez que la expresión “beneficiario efectivo” (*beneficial owner*) se añadió para abordar las dificultades potenciales que surgen del uso de las palabras “pagados a un residente” en el apartado 1, la intención era que se interpretara en su contexto y no referirse a algún significado técnico que pudiera tener de conformidad con la legislación interna de un país en específico (de hecho, cuando se añadió al apartado, la expresión no tenía un significado preciso bajo la legislación de muchos países). Por tanto, la expresión “beneficiario efectivo” no se usa en un sentido técnico limitado (tal como el significado que tiene bajo la legislación sobre fideicomisos en muchos países del derecho común¹), sino que debe ser entendida en su contexto, en particular en relación con las palabras “pagados a un residente”, en vista del objeto y fin del Convenio, incluyendo eliminar la doble imposición y prevenir la evasión y elusión fiscal.

1 Por ejemplo, cuando los fiduciarios de un fideicomiso discrecional no distribuyen los intereses generados durante determinado periodo, estos fiduciarios, actuando en tal capacidad (o el fideicomiso, si se le reconoce como un contribuyente separado) podría ser considerado como el beneficiario efectivo (*beneficial owner*) de dicha renta para efectos del Artículo 11, incluso si no son los beneficiarios efectivos de conformidad con la legislación de fideicomisos.

10. La desgravación o exención con respecto a un elemento de renta la otorga el Estado de la fuente a un residente del otro Estado Contratante para eliminar, por completo o en parte, la doble imposición que de otra forma surgiría como resultado de la tributación concurrente de esa renta en el Estado de residencia. Cuando un elemento

de renta es pagado a un residente de un Estado Contratante que interviene en calidad de agente o mandatario, sería contrario al objeto y fin del Convenio que el país fuente concediera la exoneración o exención teniendo en cuenta únicamente el estatus de receptor directo de la renta, como residente del otro Estado Contratante. El receptor directo de la renta en esta situación califica como residente, pero no existe doble imposición potencial como consecuencia de dicho estatus, ya que el receptor no es tratado como el propietario de la renta para efectos fiscales en el Estado de residencia.

10.1 Sería igual de contradictorio con el objeto y fin del Convenio que el país fuente otorgara la exoneración o exención cuando un residente de un Estado Contratante, en una relación distinta como la de un agente o mandatario, actúe simplemente como conducto de otra persona que recibe de hecho el beneficio de las rentas en cuestión. Por esas razones, el informe del Comité de Asuntos Fiscales [OCDE] titulado “Convenios para Eliminar la Doble imposición y el uso de Sociedades Instrumentales” (*Double Taxation Conventions and the use of Conduit Companies*)¹ concluye que una sociedad instrumental (*conduit company*) no puede ser considerada normalmente como beneficiario efectivo (*beneficial owner*) si, a pesar de ser formalmente el propietario, en la práctica tiene solo facultades muy limitadas, lo que la convierte, en relación con las rentas en cuestión, en mero fiduciario o administrador que interviene en nombre de las partes interesadas.

1 El informe se reproduce [en la página R (6)-1 del] volumen II de [la versión completa] del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE [2017, disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capita-2017-full-version_g2g972ee-en#page1833, consultado el 10 de mayo de 2021.]

10.2 En estos distintos ejemplos (agente, mandatario, sociedad instrumental (*conduit company*) que interviene como fiduciario o administrador) el receptor directo de los intereses no es el “beneficiario efectivo” (*beneficial owner*) porque el derecho del receptor a usar y disfrutar los intereses está limitado por una obligación contractual o legal de ceder a otra persona el pago recibido. Esta obligación normalmente vendrá impuesta por los documentos jurídicos pertinentes, pero también podrá deducirse de hechos y circunstancias que prueben que, en esencia, el receptor claramente carece del derecho de disponer y disfrutar de los intereses sin estar limitado por la obligación contractual o legal de ceder a otra persona el pago recibido. Este tipo

de obligación no comprende las obligaciones contractuales o legales que no dependen de la recepción del pago por el perceptor directo, tal como una obligación que no depende de la recepción del pago y que el perceptor directo pueda tener, en su condición de deudor, o como parte en operaciones financieras, o las obligaciones normales de distribución derivadas de esquemas de pensiones y de vehículos de inversión colectiva que tengan derecho a acogerse a los beneficios de los convenios en virtud de los principios de los párrafos [12 a 32 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo]. Cuando el receptor de los intereses tenga derecho de disponer y disfrutar de los intereses sin estar limitado por la obligación contractual o jurídica de ceder el pago recibido a un tercero, el perceptor es el “beneficiario efectivo” de los intereses. Conviene señalar también que el Artículo 11 hace referencia al beneficiario efectivo de los intereses por oposición al propietario de los préstamos con respecto a los cuales se pagan los intereses, que pueden ser diferentes en algunos casos.

10.3 Sin embargo, el hecho de que se considere al perceptor de los intereses como beneficiario efectivo (*beneficial owner*) de esos intereses no significa que deba aplicarse automáticamente la limitación en el impuesto prevista en el apartado 2. Esta limitación en el impuesto no debe concederse en casos de abuso de esta disposición (véase también el apartado 8 [del Comentario al Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017]). Las disposiciones del Artículo 29 y los principios enunciados en el apartado titulado “Uso indebido del Convenio” en el Comentario al Artículo 1, son aplicables para impedir los abusos, incluidas las situaciones de triangulación de beneficios en los que el perceptor de los intereses es su beneficiario efectivo. Si bien el concepto de “beneficiario efectivo” mitiga ciertas formas de evasión fiscal (por ejemplo, las que involucran la interposición de un receptor que está obligado a ceder los intereses a un tercero), no cubre otros tipos de abusos, tales como ciertas estrategias de triangulación de beneficios (*treaty shopping*) a las que se refieren esas disposiciones y principios y, por tanto, no deben considerarse como limitativas en modo alguno de la aplicación de otros planteamientos para resolver esos casos.

10.4 Las explicaciones que preceden relativas al significado del término “beneficiario efectivo” (*beneficial owner*) aclaran que debe distinguirse entre el significado dado a este término en el contexto del Artículo del significado dado en el contexto de otros instrumentos¹ relativos a la determinación de las personas (normalmente personas naturales) que ejercen el control último sobre las entidades o los

activos. No cabe aplicar ese significado distinto del término beneficiario efectivo en el contexto del Convenio. De hecho, ese significado, que se refiere a personas naturales (personas naturales) no es compatible con la formulación expresa del subapartado a) del apartado 2 del Artículo 10, que se refiere a las situaciones en las que el beneficiario efectivo del dividendo es una sociedad. En el contexto de los Artículos 10 [11, 12, 12A y 12B], el término “beneficiario efectivo” pretende resolver las dificultades que se desprenden de la utilización de las palabras “pagados a” en relación con los dividendos, [intereses, regalías, honorarios por servicios técnicos y rentas de servicios digitales automatizados] más que las dificultades relacionadas con la propiedad [o derechos subyacentes con respecto a los cuales se pagan los montos]. Por tanto, sería inoportuno, en el contexto de estos artículos, considerar un significado que remite a las personas naturales que ejercen “el control efectivo último sobre una persona jurídica o instrumento”.²

- 1 Véase, por ejemplo, el documento del Grupo de Acción Financiera, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation The FATF Recommendations* (OECD FATF, París, 2012) que fija en detalle la norma internacional contra el lavado de capitales y que incluye la siguiente definición del término beneficiario efectivo (*beneficial owner*) (en la página 110): “El propietario o tenedor último, persona natural, de un cliente o la persona por cuenta de quien se realiza una operación. E incluye igualmente a las personas que ejercen el control efectivo último sobre una persona o instrumento jurídicos.” De forma similar, el informe de 2001 del Grupo director sobre gobernanza corporativa de la OCDE *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes* (OCDE, París, 2001), define el concepto de beneficiario efectivo como sigue (página 14):

En este informe, “beneficiario efectivo” hace referencia a la titularidad o beneficio efectivo final por una persona natural. En algunas situaciones, para descubrir al beneficiario efectivo puede ser necesario ir rebasando varias personas naturales o jurídicas intermediarias hasta llegar al verdadero propietario, persona natural. En relación con las sociedades de capital, los propietarios son los socios o accionistas. Las sociedades personalistas pertenecen a los socios colectivos y socios comanditarios. En los fideicomisos y las fundaciones, los beneficiarios efectivos son sus beneficiarios, entre los que puede hallarse también al fideicomitente o al fundador.

- 2 Véase la definición de Grupo de Acción Financiera, *International* citada en la nota anterior.

11. Con sujeción a otras condiciones impuestas en el Artículo y a las otras disposiciones del Convenio, la limitación del impuesto exigido en el Estado de la fuente continúa aplicándose cuando un intermediario, como un agente o mandatario ubicado en un Estado Contratante o en un tercer Estado, se interpone entre el beneficiario y el deudor, pero el beneficiario efectivo (*beneficial owner*) es un residente del otro Estado Contratante (el texto del *[Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas se enmendó en 2021 para aclarar este punto, siguiendo las modificaciones efectuadas al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 1995 y de 2014]*).

12. El apartado no se pronuncia sobre el modo de imposición en el país fuente. En consecuencia, deja en manos de ese Estado la facultad de aplicar su legislación interna y, en particular, de exigir el impuesto mediante retención en la fuente o determinación individual. El Artículo no se ocupa de las cuestiones de procedimiento. Cada Estado podrá aplicar el procedimiento prescrito por su legislación [...]. Los abusos potenciales que surgen de situaciones en donde el interés procedente de un Estado Contratante sea atribuible a un establecimiento permanente que la empresa del otro Estado tiene en un tercer Estado, son abordadas en el apartado 8 del Artículo 29. Otras cuestiones surgen en casos triangulares (véase el párrafo 71 del Comentario al Artículo 24 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 2 del Comentario al Artículo 24 de este Modelo]*).

13. *[El apartado]* no especifica si la desgravación en el Estado de la fuente deberá quedar subordinada o no a que el interés esté sujeto a impuestos en el Estado de residencia. La cuestión podrá resolverse mediante negociaciones bilaterales.

14. El Artículo no contiene disposición alguna sobre la manera en la que el Estado de residencia del beneficiario deberá tomar en cuenta el impuesto aplicado a los intereses por el Estado de la fuente. Esta cuestión se trata en los Artículos 23A y 23B.

Apartado 3

19. Este apartado reproduce el apartado 3 del Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la definición de intereses, es aplicable al apartado 3 del Artículo 11 de este Modelo (las

modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o reflejar la diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

18. El apartado 3 especifica el significado que debe atribuirse al término “intereses” para la aplicación del tratamiento tributario definido por el Artículo. Este término designa, en general, los rendimientos de créditos de cualquier clase con o sin garantía hipotecaria y con derecho o no a participar en los beneficios. La expresión “créditos de cualquier clase” abarca evidentemente los depósitos en efectivo y las fianzas en numerario, así como los rendimientos de los títulos de la deuda pública y los de los bonos u obligaciones, aunque estos tres últimos se mencionan especialmente por su importancia y por ciertas particularidades que pueden presentar. Se reconoce, por una parte, que los intereses de préstamos hipotecarios entran en la categoría de rentas de capitales mobiliarios (*revenus de capitaux mobiliers*), aunque algunos países los asimilen a las rentas inmobiliarias. Por otra parte, los créditos, y particularmente los bonos u obligaciones con derecho a participar en los beneficios del deudor se consideran, sin embargo, como préstamos si el contrato, por su carácter general, claramente prueba que se trata de un préstamo con intereses.

19. El interés sobre los bonos con participación no debería, por lo común, considerarse como dividendo, ni tampoco debería considerarse como dividendo el interés sobre los bonos convertibles hasta que los bonos sean realmente convertidos en acciones. Sin embargo, el interés sobre esos bonos se ha de considerar como dividendo si el crédito comparte efectivamente los riesgos que corre la sociedad deudora [...] En situaciones en las que se presume subcapitalización (*thin capitalization*), a veces resulta difícil distinguir entre dividendos e intereses, y para evitar toda posibilidad de yuxtaposición entre las categorías de rentas a las que se aplican los Artículos 10 y 11, respectivamente, debería advertirse que el término “intereses” usado en el Artículo 11 no incluye los elementos de renta que caen dentro del ámbito del Artículo 10.

20. En lo que respecta, de manera particular, a la deuda pública y a los bonos u obligaciones, el texto especifica que las primas y los premios vinculados a ellos constituyen intereses. En general, lo que constituye un interés producido por un título de deuda y que propiamente puede gravarse como tal en el Estado de la fuente, será todo lo

que la institución emisora del préstamo pague sobre y por encima del importe pagado por el suscriptor, es decir, el interés acumulado más cualquier prima pagada a la hora de la amortización o emisión. En consecuencia, cuando se emita un bono u obligación en una prima, el exceso del importe pagado por el suscriptor sobre la cantidad reembolsable constituirá un interés negativo que habrá de deducirse del interés mencionado para determinar los intereses sujetos a gravamen. Por otro lado, *[cualquier beneficio o pérdida que el propietario de tales títulos obtenga por la venta del mismo a un tercero no entrará en el concepto de interés]*. Según el caso, ese beneficio o pérdida podrá ser un beneficio o pérdida empresarial, una ganancia o pérdida de capital o una renta comprendida en el Artículo 21.

[...]

21. Además, la definición de intereses contenida en la primera oración del apartado 3 es en principio, exhaustiva. Ha parecido preferible no incluir en el texto una referencia subsidiaria a la legislación interna; ello se justifica por las siguientes consideraciones:

- a) la definición comprende, en la práctica, todos los tipos de rentas que las diferentes legislaciones internas consideran como intereses;
- b) la fórmula empleada ofrece mayor seguridad jurídica y garantiza que los convenios no se vean afectados por los cambios futuros en las legislaciones internas de ninguno de los países;
- c) en el Modelo de Convenio Tributario deben evitarse en lo posible las remisiones a las legislaciones internas.

Sin embargo, queda entendido que en un convenio bilateral dos Estados Contratantes podrán ampliar la fórmula adoptada para abarcar cualquier elemento de renta gravado a título de interés por cualquiera de sus legislaciones internas pero que no se encuentra comprendido en la definición, y en esas condiciones pueden preferir hacer referencia a sus legislaciones internas.

21.1 La definición de interés contenida en la primera oración del apartado 3 no se aplica por lo común a los pagos hechos en relación con ciertos tipos de instrumentos financieros no tradicionales cuando no existe una deuda subyacente (por ejemplo, los *swaps* de tipos de interés). Sin embargo, la definición se aplicará en la medida en que se considere que existe un préstamo conforme a la regla de sustancia sobre forma o la doctrina del abuso de derecho u otra doctrina similar.

20. Asimismo, en algunos países ciertos mecanismos financieros no tradicionales se asimilan a las relaciones de deuda en virtud de la legislación fiscal interna, aunque su forma jurídica no sea la de un préstamo. La definición de interés del apartado 3 se aplica a los pagos efectuados en virtud de esos mecanismos.

21. La definición se aplica, por ejemplo, a los instrumentos financieros islámicos en los que la realidad económica del contrato en que se basa el instrumento es un préstamo (aunque su forma jurídica no lo sea). Este puede ser el caso, por ejemplo, de *murabaha*, *istisna'a*, algunas formas de *mudaraba* y *musharaka* (como los depósitos de repartición de utilidades y la *musharaka* decreciente) y la *ijara* (en los casos en que se asimilen a un arrendamiento financiero), así como los *sukuk* que se basan en esos instrumentos.

22. Los países que no abordan expresamente en su legislación los instrumentos antes mencionados y en general siguen un planteamiento basado en la sustancia económica, pueden, no obstante, para efectos fiscales, aplicar la definición de interés a los pagos efectuados en virtud de esos instrumentos. Otra posibilidad es que esos países, así como los que adoptan un planteamiento puramente jurídico para efectos fiscales, quizá deseen hacer referencia expresa a esos instrumentos en la definición de interés contenida en el convenio. Pueden hacerlo introduciendo el siguiente texto después de la primera oración:

Este término incluye también la renta procedente de dispositivos como los instrumentos financieros islámicos en los que la sustancia del contrato subyacente puede asimilarse a un préstamo.

23. Resulta claro que la definición no aplica a instrumentos financieros islámicos cuya sustancia económica no pueda ser considerada como préstamo.

24. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que proporciona explicaciones adicionales sobre la definición de intereses incluida en el apartado 3 de este Artículo, es también aplicable al apartado 3 del Artículo 11 de este Modelo:

22. La segunda oración del apartado 3 excluye de la definición de intereses los recargos por pagos tardíos, pero los Estados Contratantes pueden omitir libremente esa oración y considerar las multas por

mora como intereses en sus convenios bilaterales. Los cargos por pagos tardíos, que pueden establecerse en contratos o por usos o como resultado de una sentencia judicial, consisten en cantidades calculadas a prorrata o como una suma fija; en algunos casos, estas dos formas de pago pueden combinarse. Aunque se calculen a prorrata, esos abonos constituyen una forma particular de indemnización al acreedor para compensarle por la pérdida sufrida por la ejecución tardía imputable al deudor, más que una renta del capital. Además, por razones de seguridad jurídica y de orden práctico se recomienda someter a un mismo régimen tributario todas las multas de ese tipo, cualquiera que sea la modalidad de pago. En cambio, dos Estados Contratantes podrán excluir de la aplicación del Artículo 11 cualquier clase de intereses que quieran someter al régimen de dividendos.

23. Finalmente se plantea la cuestión de determinar si las rentas vitalicias deben asimilarse a los intereses; se considera que no. Por un lado, las pensiones vitalicias concedidas en consideración a servicios prestados en el pasado quedan comprendidas en el Artículo 18 y se someten al régimen de las pensiones. Por otro lado, si bien es cierto que las cuotas de las rentas vitalicias adquiridas a título oneroso contienen un elemento de interés en la adquisición del capital, así como en el retorno del mismo, esas cuotas constituyen *fruits civils* que se acumulan día a día, y sería difícil para muchos países hacer una distinción entre el elemento que representa la renta de capital y la que constituye una amortización, a efectos de gravar solo el elemento de renta bajo la misma categoría, como renta de capital mobiliario. Las legislaciones fiscales, contienen a menudo disposiciones especiales que incluyen a las rentas vitalicias en las categorías de sueldos, salarios y pensiones, gravándolas en consecuencia.

Apartado 4

25. El presente apartado, que establece que las disposiciones de los apartados 1 y 2 no se aplicarán a ciertos intereses si el receptor de éstos tiene un establecimiento permanente o base fija en el país fuente, reproduce el apartado 4 del Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, con dos modificaciones. En primer lugar, el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas hace referencia a la base fija, así como a un establecimiento permanente. En segundo lugar, la versión de la OCDE se aplica únicamente si el crédito por el que se pagan los intereses está efectivamente vinculado con el establecimiento permanente o con la base fija. Toda vez que el Modelo de Convenio Tributario de las

Naciones Unidas, a diferencia del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, adopta una versión limitada de la regla de fuerza de atracción del Artículo 7, en la que se definen las rentas que pueden estar sujetas a imposición como beneficios empresariales, se hace un cambio concordante al apartado 4 del Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas. Esta modificación hace inaplicables los apartados 1 y 2 del Artículo 11 si el crédito está efectivamente vinculado con el establecimiento permanente o la base fija, o con actividades empresariales llevadas a cabo en el país fuente que sean idénticas o similares a las realizadas por medio del establecimiento permanente.

Apartado 5

26. Este apartado reproduce el apartado 5 del Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, que especifica que el interés procede de fuentes ubicadas en el país de residencia del deudor, con la diferencia de que el apartado 5 del Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas hace referencia a una base fija, además del establecimiento permanente. La primera oración del apartado 5 fue modificada en 1999 en concordancia con el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Sin embargo, en el curso de las discusiones, el anterior Grupo de Expertos acordó que los países podrían sustituir una regla que identificaría la fuente de los intereses como el Estado en el que el préstamo que da origen a los intereses fue utilizado. Cuando en las negociaciones bilaterales las dos partes difieran en cuál es la norma apropiada, una posible solución sería una regla en la que, en general, se acepte el lugar de residencia del deudor como fuente de los intereses, sin embargo, cuando el préstamo fue utilizado en el Estado que aplique la regla de “lugar de uso”, el interés se considerará procedente en ese Estado.

27. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que proporciona explicaciones adicionales sobre la regla de fuente establecida en el apartado 5, es aplicable al apartado 5 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o reflejar la diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

26. Este apartado establece el principio de que el país fuente de los intereses es el Estado en el que reside el deudor de esos intereses. Sin embargo, prevé una excepción a esta regla en el caso de préstamos que devenguen intereses que tengan una vinculación económica evidente con el establecimiento permanente que el deudor tenga en el otro Estado Contratante. Si el préstamo se ha contraído por las necesidades de ese establecimiento y éste soporta la carga de los mismos, el apartado establece que la fuente de los intereses se encontrará en el Estado Contratante donde esté situado el establecimiento permanente, haciendo abstracción del lugar de residencia del propietario del establecimiento permanente, aun cuando ese propietario resida en un tercer Estado.

27. En ausencia de un nexo económico entre el préstamo que devenga los intereses y el establecimiento permanente, el Estado donde esté situado dicho establecimiento permanente no podrá ser considerado por esta circunstancia como el Estado de donde proceden los intereses; no podrá gravar esos intereses, ni siquiera dentro de los límites de una “cuota imponible” en proporción a la importancia del establecimiento permanente. Tal práctica sería incompatible con el apartado 5. Además, cualquier desviación de la regla establecida en la primera oración del apartado 5 se justifica solo en el caso de que la vinculación económica entre el préstamo y el establecimiento permanente sea lo suficientemente clara. A este respecto, pueden distinguirse varios casos posibles:

- a) La dirección del establecimiento permanente ha contraído un préstamo que utiliza para las necesidades específicas del establecimiento permanente, que inscribe en su pasivo y por el que paga directamente los intereses al acreedor.
- b) La casa matriz de la empresa ha contraído un préstamo cuyo producto se destina únicamente a las necesidades de un establecimiento permanente situado en otro país. Los intereses los paga la casa matriz, pero al final la carga la soporta el establecimiento permanente.
- c) El préstamo lo contrae la casa matriz de la empresa y su producto se utiliza para varios establecimientos permanentes situados en diferentes países.

En los casos *a)* y *b)* se cumplen las condiciones impuestas en la segunda oración del apartado 5, y el Estado donde está situado el establecimiento permanente se considerará como el país fuente de los intereses. Por el contrario, el caso *c)* queda fuera de las disposiciones

del apartado 5, cuyo texto no permite atribuir más de una fuente a un mismo préstamo. Mas aún, dicha solución daría lugar a grandes complicaciones administrativas y haría imposible para los prestamistas calcular de antemano las cargas fiscales que gravarían los intereses. Sin embargo, dos Estados Contratantes pueden restringir la aplicación de la disposición final del apartado 5 al caso *a)* o extenderla al caso *c)*.

28. El apartado 5 no prevé solución para el caso que queda fuera de dicha disposición, en donde ambos, el beneficiario y el deudor sean de hecho residentes de los Estados Contratantes pero el préstamo se ha contraído para las necesidades de un establecimiento permanente que el deudor tenga en un tercer Estado y que soporte la carga de los intereses. En consecuencia, tal como está actualmente redactado el apartado 5, solo la primera oración aplicará en ese caso. Los intereses se considerarán procedentes del Estado Contratante donde resida el deudor, y no del tercer Estado en cuyo territorio se encuentre el establecimiento permanente por cuenta del cual se haya contraído el préstamo y que habrá de pagar los intereses. De esta manera los intereses serán gravados en el Estado Contratante en el que resida el deudor y en el que resida el beneficiario. Sin embargo, aunque la doble imposición será eliminada entre los dos Estados mediante las disposiciones del Artículo dos, no se eliminará entre esos dos Estados y el tercer Estado, si este último grava en la fuente los intereses del préstamo cuando el pago esté soportado por el establecimiento permanente situado en su territorio.

29. Se ha decidido no abordar ese caso en el Convenio. Por ello, el Estado Contratante de la residencia del deudor no debe renunciar a su derecho de gravamen en la fuente en favor del tercer Estado en el que se encuentre el establecimiento permanente por cuenta del cual se haya contraído el préstamo y que soporte la carga de los intereses. Si este no fuera el caso y el tercer Estado no sometiera a tributación en la fuente el interés que soporta el establecimiento permanente, podría haber intentos de evitar la tributación en la fuente en el Estado Contratante mediante el uso de un establecimiento permanente situado en dicho tercer Estado. Los Estados a los que esta situación no les resulte importante y que deseen abordar la cuestión descrita en el apartado anterior pueden hacerlo acordando utilizar en su convenio bilateral la redacción alternativa del apartado 5 que se propone a continuación en el párrafo 30 [*del Comentario al Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]. El riesgo de doble imposición que acaba de mencionarse podrá evitarse también mediante

un convenio multilateral. Asimismo, si en el caso descrito anteriormente en el párrafo 28 [*del Comentario al Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], tanto el Estado del que sea residente el deudor, como el tercer Estado donde se encuentre el establecimiento permanente por cuenta del cual se haya contraído el préstamo y que soporte el pago de los intereses, reclaman el derecho a gravar en la fuente esos intereses, nada se opone a que cuando sea apropiado, ambos Estados, junto con el Estado de residencia del beneficiario de los intereses, se pongan de acuerdo para remediar la doble imposición que resultaría de esta situación, utilizando, en caso necesario, el procedimiento de acuerdo mutuo (MAP, por sus siglas en inglés) (de la manera como se prevé en el apartado 3 del Artículo 25).

30. Como se señaló anteriormente en párrafo 29 [*del Comentario al Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], esa doble imposición podría eliminarse mediante un convenio multilateral o bien, si el Estado de residencia del beneficiario o el Estado de residencia del deudor, acordaran redactar la segunda oración del apartado 5 de la siguiente forma, lo que tendría el efecto de asegurar que los apartados 1 y 2 del Artículo no apliquen a los intereses, y en consecuencia típicamente caerían en el ámbito del Artículo 7 o del 21:

Sin embargo, cuando el deudor de los intereses sea o no residente de un Estado Contratante, tenga en un Estado distinto de aquel del que sea residente, un establecimiento permanente [*o una base fija*] en relación con los cuales se haya contraído la deuda por la que se paguen los intereses y que soporten el pago de los mismos, dichos intereses se considerarán procedentes del Estado donde esté situado el establecimiento permanente [*o base fija*].

31. Si ambos Estados Contratantes, en sus negociaciones bilaterales, acuerdan reservar al Estado de residencia del beneficiario de las rentas el derecho exclusivo de gravarlas, pierde *ipso facto* todo valor insertar en el convenio que regule sus relaciones, la disposición del apartado 5 que define el país fuente de dichas rentas. Pero también es evidente que en este caso la doble imposición no se evitaría completamente si el deudor de los intereses tuviera en un tercer Estado que gravara en la fuente esos intereses, un establecimiento permanente por cuya cuenta se hubiera contraído el préstamo y que soportara la carga de los mismos. El caso sería el mismo al previsto anteriormente en los párrafos 28 al 30 [*del Comentario al Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*].

Apartado 6

28. Este apartado reproduce el apartado 6 del Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que proporciona explicaciones adicionales sobre dicho apartado, es aplicable al apartado 6 del Artículo 11 de este Modelo:

32. Este apartado tiene por objeto limitar el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la imposición de los intereses en los casos en los que, en virtud de las relaciones especiales entre el deudor y el beneficiario efectivo (*beneficial owner*) o entre ambos y un tercero, el importe de los intereses pagados exceda del que se habría convenido si el deudor y el beneficiario efectivo hubiesen estipulado condiciones de plena competencia (*arm's length*). En él se prevé que en tal caso las disposiciones del Artículo solo se aplicarán a este último importe y que el exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de ambos Estados Contratantes, teniendo en cuenta las demás disposiciones del Convenio.

33. Claramente del texto se desprende que para que esta cláusula aplique el interés considerado excesivo debe ser como resultado de una relación especial entre el deudor y el beneficiario efectivo (*beneficial owner*) o entre cualquiera de ellos y un tercero. A título de ejemplo, pueden citarse los casos de intereses pagados a una persona natural o jurídica que controle directa o indirectamente al deudor, que sea controlada directa o indirectamente por él o que dependa de un grupo que tenga intereses comunes con ese deudor. Estos ejemplos son similares o análogos a los casos previstos en el Artículo 9.

34. Por otra parte, la noción de relaciones especiales comprende también las relaciones de consanguinidad o de afinidad y, en general, toda comunidad de intereses considerada distinta de la relación jurídica que dé lugar al pago de los intereses.

35. En lo que se refiere al régimen tributario aplicable al monto de intereses pagado en exceso, habrá que determinar la naturaleza exacta de dicho monto de conformidad con las circunstancias de cada caso, para efectos de determinar la categoría de renta en la que deba ser clasificado para efectos de aplicar las disposiciones de la legislación tributaria de los Estados involucrados y las del Convenio. El presente apartado solo permite el ajuste de la tasa de interés que se cobra, pero no la reclasificación del préstamo, de modo tal que le confiera el

carácter de una aportación al capital social. Para que se pudiera hacer el ajuste establecido en el apartado 6 del Artículo 11 sería necesario, como mínimo, eliminar la frase “habida cuenta del crédito por el que se paguen”. Si se considera necesaria una mayor claridad en la intención, podrían agregarse las palabras “por cualquier razón” después de la palabra “exceda”. Cualesquiera de estas versiones alternativas aplicarían cuando algunos o todos de los pagos por intereses sean excesivos porque el monto del préstamo o los términos relacionados a éste (incluyendo la tasa de interés) no son las que se hubieren acordado en ausencia de tal relación especial. No obstante, el presente apartado puede afectar no solo al receptor sino también al pagador del interés pagado en exceso, y si la legislación del Estado de la fuente lo permite, se podrá negar la deducción del excedente, con la debida consideración de otras disposiciones aplicables del Convenio. En caso de que dos Estados Contratantes encuentren dificultades para determinar las otras disposiciones del Convenio aplicables al monto de intereses pagado en exceso, según lo requiera el caso, nada les impedirá añadir a la última oración del apartado 6 algunas aclaraciones suplementarias, a condición de no alterar su sentido general.

36. En el supuesto de que los principios y reglas de sus respectivas legislaciones obliguen a cada uno de los Estados Contratantes a aplicar Artículos diferentes del Convenio para efectos de someter a imposición el monto pagado en exceso, será necesario acudir al procedimiento de acuerdo mutuo (MAP, por sus siglas en inglés) previsto en el Convenio para resolver el problema.

29. Cuando se examinó por última vez el ámbito del apartado 6 por el anterior Grupo de Expertos, algunos miembros señalaron que existen muchos instrumentos artificiosos a los que recurren las personas para beneficiarse de las disposiciones del Artículo 11, entre otras, mediante la creación o asignación de la deuda respecto de la cual se pagan intereses. Si bien se hizo notar que se pueden invocar principios como la norma de sustancia sobre forma o la doctrina del abuso del derecho u otra doctrina análoga para neutralizar esos instrumentos, la subsecuente adición, en 2017, del apartado 9 del Artículo 29, proporcionó otra forma de abordar estas preocupaciones.

Artículo 12

REGALÍAS

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce las disposiciones del Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, con las siguientes excepciones: primera, aparecen diferencias sustantivas en los apartados 1 y 3; segunda, los apartados 2 y 5 no aparecen en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE con el efecto que los números de los apartados del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas difieren de los del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE; y tercera, se realizó un ajuste de redacción en el apartado 4.

2. Cuando el usuario de una patente o un derecho análogo reside en un país y paga regalías al propietario de ese bien que reside en otro país, la suma pagada por el usuario está sujeta generalmente a un impuesto de retención en su país, es decir, el país fuente. El impuesto del país fuente se aplica sobre los pagos brutos, sin considerar ningún gasto conexo que pueda haber efectuado el propietario. Sin el reconocimiento de tales gastos, es posible que los beneficios que reciba el propietario después de deducir el impuesto constituyan en algunos casos solo un pequeño porcentaje de las regalías brutas. Consecuentemente, el propietario puede tomar en cuenta esa retención del impuesto en el país fuente al ajustar el importe de la regalía, de tal forma que el usuario y el país fuente pagarán más por utilizar la patente o derecho análogo, de lo que hubieran pagado si el impuesto retenido por el país fuente fuera más bajo y tuviera en cuenta los gastos efectuados por el propietario. Una empresa industrial o un inventor pueden haber gastado sumas considerables en la creación del bien que produce las regalías si se considera que los trabajos de investigación y ensayo requieren una inversión de capital considerable y no siempre tienen resultados satisfactorios. Por tanto, el problema de determinar la tasa del impuesto apropiada que debe aplicar el país fuente al monto bruto de las regalías es complejo, en especial porque el usuario puede pagar una suma global por la utilización de la patente o derecho análogo, además de los pagos regulares de regalías.

3. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que contiene comentarios generales relacionados con el tratamiento de las regalías en los tratados tributarios, es aplicable al Artículo 12 de este Modelo:

1. En principio, las regalías por licencias de explotación de patentes y derechos análogos y otros pagos similares constituyen, para el beneficiario, rentas procedentes de un arrendamiento. El arrendamiento puede concederse en relación con una empresa (por ejemplo, el uso de los derechos de autor sobre una obra literaria cedidos por un editor o el derecho de explotación cedido por el inventor) o sin que medie ninguna actividad del titular de la patente (por ejemplo, el derecho de explotación de una patente cedido por los herederos del inventor).

2. Algunos países no permiten la deducción de las regalías pagadas, a efectos de la imposición del pagador, salvo en el caso de que el perceptor resida o esté sujeto a imposición en el mismo Estado que el pagador. En cualquier otro caso, no admiten la deducción. El apartado 4 del Artículo 24 aborda la cuestión de si la deducción debe permitirse igualmente cuando el pagador de las regalías sea residente de un Estado Contratante y el perceptor lo sea del otro Estado Contratante.

B. COMENTARIO A LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 12

Apartados 1 y 2

4. El apartado 1 omite la palabra “sólo” que aparece en la disposición correspondiente del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, que dispone que “las regalías procedentes de un Estado Contratante cuyo beneficiario efectivo (beneficial owner) sea un residente del otro Estado Contratante solo podrán someterse a imposición en este último Estado”. El apartado 2 es una adición que se desprende lógicamente de la premisa subyacente en el apartado 1, esto es, que las regalías se pueden gravar tanto en el país fuente como en el país de residencia. Al reconocer que el derecho de gravar las regalías pueden ser compartido entre el Estado de residencia y el Estado fuente, el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas se aparta del principio del derecho exclusivo de imposición del Estado de residencia estatuido en

la Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. En este contexto, debe observarse que varios Estados miembros de la OCDE han hecho reservas en cuanto a la imposición exclusiva de las regalías por el Estado de residencia prevista en el Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

5. Durante la discusión del anterior Grupo de Expertos en 1999, los miembros de países en desarrollo opinaron que, a fin de facilitar la conclusión de convenios tributarios entre esos países y los países desarrollados, debía concederse el derecho primario a gravar las regalías al país del que procediera la renta, es decir, el país fuente. Las patentes y los procesos se podían licenciar a los países en desarrollo después de haber sido plenamente explotados en otras partes y, según ellos, cuando los gastos efectuados en relación con su desarrollo habían sido ya ampliamente amortizados.

6. Algunos miembros de países desarrollados respondieron que sería poco realista suponer que las sociedades seleccionaban las patentes más antiguas para su concesión a los países en desarrollo. Normalmente, una empresa concedería sus patentes a las subsidiarias extranjeras y, por consiguiente, seleccionaría las invenciones más recientes, con la esperanza de ampliar los mercados existentes o de abrir otros nuevos. Las patentes no son mercancías, sino instrumentos para promover la producción industrial. Varios miembros de países desarrollados sostuvieron que, por principio, el país de residencia del propietario de una patente o de un derecho análogo debía tener un derecho exclusivo o prioritario a someter a imposición las regalías pagadas por ellos.

7. Como el anterior Grupo de Expertos no llegó a un consenso sobre una tasa específica para el impuesto retenido en la fuente sobre el importe bruto de las regalías, se decidió que la tasa debería determinarse mediante negociaciones bilaterales. Las siguientes consideraciones deberían ser tomadas en cuenta en dichas negociaciones:

- Primero, el país fuente debería reconocer tanto los gastos corrientes asignables a la regalía como los efectuados para el desarrollo del bien cuyo uso diera origen a esa regalía. Debería ser considerado que estos últimos gastos son también asignables a los beneficios obtenidos de otras regalías o actividades, pasadas o futuras asociadas con esos gastos, y asimismo que

otros gastos no efectuados directamente para el desarrollo de ese bien podían haber contribuido, sin embargo, de forma significativa a ese desarrollo.

- Segundo, si se acuerda en una proporción de gastos al determinar una tasa bruta en el país fuente, el país del beneficiario, si aplicara el método de crédito de impuestos, debería tomar esa proporción de gastos para determinar la aplicación de su crédito, siempre que fuera viable. Por consiguiente, la cuestión debería considerarse en los Artículos 23A o 23B.

8. Otros factores que podrían influir las determinaciones de la tasa del impuesto retenido en la fuente sobre las regalías brutas, incluyendo la necesidad de los países en desarrollo de obtener rentas y de conservar divisas; el hecho de que en casi todos los casos los pagos de regalías se hacen de países en desarrollo a países desarrollados; el grado de asistencia que los países desarrollados deben prestar, por diversas razones, a los países en desarrollo, y la especial importancia de facilitar esa asistencia en el contexto de los pagos de regalías; la conveniencia de impedir que se transfiera la carga del impuesto al licenciatarario en el contrato de licencia; la posibilidad que la tributación en la fuente da a un país en desarrollo de formar juicios selectivos en virtud de los cuales puede, mediante reducciones o exenciones de impuestos, fomentar los acuerdos de otorgamiento de licencias si los estima convenientes para su desarrollo; la disminución de los riesgos de evasión fiscal resultante de la tributación en el país fuente; el hecho de que el país del licenciante facilite los servicios y actividades necesarios para la explotación de la patente, asumiendo así los riesgos correspondientes; la conveniencia de obtener y fomentar una corriente de tecnología hacia los países en desarrollo; la conveniencia de ampliar el campo de actividad del licenciante en la utilización de sus investigaciones; los beneficios que los países desarrollados obtienen del desarrollo mundial en general; la importancia relativa de los ingresos fiscales que se sacrifican; y la relación entre la decisión por la que se fija el importe de las regalías y otras decisiones adoptadas en las negociaciones.

9. La renta procedente de la renta de películas no debe tratarse como beneficio industrial y comercial, sino que debe regularse en el contexto de las regalías. El impuesto se recaudaría sobre una base bruta, pero los gastos serían considerados al determinar la tasa del

impuesto en la fuente. En cuanto a los gastos, hay ciertos factores que podrían considerarse específicos de la renta de películas. Como regla general, los gastos de los productores de películas podrían ser mucho más elevados y sus beneficios menores que en el caso de las regalías industriales. Por otra parte, como una parte considerable de los gastos de las películas corresponde a las elevadas remuneraciones pagadas a los actores y a otros participantes que son imponibles exclusivamente por el país de residencia y no por el país fuente, tales gastos tal vez no justifican ninguna deducción importante del impuesto en la fuente. Sin embargo, podría decirse que las cantidades involucradas sí son verdaderos costos para el productor y deben tenerse en cuenta, y que a la vez todos los países interesados deben colaborar para que esas rentas no escapen a la imposición. Además, si bien el hecho de que se hayan amortizado los gastos en el país de residencia no quiere decir que esos gastos no deban tenerse en cuenta en la fuente, las películas antiguas pueden presentar en algún punto una situación diferente.

10. Algunos miembros del anterior Grupo de Expertos expresaron que, dado que los derechos de autor representan esfuerzos culturales, deberían ser exentos de tributación en el país fuente. Otros miembros, sin embargo, argumentaron que el país de residencia aplicaría el impuesto y la reducción en la fuente no beneficiaría al autor. Otros miembros se manifestaron a favor de eximir las regalías de derechos de autor en la fuente, no necesariamente por razones culturales, sino porque el país de residencia está en mejor situación para evaluar los gastos y las circunstancias personales del creador de las regalías, incluyendo el tiempo que ha sido dedicado para la creación del libro u otras obras registradas; una reducción en la imposición en el país fuente en algunos casos, podría considerarse por el hecho de que la imposición en el país fuente sería demasiado elevada para ser absorbida por el crédito del país de residencia. Sin embargo, los países fuente podrían no estar dispuestos a aceptar este enfoque del problema. Aún más, si quien tratara con el país fuente fuera el editor y no el autor, los argumentos en favor de la exención de las rentas del autor basados en su situación personal obviamente no se aplicarían al editor.

11. Los cambios realizados en 2014 al Comentario sobre el Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE dejaron claro, en lo que respecta al apartado 2 del Artículo 3, que el concepto de beneficiario efectivo (*beneficial owner*) utilizado en el apartado 2

del Artículo 12 estaba destinado a interpretarse en el contexto que aparece y no con referencia al derecho interno de los Estados Contratantes. En 2021, el Comité estuvo de acuerdo con esta aplicación del apartado 2 del Artículo 3 al concepto de beneficiario efectivo. Sin embargo, se señaló que el Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, a diferencia del Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, establece la tributación en fuente de las regalías y que el término beneficiario efectivo también fue utilizado en los Artículos 12A y 12B del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que trata de la interpretación del concepto de beneficiario efectivo, es aplicable al apartado 2 del Artículo 12 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en las cursivas entre corchetes, que no forman parte del Comentario sobre el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

4. El requisito del beneficiario efectivo (*beneficial owner*) [...] se introdujo en el apartado [2] del Artículo 12 para aclarar [*el significado de las palabras “pagado a un residente” tal como se utiliza en el apartado 1 del Artículo.*] Deja claro que el Estado de la fuente no está obligado a renunciar a los derechos impositivos sobre las rentas por regalías simplemente porque esas rentas se hayan pagado directamente a un residente de un Estado con el que el Estado de la fuente haya celebrado un convenio. Por lo tanto, el término “beneficiario efectivo” no se utiliza en un sentido técnico estricto (como el significado que tiene en virtud de la ley de fideicomisos de muchos países de derecho común (*common law*)¹), sino que debe entenderse en su contexto y a la luz del objeto y fin del Convenio incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y prevenir la prevención de la evasión y elusión fiscal.

1 Por ejemplo, cuando los fiduciarios de un fideicomiso discrecional no distribuyen regalías ganadas durante un período dado, estos fiduciarios, actuando como tales (o el fideicomiso, si se reconoce como un contribuyente independiente) pueden ser los beneficiarios efectivos (*beneficial owners*) de dichas rentas para los propósitos del Artículo 12, incluso si no son los beneficiarios efectivos de conformidad con la ley de fideicomisos pertinente.

4.1 El Estado de la fuente concederá una desgravación o exención con respecto a un elemento de renta a un residente del otro Estado Contratante para evitar total o parcialmente la doble imposición que de otro modo se derivaría de la imposición simultánea de esa renta por parte del Estado de residencia. Cuando un elemento de renta se paga a un residente de un Estado Contratante que actúa en calidad de agente o mandatario, sería incompatible con el objeto y fin del Convenio que el Estado de la fuente otorgue una compensación o exención simplemente por considerar al receptor directo de la renta como residente del otro Estado Contratante. El receptor directo de la renta en esta situación califica como residente, pero no surge una posible doble imposición como consecuencia de esa condición, ya que el receptor no es tratado como propietario de la renta a efectos fiscales en el Estado de residencia.

4.2 Sería igualmente incompatible con el objeto y el propósito del Convenio que el Estado de la fuente otorgue una compensación o exención cuando un residente de un Estado Contratante que no sea a través de una agencia o de una persona designada, simplemente actúa como un conducto para otra persona que de hecho recibe el beneficio de la renta en cuestión. Por estas razones, el informe del Comité de Asuntos Fiscales de la [OCDE] titulado “Convenios de doble imposición y el uso de sociedades instrumentales”¹ concluye que una sociedad instrumental normalmente no puede ser considerada propietaria efectiva si, a pesar de ser el propietario formal, tiene, en la práctica, potestades muy restringidas que la convierten, en relación con las rentas de que se trate, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de los interesados.

1 Reproducido [en la página R (6) -1 del] Volumen II de la versión [completa] del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE [2017] [disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page1833, consultado el 10 de mayo de 2021.]

4.3 En estos diversos ejemplos (agente, mandatario, sociedad instrumental actuando como fiduciario o administrador), el receptor directo de las regalías no es el “beneficiario efectivo” (*beneficial owner*) porque el derecho de ese receptor a usar y disfrutar de las regalías está limitado por una obligación contractual o legal de transferir el pago recibido a otra persona. Tal obligación normalmente se derivará de los documentos jurídicos pertinentes, pero también se puede determinar que existe sobre la base de hechos y circunstancias que demuestren que, en esencia, el receptor claramente no tiene el

derecho de usar y disfrutar de las regalías sin restricciones por un contrato u obligación legal de transferir el pago recibido a otra persona. Este tipo de obligación no incluiría obligaciones contractuales o legales que no dependan de la recepción del pago por parte del receptor directo como una obligación que no dependa de la recepción del pago y que el destinatario directo tenga como deudor o como una parte en transacciones financieras u obligaciones de distribución típicas de los planes de pensiones y de los vehículos de inversión colectiva con derecho a los beneficios del tratado de conformidad con los principios de los párrafos [12 a 32 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo]. Cuando el receptor de las regalías tiene el derecho de usar y disfrutar de las regalías sin restricciones por una obligación contractual o legal de transferir el pago recibido a otra persona, el receptor es el “beneficiario efectivo” de estas regalías. También cabe señalar que el Artículo 12 se refiere al beneficiario efectivo de las regalías en contraposición al propietario de los derechos con respecto al cual se pagan las regalías, que pueden ser diferentes en algunos casos.

4.4 El hecho de que el receptor de las regalías sea considerado el beneficiario efectivo de estas regalías no significa, sin embargo, que la [limitación del impuesto prevista en el apartado 2] deba concederse automáticamente. [Esta limitación de impuestos no debe concederse en casos de abuso de esta disposición]. Las disposiciones del Artículo 29 y los principios expuestos en la sección sobre “Uso indebido del Convenio” en el Comentario al Artículo 1 se aplicarán para prevenir abusos, incluidas las situaciones de triangulación de beneficios (*treaty shopping*) en las que el receptor es el beneficiario efectivo de las regalías. Si bien el concepto de “beneficiario efectivo” se ocupa de algunas formas de elusión fiscal (es decir, las que implican la interposición de un destinatario que está obligado a transferir las regalías a otra persona), no se ocupa de otros casos de abusos, como ciertas formas de triangulación de beneficios, que se abordan en estas disposiciones y principios y, por lo tanto, no se debe considerar que restringen en modo alguno la aplicación de otros enfoques para abordar tales casos.

4.5 Las explicaciones anteriores sobre el significado de “beneficiario efectivo” dejan en claro que el significado que se le brinda a este término en el contexto del Artículo debe distinguirse del significado diferente que se le ha dado a ese término en el contexto de otros instrumentos¹ que se refieren a la determinación de las personas (generalmente las personas naturales) que ejercen el control final sobre las entidades o activos. Ese significado diferente de “beneficiario efectivo” no puede aplicarse en el contexto del Convenio. De hecho, ese

significado, que se refiere a personas naturales (personas naturales), no puede conciliarse con la redacción expresa del subapartado 2 a) del Artículo 10, que se refiere a la situación en la que una sociedad es el beneficiario efectivo de un dividendo. [En el contexto de los Artículos 10, 11, 12, 12A y 12B, el término “beneficiario efectivo” tiene por objeto abordar las dificultades que surgen del uso de las palabras “pagado a” en relación con dividendos, intereses, regalías, honorarios por servicios técnicos y rentas de los servicios digitales automatizados en lugar de las dificultades relacionadas con la propiedad de los bienes o los derechos subyacentes con respecto de los cuales se pagan los importes]. Por esa razón, sería inapropiado, en el contexto de estos Artículos, considerar un significado desarrollado para referirse a las personas naturales que ejercen “el control efectivo último sobre una persona jurídica o acuerdo”.²

- 1 Véase, por ejemplo, Grupo de Acción Financiera, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation* (GAFI)- Las recomendaciones del GAFI (OCDE-GAFI, París, 2012), que establece en detalle el estándar internacional contra el lavado de capitales. y que incluye la siguiente definición de beneficiario efectivo (en la página 110): “la(s) persona(s) natural(es) que en última instancia posee o controla a un cliente y / o la persona en cuyo nombre se realiza una transacción. También incorpora a aquellas personas que ejercen el control efectivo final sobre una persona jurídica o un acuerdo”. De manera similar, el informe de 2001 del Grupo Directivo de Gobierno Corporativo de la OCDE, *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes* (OCDE, París, 2001), define el beneficiario efectivo de la siguiente manera (en la página 14):

En este Informe, “beneficiario efectivo” se refiere al beneficiario final o al interés de una persona natural. En algunas situaciones, descubrir al beneficiario efectivo puede implicar perforar a través de varias entidades intermediarias y / o personas naturales hasta que se encuentre al verdadero propietario, que es una persona natural. Con respecto a las corporaciones, la propiedad está en manos de accionistas o miembros. En las asociaciones de personas (*partnerships*), los intereses están en manos de socios generales y limitados. En fideicomisos y fundaciones, la propiedad real se refiere a los beneficiarios, que también pueden incluir al fideicomitente o fundador.

- 2 Véase la definición del Grupo de Acción Financiera citada en la nota anterior.

4.6 Sujeto a otras condiciones impuestas por el Artículo y las demás disposiciones del Convenio, [la limitación de impuestos] en el Estado

de la fuente se mantiene cuando un intermediario, como un agente o mandatario ubicado en un Estado Contratante o en un tercer Estado, se interpone entre el beneficiario y el pagador [*pero*] el beneficiario efectivo es un residente del otro Estado Contratante (el texto del [*Modelo de Convenio Tributario de Naciones Unidas se modificó en 2021 para aclarar este punto tras las enmiendas realizadas al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE en 1995 y 2014*]).

Apartado 3

12. El presente apartado reproduce el apartado 2 del Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, pero no incorpora la enmienda introducida a este último en 1992, en virtud de la cual se eliminó del apartado el arrendamiento de equipo del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Asimismo, el apartado 3 del Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas incluye pagos por cintas como regalías que no están incluidas en la disposición pertinente del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

13. En 2021, el Comité introdujo el Artículo 12B que aborda los servicios digitales automatizados. Como resultado, la descarga de software y algunos otros contenidos digitales pueden estar cubiertos por el Artículo 12B y los párrafos 12 a 17.4 del Comentario sobre el Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citados a continuación, deben leerse de dicha manera. Sin embargo, debido a que el apartado 7 del Artículo 12B establece que las “rentas por servicios digitales automatizados” no incluyen los pagos que califican como “regalías”, aún es necesario determinar en qué medida la descarga de software y otros contenidos digitales constituye el uso de un derecho de autor, en cuyo caso un pago por dicha descarga estaría cubierto por el apartado 3 del Artículo 12. En otros casos, como se explica en el Comentario de la OCDE citado más adelante, los pagos en contraprestación por la descarga de software y otros contenidos digitales no estarían cubiertos por Artículo 12 pero sí por el Artículo 7, 12B o 13. Sujeto a estas observaciones y a los comentarios adicionales en los párrafos 14 a 25 a continuación, el Comité considera que la parte del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 que se reproduce abajo, que proporciona explicaciones adicionales sobre la definición de regalías, es aplicable al apartado 3 del Artículo 12 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en

cursivas y entre corchetes se han insertado y no forman parte del Comentario sobre el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, sino que han sido introducidas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

8. El apartado 2 contiene una definición del término “regalías”. En general, se refiere a bienes o derechos que forman parte de las diferentes modalidades de la propiedad literaria y artística, a los elementos de la propiedad intelectual e industrial especificados en el texto, así como a la información relativa a la experiencia adquirida en los campos industrial, comercial o científico. La definición se aplica a los pagos efectuados por el uso o por la cesión del uso o explotación de alguno de los derechos antes citados, inscritos o no en un registro público, y susceptibles o no de inscripción. La definición comprende tanto los pagos realizados en ejecución de un contrato de cesión como las cantidades que una persona resulte obligada a pagar por la reproducción fraudulenta o la vulneración de estos derechos.

[...]

8.4 Como guía, a continuación, algunas explicaciones son brindadas a fin de delimitar el campo de aplicación del Artículo 12 en relación con el de otros Artículos del Convenio, en lo que respecta, particularmente, [*arrendamiento de equipos y*] al suministro de información.

[...]

10. Los pagos en concepto de arrendamiento de películas cinematográficas también se consideran regalías si las películas se proyectan tanto en salas de cine como en la televisión. Sin embargo, en las negociaciones bilaterales puede acordarse que los pagos en concepto de arrendamiento de películas cinematográficas se consideren como beneficios empresariales, por tanto, sujetos a las disposiciones de los Artículos 7 y 9 [*o 12B*].

[...]

11. Al calificar como regalías las cantidades pagadas por información relacionada con la experiencia adquirida en los campos industrial, comercial o científico, el apartado 2 se refiere al concepto de *know-how*. Varios órganos especializados y autores han formulado definiciones de este concepto. La expresión “pagos... por información relacionada con la experiencia adquirida en los campos industrial,

comercial o científico” se utiliza en el contexto de la transmisión de cierta información no patentada y que, por lo general, no recae en el ámbito de otras categorías de derechos sobre la propiedad intelectual. Normalmente se trata de información no revelada de carácter industrial, comercial o científico, nacida de la experiencia previa, que tiene aplicaciones prácticas en la operación de una empresa, y de cuya divulgación puede derivarse un beneficio económico. Dado que la definición está relacionada con información relativa a experiencias previas, el Artículo no es aplicable a los pagos efectuados por información nueva obtenida como resultado de la prestación de servicios a instancia del pagador. *[Algunos miembros del Comité, sin embargo, opinan que no hay motivos para limitar el ámbito de la información de carácter industrial, comercial o científico a la resultante de una experiencia anterior.]*

11.1 En el contrato de *know-how*, una de las partes acuerda en comunicar a la otra su experiencia o conocimientos especializados, no revelados al público, de manera que pueda utilizarlos por su cuenta. Se reconoce que el cedente no tiene que intervenir en el uso que el cesionario haga de las fórmulas cedidas y que no garantiza el resultado.

11.2 Este tipo de contrato difiere, pues, de aquellos otros de prestaciones de servicios, en los que una de las partes se obliga a utilizar los conocimientos usuales de su profesión para realizar ella misma un trabajo para la otra parte. Los pagos hechos en virtud de estos contratos los regula, en general, el Artículo 7 [12A o el Artículo 14].

11.3 La necesidad de distinguir entre estos dos tipos de pagos, a saber, los pagos por la aportación de *know how* y los pagos por prestación de servicios, a veces genera dificultades prácticas. Los siguientes criterios son significativos para establecer esta distinción:

- Los contratos de *know how* se refieren al tipo de información descrita en el párrafo 11 [*del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario del 2017 citado anteriormente*] que ya existe, o al suministro de este tipo de información después de desarrollarla o de crearla e incluyen disposiciones específicas relativas a la confidencialidad de esa información.
- En los casos de contratos de prestación de servicios, el proveedor se compromete a prestar servicios que pueden requerir el uso, por ese proveedor de servicios, de conocimientos especializados, de sus habilidades y experiencia, pero no la transferencia de dichos conocimientos especializados, habilidades o experiencia a la otra parte.

- En la mayoría de los casos que impliquen la aportación de *know how*, el proveedor, por lo general, tendrá poco más que hacer en cumplimiento del contrato además de proporcionar la información disponible o reproducir el material existente. Por otro lado, un contrato de prestación de servicios supondrá, en la mayoría de los casos, que el proveedor tiene que incurrir en un gasto mucho más elevado para poder cumplir sus obligaciones contractuales. Por ejemplo, atendiendo a la naturaleza de los servicios que se han de prestar, el proveedor puede tener que incurrir en gastos de sueldos y salarios de empleados asignados a la investigación, diseño, pruebas, bosquejos y a otras actividades conexas o para remunerar a los subcontratistas encargados de prestar servicios similares.

11.4 Los ejemplos siguientes describen pagos que, por tanto, no deben considerarse percibidos como contraprestación por la aportación de *know-how* sino por la prestación de servicios:

- los pagos obtenidos como contraprestación por servicios posventa,
- los pagos por los servicios prestados por un vendedor en el marco de la garantía debida al comprador;
- los pagos por asistencia técnica en sentido estricto;
- los pagos por listados de clientes potenciales, cuando tales listados se confeccionen específicamente para el deudor con información de carácter público (sin embargo, el pago por un listado confidencial de clientes a los que el perceptor de dicho pago ha suministrado un producto o servicio concreto, sí constituiría un pago por conocimientos prácticos, dado que estaría relacionado con la experiencia comercial de éste en sus relaciones con dichos clientes);
- los pagos por los dictámenes emitidos por un ingeniero, un abogado o un experto contable; y
- los pagos por asesoramiento prestado por vía electrónica, por las comunicaciones electrónicas con técnicos o por el acceso, vía redes informáticas, a una base de datos de solución de problemas, como puede ser una base de datos que facilita información no confidencial, en respuesta a preguntas frecuentes o a problemas comunes que se plantean a menudo a los usuarios del software.

11.5 En el caso particular de un contrato que supone la aportación por parte del proveedor de información relativa a programación

informática, como regla general solo se considerará que el pago se ha efectuado en contraprestación por haber aportado la citada información, para constituir una aportación de *know-how*, cuando dicho pago se efectúa para adquirir la información que integra las ideas y los principios que subyacen al programa, tales como la lógica, los algoritmos, o las técnicas o lenguajes de programación, cuando esta información se facilita condicionada a que el cliente no puede revelarla sin autorización, o cuando esté sujeta a cualquier forma de protección de los secretos comerciales disponible.

11.6 En la práctica empresarial se encuentran contratos que abarcan tanto el *know-how* como los servicios de asistencia técnica. Un ejemplo, entre otros, de contratos de esta especie es el contrato de franquicia, en el cual el cedente comunica al cesionario sus conocimientos y su experiencia y le suministra además diversos tipos de asistencia técnica, acompañada en ciertos casos de ayudas financieras y entregas de bienes. El procedimiento adecuado, en principio, en el caso de un contrato mixto, es descomponer la contraprestación total acordada con la ayuda de la información contenida en el contrato, o aplicando una distribución razonable, en función de las diversas prestaciones recogidas en el mismo y someter cada una de las partes de la contraprestación así determinadas, al régimen fiscal que les corresponda. Cuando, sin embargo, una parte de las prestaciones convenidas constituya, claramente, el objeto principal del contrato y las restantes prestaciones acordadas no tengan más que un carácter auxiliar y de escasa importancia, el tratamiento aplicable a la parte principal se deberá aplicar, en términos generales, al importe total de la contraprestación.

12. Cuándo se pueden clasificar como regalías los pagos recibidos como contraprestación por software plantea problemas difíciles, pero constituye un asunto de considerable importancia habida cuenta del rápido desarrollo experimentado por las tecnologías informáticas en los últimos años, y de la cuantía de las transferencias internacionales de tecnología en este campo. En 1992 se modificaron los Comentarios de [la OCDE] para exponer los principios rectores sobre los que debía hacerse tal clasificación. Los párrafos 12 a 17 [del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario del 2017, tal como se citan en este Comentario] se modificaron de nuevo en el año 2000 para refinar el análisis mediante el cual distinguir los beneficios empresariales de las regalías en las operaciones relativas al software. En la mayoría de los casos, el análisis revisado no generará un resultado diferente.

12.1 El software puede describirse como un programa, o una serie de programas, que contiene las instrucciones que requiere un ordenador

para su funcionamiento (software operativo) o para la ejecución de otras tareas (software de aplicaciones). El software puede transferirse por distintos medios, por ejemplo, por escrito o electrónicamente, en una cinta o disco magnéticos, en un disco de láser o en un CD -ROM. Puede ser estándar para una amplia gama de aplicaciones o personalizado para un usuario específico. Puede transferirse como parte integrante del equipo informático o de forma independiente para su uso en equipos diversos.

12.2 El carácter de los pagos percibidos en operaciones que implican la transferencia de software informático depende de la naturaleza de los derechos que adquiere el receptor en virtud del acuerdo específico relativo a la utilización y explotación del programa. Los derechos sobre los programas informáticos constituyen una forma de propiedad intelectual. Un estudio de las prácticas seguidas por los países miembros de la OCDE ha demostrado que todos ellos, salvo uno, protegen dichos derechos, explícita o implícitamente, al aplicárseles la legislación en materia de derechos de autor. Aunque el término “software informático” se utilice normalmente para describir tanto el programa —en el que subsisten los derechos de propiedad intelectual (derechos de autor)— como el medio a través del que se materializa, las legislaciones sobre derechos de autor de la mayoría de los países miembros de la OCDE distinguen entre los derechos de autor sobre el programa y el software que materializa una copia del programa objeto de dichos derechos. La cesión de los derechos relativos al software se produce de muy diversas formas que van desde la enajenación de todos los derechos de autor relativos a un programa hasta la venta de un producto cuyo uso está sujeto a restricciones. La contraprestación pagada puede revestir también diversas formas. Estos factores pueden dificultar la distinción entre los pagos por software, que pueden considerarse correctamente como regalías y otros tipos de pagos. La dificultad de dicha distinción se agrava por la facilidad de reproducir el software informático, y porque la adquisición de software implica, con frecuencia, que el adquirente necesite hacer una copia para posibilitar su funcionamiento.

13. Los derechos del beneficiario de la transferencia, en la mayoría de los casos comprenden total o parcialmente los derechos de autor subyacentes (véanse los párrafos 13.1 y 15 [*en el Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citados más adelante*]), o pueden constituir, de hecho (o ser equivalentes), los derechos parciales o totales sobre una copia del programa (la “copia del programa”), con independencia de que dicha copia se

materialice en un soporte físico o se proporcione electrónicamente (véanse los párrafos 14 a 14.2 [*del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado más adelante*]). En casos excepcionales, la operación puede constituir una transferencia de *know-how* o de una fórmula secreta (párrafo 14.3) [*del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE del 2017, citado más adelante*].

13.1 Los pagos efectuados para adquirir parcialmente los derechos de autor (sin que el autor cedente enajene íntegramente sus derechos) constituyen una regalía cuando la contraprestación se paga por la cesión del uso o de explotación del programa de forma que, en ausencia de esta licencia, tal uso o explotación constituirían una vulneración de los derechos de autor. Como ejemplo de tales acuerdos, se incluyen las licencias para la reproducción y distribución pública de un software que contenga el programa protegido por los derechos de autor, o para modificar y exhibir públicamente el programa. En estas circunstancias, los pagos se realizan por la cesión del uso del derecho de autor del programa (es decir, de explotación de los derechos que, de otro modo, habrían sido prerrogativa exclusiva del titular del derecho de autor). Debe señalarse que, aun cuando el pago por software pueda considerarse propiamente como una regalía, la aplicación de las disposiciones del Artículo referentes a los derechos de autor a dichos pagos plantea dificultades desde el momento en que el apartado 2 exige que el software se clasifique como obra literaria, artística o científica. Ninguna de estas categorías parece plenamente satisfactoria. Las leyes relativas a los derechos de autor de muchos países tratan el problema asimilando específicamente el software a una obra literaria o científica. Para otros países, la asimilación a una obra científica parece el enfoque más realista. Los países que no tengan la posibilidad de asimilar el software a ninguna de estas categorías pueden adoptar justificadamente en sus negociaciones bilaterales una versión modificada del apartado 2 que, o bien suprima toda referencia a la naturaleza de los derechos de autor, o bien haga una mención expresa al software.

14. En otros tipos de operaciones los derechos adquiridos en relación con los derechos de autor se limitan a aquellos necesarios para permitir al usuario la utilización del programa, por ejemplo, cuando al cesionario se le conceden unos derechos limitados de reproducción del programa. Este será el caso normal en las operaciones de adquisición de una copia del programa. Los derechos transferidos en estos casos son inherentes a la propia naturaleza de los programas informáticos. Permiten al usuario copiar el programa, por ejemplo,

en el disco duro del ordenador o para su archivo. En este contexto, es importante destacar que la protección concedida a los programas informáticos por la legislación sobre los derechos de autor puede diferir de un país a otro. En algunos países, el hecho de copiar el programa en el disco duro o en la memoria de acceso aleatorio (RAM) de un ordenador constituiría, en ausencia de una autorización, una vulneración de los derechos de autor. Sin embargo, las legislaciones de numerosos países en materia de derechos de autor conceden automáticamente dicho derecho al propietario del software que constituya un programa informático. Independientemente de que este derecho se conceda en virtud de la ley o de un contrato de licencia con el titular de los derechos de autor, la copia del programa en el disco duro o en la memoria RAM del ordenador, o la realización de una copia de seguridad, constituyen una operación esencial en la utilización del citado programa. Por lo tanto, los derechos referentes a estos actos de copia, cuando únicamente permiten el adecuado funcionamiento del programa para el usuario, no deben tenerse en cuenta en el análisis de la calificación de la operación a efectos de tributación. Los pagos relativos a este tipo de operaciones se considerarán rentas comerciales, conforme al Artículo 7[,12B o 13, según el caso].

14.1 No es relevante el método utilizado para transferir el programa informático a su destinatario. Por ejemplo, poco importa que éste adquiera un disco informático que contenga una copia del programa o reciba directamente una copia en el disco duro de su ordenador por medio un módem. Carece también de importancia que el uso del software por el adquirente esté sujeto a restricciones.

14.2 La facilidad de reproducir programas informáticos ha dado lugar a contratos de distribución por los que el adquirente obtiene los derechos de hacer múltiples copias del programa solo a los fines de utilizarlo en su propia actividad económica. Tales contratos se denominan comúnmente como “licencia de sitio” o “licencia de empresas” o “licencia de red”. Aunque dichos acuerdos permitan la realización de múltiples copias del programa, tales derechos se limitan generalmente a los necesarios para permitir el funcionamiento del programa en los ordenadores o en la red del adquirente y la licencia no permite la reproducción con cualquier otro fin. Los pagos efectuados en el marco de estos contratos se tratan, en la mayoría de los casos, como beneficios empresariales, de conformidad con el Artículo 7.

14.3 Otro tipo de operación que implica la transferencia de software es el caso, menos frecuente, de una empresa de software o un programador que acepta suministrar información sobre las ideas y

principios que subyacen al programa, tales como la lógica, los algoritmos, o los lenguajes o técnicas de programación. En tal caso, los pagos pueden calificarse como regalías en la medida que constituyan la contraprestación por el uso, o por la cesión del uso de fórmulas secretas o por información relacionada con la experiencia adquirida en los campos industrial, comercial o científico, que no pueden protegerse por derechos de autor de forma diferenciada. Esto contrasta con la situación habitual en la que el usuario final adquiere una copia del programa para su uso.

14.4 Los acuerdos entre los titulares de los derechos de autor sobre un software y un intermediario distribuidor, por lo general otorgan al intermediario distribuidor el derecho de distribución de copias del programa sin incluir el derecho de reproducción de ese programa. En estas operaciones, la parte de los derechos de autor que se adquieren se limitan a los necesarios para que el intermediario comercial distribuya copias del software. En tales operaciones, los distribuidores están pagando únicamente por la adquisición de copias del software y no por explotar ninguno de los derechos de autor que lo protegen. Por tanto, en una operación en la que el distribuidor efectúe un pago para adquirir y distribuir copias de software (sin derecho de reproducirlo), al analizar la naturaleza de la operación con fines tributarios deben obviarse los derechos relacionados con este acto de distribución. Los pagos percibidos en este tipo de operaciones se tratarán como beneficios empresariales, conforme al Artículo 7. Y así será con independencia de que las copias se distribuyan a través de soportes físicos o medios electrónicos (sin que el distribuidor tenga el derecho de reproducirlo) o de que el software esté sujeto a una mínima adaptación al cliente a los efectos de su instalación.

15. Cuando la contraprestación remunera la transferencia de la titularidad plena de los derechos comprendidos en los derechos de autor, este pago no puede constituir una regalía y las disposiciones del Artículo no le son aplicables. Pueden surgir dificultades cuando haya una transferencia de derechos que abarque:

- un derecho exclusivo de uso de los derechos de autor durante un período o en un área geográfica limitados;
- una contraprestación adicional vinculada al uso;
- una contraprestación en forma de pago global de una cuantía importante.

16. Cada caso se tratará en función de sus circunstancias particulares, aunque en general, si el pago se realiza como contraprestación por

la transferencia de derechos que constituyen un bien distinguible y concreto (lo que es más probable en el caso de derechos limitados geográfica que temporalmente), tales pagos constituirán probablemente beneficios empresariales comprendidos en el Artículo 7, o ganancias de capital obtenidas dentro del Artículo 13, antes que regalías en el sentido del Artículo 12. Esto se deduce del hecho de que, cuando se ha enajenado la propiedad de los derechos, la contraprestación no puede referirse al uso de los mismos. El carácter esencial de la operación, una enajenación, no puede resultar alterado por la forma que adopte la contraprestación, por el pago a plazos de la contraprestación o, en opinión de la mayoría de los países, por el hecho de que los pagos sean contingentes.

17. Los pagos por software pueden realizarse en virtud de contratos mixtos. Ejemplos de estos contratos incluyen, ventas de equipo informático con software incorporado y la concesión del derecho de uso del software combinado con la prestación de servicios. Los métodos expuestos en el párrafo 11.6 [*del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OECD de 2017, como se citó anteriormente*], para solucionar problemas similares en lo relativo a regalías correspondientes a patentes y *know-how*, son igualmente aplicables al software. Cuando sea necesario, se procederá a desmembrar el importe total de la contraprestación prevista en el contrato en función de la información allí contenida, o haciendo un reparto razonable, y a aplicar el régimen fiscal correspondiente a cada una de las partes así determinadas.

17.1 Los principios enunciados anteriormente en lo que respecta a los pagos por software son igualmente aplicables a las operaciones relativas a otros tipos de productos digitales como las imágenes, los sonidos o el texto. El desarrollo del comercio electrónico ha multiplicado el número de operaciones de esta naturaleza. Para determinar si los pagos que de ellas se derivan constituyen o no regalías, la cuestión principal que ha de abordarse es identificar el motivo esencial por el que se pagan.

17.2 En ciertos países, la legislación aplicable establece que las operaciones que permiten al cliente descargar electrónicamente productos digitales pueden entrañar un uso de los derechos de autor por el cliente, por ejemplo, porque el contrato permita hacer una o más copias del contenido digital. Cuando la contraprestación responda esencialmente a algo distinto del uso, o de la cesión del uso, de derechos comprendidos en los derechos de autor (como la adquisición de otros tipos de derechos contractuales, datos o servicios) y el uso

de los derechos de autor se limite a los derechos necesarios para la descarga, el almacenamiento y el funcionamiento en el ordenador, la red u otro medio de almacenamiento, ejecución o visualización del cliente, dicha utilización de los derechos de autor no debe afectar al análisis de la naturaleza del pago a los efectos de aplicar la definición de “regalías”.

17.3 Este es el caso de las operaciones que permiten al cliente (que puede ser una empresa) descargar electrónicamente productos digitales (tales como software, imágenes, sonidos, o texto) para su propio uso o disfrute. En esas operaciones, el pago responde esencialmente a la adquisición de los datos transmitidos en forma de señal digital, por lo que no constituye una regalía, sino que queda comprendido en el ámbito de los Artículos 7 [*12B o*] 13, según corresponda. En la medida que el acto de copiar la señal digital en el disco duro del cliente o en cualquier otro soporte no provisional entrañe, en virtud de la legislación y las disposiciones contractuales aplicables, el uso de un derecho de autor por el cliente, esa copia constituye meramente el medio a través del que se captura y almacena la señal digital. Este uso de los derechos de autor no es importante a efectos de la clasificación porque no se corresponde con lo que el pago remunera esencialmente (es decir, la adquisición de datos transmitidos en forma de señal digital), que constituye el factor determinante a efectos de la definición de regalías. Tampoco habría fundamento para asimilar dichas operaciones a “regalías” si, en virtud de la legislación y las disposiciones contractuales aplicables, la creación de una copia se considera como un uso de los derechos de autor por parte del proveedor en lugar de por el cliente.

17.4 En cambio, cuando las operaciones en las que la contraprestación fundamental por la que se efectúa el pago sea la cesión del uso de un derecho de autor sobre un producto digital que se descarga electrónicamente, se generará una regalía. Este sería el caso, por ejemplo, de un editor que paga por adquirir el derecho a reproducir una imagen sujeta a derechos de autor que descargará electrónicamente para que aparezca en la portada de un libro que va a editar. En esta operación, la contraprestación por el pago es, esencialmente, la adquisición del derecho de uso de los derechos de autor inherentes al producto digital, es decir, el derecho a reproducir y distribuir la imagen, y no únicamente la adquisición del contenido digital.

18. Las sugerencias dadas anteriormente, relativas a los contratos mixtos, pueden aplicarse también respecto de ciertas actuaciones realizadas por profesionales del espectáculo y, en particular, en relación con un concierto dirigido por un director de orquesta o un concierto

de un músico. Los honorarios por la actuación musical, junto con los pagados por la emisión radiofónica simultánea, parecen recaer en el ámbito del Artículo 17 [,7, 12A o 14, según sea el caso]. Cuando, en virtud del mismo contrato u otro aparte, la actuación musical se graba y el artista, basándose en su derecho de autor sobre la grabación de audio, negocia que se le paguen regalías por la venta o la reproducción pública de los discos, el Artículo 12 será aplicable a los pagos que perciba en concepto de esas regalías. Sin embargo, cuando por razón de la legislación en materia de derechos de autor o por las cláusulas contractuales aplicables, los derechos de autor sobre una grabación de audio pertenezcan a una persona con la que el artista haya acordado contractualmente prestar sus servicios, (por ejemplo, una actuación musical durante la grabación) o a un tercero, los pagos efectuados en virtud del citado contrato están regulados por los Artículos 7 [,12A o 14 según sea el caso] (por ejemplo, si la actuación se desarrolla fuera del Estado fuente) o por el Artículo 17, y no por este Artículo, incluso si dichos pagos dependen de la venta de las grabaciones.

19. Se señala, además, que los pagos variables o fijos efectuados por la explotación de yacimientos minerales, fuentes u otros recursos naturales se rigen por el Artículo 6 y quedan pues, excluidos del ámbito del presente Artículo.

14. Como se explicó al comienzo del párrafo 13, es necesario considerar el agregado del Artículo 12B del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas al leer desde el párrafo 12 al 17.4 al Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE del 2017 citado anteriormente.

15. Asimismo, algunos miembros del Comité de Expertos opinan que los pagos mencionados en los párrafos 14, 14.1, 14.2, 14.4, 15, 16, 17.2 y 17.3 del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE citado anteriormente en el párrafo 13 pueden constituir regalías. Esta opinión del Comité, registrada inicialmente en la séptima sesión (octubre de 2011) del mismo, fue desarrollada por miembros del Comité junto con la actualización de 2021 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas. La opinión de estos miembros⁵³ es que las situaciones descritas en los párrafos 14 y 14.2 del

53 La decisión de incluir la elaboración de ese punto de vista en el Comentario se adoptó en el vigésimo segundo período de sesiones del Comité, celebrado en abril de 2021.

Comentario de la OCDE citado, deberían dar lugar a regalías porque, contrariamente a las conclusiones de esos párrafos, el hecho de que la copia de software de computadora u otro producto digital constituiría una violación de los derechos de autor si se hace sin una licencia, significa que el usuario está utilizando los derechos de autor cuando ese usuario opera el programa o descarga el producto digital. A estos efectos, consideran que la dependencia señalada en los párrafos 14 y 14.2 del Comentario de la OCDE, sobre el propósito para el cual se efectúa la copia del software, es incorrecta; no consideran que la explotación comercial de un derecho de autor por parte del usuario sea necesaria para caracterizar el pago como una regalía. Como resultado, consideran que siempre que se use una copia de un trabajo protegida por derecho de autor implica el uso del derecho de autor en el trabajo, incluso si ese uso está permitido por la ley del país en cuestión, un pago por ese uso debe considerarse una regalía. Con respecto al párrafo 14.4 del Comentario de la OCDE citado, consideran que los pagos en cuestión tienen la naturaleza de regalías, ya que el derecho a distribuir es un uso de un derecho de autor, que es un derecho económico del propietario del derecho de autor cuya existencia es independiente de otros derechos sobre los derechos de autor, incluido el derecho de copia y el derecho de exhibición. En todos estos casos, consideran impracticable desglosar el pago en contraprestación para diversos usos.

16. En opinión de una gran minoría de los Miembros del Comité,⁵⁴ el Artículo 12 debería permitir los derechos impositivos del Estado fuente incluso en los casos en que el usuario del software no esté explotando los derechos de autor sobre dicho software. En la opinión de estos miembros, el Artículo 12 está destinado a cubrir los pagos por el arrendamiento de una propiedad, que es más amplio que el uso de los derechos de autor. Por ejemplo, si una empresa que es residente del Estado S utiliza en su negocio software de recursos humanos que es propiedad de una empresa que es residente del Estado R, los pagos realizados por ese uso no estarían cubiertos por la definición actual de regalías en el apartado 3 del Artículo 12. En su opinión, dicho Artículo debería abordar las circunstancias en las que el propietario

54 La decisión de incluir esa opinión minoritaria en el Comentario se adoptó en el vigésimo segundo período de sesiones del Comité, celebrado en abril de 2021.

del software de computadora obtiene ganancias al permitir que otra persona use ese software, sin que el propietario establezca ninguna presencia en el Estado donde se usa, o donde resida el usuario, que cumpliera los requisitos del Artículo 5 para la existencia de un establecimiento permanente. En opinión de estos miembros, una persona que realiza pagos por el uso de, o el derecho a usar, software de computadora está efectuando un pago en contraprestación por el arrendamiento de esa propiedad intangible al igual que una persona que realiza pagos por el uso de equipo industrial, comercial o científico (ya incluido en el apartado 3) está efectuando un pago en contraprestación por el arrendamiento de bienes tangibles. Los Estados que comparten este punto de vista pueden querer incluir al final del apartado 3 la siguiente oración:

El término también incluye pagos de cualquier tipo recibidos como contraprestación por el uso de, o el derecho a usar, cualquier software de computadora, o la adquisición de cualquier copia de software de computadora con el propósito de usarlo.

17. La definición de regalías en el apartado 2 del Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE (que corresponde a la definición del apartado 3 del Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas) se modificó en 1992 eliminando las palabras “para el uso de, o el derecho a utilizar equipos industriales, comerciales o científicos” como resultado del informe de la OCDE titulado La Revisión del Modelo de Convenio adoptado por el Consejo de la OCDE el 23 de julio de 1992. Sin embargo, varios países miembros de la OCDE han formulado reservas en este punto.

18. La referencia en el apartado 3 del Artículo 12 de este Modelo a pagos recibidos como contraprestación “por el uso o el derecho de uso de equipo industrial, comercial o equipo científico” aborda las circunstancias en las que el propietario del equipo obtiene ganancias al permitir que otra persona utilice el mismo, sin que el propietario establezca presencia alguna en el Estado en el que es utilizado o en el que el usuario reside, lo que satisficiera los requisitos del Artículo 5 para la existencia de un establecimiento permanente. Para este tipo de negocio, el equipamiento en sí, cuando es utilizado por otra persona, es tratado en el Modelo del Convenio Tributario de las Naciones Unidas con un tratamiento similar al de un establecimiento permanente.

19. El término “equipo”, no está definido en este Modelo. En consecuencia, se aplicarán las disposiciones del apartado 2 del Artículo 3, lo que significa que el término puede tener diferentes significados en los distintos Estados. Sin embargo, hay una característica que estará presente y es que el equipo siempre será utilizado en la realización de una tarea. Es una herramienta utilizada por una empresa, en el sentido que no puede ser disfrutado por sí mismo. Así, por ejemplo, un automóvil alquilado por un turista no puede ser considerado “equipo”. Tampoco el equipo puede incluir propiedad intelectual, bienes inmuebles cubiertos por el Artículo 6 o propiedades cubiertas por el Artículo 8. El equipo industrial, comercial o científico es claramente un subconjunto de equipos y puede, fuera del contexto del consumidor, incluir (no es una lista exhaustiva) barcos, aviones, automóviles, y otros vehículos, grúas, contenedores, satélites, tuberías y cables, etc.

20. Una clara distinción debe hacerse entre las regalías pagadas por uso de equipo, que está comprendido en el Artículo 12 y los pagos que constituyen contraprestación por la venta de equipo, alguno de los cuales o todos pueden estar comprendidos por los Artículos 7, 11, 13, 14 o 21, según sea el caso. Algunos contratos combinan los elementos arrendamiento y venta de modo que resulta difícil determinar su naturaleza y sustancia económica. En el caso de los contratos de venta a crédito, contrato de compra a plazos y otras formas de arrendamiento financiero (finance leasing), parece claro que la venta es el elemento primordial, porque las partes han acordado desde el principio que la propiedad será transferida de uno a otro, aunque han hecho que esto dependa del pago de la última cuota. En consecuencia, las cuotas pagadas por el comprador / arrendatario no constituyen, en principio, regalías. Sin embargo, en el caso de un arrendamiento operativo (operative lease), el único, o al menos el principal objetivo del contrato, es normalmente el arrendamiento, incluso si el arrendatario tiene la posibilidad de optar por la compra del equipo durante ese lapso. El Artículo 12 aplica en el caso normal, a los alquileres pagos por el arrendatario incluso hasta la fecha de derecho de compra. Indicaciones para un leasing arrendamiento financiero (finance lease) en lugar de arrendamiento operativo (operating lease) podría incluir, por ejemplo:

- el contrato de lease es a largo plazo y no cancelable;
- el plazo del lease cubre una parte sustancial (o toda) la vida útil del equipo;

- no habrá otro usuario probable para el equipo o no es factible que el equipo sea arrendado por otro arrendatario;
- el arrendatario del equipo se comporta como su propietario;
- el arrendatario posee un valor residual de riesgo positivo y/o negativo o utilidad con respecto al equipo;
- los pagos del lease del equipo son elevados, sobre todo al principio, de modo que constituyen una proporción desmesuradamente grande de la cantidad necesaria para asegurar la adquisición;
- los pagos del lease superan sustancialmente el valor del alquiler para compensar algo más que el uso de la propiedad; y
- parte de los pagos del lease se designa específicamente como interés o es fácilmente reconocido como equivalente.

21. Con respecto a los operadores satelitales y sus clientes, la caracterización del pago por parte del cliente al operador como regalía, dependerá en gran medida del contrato específico. Si el propietario del satélite lo alquila a otra persona y esa persona lo opera, el pago del arrendamiento sería un pago de regalías por el uso de equipo industrial, comercial o científico. Sin embargo, en muchos casos, el cliente no adquiere o toma posesión o control del satélite, pero hace uso de parte o la totalidad de su capacidad de transmisión. El satélite seguirá siendo manejado por el arrendador. En tales casos, los representantes de los países miembros opinan que el pago debería ser considerado bajo la naturaleza de los servicios de transmisión al que se aplica el Artículo 7, 12A o 12B, según el caso. Otros miembros opinan que un pago por el uso de la capacidad de transmisión (o transporte o capacidad de transmisión en el caso de tuberías o cables) podría ser considerado como pagos efectuados por el arrendamiento de equipo industrial, comercial o científico.

22. Cuando el anterior Grupo de Expertos consideró la parte de la definición de regalías que trata de los pagos recibidos como contraprestación por “información relativa a la experiencia industrial, comercial o científica”, abordó los problemas de distinguir las regalías de los tipos de renta adecuadamente sujetos a otros Artículos del Convenio. Un miembro de un país desarrollado afirmó que el problema era que la definición de “regalías” hace una distinción imperfecta de rentas

que constituyen regalías en el sentido estricto y pagos recibidos por trabajo intelectual y servicios técnicos como encuestas de cualquier tipo (ingeniería, investigación geológica, etc.). Ese mismo miembro también mencionó el problema de distinguir entre regalías similares a rentas de capital y los pagos recibidos por servicios. Dada la amplia definición de “información relativa a la experiencia industrial, comercial o científica”, algunos países tienden a considerar la prestación de trabajo intelectual y servicios técnicos como el suministro de “información relativa a la experiencia industrial, comercial o científica” y considerar el pago por información como regalías.

23. Para evitar esas dificultades, se propuso que la definición de regalías sea restringida excluyendo los pagos recibidos por “información relativa a la experiencia industrial, comercial o científica”. El miembro del país desarrollado también sugirió que un protocolo debería ser anexado en el tratado dejando claro que tales pagos deben considerarse beneficios empresariales a los que se aplicaría el Artículo 7 y que los pagos recibidos por estudios o trabajos de carácter científico o técnico, tales como estudios geológicos, o por servicios de consultoría o supervisión, también deben considerarse beneficios empresariales sujetos a lo dispuesto en el Artículo 7. El efecto de estas disposiciones sería que el país fuente no podría gravar dichos pagos a menos que la empresa tenga un establecimiento permanente en ese país y que la tributación se imponga solo a los elementos de la renta neta de dichos pagos atribuibles a dicho establecimiento permanente.

24. Algunos miembros de países en desarrollo interpretaron la frase “información relativa a experiencia industrial, comercial o científica” con el significado de conocimiento especializado, con valor intrínseco como bienes relativos a procesos industriales, comerciales, o de gestión, transmitidos en forma de instrucciones, asesoramiento, enseñanzas o formulas, planos o modelos, que permitan la utilización de la experiencia adquirida en una materia particular. También señalaron que la definición del término regalías podría ampliarse mediante negociaciones bilaterales para incluir ganancias derivadas de la enajenación de cualquier derecho o propiedad que estuvieran supeditados a la productividad, uso o disposición de los mismos.

25. Además, el anterior Grupo de Expertos convino que la referencia al “derecho de autor de la obra ... literaria” encontrada en la

definición de regalías, podría interpretarse en el sentido de que incluye los derechos de autor relacionados con noticias internacionales.

Apartado 4

26. Este apartado reproduce con modificaciones el Artículo 12 apartado 3 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, el cual establece que el apartado 1 no se aplica a las regalías cuyo beneficiario efectivo sea una persona que tenga establecimiento permanente⁵⁵ en el país fuente si el derecho de propiedad del que derivan las regalías está efectivamente conectado con ese establecimiento permanente.⁵⁶ el anterior Grupo de Expertos decidió modificar el apartado 3 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE mediante la introducción del principio de fuerza de atracción limitada. Además de las regalías excluidas por la aplicación del apartado 1 y el apartado 3 del Artículo de la OCDE, el apartado 4 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas excluye las regalías que se reciben en relación con las actividades empresariales descritas en el Artículo 7 apartado 1 subapartado (c) (actividades empresariales de igual o similar tipo a las de un establecimiento permanente en el país fuente), aun cuando las actividades empresariales no son llevadas a cabo a través de un establecimiento permanente o de una base fija. El Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas también modifica el apartado para remitirse al apartado 2 además del apartado 1.

Apartado 5

27. Este apartado que establece que las regalías se consideran procedentes del país de residencia del deudor de las regalías, es una innovación del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, no encontrado en el Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

28. Como en el caso de los intereses, algunos miembros sugirieron que algunos países tal vez deseen aplicar una norma que identificase la fuente de las regalías como el Estado en que se utilizara el bien o el

55 O una base fija; véase el Artículo 14 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas.

56 O una base fija (véase nota al pie 54 anterior).

derecho que diera origen a esas regalías (la patente, etcétera). Cuando, en las negociaciones bilaterales las dos partes difieren sobre la regla apropiada, una posible solución sería que, en general, se aceptase el lugar de residencia del deudor como fuente de la regalía; pero cuando el derecho o el bien por el que se pagasen las regalías se utilizase en el Estado que tuviese una norma de “lugar de uso”, se consideraría que las regalías procederían de ese Estado.

Apartado 6

29. Este apartado reproduce el apartado 4 del Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario del Artículo 12 del Modelo de Convenio de la OCDE del 2017, es aplicable al apartado 6 del Artículo 12 de este Modelo:

22. Este apartado tiene por objeto limitar el campo de aplicación de las disposiciones relativas a la imposición de las regalías en el caso de que el importe de éstas, en virtud de relaciones especiales que el deudor y el beneficiario efectivo mantengan entre sí o con terceros, exceda del que se hubiese convenido si el deudor y el beneficiario efectivo lo hubieran estipulado en condiciones de plena competencia. Prevé que, en tal caso, las disposiciones del Artículo solo se aplicarán a este último importe y que el exceso será imponible de acuerdo con la legislación de cada Estado Contratante y teniendo en cuenta las demás disposiciones del Convenio. Este apartado solo permite el ajuste de la cuantía de las regalías y no una reclasificación que tuviera como consecuencia la modificación de su naturaleza, por ejemplo, como un aporte de capital social. Para que tal ajuste sea posible conforme a los términos del apartado 4 del Artículo 12, será necesario como mínimo, suprimir parte de la frase “habida cuenta del uso, cesión de derechos o información por los que se pagan” que introduce una restricción. Si se considera pertinente aclarar esta intención, se podría añadir después de “exceda” una expresión análoga a “por cualquier razón”.

23. Del texto queda claro que, para que se aplique esta disposición, es necesario que los pagos considerados excesivos se deban a relaciones especiales que existan entre el deudor y el beneficiario efectivo (*beneficial owner*) o que ambos mantengan con terceros. A título de ejemplo, pueden citarse los casos de regalías pagadas a una persona natural o jurídica que controle al deudor, directa o indirectamente, que esté controlada directa o indirectamente por este o que dependa de un grupo

que tenga intereses comunes con él. Por lo demás, estos ejemplos son similares o análogos a los supuestos previstos en el Artículo 9.

24. Por otra parte, la noción de relaciones especiales comprende también las relaciones de parentesco por consanguinidad o por afinidad y, en general, toda comunidad de intereses distinta de la relación jurídica que dé lugar al pago de las regalías.

25. En lo que se refiere al régimen aplicable al exceso de las regalías, habrá que apreciar su naturaleza exacta en función de las circunstancias propias de cada caso a fin de determinar la categoría de renta en que debe enmarcarse con vistas a la aplicación de las disposiciones de la legislación tributaria de los Estados interesados y de las disposiciones del Convenio. Si dos Estados Contratantes encontrasen dificultades para determinar las otras disposiciones del Convenio aplicables, según el caso, al exceso de las regalías, nada les impediría añadir a la última frase del apartado 4 algunas precisiones suplementarias a condición de no alterar la pretensión general.

26. En el supuesto de que los principios y reglas de sus legislaciones internas obliguen a cada uno de los Estados Contratantes a aplicar Artículos diferentes del Convenio a efectos de gravar el referido exceso, será necesario acudir al procedimiento de acuerdo mutuo previsto en el Convenio para resolver la dificultad.

30. Cuando el alcance del apartado 6 fue examinado por última vez por el anterior Grupo de Expertos, algunos miembros señalaron que se recurre a muchos artificios para sacar ventaja de las disposiciones del Artículo 12, entre otras cosas, mediante el otorgamiento o la cesión de contratos para el uso, el derecho o la información respecto de bienes intangibles por los cuales se pagan regalías. Si bien para neutralizar esos acuerdos se pueden invocar principios como la regla de sustancia sobre forma o la doctrina del abuso del derecho u otra doctrina análoga, que podrían usarse para contrarrestar tales acuerdos, la posterior adición, en 2017, al apartado 9 del Artículo 29 proporcionó otra forma de abordar estas preocupaciones.

Honorarios por servicios incluidos

31. Como se discutió en la Sección A (Consideraciones Generales) del Comentario al Artículo 12A, cuando el Artículo 12A fue incluido en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas en 2017, una minoría de los miembros del Comité se opuso a la inclusión del

Artículo. Esos miembros consideraron que sería preferible que los países que deseen tener mayores derechos impositivos con respecto a honorarios por servicios técnicos incluyan en sus tratados una versión alternativa del Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas que permita a los Estados Contratantes imponer impuestos sobre los honorarios por servicios que están estrechamente relacionados con la transferencia del uso o el derecho de uso de la propiedad que genera regalías. Esta versión alternativa del Artículo 12 se expone y analiza más adelante en los párrafos 33 a 61.

32. Sin embargo, la mayoría de los miembros del Comité opinó que la Alternativa A la versión del Artículo 12 es inapropiada para la mayoría de los países en desarrollo debido a su alcance limitado y su difícil y compleja aplicación. En cambio, la mayoría de los miembros del Comité sugirió que los países que deseen considerar una Alternativa Al Artículo 12A deberían considerar la disposición alternativa establecida en los párrafos 26 a 31 del Comentario al Artículo 12A según la cual un Estado Contratante tendría derecho a gravar cualquier renta por servicios prestados en ese Estado y cualquier honorario por cualquier servicio pagado en ese Estado a personas estrechamente relacionadas fuera de ese Estado, independientemente de si esos servicios se prestan dentro o fuera de ese Estado.

Versión alternativa del Artículo 12 que cubre los honorarios por servicios incluidos

33. Los países que deseen gravar los honorarios por servicios técnicos, pero que estén preocupados por el alcance del Artículo 12A, pueden considerar la siguiente versión alternativa del Artículo 12. En esta versión alternativa, la definición de “regalías” en el apartado 3 del Artículo 12 se enmendaría para incluir “honorarios por servicios incluidos” y se agregarían dos nuevos apartados al Artículo 12. Por lo tanto, el apartado 3 del Artículo 12 tendría el siguiente texto:

3. El término “regalías”, tal como se utiliza en este Artículo, significa pagos de cualquier tipo recibidos como contraprestación por el uso o el derecho de uso de cualquier derecho de autor de obras literarias, artísticas o científicas, incluidas películas cinematográficas, o películas o cintas utilizadas para radiodifusión o televisión, cualquier patente, marca registrada, diseño

o modelo, plan, fórmula secreta o proceso, o para el uso o el derecho de uso de equipos industriales, comerciales o científicos o para información relacionada con la experiencia industrial, comercial o científica, y honorarios por servicios incluidos según se definen en los apartados 4 y 5 de este Artículo.

34. Los apartados 4, 5 y 6 del Artículo 12 se volverían a numerar como apartados 6, 7 y 8 respectivamente y se añadirían los siguientes nuevos apartados 4 y 5 al Artículo 12:

4. Para los propósitos de este Artículo, “honorarios por servicios incluidos” significa pagos de cualquier tipo a cualquier persona en contraprestación por la labor de cualquier servicio técnico o de consultoría (incluso mediante la provisión de personal técnico o de otro tipo) si dichos servicios:

- (a) son auxiliares y subsidiarios de la aplicación o goce del derecho, propiedad o información por los cuales se recibe un pago descrito en el apartado 3; o
- (b) poner a disposición conocimientos técnicos, experiencia, habilidad, *know-how* o procesos en el desarrollo y transferencia de un plan o diseño técnico.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 4, los “honorarios por servicios incluidos” no incluyen los pagos:

- (a) por servicios que son auxiliares y subsidiarios, así como insoluble y esencialmente vinculados, a la venta de propiedad;
- (b) por servicios auxiliares y subsidiarios del alquiler de barcos, aeronaves, contenedores u otros equipos utilizados en relación con la operación de buques o aeronaves en tráfico internacional;
- (c) por enseñar en una institución educativa o por enseñar por una institución educativa;
- (d) por una persona natural por servicios para el uso personal de una persona natural;
- (e) a un empleado de la persona que realiza los pagos o a cualquier persona natural o personas naturales por servicios profesionales como se define en el Artículo 14 (Servicios Personales Independientes).

35. Esta versión alternativa del Artículo 12 incluye solo determinados servicios técnicos y de consultoría. El término “servicios técnicos” en este contexto significa servicios que requieren experiencia en una tecnología. Los servicios de consultoría en este contexto significan servicios de asesoramiento. Las categorías de servicios técnicos y de consultoría se superponen en cierta medida porque un servicio de consultoría también podría ser un servicio técnico. Sin embargo, la categoría de servicios de consultoría también incluye un servicio de asesoría, se requiera o no experiencia en una tecnología para realizarlo.

36. De conformidad con el apartado 4 de la versión alternativa del Artículo 12, los servicios técnicos y de consultoría se consideran servicios incluidos solo en la medida en que: (1) como se describe en el apartado 4(a), sean auxiliares y subsidiarios de la aplicación o disfruten del derecho, propiedad o información por el cual se paga una regalía; o (2) como se describe en el apartado 4(b), ponen a disposición conocimiento técnico, experiencia, habilidad, *know-how* o procesos, o consistan en el desarrollo y transferencia de un plan o diseño técnico. Por lo tanto, los servicios de consultoría que no sean de naturaleza técnica no pueden incluirse como servicios en virtud del apartado 4(b).

37. El apartado 4(a) de la versión alternativa del Artículo 12 se refiere a los servicios técnicos o de consultoría que son auxiliares y subsidiarios de la aplicación o goce de cualquier derecho, propiedad o información por la cual se recibe un pago descrito en el apartado 3. Así, el apartado 4(a) incluye los servicios técnicos y de consultoría que son auxiliares y subsidiarios de la aplicación o disfrute de la propiedad intangible por la cual se recibe una regalía bajo una licencia o venta como se describe en el apartado 3, así como aquellos auxiliares y subsidiarios de la aplicación o disfrute de equipo industrial, comercial o científico o información relacionada con la experiencia industrial, comercial o científica por la cual se recibe una regalía en virtud de un contrato de arrendamiento como se describe en el apartado 3.

38. El apartado 4(a) es consistente con la interpretación de la definición de “regalía” que se establece en el párrafo 11.6 del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado anteriormente en el párrafo 13. La inclusión del apartado 4(a) en el texto de un tratado bilateral es particularmente beneficiosa para los países que tienen preocupaciones acerca de basarse únicamente en

la interpretación del párrafo 11.6 del Comentario sobre el Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado anteriormente en el párrafo 13. Disposiciones idénticas o sustancialmente similares al apartado 4(a) se encuentran en varios convenios tributarios bilaterales existentes celebrados por países en desarrollo.

39. Para que un honorario por servicio se considere “complementario y subsidiario” de la aplicación o el disfrute de algún derecho, propiedad o información por el que se recibe un pago descrito en el apartado 3, el servicio debe estar relacionado con la aplicación o el disfrute del derecho, propiedad o información. Además, el propósito predominante del acuerdo en virtud del cual se efectúa el pago del honorario del servicio y cualquier otro pago debe ser claramente la aplicación o el disfrute del derecho, la propiedad o la información descritos en el apartado 3. La cuestión de si los servicios están relacionados con la aplicación o disfrute del derecho, propiedad o información descritos en el apartado 3 y si el propósito predominante del acuerdo es la aplicación o disfrute debe determinarse por referencia a los hechos y circunstancias de cada caso. Los factores que pueden ser relevantes para tal determinación (aunque no necesariamente de control) incluyen:

- la medida en que los servicios en cuestión facilitan la aplicación o el goce efectivo del derecho, la propiedad o la información descritos en el apartado 3;
- la medida en que dichos servicios se prestan habitualmente en el curso ordinario de los acuerdos comerciales que implican regalías descritos en el apartado 3;
- si el monto pagado por los servicios (o el monto que pagarían las partes que operan en condiciones de plena competencia) es una parte insustancial de los pagos combinados por los servicios y el derecho, propiedad o información descritos en el apartado 3;
- si el pago realizado por los servicios y la regalía descritos en el apartado 3 se realizan bajo un solo contrato (o un conjunto de contratos relacionados); y
- si la persona que presta los servicios es la misma persona que, o está relacionada con, la persona que recibe las regalías descritas en el apartado 3 (para este propósito, las personas se consideran relacionadas si su relación se describe en el Artículo 9

(Empresas Asociadas) o si la persona que presta los servicios lo hace en relación con un acuerdo general que incluye al pagador y al receptor de las regalías.

40. En la medida en que los servicios no se consideren auxiliares y subsidiarios de la aplicación o el goce de algún derecho, propiedad o información por los que se efectúe un pago de regalías conforme al apartado 3, los honorarios por dichos servicios se considerarán “honorarios por servicios incluidos” solo en la medida en que se describan en el apartado 4(b) de la versión alternativa del Artículo 12.

41. Los siguientes apartados proporcionan ejemplos para aclarar los tipos de servicios que se pretenden incluir dentro del alcance de la definición de “honorarios por servicios incluidos” y los tipos de servicios que no se pretenden incluir en esa definición. Estos ejemplos pretenden ser ilustrativos más que exhaustivos.

42. *Ejemplo 1:* Una sociedad industrial residente en el Estado R otorga derechos a una sociedad residente en el Estado S para utilizar procesos de fabricación en los que el fabricante tiene derechos exclusivos en virtud de las patentes de proceso o la protección otorgada de otro modo por la ley del Estado R al propietario de un proceso. Como parte del acuerdo contractual, el fabricante se compromete a proporcionar ciertos servicios de consultoría a la sociedad del Estado S con el fin de mejorar la eficacia del uso del proceso por parte de esta última. Por ejemplo, tales servicios incluyen el suministro de información y asesoramiento sobre las fuentes de suministro de los materiales necesarios en el proceso de fabricación y sobre el desarrollo de literatura de ventas y servicio para el producto fabricado. Los pagos por estos servicios no forman una parte sustancial de la contraprestación total pagadera en virtud del acuerdo contractual.

43. Los pagos descritos en el Ejemplo 1 son honorarios por servicios incluidos. Son auxiliares y subsidiarios del uso de un proceso de fabricación amparado por la ley según se describe en el apartado 3 de la versión alternativa del Artículo 12, porque los servicios están relacionados con la aplicación o goce del proceso protegido y el otorgamiento del derecho de uso del proceso es claramente el propósito predominante del acuerdo. Debido a que los servicios son auxiliares y subsidiarios del uso del proceso de fabricación, los honorarios por estos servicios se

consideran honorarios por servicios incluidos según el apartado 4(a) independientemente de si están cubiertos en el apartado 4(b). Como se explica en el párrafo 38 anterior, si bien este resultado es coherente con la interpretación de la definición de “regalía” que se establece en el párrafo 11.6 del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado anteriormente en el párrafo 13, los países pueden hacer explícito este resultado incluyendo el apartado 4(a) en el texto de la disposición del tratado.

44. *Ejemplo 2:* Una sociedad industrial residente en el Estado S produce un producto que debe fabricarse en condiciones estériles utilizando maquinaria que debe mantenerse completamente libre de bacterias y otros depósitos dañinos. Una sociedad residente en el Estado R ha desarrollado un proceso de limpieza especial para eliminar dichos depósitos de este tipo de maquinaria. La sociedad del Estado R celebra un contrato con la sociedad industrial en el Estado S en virtud del cual la primera limpiará la maquinaria de la segunda de forma regular. Como parte del acuerdo, la sociedad del Estado R arrienda a la sociedad del Estado S un equipo que permite medir el nivel de depósitos bacterianos en su maquinaria para saber cuándo se requiere limpieza.

45. En el ejemplo 2, la prestación de servicios de limpieza por la sociedad del Estado R y el arrendamiento del equipo de vigilancia están relacionados entre sí. Sin embargo, el propósito predominante del acuerdo es claramente la prestación de servicios de limpieza. Así, si bien los servicios de limpieza pueden considerarse servicios técnicos, no son “auxiliares y subsidiarios” del alquiler del equipo de monitoreo. En consecuencia, los servicios de limpieza no son “servicios incluidos” en el sentido del apartado 4(a) de la versión alternativa del Artículo 12.

46. El apartado 4(b) de la versión alternativa del Artículo 12 se refiere a los servicios técnicos o de consultoría que ponen a disposición del receptor conocimientos, experiencia, habilidades, *know-how*, o procesos, o que consistan en el desarrollo y transferencia de plan o diseño técnico a dicha persona. Los servicios descritos en el apartado 4(b) difieren de los servicios descritos en el apartado 4(a) de la versión alternativa del Artículo 12 en que se excluye cualquier servicio que no ponga tecnología a disposición de la persona que lo adquiere. En términos generales, la tecnología se considerará “puesta a disposición”

de una persona si está capacitada para aplicar la tecnología a través de la prestación de los servicios. El hecho de que la prestación del servicio pueda requerir aportes técnicos por parte de la persona que presta el servicio no significa, por sí mismo, que los conocimientos técnicos, habilidades, etc., se pongan a disposición de la persona que adquiere el servicio. Del mismo modo, el uso de un producto que incorpora tecnología no significa, por sí mismo, que la tecnología se pone a disposición del destinatario de los servicios.

47. Las categorías de servicios que normalmente implican el desarrollo y la transferencia de planes o diseños técnicos, o la puesta a disposición de la tecnología como se describe en el apartado 4(b) de la versión alternativa del Artículo 12, incluyen:

- servicios de ingeniería (incluidas las subcategorías de bioingeniería e ingeniería aeronáutica, agrícola, cerámica, química, civil, eléctrica, mecánica, metalúrgica e industrial);
- servicios de arquitectura; y
- desarrollo de software informático.

La forma en que se prestan los servicios es irrelevante para la caracterización de los pagos como honorarios por servicios incluidos.

48. De conformidad con el apartado 4(b) de la versión alternativa del Artículo 12, los servicios técnicos y de consultoría podrían hacer que la tecnología esté disponible en una variedad de entornos, actividades e industrias. Dichos servicios pueden, por ejemplo, estar relacionados con cualquiera de las siguientes áreas:

- servicios biotécnicos;
- procesamiento de alimentos;
- servicios ambientales y ecológicos;
- comunicación por satélite o de otro modo;
- redes digitales;
- conservación de energía;
- exploración o explotación de petróleo mineral o gas natural;
- estudios geológicos;
- servicios científicos; y
- entrenamiento técnico.

49. *Ejemplo 3:* Una sociedad industrial residente en el Estado R tiene experiencia en el uso de un proceso de fabricación de paneles de yeso para paredes interiores de casas que es más duradero que los productos de paneles de yeso estándar. Una sociedad residente en el Estado S desea producir este producto para su propio uso. Alquila una planta en el Estado S y contrata a la sociedad en el Estado R para el uso del proceso y para enviar expertos al Estado S para mostrar a los ingenieros empleados por la sociedad del Estado S, cómo producir el tablero de yeso más duradero. Los expertos suministrados por el fabricante del Estado R trabajan con los empleados de la sociedad del Estado S durante unos meses.

50. De acuerdo con los principios establecidos en los párrafos 11.1,3 y 11.4 del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado en el párrafo 13 anterior, en el Ejemplo 3, los pagos por el uso del proceso de fabricación de tableros de yeso se caracterizarían como pagos por know-how y, por lo tanto, se gravan como regalías, mientras que los pagos de la sociedad del Estado S para mostrar a sus ingenieros cómo producir el tablero de yeso más duradero se caracterizarían como ganancias comerciales. Sin embargo, según el apartado 4(b) de la versión alternativa del Artículo 12, los pagos por los servicios de los expertos suministrados por el fabricante del Estado R serían honorarios por los servicios incluidos. Los servicios son de carácter técnico o de consultoría; tienen elementos de ambos tipos de servicios. Los servicios ponen a disposición de la sociedad el Estado S conocimientos técnicos, habilidades y procesos. Por lo tanto, los pagos son honorarios por servicios incluidos en el apartado 4(b) de la versión alternativa del Artículo 12.

51. *Ejemplo 4:* Una sociedad industrial residente en el Estado R opera una planta de fabricación de paneles de yeso fuera del Estado R. Una sociedad residente en el Estado S celebra un contrato con la sociedad en el Estado R para producir paneles de yeso para la sociedad en el Estado S en esa planta por un honorario. La sociedad en el Estado S proporciona las materias primas y el fabricante en el Estado R produce el tablero de yeso en su planta, utilizando tecnología avanzada.

52. En el Ejemplo 4, los pagos en virtud del contrato al fabricante del Estado R no serían honorarios por servicios incluidos en la versión alternativa del Artículo 12. Aunque la sociedad del Estado R está

prestando un servicio técnico, no pone a disposición conocimientos técnicos ni habilidades, etc., a la sociedad del Estado S, ni existe desarrollo y transferencia de un plan o diseño técnico. La sociedad del Estado R simplemente presta servicios de fabricación por contrato para la sociedad en el Estado S.

53. *Ejemplo 5:* Una sociedad residente en el Estado S posee un software de control de inventario para usar en su cadena de puntos de venta minorista en todo el Estado S. Amplía su operación de ventas empleando un equipo de empleados para viajar por el campo vendiendo los productos de la empresa. La empresa quiere modificar su software para permitir que la fuerza de ventas acceda a las computadoras centrales de la empresa para obtener información sobre qué productos están disponibles en el inventario y cuándo se pueden entregar. La sociedad en el Estado S celebra un contrato con una empresa de programación informática del Estado R residente en el Estado R para modificar su software con este fin. Para cumplir con los términos del contrato, la sociedad en el Estado R transfiere el software modificado a la sociedad en el Estado S.

54. De acuerdo con los principios establecidos en el párrafo 14.3 del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado en el párrafo 13 anterior, en el Ejemplo 5, los pagos de la sociedad en el Estado S por la modificación de software de computadora se caracterizarían como beneficios empresariales. Sin embargo, según el apartado 4(b) de la versión alternativa del Artículo 12, los pagos son honorarios por servicios incluidos. La sociedad en el Estado R presta un servicio técnico a la sociedad en el Estado S, y transfiere a la sociedad del Estado S el plan técnico (es decir, el programa informático) que desarrolla.

55. *Ejemplo 6:* Una sociedad industrial de aceite vegetal residente en el Estado S desea producir un aceite sin colesterol a partir de una planta que produce aceite que contiene colesterol. Una sociedad residente en el Estado R ha desarrollado un proceso para refinar el colesterol del aceite. La sociedad del Estado S contrata a la sociedad del Estado R para modificar las fórmulas de extracción que posee y utiliza para eliminar el colesterol, y para capacitar a los empleados de la sociedad del Estado S en la aplicación de las nuevas fórmulas.

56. De acuerdo con los principios establecidos en los párrafos 11.1, 11.3 y 11.4 del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado en el párrafo 13 anterior, en el Ejemplo 6, los pagos por la modificación de la fórmula de extracción de colesterol, así como los pagos por la formación en el uso de las nuevas fórmulas se caracterizarían como beneficios empresariales. Sin embargo, según el apartado 4(b) de la versión alternativa del Artículo 12, ambos pagos de la sociedad residente en el Estado S son honorarios por servicios incluidos. Los servicios son técnicos, y el Estado R pone a disposición de la sociedad del Estado S los conocimientos técnicos a través de la capacitación de sus empleados para aplicar las fórmulas modificadas.

57. *Ejemplo 7:* Una sociedad residente en el Estado R dedicada a la fabricación de aceite vegetal sabe cómo producir aceite sin colesterol y desea comercializar el producto en todo el mundo. Celebra un contrato con una empresa de consultoría de marketing residente en el Estado S para realizar una simulación por computadora del mercado mundial de dicho aceite y asesorarla sobre estrategias de marketing.

58. Los pagos en el Ejemplo 7 no serían honorarios por servicios incluidos bajo la versión alternativa del Artículo 12. La sociedad del Estado S está brindando un servicio de consultoría a la sociedad industrial en el Estado R, que implica el uso de habilidades y conocimientos técnicos sustanciales. Sin embargo, no pone a disposición de la sociedad en el Estado R ninguna experiencia técnica, conocimiento o habilidad, etc.; tampoco está transfiriendo un plan o diseño técnico. La empresa consultora en el Estado S está proporcionando información comercial a la sociedad industrial en el Estado R a través del contrato de servicio. El hecho de que la empresa consultora utilizó habilidades técnicas y experiencia para realizar los servicios y proporcionar la información comercial a la sociedad industrial del Estado R no convierte al servicio en un servicio técnico en el sentido del apartado 4(b) de la versión alternativa de Artículo 12.

59. *Ejemplo 8:* Un hospital establecido en el Estado S compra una máquina de rayos X a un fabricante residente en el Estado R. Como parte del acuerdo de compra, el fabricante acepta instalar la máquina, realizar una inspección inicial de la máquina en el hospital, capacitar al personal del hospital en el uso de la máquina y reparar la máquina

periódicamente durante el período de garantía habitual (2 años). En virtud de un contrato de servicio opcional adquirido por el hospital, el fabricante también se compromete a realizar otros servicios durante la vida útil de la máquina, incluidas inspecciones periódicas y servicios de reparación, asesorando al hospital sobre los desarrollos en la tecnología de rayos X, que podrían mejorar la eficacia la máquina y la formación del personal del hospital en la aplicación de estos nuevos desarrollos. El costo de la instalación inicial, la inspección, la capacitación y el servicio de garantía es relativamente menor en comparación con el costo de la máquina de rayos X.

60. En el Ejemplo 8, los servicios iniciales de instalación, inspección y capacitación realizados para el hospital en el Estado S y los servicios periódicos brindados durante el período de garantía son auxiliares y subsidiarios, así como indisolublemente y esencialmente vinculados a la venta de la máquina de rayos X, porque la utilidad de la máquina para el hospital depende de este servicio, el fabricante tiene la responsabilidad de reparar la máquina durante el período de garantía, y el costo de los servicios es un componente relativamente menor del contrato. Por lo tanto, de conformidad con el apartado 5(a) de la versión alternativa del Artículo 12, los pagos recibidos por el fabricante están excluidos de la definición de honorarios por servicios incluidos, independientemente de si de otro modo estarían cubiertos por el apartado 4(b). Sin embargo, ni los servicios de inspección y reparación posteriores al período de garantía, ni los servicios de asesoramiento y formación relacionados con los nuevos desarrollos están “indisoluble y esencialmente vinculados” a la venta inicial de la máquina de rayos X. Sin la versión alternativa del Artículo 12, estos pagos constituirían beneficios empresariales. Sin embargo, según la versión alternativa del Artículo 12, los pagos por la formación del personal del hospital sobre la aplicación de nuevos desarrollos en la tecnología de rayos X están cubiertos por el apartado 4(b) y, como tales, pueden ser gravados como honorarios por los servicios incluidos.

Artículo 12A

HONORARIOS POR SERVICIOS TÉCNICOS

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El Artículo 12A fue incorporado al Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas en 2017 para permitirle a un Estado Contratante someter a imposición los honorarios por ciertos servicios técnicos pagados a un residente de otro Estado Contratante sobre una base bruta, a una tasa a ser negociada por los Estados Contratantes. Conforme a este Artículo, un Estado Contratante tiene derecho a someter a imposición los honorarios por servicios técnicos si dichos honorarios son pagados por un residente de ese Estado o por un no residente con establecimiento permanente o base fija en ese Estado, y los honorarios son soportados por el establecimiento permanente o base fija; no es necesario que los servicios técnicos sean prestados en ese Estado. Los honorarios por servicios técnicos son definidos para incluir honorarios por servicios administrativos, técnicos o de consultoría.

2. Hasta que el Artículo 12A fue incorporado, las rentas por servicios obtenidas por una empresa de un Estado Contratante eran sometidas a imposición exclusivamente por el Estado del cual la empresa era residente, salvo que la empresa realizara actividades empresariales a través de un establecimiento permanente en el otro Estado (el Estado fuente), o que prestara servicios personales profesionales o independientes a través de una base fija en el Estado fuente. Con los rápidos cambios en las economías modernas, particularmente con respecto a servicios transfronterizos, ahora es posible que una empresa residente en un Estado pueda involucrarse sustancialmente en la economía de otro Estado sin un establecimiento permanente o una base fija en ese Estado, y sin ninguna presencia física sustancial en ese Estado. En particular, con los avances en los medios de comunicación y la tecnología de la información, una empresa de un Estado Contratante puede prestar servicios substanciales a clientes en el otro Estado Contratante y, por lo tanto, mantener una presencia económica significativa en ese Estado sin tener un lugar de negocios fijo en ese Estado y sin estar presente en ese Estado por un periodo substancial. El Informe Final sobre

la Acción 1 (Atendiendo los Retos Fiscales de la Economía Digital)⁵⁷ del Proyecto OCDE/G20 Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (BEPS) ilustra las dificultades que enfrentan los encargados de establecer las políticas fiscales y los administradores fiscales al lidiar con los nuevos modelos de negocios digitales disponibles a través de la economía digital. El Informe no recomendó retención de impuestos en transacciones digitales (las cuales incluyen servicios digitales transfronterizos); tampoco recomendó un nuevo nexo para la aplicación de impuestos en forma de una prueba de presencia económica significativa. Sin embargo, se reconoció que los países tenían libertad para incluir tales disposiciones en sus tratados tributarios, entre otras salvaguardias en contra de BEPS.

3. Previo a la introducción del Artículo 12A, los países se enfrentaban a reglas más restrictivas de aplicación cuando los servicios técnicos eran prestados de manera transfronteriza. En general, las reglas del Artículo 7, junto con las del Artículo 5 y las del Artículo 14 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas no dan mucho margen para someter a imposición a las rentas obtenidas de dichos servicios, en particular sin una base fija o un establecimiento permanente en el Estado fuente. Como se ha señalado en este Comentario, los países tienen interpretaciones diferentes a esas reglas, lo cual puede hacer su aplicación más complicada para todas las partes.

4. Además, conforme al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, los honorarios por servicios técnicos pagados por un residente de un Estado Contratante a un residente de otro Estado Contratante no pueden en general someterse a imposición como regalías por el Estado del cual el pagador es residente. Sin embargo, algunos países adoptan la opinión de que la expresión “información respecto a experiencia industrial, comercial o científica” incluye ciertos servicios técnicos, como se señala en el apartado 5 siguiente. El Artículo 12 permite que un Estado Contratante en el cual se originen las regalías, aplique impuestos sobre el monto bruto de las

57 OECD (2015), *Abordando los retos tributarios de la economía digital, Acción 1- 2015 Informe Final, del Proyecto OCDE/G20 Erosión de la Base y el Traslado de Beneficios*, Publicado por la OCDE, París, disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>, consultado el 10 de mayo de 2021.

regalías a una tasa a ser negociada entre los Estados Contratantes. Las regalías se definen en el apartado 3 del Artículo 12, como pagos por el uso de, o el derecho de usar, cualquier derecho de autor, patente, marca, diseño, plan, fórmula o proceso secretos, cualquier equipo industrial, comercial o científico, o por know how. En otras palabras, las regalías son pagos por el uso de, o el derecho al uso de, propiedad o *know-how*. Por el contrario, cuando una empresa presta servicios a un cliente, típicamente no transfiere su propiedad o el *know-how*; sino que la empresa simplemente realiza algún trabajo para el cliente. Bajo el llamado “contrato mixto”, una empresa puede, a la vez, prestar servicios y transferir el derecho al uso de propiedad o *know-how* a un cliente. En tales situaciones, conforme al párrafo 13 del Comentario al Artículo 12 (citando el párrafo 11.6 del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017), los pagos hechos al amparo del contrato deberán ser divididos en elementos separados de pagos por servicios y regalías, salvo que algún elemento sea secundario y prácticamente sin relevancia. La negociación de una tasa de impuesto para honorarios por servicios técnicos bajo el Artículo 12A que sea la misma tasa para regalías bajo el Artículo 12 podría ser de ayuda para atenuar las dificultades con contratos mixtos, podrían ser de utilidad para países en desarrollo con escasos recursos administrativos y también podrían reducir conflictos potenciales al aplicar el Artículo.

5. Adicionalmente, los países tienen diferentes interpretaciones del significado de la expresión “información respecto a experiencia industrial, comercial y científica” en el apartado 3 del Artículo 12, del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (el mismo lenguaje que se contiene en el apartado 2 del Artículo 12, del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE). Algunos países adoptan la postura de que la disposición de trabajo-intelectual y servicios técnicos se cubre por esta frase y, por lo tanto, los pagos por dichos servicios son generalmente sujetos de impuesto al amparo del Artículo 12. Véanse los párrafos 31 a 60 del Comentario sobre el Artículo 12.

6. La incertidumbre respecto al tratamiento de los honorarios por servicios técnicos y otros servicios similares bajo las disposiciones del texto del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas previo a 2017, no fue del agrado de los contribuyentes ni de las autoridades fiscales. También pudo haber resultado en disputas complicadas,

tanto para contribuyentes como para administraciones, consumiendo recursos escasos y causando inevitablemente una doble imposición o una doble no imposición.

7. Los honorarios por servicios técnicos también pueden resultar en la erosión de la base tributaria de países que están impedidos para someter a imposición tales honorarios por las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas. Los honorarios por servicios técnicos son generalmente deducibles contra la base tributaria de un país si el pagador es un residente del país o un no residente con un establecimiento permanente o base fija en el país. La reducción o erosión de la base tributaria de un país por honorarios por servicios técnicos deducibles generalmente no es objeto de oposición. Si el pagador es una empresa, los honorarios son gastos legítimos en los que incurre el pagador con el objeto de generar rentas y deben ser deducibles (asumiendo, desde luego, que el monto de los honorarios sea razonable). Si el país tiene derecho a someter a imposición al prestador de servicios no residente por los honorarios obtenidos por los servicios técnicos, la reducción de la base tributaria del país por los pagos deducibles es compensada por los impuestos del país sobre dichos honorarios.

8. Cuando los servicios técnicos son prestados por una empresa de un Estado Contratante a una empresa relacionada en el otro Estado Contratante, existe la posibilidad de que los pagos puedan ser mayores o menores que el precio de plena competencia (*arm's length price*) de los servicios. Dentro de un grupo multinacional, los honorarios por servicios técnicos podrían ser utilizados en ocasiones para trasladar las utilidades de una sociedad rentable del grupo residente y con operaciones en un país, a otra empresa del grupo residente de un país con bajos impuestos. Asumamos, por ejemplo, que la Sociedad B, una empresa residente en el País B, un país con impuestos bajos presta servicios administrativos, técnicos o de consultoría a la Sociedad A, una empresa relacionada residente en el País A, un país con impuestos altos. Asumiendo que el convenio tributario entre el País A y el País B contiene disposiciones que siguen aquellas contenidas en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, la Sociedad B puede evitar tener un establecimiento permanente en el País A al no establecer un lugar de negocios fijo en el País A, y al no prestar servicios en el País A por más de 183 días en un periodo de 12 meses. En tal virtud,

previo a la adopción del Artículo 12A, aún y cuando la Sociedad B haya sido sujeta a imposición sobre sus rentas obtenidas de los servicios prestados a la Sociedad A al amparo de la ley fiscal interna del País A, las rentas no hubieran sido objeto de impuesto por el País A como resultado del convenio tributario entre el País A y el País B. Si, por alguna razón, la Sociedad B no es sometida a imposición en el País B por esas rentas, o es sometida a imposición con una tasa menor sobre dichas rentas, la empresa multinacional habrá, efectivamente, trasladado sus rentas de un país con impuestos relativamente altos (País A) a un país con impuestos relativamente bajos (País B).

9. En adición a lo anterior, ordinariamente los pagos por honorarios por servicios efectuados por la Sociedad A a la Sociedad B serían deducibles para la Sociedad A al calcular sus rentas sujetas a imposición por ese País. Esta deducción reduce la base impositiva del País A y, en consecuencia, previo a la adopción del Artículo 12A, el País A no hubiera podido someter a imposición los pagos hechos por la Sociedad A a la Sociedad B, como se menciona en el apartado 8, para compensar el efecto de la deducción. Sin embargo, conforme al Artículo 12A, si los honorarios por servicios técnicos fueran pagados por un residente del País A o por un no residente del País A con establecimiento permanente o base fija en el País A, el País A tendría derecho a someter a imposición a tales honorarios.

10. La erosión de la base y el traslado de beneficios ilustrados en el ejemplo anterior presenta serias preocupaciones para países desarrollados y para países en desarrollo. Sin embargo, el problema es especialmente serio desde la perspectiva de los países en desarrollo, ya que ellos son desproporcionadamente importadores de servicios técnicos, y no cuentan frecuentemente con la capacidad administrativa para controlar o limitar tal erosión de la base y traslado de beneficios a través de reglas antielusión en sus leyes internas y tratados tributarios.

11. La falta de capacidad de los países para someter a imposición a los honorarios por servicios técnicos prestados por prestadores de servicios no residentes al amparo de las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas previo a la inclusión del Artículo 12A, pudieren haber dado a los prestadores de servicios no residentes, en ciertas circunstancias, una ventaja tributaria sobre los prestadores de servicios locales. Los honorarios por servicios técnicos

prestados por prestadores de servicios locales son sujetos a impuestos internos a la tasa ordinaria aplicable para los beneficios empresariales. Por el contrario, como se señala anteriormente, los prestadores de servicios no residentes no hubieran Estado sujetos a ningún impuesto interno si no tuvieran un establecimiento permanente o una base fija en ese país, y podrían haber Estado sujetos únicamente a bajos impuestos (o a ningún impuesto en lo absoluto) sobre los honorarios obtenidos en su país de residencia.

12. Como resultado de estas consideraciones, el Comité identificó a los honorarios por servicios técnicos como un asunto prioritario a ser atendido como parte de su proyecto más grande sobre impuestos a rentas obtenidas de servicios al amparo del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas. Después de un considerable estudio y debate, habiendo considerado todos los argumentos a favor y en contra de la expansión de los derechos para someter a imposición a los servicios, el Comité decidió incorporar un nuevo Artículo al Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, expandiendo los derechos de los Estados para someter a imposición a los honorarios por servicios técnicos.

13. La mayoría de los miembros del Comité rechazó la postura de que un Estado debe tener derecho a someter a imposición a las rentas por servicios obtenidas por un residente del otro Estado Contratante solo si los servicios son prestados en el primer Estado. En particular, la mayoría rechazó el argumento de que la residencia del pagador de los servicios técnicos en un Estado Contratante, y la deducción de esos pagos contra la base tributaria de ese Estado, no crean un nexo suficiente a ese Estado para justificar que ese Estado someta a imposición esos pagos. En la opinión de esos miembros del Comité, la erosión de la base es justificación suficiente para someter a imposición a las rentas por empleo al amparo del Artículo 15 y la compensación de los directores y la remuneración de altos puestos gerenciales al amparo del Artículo 16. Aunque el impuesto a las rentas por empleo conforme al Artículo 15 es limitado al empleo realizado en un país, el Artículo 16 permite a un Estado Contratante someter a imposición a una persona natural residente en el otro Estado Contratante, respecto a los honorarios percibidos por la persona natural como director, o a la remuneración recibida por un funcionario de alto nivel gerencial de una sociedad residente en el primer Estado, sin importar si los servicios

son prestados dentro o fuera del primer Estado. Mas aún, conforme a los Artículos 7 y 14, un país tiene derecho a someter a imposición las rentas obtenidas fuera del país, siempre y cuando las rentas sean atribuibles a un establecimiento permanente o a una base fija en ese país.

14. Pudiera ser que el Artículo 12A resulte en que algunos prestadores de servicios no residentes requieran añadir los impuestos aplicables al costo de los servicios técnicos prestados a residentes de un Estado Contratante. Los países deberían estar conscientes de esta posibilidad de la misma forma en que deberían estar conscientes de la posibilidad de un cargo similar con respecto a intereses y regalías conforme a los Artículos 11 y 12, respectivamente. La posibilidad de que los honorarios por servicios técnicos puedan ser adicionados con los impuestos aplicables es un factor para tener en consideración a este respecto, junto con otros varios factores. Es también un factor a tener en consideración cuando un Estado Contratante establece la tasa máxima de impuestos a honorarios por servicios técnicos conforme al apartado 2 del Artículo 12A.

15. La aplicación de impuestos a honorarios por servicios técnicos sobre una base bruta al amparo del Artículo 12A podría resultar en una aplicación de impuestos excesiva o en doble imposición. Sin embargo, la posibilidad de que los honorarios por servicios técnicos estén sujetos a imposición excesiva o a doble imposición se reduce o elimina bajo el Artículo 23 (Métodos para la Eliminación de la Doble imposición). Adicionalmente, la posibilidad de imposición excesiva o doble imposición puede ser tomada en consideración al establecer la tasa máxima para los honorarios por servicios técnicos impuesta por un Estado Contratante al amparo del apartado 2 del Artículo 12A, y, dependiendo de la tasa negociada, el riesgo del impuesto excesivo podría ser eliminado completamente.

16. A pesar de la inclusión del Artículo 12A del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, una gran minoría de los miembros del Comité no estuvieron de acuerdo con la justificación arriba señalada para el Artículo. Fundamentalmente, estos miembros no estuvieron de acuerdo con la justificación señalada en el apartado 2 anterior, de que los rápidos cambios en las economías modernas, particularmente con respecto a servicios transfronterizos, permiten a los prestadores de servicios no residentes estar involucrados sustancialmente en

la economía de otro Estado sin una presencia física. Estos miembros más bien fueron de la opinión de que en los casos de honorarios por servicios técnicos que no son prestados en el Estado de la parte que paga, no hay un nexo con ese Estado que amerite que ese Estado aplique impuestos a los honorarios.

17. En la opinión de estos miembros del Comité, como una cuestión de política, únicamente amerita el aplicar impuestos a los honorarios por servicios técnicos cuando el prestador del servicio tiene un nexo suficiente con el Estado del pagador, típicamente en la forma de un establecimiento permanente o una base fija. En otras palabras, para justificar la aplicación de impuestos a los servicios técnicos en un Estado, los servicios deberían ser prestados en ese Estado con el grado de nexo requerido por los Artículos 5 (Establecimiento Permanente), 7 (Beneficios Empresariales) y 14 (Servicios Personales Independientes).

18. El otro argumento importante para la inclusión del Artículo 12A es que los honorarios por servicios son deducibles y, por lo tanto, erosionan la base fiscal del Estado del pagador. Sin embargo, en opinión de los miembros que se opusieron al Artículo 12A, la mera deducibilidad de un pago justificable comercialmente no puede ser equiparada con erosión de la base y, no es en consecuencia, una razón suficiente para aplicar impuestos a ese pago en el mismo Estado.

19. Los miembros del Comité que no estuvieron de acuerdo con la inclusión del Artículo 12A en convenios tributarios bilaterales, también estaban preocupados porque el término “servicios técnicos” como se utiliza en el Artículo no se define adecuadamente. Estos miembros, por lo tanto, tenían la preocupación de que la aplicación del Artículo resultaría en un aumento de incertidumbre, trato inconsistente y largas disputas entre contribuyentes y autoridades fiscales.

20. En opinión de estos miembros del Comité que no estuvieron de acuerdo con la inclusión del Artículo 12A, un mayor problema con la aplicación de impuestos a honorarios por servicios técnicos sobre una base bruta es que puede resultar en doble imposición. La aplicación de un impuesto sobre una base bruta le quita al contribuyente la posibilidad de incluir gastos en que incurrió en relación con la prestación de los servicios, los cuales serían deducibles si el impuesto fuera aplicado sobre una base neta. Por lo tanto, es posible que los recursos del Estado

de residencia para disminuir la doble imposición no sea adecuados para disminuir totalmente la base bruta de tributación impuesta por ese otro Estado.

21. Como una cuestión de política económica más amplia, los miembros del Comité que no estuvieron de acuerdo con la inclusión del Artículo 12A mostraron preocupación de que, como resultado del Artículo, los consumidores de servicios técnicos en el Estado fuente pudieran encontrar precios más altos por esos servicios, ya que los prestadores de servicios extranjeros podrían trasladar los costos añadidos al consumidor a través de la cláusula contractual conocida como “pago neto”. Típicamente, una cláusula de pago neto especificará un monto neto que recibirá el prestador, trasladando efectivamente, la carga de cualquier retención de impuesto al consumidor de los servicios. El uso de las cláusulas de pago neto podría resultar en que el impuesto se traslade al consumidor y se vuelva más cara la compra de los servicios. Esto podría poner al prestador de servicios extranjero en desventaja competitiva cerrándole, efectivamente, el acceso a un mercado que impone tal retención de impuestos y restringe al consumidor la elección de prestadores.

22. Estos miembros también tuvieron la preocupación de que la inclusión del Artículo 12A derivaría en distorsiones comerciales debido a que la aplicación de impuestos a bienes y servicios operaría sobre bases diferentes. La razón de ello es que las utilidades de un exportador de bienes son únicamente sujetas de impuesto en su Estado de residencia, en tanto que, conforme al Artículo 12A, lo que efectivamente constituye un arancel de importación, se aplicaría a servicios técnicos.

23. En resumen, estos miembros no aceptaron el análisis de los párrafos 2 al 15 anteriores y consideraron que cualquier ampliación de parte de una jurisdicción para gravar los honorarios por servicios técnicos, constituiría un injustificado traslado del balance tributario del lugar en que los servicios son prestados al lugar en que los servicios son consumidos. Los países que comparten estas preocupaciones podrían desear no incluir el Artículo 12A en sus tratados tributarios bilaterales.

24. Alternativamente, los países que deseen obtener derechos adicionales para aplicar impuestos a honorarios por servicios técnicos,

pero que están preocupados con el amplio alcance del Artículo 12A, podrían considerar modificar el Artículo 12 (Regalías) para permitir el gravamen de ciertos “honorarios por servicios incluidos”, un enfoque que se encuentra en un número de tratados tributarios bilaterales entre países en desarrollo y países desarrollados. La razón subyacente de la política para este enfoque limitado es que, para justificar la aplicación de impuestos por el Estado desde el cual se hace el pago aún en casos en los que los servicios no son prestados en ese Estado, los honorarios por servicios deben estar directamente relacionados con el disfrute de propiedad por el cual se paga una regalía, como se define en el Artículo 12. El lenguaje para este enfoque alternativo limitado se establece en los párrafos 33 y 34 del Comentario al Artículo 12.

25. Sin embargo, la mayoría de los miembros del Comité fue de la opinión de que la alternativa señalada en el párrafo 24 no es aceptable respecto al Artículo 12A para países en desarrollo porque, en esencia, esos miembros consideraron que no existe una justificación basada en un principio para restringir el sujeta a gravamen, a los honorarios por servicios técnicos directamente relacionados con la propiedad que produce las regalías. Además, esos miembros adoptaron la opinión de que la alternativa apoyada por una minoría de los miembros del Comité contiene varios términos vagos de significado incierto, lo cual puede derivar en disputas frecuentes sobre la interpretación de esa disposición.

26. En lugar de ello, los países preocupados sobre el alcance del Artículo 12A y por la incertidumbre asociada con la definición de “honorarios por servicios técnicos” en el Artículo 12A, apartado 3, podrían considerar una versión alternativa del Artículo 12A bajo la cual el Artículo 12 aplicaría potencialmente a honorarios por todos los servicios (técnicos y otros servicios) prestados en un Estado Contratante, y también a honorarios por servicios prestados fuera de ese Estado por personas relacionadas, excepto pagos expresamente excluidos bajo los apartados 3(a), (b) y (c). Conforme a esta disposición alternativa, los apartados 1, 2, 4 y 7 del Artículo 12A permanecerían intactos, excepto que el término “honorarios por servicios técnicos” sería reemplazado por el término “honorarios por servicios”. Sin embargo, los apartados 3, 5 y 6 serían reemplazados por los siguientes apartados:

3. El término “honorarios por servicios” como se usa en este Artículo significa cualquier pago hecho como contraprestación por cualquier servicio, salvo que el pago sea efectuado:

- (a) a un empleado de la persona que efectúa el pago;
- (b) por enseñar en una institución educativa o por recibir enseñanza de parte de una institución educativa; o
- (c) por una persona natural por los servicios de uso personal de una persona natural.

5. Para efectos de este Artículo, se considerará que los honorarios por servicios se generan en un Estado Contratante si:

- (a) los servicios son prestados en ese Estado; o
- (b) el pagador es residente de ese Estado y los honorarios son pagados a una empresa o persona estrechamente relacionada, salvo que el pagador realice actividades empresariales en el otro Estado Contratante a través de un establecimiento permanente ubicado en ese Estado, o presta servicios personales independientes a través de una base fija ubicada en el otro Estado Contratante y dichos honorarios son soportados por el establecimiento permanente o base fija; o
- (c) el pagador tiene un establecimiento permanente o base fija en ese Estado en relación con la cual se incurrió en la obligación de pagar los honorarios, y dichos honorarios son soportados por tal establecimiento permanente o base fija, y son pagados a una persona o empresa estrechamente relacionada.

6. Para efectos de este Artículo, una persona está estrechamente relacionada con una empresa si, con base en todos los hechos y circunstancias relevantes, una tiene el control de la otra o ambas están bajo el control de las mismas personas o empresas. En cualquier caso, una persona será considerada como estrechamente relacionada con una empresa si posee directa o indirectamente más del 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios en el otro (o, en el caso de una sociedad, más el 50 por ciento de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad o de las partes sociales

beneficiarias en la sociedad) o si otra persona posee directa o indirectamente más del 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios (o, en el caso de una sociedad, más del 50 por ciento del derecho a voto y del valor de las acciones de la sociedad o de las partes sociales beneficiarias en la sociedad) en la persona y en la empresa. Para los efectos de este Artículo, una persona natural será una persona estrechamente relacionada con respecto a otra persona natural, si la persona natural tiene relación consanguínea, de matrimonio o adopción con la otra persona natural.

27. Bajo esta alternativa, un país estaría facultado para aplicar un impuesto conforme al apartado 2 del Artículo 12A, hasta la tasa máxima acordada para honorarios por servicios pagados por un residente de ese país o por un no residente con establecimiento permanente o base fija en ese país a un residente del otro Estado Contratante, si los honorarios por servicios se originan en el primer país. Conforme al apartado 5, se consideraría que los honorarios por servicios se originan en un país si:

1. los servicios son prestados en ese país, o
2. los servicios son prestados fuera de ese país por una persona estrechamente relacionada con el pagador de los honorarios.

Por lo tanto, esta disposición alternativa eliminaría cualquier disputa sobre si los servicios en cuestión entran dentro de la definición de “honorarios por servicios técnicos” del Artículo 12A, apartado 3, ya que aplica a todos los honorarios por servicios excepto por aquellos pagos excluidos por los apartados 3(a) a (c). Bajo esta disposición alternativa, un Estado Contratante no estaría facultado para sujetar a imposición a los servicios pagados a prestadores de servicios residentes en el otro Estado Contratante que no estén estrechamente relacionados con la parte que paga los servicios fuera del primer Estado. En contraste, bajo el Artículo 12A, los honorarios por servicios técnicos pagados a prestadores de servicios no estrechamente relacionados residentes en el otro Estado Contratante por servicios prestados fuera del primer Estado estarían sujetos a imposición por el primer Estado. Sin embargo, bajo la disposición alternativa, un Estado Contratante estaría facultado para someter a imposición a los honorarios por servicios prestados fuera de ese Estado si los servicios son prestados por

personas estrechamente relacionadas con el pagador de los servicios. En varios casos tales servicios prestados por personas estrechamente relacionadas presentan el riesgo más grave de erosionar la base fiscal de un país. En 2021, el Comité acordó en incluir el Artículo 12B en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas para regular la tributación de las rentas procedentes de los servicios digitales automatizados. Toda vez que podría haber superposición entre la disposición alternativa descrita en este apartado y el Artículo 12B, los países deben considerar cuidadosamente la posibilidad de incluir ambos en sus tratados y, de ser el caso, si también incluir cualquier modificación necesaria a las disposiciones para evitar esa superposición en la cobertura, particularmente si las limitaciones a los gravámenes en el Estado fuente son diferentes conforme a los Artículos 12A y 12B.

28. Para efectos de la disposición alternativa, el apartado 6 de la versión alternativa del Artículo 12A propuesta en el párrafo 26, establece reglas para determinar si una persona está estrechamente relacionada a una empresa o si una persona natural está estrechamente relacionada con otra persona natural. El concepto de una persona estrechamente relacionada tiene que distinguirse del concepto de “empresas asociadas”, el cual es usado para los efectos del Artículo 9; y aunque los dos conceptos se entrelazan hasta cierto punto, no tienen la intención de ser equivalentes.

29. Una persona está estrechamente relacionada a una empresa si, con base en todos los hechos y circunstancias relevantes, una tiene control sobre la otra o ambas están bajo el control de las mismas personas o empresas. Esta regla general cubriría, por ejemplo, situaciones en las que una persona o empresa controla una empresa por virtud de un acuerdo especial que permite a esa persona ejercer derechos que son similares a aquellos que tendría si poseyera directa o indirectamente más del 50 por ciento de los derechos de participación en la empresa. Como en la mayoría de los casos en que se usa el plural, la referencia a “mismas personas o empresas” al final del primer enunciado del apartado 6, cubre casos en los que solo hay una persona o empresa.

30. El segundo enunciado del apartado 6 de la versión alternativa del Artículo 12A establece que la definición de “persona estrechamente relacionada a una empresa” es satisfecha automáticamente en algunas circunstancias. Una persona es considerada como estrechamente

relacionada a una empresa, si cualquiera de ellas posee directa o indirectamente más del 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios en la otra, o si una tercera persona posee directa o indirectamente más del 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios tanto en la persona como en la empresa. En el caso de una sociedad, esta condición se satisface cuando una persona es propietaria, directa o indirectamente, de más del 50 por ciento de los derechos a voto y del valor de las acciones o partes sociales de la sociedad.

31. El enunciado final del apartado 6 de la versión alternativa del Artículo 12A establece que las personas naturales están estrechamente relacionadas si tienen relación consanguínea, de matrimonio o de adopción. Esta regla es necesaria para situaciones en las que una persona natural paga por servicios (que no sean servicios para el uso personal de una persona natural) prestados por otra persona natural que no opera una empresa. Para estos efectos, los términos “relación consanguínea”, “matrimonio” y “adopción”, toman su significado de la legislación interna del país que aplica el tratado, de acuerdo con el apartado 2 del Artículo 3.

32. El Artículo 12A permite que un Estado Contratante someta a imposición los honorarios por servicios técnicos sobre una base bruta. Varios países en desarrollo tienen una capacidad administrativa limitada y necesitan un método simple, confiable y eficiente para ejecutar los impuestos aplicados a las rentas por servicios obtenidas por no residentes. Una retención de impuestos sobre el monto bruto de los honorarios pagados por residentes de un país, o por no residentes con establecimiento permanente o base fija en el país, está bien acreditado como un método efectivo para la recaudación de impuestos aplicados a no residentes. Dicho método de imposición podría también simplificar el cumplimiento para las empresas prestadoras de servicios en otro Estado, ya que no requerirían computar sus utilidades netas o presentar declaraciones de impuestos.

33. El Artículo 12A no requiere la satisfacción de alguna condición, tal como un establecimiento permanente, base fija o periodo mínimo de residencia o presencia en un Estado Contratante para la aplicación de impuestos a honorarios por servicios técnicos. A este respecto, el Artículo 12A es ampliamente diferente del Artículo 7 y el Artículo 14.

Sin embargo, en el caso de servicios técnicos, métodos modernos para la prestación de servicios permiten a no residentes prestar servicios substanciales para clientes en el otro país con escasa o nula presencia en ese país. Esta posibilidad de obtener rentas de un país con escasa o nula presencia en el mismo, en combinación con las preocupaciones relacionadas con los aspectos de la erosión de la base y el traslado de beneficios de los servicios técnicos, es considerada por la mayoría de los miembros del Comité para justificar la ausencia de requerimientos como condición para que un país someta a imposición los honorarios por servicios técnicos.

34. Cuando se traten los honorarios por servicios técnicos tanto en el Artículo 12A como en el Artículo 7, el apartado 6 del Artículo 7 establece que las disposiciones del Artículo 12A prevalecerán sobre las disposiciones del Artículo 7. Sin embargo, esta prioridad del Artículo 12A no aplica si el beneficiario efectivo de los honorarios por servicios técnicos realiza actividades empresariales a través de un establecimiento permanente en el Estado Contratante en el que se originan los honorarios por servicios técnicos y esos servicios están efectivamente relacionados con el establecimiento permanente o las actividades empresariales señaladas en el apartado 1(c) del Artículo 7. En esta situación, el apartado 4 del Artículo 12A establece que las disposiciones del Artículo 7 aplicarán en lugar del Artículo 12A.

35. De manera similar, cuando los honorarios por servicios técnicos son regulados tanto en el Artículo 12A como en el Artículo 14, el apartado 2 del Artículo 12A establece expresamente que, las disposiciones del Artículo 12A prevalecerán sobre las disposiciones del Artículo 14. Sin embargo, esta prioridad del Artículo 12A sobre el Artículo 14 no aplica si el beneficiario efectivo de los honorarios presta servicios personales independientes en el Estado Contratante en el que se originan los honorarios por servicios técnicos a través de una base fija ubicada en ese Estado y los servicios técnicos están efectivamente relacionados con la base fija. En esta situación, el apartado 4 del Artículo 12A establece que las disposiciones del Artículo 14 aplicarán en lugar de aquellas del Artículo 12A.

36. No existe superposición entre el Artículo 12A y los Artículos 15, 18 y 19 que abordan rentas por empleo, pensiones y servicios gubernamentales, respectivamente, porque la definición de “honorarios por

servicios técnicos” en el apartado 3 del Artículo 12A, excluye expresamente pagos a empleados, incluyendo pagos de pensiones. En consecuencia, por ejemplo, los pagos recibidos por un empleado de un patrón residente en un país por empleo realizado fuera de ese país no serían sometidos a imposición por ese país conforme al apartado 2 del Artículo 12A, aún y cuando los pagos sean por servicios técnicos.

37. Dado que el apartado 2 del Artículo 12A está sujeto a las disposiciones de los Artículos 8 (Transporte Internacional Aéreo y Marítimo), 16 (Remuneraciones de los Miembros de Juntas Directivas) y 17 (Profesionales del espectáculo y Deportistas), el Artículo 12A no aplica a honorarios por servicios técnicos a los que aplican las disposiciones de esos Artículos. En general, los derechos de un país para aplicar impuestos conforme al Artículo 8, 16 o 17 son ilimitados, en tanto que los derechos para aplicar impuestos conforme al apartado 2 del Artículo 12A son limitados al porcentaje máximo de los honorarios brutos por servicios técnicos acordados en esa disposición. La relación entre el apartado 2 del Artículo 12A y los Artículos 8, 16 y 17 se discute a mayor detalle en los Comentarios sobre el apartado 2.

37.1 El apartado 7 del Artículo 12B establece que las disposiciones del Artículo 12B no se aplicarán si los pagos correspondientes a las rentas procedentes de servicios digitales automatizados califican como “honorarios por servicios técnicos” conforme a lo dispuesto por el Artículo 12A. Por consiguiente, el Artículo 12B no se aplicará a ninguna cantidad dentro del ámbito de aplicación del Artículo 12A.

B. COMENTARIO A LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 12A

Apartado 1

38. Este apartado establece que los honorarios por servicios técnicos que se originen en un Estado Contratante y sean pagados a un residente del otro Estado Contratante, podrán ser sometidos a imposición en el otro Estado Contratante. Sin embargo, no establece que tales honorarios podrán ser sometidos a imposición únicamente en el Estado de residencia.

39. En la mayoría de los casos, la persona que presta los servicios técnicos recibirá honorarios por esos servicios. Si la persona que recibe

los honorarios por servicios técnicos no es la persona que presta esos servicios, la ley interna debe establecer quien es la persona obligada a pagar impuestos con respecto a esos pagos. Si los honorarios por servicios técnicos son pagados a una persona distinta de aquella que presta los servicios, el Artículo 12A aplica a los honorarios siempre y cuando quien reciba los honorarios sea un residente del otro Estado Contratante.

40. La expresión “honorarios por servicios técnicos” se define en el apartado 3 y significa cualquier “pago” por servicios administrativos, técnicos o de consultoría. El término “pago” tiene un amplio significado consistente con el significado del término relacionado “pagado” en los Artículos 10 y 11. Como se señala en el apartado 3 del Comentario al Artículo 10 (que cita el apartado 7 del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017) y el apartado 6 del Comentario al Artículo 11 (que cita el apartado 5 del Comentario al Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017), el concepto de pago significa el cumplimiento de una obligación de poner fondos a disposición del proveedor de servicios, de la manera requerida por contrato o por costumbre.

41. El Artículo 12A trata únicamente el tema de honorarios por servicios técnicos que se originen en un Estado Contratante y que sean pagados a un residente del otro Estado Contratante. No aplica, en tal virtud, a honorarios por servicios técnicos que se originen en un tercer Estado. El apartado 5 y el apartado 6 especifican cuándo se considera que los honorarios por servicios técnicos se originan en un Estado Contratante y cuando se considera que no se originan en un Estado Contratante, respectivamente. De conformidad con el apartado 5, los honorarios por servicios técnicos son considerados como originados en un Estado Contratante si los mismos son pagados por un residente de ese Estado o si están soportados por un establecimiento permanente o base fija en ese Estado de una persona residente en otro Estado. No obstante, de conformidad con el apartado 6, los honorarios por servicios técnicos pagados por un residente de un Estado Contratante no se considerarán como originados en ese Estado si están soportados por un establecimiento permanente o base fija que el residente tenga en el otro Estado Contratante.

Apartado 2

42. Este apartado establece el principio de que un Estado Contratante en el que se originan los honorarios por servicios técnicos puede someter a imposición esos honorarios de acuerdo con las disposiciones de su legislación interna. Sin embargo, si el beneficiario efectivo de los honorarios es un residente del otro Estado Contratante, el monto del impuesto aplicado por el Estado en el que surgen los honorarios por servicios técnicos no podrá exceder de un porcentaje máximo del monto bruto de esos pagos, el cual será establecido a través de negociaciones bilaterales.

43. Considerado conjuntamente con el Artículo 23 (Métodos para la Eliminación de la Doble imposición), el apartado 2 establece el derecho básico del país en el que se originan los honorarios por servicios técnicos de someter a imposición esos honorarios de acuerdo con su legislación interna (sujeto a la limitación de la tasa máxima de impuestos si el beneficiario efectivo de los honorarios es un residente del otro Estado Contratante). De acuerdo con ello, el país del cual es residente el receptor de los honorarios está obligado a prevenir la doble imposición de esos pagos. De acuerdo con el Artículo 23A o 23B, el país de residencia debe proveer la forma de evitar la doble imposición a través de exenciones de impuestos a los honorarios por servicios técnicos o el otorgamiento de un crédito contra impuestos a ser pagados al país de residencia por servicios técnicos por cualquier impuesto aplicado a esos honorarios por el otro Estado Contratante, de acuerdo con el Artículo 12A. A este respecto, cuando un país aplica el método de exención al amparo del Artículo 23A, tiene derecho de aplicar el método de crédito de impuestos conforme al apartado 2 del Artículo 23A con respecto a elementos de rentas sujetos a imposición conforme al Artículo 10, 11, 12 o 12A o 12B.

44. La decisión de no recomendar una tasa máxima de impuestos por servicios técnicos es consistente con los Artículos 10, 11 y 12 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, que trata sobre dividendos, intereses y regalías, respectivamente. Esta decisión puede ser justificada bajo la práctica actual de los tratados. Las tasas de retención para honorarios por servicios técnicos adoptadas en tratados tributarios bilaterales entre países desarrollados y países en desarrollo varían ampliamente. En tal virtud, la tasa máxima de impuestos por

servicios técnicos debe establecerse a través de las negociaciones entre los Estados Contratantes.

45. Un nivel preciso de retención de impuestos para honorarios por servicios técnicos debería considerar diversos factores, incluyendo los siguientes:

- La posibilidad de que una alta tasa de retención de impuestos aplicada por un país pudiera causar que los prestadores de servicios no residentes trasladen el costo de los impuestos a los consumidores del país, lo que significaría que el país aumentaría sus ingresos tributarios a expensas de sus propios residentes, en lugar de hacerlo con los prestadores de servicios no residentes.
- La posibilidad de que una tasa de impuestos más alta que el límite del crédito fiscal extranjero en el país de residencia podría desalentar la inversión.
- La posibilidad de que algunos prestadores de servicios no residentes podrían incurrir en costos más altos en la prestación de servicios técnicos, de manera tal que una alta tasa de retención de impuestos para los pagos brutos podría resultar en una tasa efectiva de impuestos excesiva sobre el ingreso neto obtenido por los servicios.
- El beneficio potencial de aplicar la misma tasa de retención de impuestos a las regalías, conforme al Artículo 12, y a los pagos por servicios técnicos, conforme al Artículo 12A (véase más adelante el ejemplo 6, en los párrafos 97 y 98).
- El hecho de que la reducción de la tasa de retención tenga consecuencias sobre las rentas y el tipo de cambio del país que aplique la retención de impuestos, y
- Los flujos relativos de honorarios por servicios técnicos (por ejemplo, de países en desarrollo a países desarrollados).

46. El apartado 2 aplica independientemente de las disposiciones del Artículo 14. Conforme al Artículo 14, las rentas por la prestación de servicios profesionales o de otros servicios personales independientes por una persona que es residente de un Estado Contratante, son sujetas de impuestos en el otro Estado Contratante solo si los servicios se prestan a través de una base fija en el otro Estado Contratante a la

cual tiene acceso regularmente la persona, o si la persona permanece en ese Estado por 183 días o más en cualquier periodo de 12 meses, comenzando o terminando en el año fiscal aplicable.

47. Conforme al apartado 4, si un residente de un Estado Contratante presta servicios personales independientes (que sean servicios técnicos) en el otro Estado Contratante, a través de una base fija a la cual tiene acceso regularmente la persona, y recibe honorarios por servicios técnicos que entran dentro de la definición del apartado 3 del Artículo 12A, el Artículo 14 prevalecerá sobre el Artículo 12A con respecto a esos honorarios. Sin embargo, si un residente de un Estado Contratante presta servicios personales independientes (que sean servicios técnicos) que se originen en el otro Estado Contratante, pero tales servicios no son prestados a través de una base fija en ese otro Estado, el otro Estado someterá a imposición los honorarios por esos servicios conforme al apartado 2 del Artículo 12A.

48. El apartado 2 prevalece sobre el Artículo 7, como resultado del apartado 6 del Artículo 7. Por lo tanto, las condiciones para la aplicación de impuestos a los beneficios empresariales conforme al Artículo 7 no aplican a los honorarios por servicios técnicos cubiertos por el apartado 2. Un Estado Contratante somete a imposición los honorarios por servicios técnicos al amparo del apartado 2 si los honorarios surgen en ese Estado, sin importar si la empresa que presta los servicios tiene un establecimiento permanente en ese Estado, presta servicios que son similares a aquellos prestados a través del establecimiento permanente o presta los servicios técnicos en ese Estado. Sin embargo, en virtud del apartado 4, si una empresa de uno de los Estados Contratantes presta servicios técnicos a través de un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante, y recibe honorarios por esos servicios técnicos dentro de la definición del apartado 3, el Artículo 7 prevalecerá sobre el apartado 2 del Artículo 12A, respecto a esos pagos.

49. La aplicación del apartado 2 está expresamente sujeta a las disposiciones del Artículo 8. Ciertos pagos por transporte internacional marítimo y aéreo, conforme al Artículo 8, podrían estar dentro de la definición de “honorarios por servicios técnicos” en el apartado 3. Esto podría ser el caso con respecto a actividades auxiliares estrechamente relacionadas con la operación directa de buques y aeronaves, como se plantea en el párrafo 13 del Comentario al Artículo 8 de este Modelo.

Para eliminar cualquier incertidumbre a este respecto, el apartado 2 de manera explícita señala que en cualquier situación en la que tanto el Artículo 12A como el Artículo 8 apliquen a los mismos servicios, las disposiciones del Artículo 8 prevalecerán. Por lo tanto, cualquier honorario por servicios técnicos que resulte de la operación de embarcaciones o aeronaves en tráfico internacional de acuerdo con los términos del Artículo 8, son sometidos a imposición conforme a dicho Artículo exclusivamente.

50. De manera similar, el apartado 2 está sujeto a las disposiciones del Artículo 16 que trata sobre remuneraciones de directivos de alto nivel y miembros de juntas directivas. Por lo tanto, en los casos en que, de conformidad con el Artículo 16, sean aplicados impuestos a las remuneraciones de directivos de alto nivel o los miembros de juntas directivas por el Estado Contratante del cual la sociedad que pague las remuneraciones sea residente, el Artículo 12A no puede ser aplicado a las remuneraciones porque el apartado 2 está sujeto expresamente a las disposiciones del Artículo 16. Los derechos de un Estado Contratante para aplicar impuestos conforme al Artículo 16 son ilimitados, en tanto que los derechos para aplicar impuestos conforme al Artículo 12A están limitados a la tasa máxima de impuesto establecida en el apartado 2. Sin embargo, si los pagos están fuera del alcance del Artículo 16 (porque, por ejemplo, los pagos que sean hechos por servicios prestados por una persona natural en una capacidad que no sea la de directivo de alto nivel de la sociedad, tal como un contratista independiente), el otro Estado está facultado para someter a imposición los pagos conforme al apartado 2.

51. De manera similar, el apartado 2 está sujeto expresamente a las disposiciones del Artículo 17, que trata sobre entretenimiento o actividades deportivas. Aunque pueda no ser probable que estas actividades entren dentro de la definición de “honorarios por servicios técnicos” del apartado 3, es importante dar certeza a este respecto. Por lo tanto, si las disposiciones del apartado 2 y del Artículo 17 se superponen, el Artículo 17 prevalece sobre el Artículo 12A. Sin embargo, si un artista o un deportista residente de un Estado Contratante recibe honorarios por servicios técnicos de parte de una persona residente en el otro Estado Contratante, y tales honorarios no entran dentro del alcance del Artículo 17 (porque, por ejemplo, aunque los honorarios sean en

pago por actividades personales como artista o deportista, esas actividades ocurran fuera del país del cual el pagador es residente), el primer Estado Contratante estará facultado para someter a imposición los honorarios conforme al apartado 2.

52. El requerimiento de beneficiario efectivo se incluye en el apartado 2 para aclarar el significado de las palabras “pagado a un residente”, como se usa en el apartado 1 del Artículo. Aclara que un Estado Contratante no está obligado a renunciar a su derecho de someter a imposición los honorarios por servicios técnicos solo porque esos honorarios fueron pagados directamente a un residente de otro Estado con el cual el primer Estado ha celebrado un convenio.

53. Dado que el término “beneficiario efectivo” se incluye en el apartado 2 para atender las potenciales diferencias que surjan del uso de las palabras “pagado a un residente” en el apartado 1, tiene la intención de que sea interpretado en este contexto y no referirse a ningún significado técnico que hubiera podido tener conforme a la ley interna de un país específico. El término “beneficiario efectivo” no es, en consecuencia, usado en un sentido técnico limitado (tal como el significado que tiene conforme a la ley fiduciaria de varios países cuyo sistema legal es el derecho común⁵⁸) y debería ser entendido en su contexto, en particular en relación con las palabras “pagado a un residente”, y a la luz del objeto y fin del Convenio, incluyendo el evitar la doble imposición y la prevención de la evasión y la elusión fiscal.

54. El alivio o exención con respecto a un elemento de renta es otorgado por un Estado a un residente del otro Estado Contratante para evitar, total o parcialmente, la doble imposición que ocurriría de otra forma por la aplicación de impuestos concurrente sobre esa renta por el Estado de residencia. Cuando un elemento de renta es pagado a un residente de un Estado Contratante actuando en carácter de agente

58 Por ejemplo, cuando los fiduciarios de un fideicomiso discrecional no distribuyen pagos por servicios técnicos ganados durante un cierto periodo, estos fiduciarios, actuando en dicho carácter (o el fideicomiso si está reconocido como un contribuyente independiente) podrían ser los propietarios beneficiarios de dichos pagos para los efectos del Artículo 12A, aún y cuando ellos no sean los beneficiarios efectivos conforme a la ley fiduciaria aplicable.

o mandatario, sería inconsistente con el objeto y fin del Convenio el que un Estado otorgue beneficios o exención por la simple consideración del estatus del receptor directo de las rentas como residente del otro Estado Contratante. El receptor directo de las rentas califica como un residente, más no surge la potencial doble imposición como consecuencia de tal estatus, ya que el receptor no es tratado como el propietario de las rentas para efectos fiscales en el Estado de residencia.

55. Sería igualmente inconsistente con el objeto y fin del Convenio el que un Estado otorgue un beneficio o exención cuando un residente del Estado Contratante, de otra forma que no sea a través de una relación de agente o mandato, actúa simplemente como un conducto para otra persona que de hecho recibe el beneficio de la renta en cuestión. Por estas razones, el informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, titulado “Convenios sobre Doble imposición y el Uso de Sociedades Instrumentales”⁵⁹ concluye que una sociedad interpuesta no puede ser normalmente considerada como el beneficiario efectivo si, aunque sea el propietario formal, tiene para efectos prácticos facultades muy limitadas, que la reduce a un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas, en relación con la renta en cuestión.

56. En estos varios ejemplos (agente, mandatario, sociedad instrumental, actuando como un fiduciario o administrador), el receptor directo de los honorarios por servicios técnicos no es el beneficiario efectivo porque el derecho de ese receptor de usar y gozar de los honorarios está restringido por una obligación contractual o legal de trasladar los honorarios recibidos a otra persona. Tal obligación normalmente derivará de documentos legales, pero también se puede encontrar en base a hechos y circunstancias que demuestren que, en substancia, el receptor de los honorarios claramente no tiene derecho a usar y disfrutar los honorarios sin estar restringido por una obligación contractual o legal de trasladar los honorarios recibidos a otra persona. Este tipo de obligación no incluiría obligaciones contractuales o legales que no dependan de la recepción de los honorarios por el receptor

59 Reproducido en la página R (6)-1 del Volumen II de la versión completa del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page1833, consultado el 10 de mayo 2021.

directo, tal como una obligación que no depende de la recepción de los honorarios y que el receptor directo tenga como deudor o como una parte de transacciones financieras. Cuando el receptor de los honorarios por servicios técnicos tiene el derecho de usar y gozar de los honorarios sin estar restringido por una obligación contractual o legal de trasladar los honorarios recibidos a otra persona, el receptor es el “beneficiario efectivo” de esos honorarios.

57. El hecho de que el receptor de los honorarios por servicios técnicos sea considerado como el beneficiario efectivo de esos honorarios no significa, sin embargo, que la limitación tributaria establecida en el apartado 2 tenga que otorgarse automáticamente. Esta limitación tributaria no debe ser otorgada en casos de abuso de esta disposición. Como se explica en la sección “Uso Inadecuado del Convenio” en los Comentarios al Artículo 1, existen varias formas de abordar estructuras de sociedades conducto y, de manera más general, situaciones de triangulación de beneficios (*treaty shopping*). Estas incluyen disposiciones antiabuso específicas en la legislación interna y en los tratados, reglas generales antiabuso en la legislación interna y en los tratados, doctrina judicial, tal como fondo sobre forma o el enfoque de sustancia económica, y la interpretación de las disposiciones de los tratados tributarios. Mientras que el concepto de “beneficiario efectivo” se ocupa de algunas formas de elusión fiscal (en otras palabras, aquellas que implican la interposición de un receptor que está obligado a trasladar pagos por servicios técnicos a alguien más), no se ocupa de otros casos de triangulación de beneficios y, en tal virtud, no debe considerarse que restringe de alguna forma la aplicación de otros enfoques para ocuparse de estos casos.

58. Las explicaciones anteriores con respecto al significado de “beneficiario efectivo” hacen claro que el significado dado a este término en el contexto del Artículo debe diferenciarse del significado diferente que ha sido dado a este término en el contexto de otros instrumentos⁶⁰ que se refieren a la determinación de las personas (per-

60 Véase como ejemplo, *Estándares Internacionales sobre el Combate al Lavado de Dinero y el Financiamiento al Terrorismo & Proliferación, del Equipo de Trabajo de Acción Financiera – Las Recomendaciones FATF* (OCDE-FATF, París, 2012, actualizadas en 2020), que establece en detalle el estándar internacional antilavado de dinero, y que incluye la

sonas naturales, típicamente) que tienen el control principal sobre entidades o activos. El significado diferente de “beneficiario efectivo” no puede ser aplicado en el contexto del Convenio. De hecho, ese significado, que se refiere a personas naturales (individuos), no puede ser reconciliado con el lenguaje expreso del apartado 2(a) del Artículo 10, que se refiere a la situación en que la sociedad es el beneficiario efectivo de un dividendo. En el contexto de los Artículos 10, 11, 12, 12A y 12B, el término “beneficiario efectivo” tiene la intención de resolver dificultades que surjan del uso de las palabras “pagado a” en relación con dividendos, intereses, regalías y servicios, en lugar de dificultades relacionadas con el propietario de la propiedad subyacente o derechos respecto a los cuales los montos son pagados. Por esta razón, no sería apropiado, en el contexto de estos Artículos, considerar un significado desarrollado para referirse a las personas naturales que tienen el “control principal efectivo sobre una persona jurídica o acuerdo”.⁶¹

59. Sujeto a las otras condiciones establecidas por el Artículo, la limitación tributaria en un Estado continúa siendo aplicable cuando un intermediario, tal como un agente o mandatario ubicado en el

siguiente definición de beneficiario efectivo (en la página 117): “la(s) persona(s) natural(es) que tiene(n) la máxima propiedad o control sobre un cliente y/o la persona en nombre de la cual se lleva a cabo una transacción. También incluye aquellas personas que tienen el máximo control efectivo sobre una persona o acuerdo. De manera similar, el informe del Grupo Directivo sobre Gobierno Corporativo de la OCDE, *Detrás del Velo Corporativo: Usando Entidades Corporativas para Objetos Ilícitos* (OCDE, París, 2001), define propiedad beneficiaria de la siguiente forma (en la página 14):

En este informe “propiedad beneficiaria” se refiere a la última propiedad beneficiaria o interés de una persona natural. En algunas situaciones, descubrir el propietario beneficiario podría involucrar perforar a través de diversas entidades intermediarias y/o personas naturales hasta encontrar al verdadero propietario, que es una persona natural. Con respecto a las corporaciones, la propiedad es detentada por los accionistas o socios. En sociedades, los intereses son detentados por socios generales y socios limitados. En fideicomisos y fundaciones, la propiedad beneficiaria se refiere a los beneficiarios, que también podrían incluir al fideicomitente o creador.

61 Véase la definición del Equipo de Trabajo de Acción Financiera citada en la nota a pie de página anterior

otro Estado Contratante o en un tercer Estado, está interpuesto entre el beneficiario y la parte que paga, pero el beneficiario efectivo es un residente del otro Estado Contratante.

60. El apartado no plantea nada sobre la forma de tributación en el Estado en el cual surgen los honorarios por servicios técnicos. Por lo tanto, da la libertad al Estado para aplicar sus propias leyes y, en particular, para aplicar el impuesto ya sea mediante deducción en fuente o mediante aplicación individual. Como es el caso con otras disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, este Artículo no resuelve preguntas de procedimiento. Cada Estado puede aplicar el procedimiento establecido en la legislación interna.

Apartado 3

61. Este apartado especifica el significado de la frase “honorarios por servicios técnicos” para efectos del Artículo 12A. La definición de “honorarios por servicios técnicos” en el apartado 3 es exhaustiva. “Honorarios por servicios técnicos” se limita a los pagos descritos en el apartado 3; otros pagos por servicios no están incluidos en la definición y el Artículo 12A no trata sobre ellos (véanse los ejemplos en los párrafos 87 al 103).

62. El Artículo 12A aplica solamente a honorarios por servicios técnicos, y no a todos los pagos por servicios. El apartado 3 define “honorarios por servicios técnicos” como pagos por servicios administrativos, técnicos o de consultoría. Dado los significados ordinarios de los términos “administrativo”, “técnico” y “consultoría”, el concepto fundamental subyacente a la definición de honorarios por servicios técnicos, es que los servicios deben de implicar la aplicación de conocimiento especializado, habilidad y especialización por parte del prestador del servicio, en nombre de un cliente, o la transmisión de conocimientos, habilidades o especialización al cliente, que no sea la transferencia de información cubierta por la definición de “regalías” en el apartado 3 del Artículo 12. Servicios de naturaleza rutinaria que no implican la aplicación de tal conocimiento especializado, habilidad o especialización, no entran dentro del alcance del Artículo 12A.

63. El significado ordinario del término “dirección” implica la aplicación de conocimiento, habilidad y especialización para el control o

administración del desarrollo de una empresa u organización. Por lo tanto, si la dirección de toda o una parte relevante de una empresa se encomienda a personas que no sean los directores, funcionarios o empleados de la empresa, los pagos hechos por la empresa por tales servicios de dirección serían honorarios por servicios técnicos dentro del significado del apartado 3. De manera similar, los pagos hechos a un consultor por asesoría relativa a la dirección de una empresa (o de los negocios de una empresa) serían honorarios por servicios técnicos.

64. El significado ordinario del término “técnicos” incluye la aplicación de conocimientos, habilidades y experiencia especializada con respecto a una ciencia, arte, profesión u ocupación en particular. Por lo tanto, los honorarios percibidos por los servicios prestados por profesionistas regulados, tales como leyes, contabilidad, arquitectura, medicina, ingeniería y odontología serían considerados como honorarios por servicios técnicos en términos del apartado 3. De esta forma, si una persona natural recibe pagos por la prestación de los servicios profesionales contemplados en el apartado 2 del Artículo 14, por parte de un residente de un Estado Contratante, esos pagos serían considerados honorarios por la prestación de servicios técnicos. Si los pagos se originan en ese Estado Contratante porque sean efectuados por un residente de ese Estado o soportados por un establecimiento permanente o base fija situados en ese Estado, los pagos deberán estar sujetos a imposición en ese Estado en términos del apartado 2, sin importar el hecho de que los servicios no sean prestados en ese Estado a través de una base fija en ese Estado.

65. Los servicios técnicos no están limitados a los servicios profesionales descritos en el apartado 2 del Artículo 14. Los servicios prestados por otros profesionistas, como farmacéuticos y otros profesionistas como científicos, académicos, etc., podrían también constituir servicios técnicos si esos servicios involucran la prestación de conocimientos, habilidades y experiencias especializadas.

66. El significado ordinario de “consultoría” incluye la prestación de los servicios de asesoría o de servicios de carácter especializado. Los profesionistas generalmente prestan servicios de asesoría o servicios que encuadran dentro del concepto general de consultoría, aunque como se indica en los párrafos 63 y 64 anteriores, esos servicios también pueden constituir servicios técnicos o de administración.

67. Los términos “administración”, “técnicos” y “consultoría” no tienen significados precisos y podrían traslaparse. Así, por ejemplo, los servicios de carácter técnico podrían también constituir servicios de consultoría, y los servicios de administración podrían también constituir servicios de consultoría.

68. La definición de “honorarios por servicios técnicos” no incluye alguna referencia a la legislación interna de un Estado Contratante. La falta de alguna referencia a leyes internas se justifica por lo siguiente:

- (a) la definición generalmente incluye a la mayoría de los servicios que son considerados como servicios técnicos bajo la ley interna de los países que gravan esa clase de servicios;
- (b) esa referencia introduciría un considerable elemento de incertidumbre;
- (c) los futuros cambios en la legislación interna de un país con respecto a la imposición de pagos por servicios técnicos podrían, de lo contrario, tener un efecto en el Convenio; y
- (d) en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, se debe evitar la referencia a las leyes internas en la medida de lo posible.

Sería inconsistente con la definición de “honorarios por servicios técnicos” para el significado de términos utilizados en la definición, especialmente los términos “administración”, “técnicos” y “consultoría”, el que esa definición fuese determinada en función de la legislación interna del país que aplicara el tratado al amparo del apartado 2 del Artículo 3.

69. Como expresamente lo dispone el apartado 3(a), para los efectos del Artículo 12A, los honorarios por servicios técnicos no incluyen a los pagos por salarios, sueldos u otras remuneraciones a los empleados del pagador. Cuando dichos pagos sean efectuados por un empleador residente de uno de los Estados Contratantes a un empleado residente del otro Estado Contratante, esos pagos estarán cubiertos por el Artículo 15 o el Artículo 19 (Servicios Oficiales) del Convenio. Adicionalmente, dado que las pensiones se originan en función del empleo anterior, están excluidas del Artículo 12A y contempladas en el Artículo 18 (Pensiones y Pagos de Seguridad Social) aun y cuando ese empleo hubiese involucrado la prestación de servicios técnicos al empleador.

70. Como expresamente lo dispone el apartado 3, la definición de honorarios por servicios técnicos no incluye a los pagos por servicios de enseñanza en una institución educativa o por una institución educativa. De esta forma, si una institución educativa establecida en un Estado Contratante paga honorarios por servicios de enseñanza prestados por una persona natural o por una empresa residente del otro Estado Contratante que son de otra manera considerados honorarios por servicios técnicos, los pagos efectuados por la institución educativa por esos servicios de enseñanza están excluidos de la definición de “honorarios por servicios técnicos” contenida en el apartado 3(b). Adicionalmente, si una institución educativa establecida en un Estado Contratante recibe pagos por parte de una empresa residente en el otro Estado Contratante por servicios de enseñanza prestados por esa institución a algunos de los empleados de esa empresa, los pagos recibidos por la institución educativa por esos servicios de enseñanza (siempre que esos pagos no sean considerados de otra manera como honorarios por servicios técnicos) no serían honorarios por servicios técnicos sujetos al Artículo 12A debido a la exclusión específica en el apartado 3(b). No existe ninguna definición del término “institución educativa” para los efectos del apartado 3(b). En consecuencia, de conformidad con el apartado 2 del Artículo 3 del Convenio, ese término tendría su significado en la ley del Estado que aplicara el Convenio. El significado de ese término normalmente incluiría a las universidades, colegios y otras instituciones educativas de enseñanza superior. En los países en los que el término “institución educativa” tenga un amplio e inusual significado, tal vez deseen aclarar el significado de este término en sus tratados.

71. A algunos países pudiera preocuparles que la exclusión en el apartado 3(b) sea excesivamente amplia e incierta y pudiera resultar en abusos. Estos países tal vez deseen omitir esta exclusión en el apartado 3(b) de forma completa o limitarla a los servicios de enseñanza prestados como parte de un programa de grado ofrecido por una institución educativa. Estos países son libres de hacerlo adicionando la expresión “como parte de un programa que otorgue grado” o palabras similares al apartado 3(b). En este caso, los pagos recibidos por una institución educativa por los servicios de enseñanza de índole administrativa, técnica o de consultoría que no sean parte de un programa de grado serían catalogados como honorarios por servicios técnicos dentro del significado del apartado 3.

72. Como expresamente lo dispone el apartado 3(c), la definición de “honorarios por servicios técnicos” no incluye a los pagos efectuados por personas naturales por servicios para uso personal. Dichos pagos por lo general no serían deducibles para esas personas naturales para efectos fiscales y, por consiguiente, esos pagos no generarían ninguna erosión de la base fiscal del Estado en el que se originen esos honorarios de servicios técnicos. Además, la imposición de obligaciones en materia de retención sobre esos pagos para personas naturales bajo su ley interna, serían difíciles de aplicar y podrían generar considerables problemas de cumplimiento para las personas naturales que utilicen servicios técnicos prestados a distancia por no residentes.

73. La definición de “honorarios por servicios técnicos” en el apartado 3 no excluye a las utilidades generadas por transporte internacional marítimo y aéreo, por honorarios de los miembros de las juntas directivas y de los directivos de alto nivel, y a las rentas provenientes de actividades deportivas y de entretenimiento. No obstante, esas rentas (aun cuando encuadren dentro de la definición de “honorarios por servicios técnicos”) no estarán sujetas a imposición por un país conforme al apartado 2 si están sujetas a imposición conforme al Artículo 8 (Transporte Internacional Marítimo y Aéreo), al Artículo 16 (Remuneraciones de los Miembros de las Juntas Directivas y de los Directivos de Alto Nivel), o al Artículo 17 (Profesionales del espectáculo y Deportistas), según sea el caso. Ello debido a que el apartado 2 se encuentra expresamente sujeto a las disposiciones del Artículo 8, 16 y 17.

74. El tratamiento para los reembolsos de gastos para efectos de la definición de “honorarios por servicios técnicos” en el apartado 3 plantea dificultades particulares. En primer lugar, es importante distinguir entre un subsidio para gastos y un reembolso de gastos. Un subsidio es una cantidad establecida generalmente por adelantado que el receptor del subsidio no está obligado a contabilizar, por ejemplo, una retribución recibida para gastos de comidas y hospedaje es el típico caso de un subsidio para gastos. Dado que el receptor del subsidio no tiene que contabilizar los gastos realmente incurridos, cualquier subsidio que reciba una persona para gastos de servicios técnicos estaría incluido dentro del significado de “honorarios por servicios técnicos” conforme al apartado 3.

75. El reembolso de gastos es diferente al subsidio para gastos porque la persona tiene que contabilizar los gastos reales incurridos y, solamente esos gastos reales, califican para un reembolso. La cuestión es si los pagos recibidos por concepto de reembolso de gastos reales incurridos en relación con la prestación de servicios técnicos deben estar incluidos en la definición de “honorarios por servicios técnicos”.

76. Primero, una persona puede ser reembolsada por gastos incurridos en relación con la prestación de servicios técnicos, pero puede no recibir ningún pago por esos servicios. Por ejemplo, una persona natural residente de un Estado Contratante puede ser invitada a dar una conferencia o a participar en una reunión en el otro Estado Contratante y puede ser reembolsada por sus gastos de viaje, pero no recibir ningún pago. En estas circunstancias, parece difícil justificar la aplicación de una retención de impuestos a ese reembolso. Sin embargo, salvo que los reembolsos estén expresamente excluidos de la definición de “honorarios por servicios técnicos”, el apartado 2 permitiría que el Estado en el que se originan los honorarios impusiera una retención de impuestos sobre el reembolso a la tasa especificada en el tratado.

77. Segundo, un prestador de servicios no residente podría recibir un pago de honorarios y un reembolso por separado de todos los gastos incurridos en la prestación de los servicios. En estas circunstancias, si los reembolsos están excluidos de la definición de los honorarios por servicios técnicos, el impuesto exigido por el Estado en el que se originan los pagos estaría limitado al monto del pago. Sobre estos hechos, el honorario representa la utilidad neta del no residente derivada de la prestación de los servicios técnicos. Sin embargo, el límite máximo del impuesto exigido conforme al apartado 2 está basado en el monto bruto de los honorarios, y la tasa de la retención del impuesto prevista en el Artículo 12A podría estar establecida en la presunción de que los honorarios representan el ingreso bruto del no residente. Como resultado de ello, si los reembolsos están excluidos de la definición de honorarios por servicios técnicos, la tasa de retención del impuesto acordada por los Estados Contratantes pudiera ser muy baja. Asimismo, la exclusión de los reembolsos de la definición de honorarios por servicios técnicos podría llevar a abusos. Por ejemplo, para efecto de reducir la retención del impuesto en el país fuente, los prestadores de servicios no residentes podrían recibir pagos etiquetados como reembolsos y que realmente constituyan pagos, o podrán ser

reembolsados por gastos por los cuales normalmente no serían reembolsados. El prevenir este tipo de abusos implicaría una considerable carga administrativa para las autoridades fiscales.

78. Tercero, un prestador de servicios no residente podría no ser reembolsado por ningún gasto incurrido en la prestación de sus servicios. En este caso, el monto de los pagos recibidos por el prestador de servicios no residente será mayor que el monto de la utilidad neta del prestador del servicio. La tasa máxima de retención en el apartado 2 pudo haber sido acordada bajo la presunción de que algunos de los gastos del no residente serían reembolsados. En este supuesto, la tasa máxima de retención del impuesto podría estar establecida a una tasa mayor de la que de lo contrario correspondería para efecto de aproximar el impuesto sobre la utilidad neta. Por consiguiente, si los reembolsos son excluidos de la definición de “honorarios por servicios técnicos”, la tasa establecida en el tratado podría estar demasiado elevada para un prestador de servicios no residente que no reciba reembolsos de gastos.

79. Los problemas comentados en los anteriores párrafos 77 y 78 son ilustrados en el ejemplo del siguiente párrafo 80, el cual demuestra que el efecto de una retención del impuesto basada en una tasa bruta sobre los honorarios por servicios técnicos depende, en parte, de si los pagos por reembolsos de gastos están sujetos a una tasa de retención del impuesto y en qué medida los prestadores de servicios deberán ser reembolsados por sus gastos.

80. Ejemplo: X, un residente del País A, es un consultor administrativo que provee asesoría a sociedades sobre las mejores prácticas para su administración corporativa. X celebra un contrato de prestación de servicios con BCo, una sociedad pública residente en el País B, por un periodo de 60 días y teniendo como contraprestación un honorario de 5,000 diarios más el reembolso de gastos razonables incurridos con motivo de la prestación de sus servicios. X recibe honorarios de 300,000 de parte de BCo y un pago de 250,000 por reembolso de gastos. Así, en esta situación, la utilidad neta de X derivada de la prestación de sus servicios a B Co es de 300,000. Supongamos que el País A y el País B han celebrado un tratado tributario que contiene disposiciones idénticas a las del Artículo 12A del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas que permite la retención del impuesto sobre los

honorarios por servicios técnicos a una tasa máxima del 5 por ciento. Sobre estos hechos, suponiendo que el pago por el reembolso de los gastos de X no sea considerado como honorarios por servicios técnicos, el País B tendría derecho a exigir un impuesto de 15,000 sobre los pagos recibidos por X, lo cual representa relativamente una tasa baja de imposición del 5 por ciento sobre la utilidad neta de X. De manera alternativa, suponiendo que el pago del reembolso de los gastos de X está sujeto a retención conforme al Artículo 12A, el País B estaría facultado a gravar 27,500, lo cual representa una tasa impositiva de más del 9 por ciento sobre la utilidad neta de X. Si X no recibiera ningún reembolso de sus gastos, el impuesto para el País B sería de 15,000 lo cual representaría una tasa impositiva del 30 por ciento sobre la utilidad neta de X independientemente de si los pagos por reembolso de gastos están sujetos a retención como honorarios por servicios técnicos conforme al Artículo 12A.

81. Parece ser extremadamente difícil predecir hasta qué medida, en promedio, los prestadores de servicios no residentes son reembolsados por sus gastos. Como resultado, cualquier regla única para el tratamiento de los reembolsos operará indebidamente en algunas situaciones. Por una parte, si los reembolsos son excluidos de la definición de “honorarios por servicios técnicos”, la tasa acordada en el tratado pudiera resultar muy baja cuando la mayoría o la totalidad de los gastos de un no residente son reembolsados, pero pudiera resultar muy alta cuando ninguno de los gastos es reembolsado. Además, los contribuyentes podrían intentar disfrazar parte de sus honorarios como reembolsos de gastos y ello pudiera complicarles a las autoridades fiscales la detección de abusos. Por otra parte, si los reembolsos no son excluidos, la tasa acordada en el tratado pudiera resultar muy alta cuando los gastos de los no residentes son reembolsados, pero pudiera resultar muy baja cuando no son reembolsados.

82. Como resultado de las dificultades descritas en los apartados anteriores, la solución que ha sido adoptada es la de omitir cualquier referencia sobre el reembolso de gastos en la definición de “honorarios por servicios técnicos” en el apartado 3 del Artículo 12A. No obstante, los países son exhortados para enfrentar el problema en sus legislaciones internas, así como a considerar el problema estableciendo la tasa máxima impositiva del apartado 2 del Artículo 12A.

83. A pesar de que el apartado 3 define la expresión “honorarios por servicios técnicos”, no establece una definición del término “servicios”. Igualmente, otros Artículos del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas que contemplan varias clases de servicios no contienen ninguna definición del término “servicios”. Tampoco el Artículo 14, que versa sobre la prestación de servicios profesionales y otros servicios personales independientes, ni el Artículo 19, que versa sobre servicios prestados al gobierno de un Estado Contratante, establecen una definición del término “servicios”. Igualmente, el Convenio General sobre Intercambio de Servicios no contiene ninguna definición del término “servicios”.

84. No obstante que el término “servicios” en la frase “honorarios por servicios técnicos” no está definido en el contexto del Artículo 12A, el término “servicios” debe entenderse que tiene un amplio significado de conformidad con su uso ordinario, para que generalmente se incluyan a las actividades llevadas a cabo por una persona en beneficio de otra a cambio de un pago. Dichas actividades pueden llevarse a cabo a través de distintas formas, y la manera en que dichos servicios sean prestados no altera su naturaleza para efectos del Artículo 12A, siempre que los mismos encuadren en la definición de “honorarios por servicios técnicos” en el apartado 3.

85. A menudo es necesario distinguir entre honorarios por servicios, incluidos los honorarios por servicios técnicos, y las regalías para efecto de determinar si el Artículo 12 o algún otro Artículo del Convenio (Artículo 12A en el caso de “honorarios por servicios técnicos”) resulta aplicable. La distinción entre honorarios por servicios y regalías en principio es clara. Conforme al apartado 3 del Artículo 12, las regalías son pagos percibidos como contraprestación por el uso, o por la cesión del derecho de uso, de ciertas clases de propiedad o por información relacionada con la experiencia adquirida en los campos industrial, comercial o científico (denominadas *know-how*). En cambio, la prestación de servicios no involucra en forma alguna la transferencia del uso, o del derecho a usar, propiedad. Sin embargo, en la práctica es comúnmente difícil distinguir entre las regalías y los honorarios por servicios, incluidos los servicios técnicos, especialmente con respecto a los denominados contratos mixtos. La orientación con respecto a la distinción entre servicios y regalías está establecida en el párrafo 13 del Comentario al Artículo 12

de este Modelo, el cual reproduce los párrafos 11.2 a 11.6 del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017. Véase también los párrafos 100 a 103 más adelante.

86. Los siguientes ejemplos ilustran la aplicación de la definición de “honorarios por servicios técnicos” en el apartado 3.

87. Ejemplo 1: X es un cirujano del corazón residente del Estado R. La práctica o actividad de X es llevada a cabo principalmente en el Estado R, aunque X viaja ocasionalmente a otros países a realizar cirugías del corazón. X realiza una cirugía en el Estado R a una persona residente del Estado S. El convenio tributario entre el Estado R y el Estado S contiene una disposición idéntica al Artículo 12A del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas. No obstante que los pagos efectuados por el paciente, un residente del Estado S, a X serían considerados como honorarios por servicios técnicos que se originan en el Estado S, están expresamente excluidos de la definición del apartado 3(c). Como resultado, esos pagos no serían sometidos a imposición por el Estado S de conformidad con el apartado 2 del Artículo 12A.

88. El resultado en el Ejemplo 1 sería el mismo si X viajara al Estado S y realizara la cirugía en el Estado S a menos que X prestara sus servicios a través de una base fija regularmente disponible para X en el Estado S, caso en el cual aplicaría el Artículo 14.

89. Ejemplo 2: X es un cirujano del corazón residente del Estado R. La práctica de X es llevada a cabo principalmente en el Estado R, aunque X ocasionalmente viaja a otros países a realizar cirugías del corazón. X celebra un contrato con una sociedad de servicios médicos residente del Estado S bajo el cual X ha acordado realizar cirugías del corazón a pacientes que le son referidos por esa sociedad de servicios médicos. X no es un empleado de la sociedad de servicios médicos. Las cirugías son practicadas tanto en el Estado S como en el Estado R. El convenio tributario entre el Estado R y el Estado S contiene una disposición idéntica al Artículo 12A del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas. Conforme al apartado 3 del Artículo 12A, los pagos efectuados por la sociedad de servicios médicos, residente del Estado S, a X serían considerados como honorarios por servicios técnicos que se originan en el Estado S, independientemente de si la cirugía se practicó en el Estado S, en el Estado R o en un tercer Estado. Como

resultado, esos pagos serían sometidos a imposición por el Estado S de conformidad con el apartado 2. Si X fuese un empleado de la sociedad de servicios médicos, los pagos efectuados a X estarían excluidos de la definición de “honorarios por servicios técnicos” por el apartado 3(a).

90. Ejemplo 3: La Sociedad R es residente del Estado R. La actividad empresarial de la Sociedad R es la recolección, organización y mantenimiento de diversas bases de datos. La Sociedad R vende a sus clientes el acceso a estas bases de datos. Uno de los clientes de la Sociedad R es la Sociedad S, la cual es residente del Estado S. El Estado R y el Estado S tienen celebrado un convenio tributario que contiene una disposición idéntica al Artículo 12A del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas. Los pagos que la Sociedad R percibe de la Sociedad S por el acceso a sus bases de datos no serían honorarios por servicios técnicos dentro del significado del apartado 3. Aunque la Sociedad R utilizó su conocimiento, habilidades y experiencias para la creación de la base de datos, los servicios que la Sociedad R le presta a la Sociedad S — acceso a la base de datos — constituyen servicios de rutina que no involucran la aplicación del conocimiento, habilidades y experiencias de la Sociedad R para el beneficio de la Sociedad S. En consecuencia, el Artículo 12A no resultaría aplicable a esos pagos.

91. No obstante, si la Sociedad S celebra un contrato con la Sociedad R bajo el cual la Sociedad R creó una base de datos especializada y hecha a la medida para el uso de la información de la Sociedad S, la cual fue proveída por la Sociedad S o recolectada por la Sociedad R, los pagos efectuados por la Sociedad S a la Sociedad R constituirían “honorarios por servicios técnicos” conforme al apartado 3. En esta situación, la Sociedad R estaría aplicando su conocimiento, habilidades y experiencias para el beneficio de la Sociedad S. Como resultado, los pagos serían gravados por el Estado S de conformidad con el apartado 2. No importaría si la Sociedad R ejecutó todos o parte de los servicios para la creación de la base de datos en el Estado S.

92. Ejemplo 4: La Sociedad R, residente del Estado R, participa en el negocio de seguros tanto en el Estado R como en el Estado S. La Sociedad R proporciona seguro en contra de una gran variedad de riesgos a través de contratos estándares de seguros. El Estado R y el Estado S tienen un convenio tributario idéntico al Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, incluyendo y considerando

el contenido de los Artículos 5, 7 y 12A. El Artículo 12A no resultaría aplicable toda vez que las primas de seguros percibidas por la Sociedad R no pueden ser consideradas como honorarios por servicios técnicos dentro del significado del apartado 3. Aunque la Sociedad R utiliza su conocimiento, habilidades y experiencias para desarrollar sus múltiples productos de seguros que son vendidos a sus clientes, la Sociedad R no estaría aplicando su conocimiento, habilidades y experiencias directamente para el beneficio de cada cliente en particular.

93. En el Ejemplo 4, si la Sociedad R suscribe contratos de seguros personalizados para cubrir riesgos especiales para algunos de sus clientes en el Estado S, las primas de seguros originadas por la Sociedad R podrían considerarse como honorarios por servicios técnicos dentro del significado del apartado 3. Sin embargo, la Sociedad R sería considerada como un establecimiento permanente en el Estado S conforme al apartado 6 del Artículo 5, en la medida en que cobre primas o asegure riesgos en el Estado S por algún otro conducto que no sea un agente independiente. Por lo tanto, en términos del apartado 4, la renta obtenida de la actividad de seguros de la Sociedad R en el Estado S sería sometida a imposición por el Estado S de conformidad con el Artículo 7, y el Artículo 12A no resultaría aplicable.

94. Ejemplo 5: La Sociedad R es una institución financiera residente del Estado R. La Sociedad R provee una amplia variedad de servicios financieros a sus clientes, incluyendo la aceptación de depósitos, el otorgamiento de créditos, tarjetas de crédito y débito, servicios de pagos y transferencias, giros bancarios, garantías, cambio de divisas, instrumentos negociables, productos derivados, estudio de inversiones y servicios de asesoría. Las actividades empresariales de la Sociedad R son realizadas principalmente en el Estado R, pero también tiene clientes en otros países, incluyendo en el Estado S. El Estado R y el Estado S tienen un convenio tributario que es idéntico al Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, incluyendo y considerando el contenido del Artículo 12A.

95. Si los pagos percibidos por los servicios prestados por una institución financiera constituyen honorarios por servicios técnicos dentro del significado del apartado 3, dependerá de la naturaleza particular de los servicios. Muchos de los servicios prestados por la institución financiera no involucran la aplicación de ningún conocimiento

especializado, habilidad o experiencia a favor de algún cliente en particular. En cambio, la institución financiera utiliza sus conocimientos, habilidades y experiencias para desarrollar productos en general, servicios o prácticas que habitualmente están a disposición de sus clientes a cambio de un pago. Este sería el caso, por ejemplo, con respecto a los servicios de pagos y transferencias, giros bancarios, cambio de divisas, servicios de tarjetas de crédito y débito e instrumentos negociables.

96. No obstante, cuando la institución financiera utiliza sus conocimientos, habilidades y experiencias para prestar servicios de investigación, análisis o asesoría a algún cliente en específico en relación con las circunstancias particulares de ese cliente, los pagos percibidos por la institución financiera por esos servicios podrían ser honorarios por servicios técnicos dentro del significado del apartado 3. Este sería el caso, por ejemplo, de si en el Ejemplo 5 la Sociedad R brinda asesoría a la Sociedad S, residente del Estado S, con respecto a una potencial fusión o adquisición que involucre a la Sociedad S. Como resultado, los pagos por dicha asesoría serían honorarios por servicios técnicos sujetos a imposición por el Estado S en términos del apartado 2. Sin embargo, si la Sociedad R presta los servicios a través de un establecimiento permanente situado en el Estado S, los pagos percibidos por esos servicios serían sometidos a imposición por el Estado S de conformidad con el Artículo 7 en lugar del Artículo 12A, en virtud del apartado 4 del Artículo 12A (véase el anterior párrafo 93).

97. Ejemplo 6: La Sociedad S, la cual es un residente del Estado S, celebra un contrato con la Sociedad R, la cual es un residente del Estado R, para ceder el uso de una fórmula química patentada propiedad de la Sociedad R para la fabricación de una substancia industrial. El contrato también requiere que la Sociedad R utilice su conocimiento especializado y experiencia para asistir a la Sociedad S en la fabricación de la substancia industrial de conformidad con las especificaciones establecidas en el contrato. Específicamente, la Sociedad R le prestará a la Sociedad S los siguientes servicios:

- proveer procedimientos de fabricación y asistir a la Sociedad S para que ejecute esos procedimientos; y
- proveer especificaciones relativas a los materiales necesarios, herramientas y contenedores usados en el proceso de fabricación.

La Sociedad R también acuerda en hacer su mejor esfuerzo para asegurar que la Sociedad S esté en posibilidades de fabricar la substancia industrial en las cantidades y con las características que la Sociedad S exige. El Estado S y el Estado R tienen celebrado un convenio tributario con disposiciones idénticas a las contenidas en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, incluyendo aquellas del Artículo 12A.

98. En el Ejemplo 6, los pagos que efectúe la Sociedad S a la Sociedad R por el derecho a usar la fórmula patentada serían considerados como regalías dentro del significado del apartado 3 del Artículo 12. No obstante, los pagos por los servicios prestados por la Sociedad R a la Sociedad S no constituirían regalías, dado que la Sociedad R no está transfiriendo sus conocimientos especializados, habilidades o experiencias a la Sociedad S. En los hechos del Ejemplo 6, la Sociedad R está utilizando sus conocimientos especializados, habilidades y experiencias en favor de la Sociedad S y garantizando el resultado del uso de la fórmula química patentada de la Sociedad S. En consecuencia, los pagos efectuados por la Sociedad S a la Sociedad R por los servicios constituyen honorarios por servicios técnicos dentro del significado del apartado 3 y el Estado S estaría facultado para someter a imposición esos pagos conforme al apartado 2.

99. Como se señaló anteriormente en los apartados 4 y 5, bajo el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas anterior a 2017, era difícil, pero importante, determinar si ciertos pagos constituían regalías u honorarios por servicios. Si los pagos fueran regalías, estos habrían sido gravables por el Estado Contratante en el que se hubieran originado conforme al Artículo 12, sujetos al límite de la tasa impositiva del apartado 2 del Artículo 12. Por otro lado, si los pagos fueran honorarios por servicios, estos habrían sido gravables por un Estado Contratante únicamente si el prestador del servicio hubiera tenido un establecimiento permanente o una base fija en ese Estado y los pagos fueran atribuibles a ese establecimiento permanente o base fija conforme al Artículo 7 o al Artículo 14. De esta forma, Así pues, las consecuencias fiscales variaban considerablemente en función de si los pagos se caracterizaban como regalías o tasas por servicios. La determinación de la naturaleza de los pagos como regalías o como honorarios por servicios técnicos resultaba especialmente difícil con respecto a contratos mixtos que involucraran la transferencia del uso

o del derecho a usar información relativa a la industria, experiencia comercial o científica y prestación de servicios.

100. La adición del Artículo 12A al Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas en 2017 ha tenido el efecto potencial de reducir la importancia de la distinción entre regalías y honorarios por servicios técnicos si los límites en la tasa impositiva del apartado 2 del Artículo 12 y del apartado 12A son iguales. Si estas tasas impositivas son iguales, no tendrá importancia si los pagos bajo los contratos mixtos son considerados como regalías por la transferencia de conocimientos u honorarios por servicios técnicos. Sin embargo, si las tasas máximas del impuesto en los dos Artículos son diferentes, será importante determinar si un pago en particular constituye una regalía sujeta a imposición conforme al Artículo 12, un honorario por servicios técnicos conforme al Artículo 12A u otra clase de pago.

101. El siguiente ejemplo ilustra la distinción entre pagos por la transferencia de *know-how* y honorarios por servicios técnicos. Las consideraciones para tener en cuenta al hacer esta distinción se comentan en el párrafo 13 del Comentario al Artículo 12.

102. Ejemplo 7: La Sociedad S, la cual es residente del País S, celebra un contrato con la Sociedad R, la cual es residente del País R, para adquirir el uso de una fórmula secreta o proceso desarrollado por la Sociedad R. El contrato requiere que la Sociedad R le provea a la Sociedad S información sujeta a estrictas condiciones de confidencialidad y a usar sus conocimientos especializados y experiencias para capacitar a los empleados de la Sociedad S con respecto al uso de la fórmula secreta o proceso. El Estado R y el Estado S han celebrado un convenio tributario con disposiciones idénticas a aquellas que contiene el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, incluyendo aquellas contempladas en los Artículos 12 y 12A.

103. En el Ejemplo 7, los pagos efectuados por la Sociedad S a la Sociedad R por el derecho a usar la fórmula o proceso secreto constituirían pagos por “información sobre experiencias en el campo industrial, comercial o científico” dentro del significado de “regalía” en el apartado 3 del Artículo 12. Este sería el caso aun cuando la información represente conocimiento que no está patentado o de alguna otra forma protegido por las leyes en propiedad intelectual. De igual

forma, los pagos efectuados por la Sociedad S a la Sociedad R por la capacitación de los empleados de la Sociedad S también constituirían pagos por “información sobre experiencias en el campo industrial, comercial o científico” dentro del significado de “regalía” en el apartado 3 del Artículo 12, dado que la capacitación es necesaria para transferir *know-how* de la Sociedad R a la Sociedad S. Por lo tanto, independientemente de si los pagos por la capacitación son efectuados de forma separada a los pagos por la fórmula o proceso secretos o de si el contrato establece un solo pago por ambas, los pagos por la capacitación serían considerados como regalías conforme al Artículo 12 en lugar de honorarios por servicios técnicos conforme al Artículo 12A. Sin embargo, si la capacitación proveída por la Sociedad R no fuera necesaria para transferir la fórmula o proceso secretos a la Sociedad S y la Sociedad S pudiera obtener esa capacitación de otras fuentes, la capacitación no sería considerada como una transferencia de conocimientos y los pagos por los servicios serían considerados honorarios por servicios técnicos asumiendo que encuadran en la definición de “honorarios por servicios técnicos” en el apartado 3 del Artículo 12A.

Apartado 4

104. Este apartado dispone que los apartados 1 y 2 no aplican a los honorarios por servicios técnicos si la persona que presta los servicios tiene un establecimiento permanente o base fija en el Estado en que se originan los honorarios y éstos están directamente relacionados con ese establecimiento permanente o base fija. En este sentido, el apartado 4 es similar al apartado 4 de los Artículos 10, 11 y 12, así como al apartado 8 del Artículo 12B. Así, si un residente de un Estado Contratante presta servicios técnicos a través de un establecimiento permanente o base fija situada en el otro Estado Contratante, los honorarios percibidos por esos servicios serán sometidos a imposición por el Estado en donde se encuentre situado el establecimiento permanente o base fija de conformidad con el Artículo 7 o el Artículo 14, en lugar de ser sometidos a imposición conforme al Artículo 12A.

105. Dado que el Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas adopta una regla de fuerza de atracción limitada, la cual amplía el rango de las rentas que pueden ser sometidos a imposición como beneficios empresariales, el apartado 4 también hace

inaplicables a los apartados 1 y 2, si los honorarios por servicios técnicos están efectivamente relacionados con las actividades empresariales en el Estado en el cual se originan los honorarios que son iguales o de similar naturaleza, a aquellos efectuados a través del establecimiento permanente.

106. El apartado no define el significado de la expresión “efectivamente relacionados”. Como resultado, la determinación de si los honorarios por servicios técnicos están efectivamente relacionados con un establecimiento permanente, base fija o a actividades empresariales similares a aquellas realizadas a través de un establecimiento permanente debe hacerse en base a todos los hechos y circunstancias relevantes de cada caso. En general, los honorarios por servicios técnicos serían considerados como efectivamente relacionados con un establecimiento permanente o base fija si los servicios técnicos están estrechamente relacionados o conectados con el establecimiento permanente o base fija. Además, los honorarios por servicios técnicos estarían efectivamente relacionados con las actividades empresariales mencionadas en el apartado 1(c) del Artículo 7, cuando los servicios técnicos sean prestados por una empresa como parte de su actividad empresarial, realizadas en un Estado Contratante donde se sitúe un establecimiento permanente de esa empresa y dichas actividades sean iguales o similares al tipo de las actividades empresariales realizadas mediante ese establecimiento permanente.

107. Cuando resulta aplicable el apartado 4, los honorarios por servicios técnicos son sometidos a imposición por el Estado en el que se originan los honorarios como parte de las utilidades atribuibles al establecimiento permanente de conformidad con el Artículo 7 o la renta atribuible a la base fija de conformidad con el Artículo 14. Así, el apartado 4 exime al Estado en el cual los honorarios por servicios técnicos se originan, de las limitantes a sus derechos de gravamen previstas por el Artículo 12A. Cuando el Artículo 7 resulta aplicable como resultado de la aplicación del apartado 4, la mayoría de los países consideran que el Estado en el cual se sitúa el establecimiento permanente está facultado a someter a imposición únicamente las utilidades netas de los servicios técnicos atribuibles al establecimiento permanente. El Artículo 7 no precluye el derecho a someter a imposición beneficios empresariales atribuibles al establecimiento permanente sobre una

base bruta, pero un Estado Contratante no debe discriminar en contra de residentes del otro Estado Contratante en contravención al apartado 3 del Artículo 24 (No discriminación). De igual forma, cuando resulta aplicable el Artículo 14, la mayoría de los países consideran que el Estado en el cual se sitúa la base fija está facultado a someter a imposición solamente la renta neta derivada de los servicios técnicos. Sin embargo, puede resultar útil para los países que aclaren estas cuestiones durante la negociación del tratado (ver los apartados 9 y 10 del Comentario al Artículo 14).

Apartados 5 y 6

108. El apartado 5 fija el principio de que el Estado en el cual se originan los honorarios por servicios técnicos para efectos del Artículo 12A, es el Estado en el cual reside el pagador de los honorarios o el Estado en el cual el pagador tiene un establecimiento permanente o base fija si los honorarios por servicios técnicos son soportados por el establecimiento permanente o base fija. No es necesario que los servicios sean prestados en el Estado Contratante en el cual el pagador es residente o tenga un establecimiento permanente o base fija. El que una persona sea residente de un Estado Contratante para efectos del Artículo 12A se determina de acuerdo con las disposiciones del Artículo 4 del Convenio.

109. Cuando existe un nexo económico evidente entre los servicios técnicos prestados y el establecimiento permanente o base fija del pagador receptor de los servicios, los honorarios por servicios técnicos se consideran originados en el Estado Contratante en el que el establecimiento permanente o base fija está situada. Este resultado aplica independientemente de la residencia de la persona a quien le pertenece el establecimiento permanente o base fija, aun cuando esa persona resida en un tercer Estado.

110. Cuando no haya un nexo económico entre los servicios técnicos y el establecimiento permanente o base fija, los honorarios por servicios técnicos se consideran originados en el Estado Contratante en el cual el pagador es residente. Si el pagador de los servicios técnicos no es residente de un Estado Contratante, el Artículo 12A no resulta aplicable a los honorarios por los servicios técnicos a menos que el pagador tenga un establecimiento permanente o base fija en el Estado Contratante y exista un nexo económico evidente entre los servicios

técnicos y el establecimiento permanente o base fija. De lo contrario, habría en efecto un principio de fuerza de atracción por el honorario de los servicios técnicos, que sería inconsistente con otras disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas.

111. El apartado 5 está sujeto al apartado 6, el cual establece una excepción a la regla sobre la fuente en el apartado 5. El apartado 6 considera a los honorarios por servicios técnicos pagados por un residente de un Estado Contratante como no provenientes del Estado en el que ese residente (el pagador) realiza actividades empresariales a través de un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante o presta servicios personales independientes a través de una base fija en el otro Estado Contratante y los honorarios por los servicios técnicos son soportados por ese establecimiento permanente o base fija. Como resultado, en estas circunstancias, el Estado Contratante en el cual el pagador es residente no está facultado a someter a imposición los honorarios por los servicios técnicos conforme al apartado 2.

112. La expresión “soportados por” debe ser interpretado a la luz del objeto de los apartados 5 y 6, el cual es establecer las reglas de fuente para los honorarios por servicios técnicos. Un Estado Contratante tiene derecho a someter a imposición los honorarios por servicios técnicos conforme al apartado 2 únicamente si los honorarios son procedentes de ese Estado. La regla de fuente básica en el apartado 5 es que los honorarios por servicios técnicos proceden de un Estado Contratante si el pagador es un residente de ese Estado o el pagador tiene un establecimiento permanente o base fija en un Estado Contratante y los honorarios por servicios técnicos son soportados por ese establecimiento permanente o base fija. Sin embargo, la regla básica está limitada por la regla de consideración en el apartado 6 en la que el pagador es un residente de un Estado Contratante pero los honorarios por servicios técnicos son soportados por un establecimiento permanente o base fija que ese pagador tenga en el otro Estado Contratante.

113. Cuando los honorarios por servicios técnicos son incurridos para el desarrollo de una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente o para la prestación de un servicio personal independiente por medio de una base fija, esos honorarios generalmente calificarán como una deducción al calcular las utilidades atribuibles al establecimiento permanente conforme al Artículo 7 o la

renta atribuible a una base fija conforme al Artículo 14. La deducibilidad de los honorarios por servicios técnicos establece una norma objetiva para determinar que los pagos tienen una estrecha relación económica con el Estado en el cual se sitúa el establecimiento permanente o la base fija.

114. El hecho de que el pagador haya o no haya efectuado la deducción de los honorarios por servicios técnicos al calcular las utilidades del establecimiento permanente o las rentas de la base fija no es necesariamente concluyente, dado que la prueba idónea es si la deducción disponible para esos honorarios debe tomarse en consideración para la determinación de las utilidades atribuibles al establecimiento permanente o de las rentas atribuibles a la base fija. Por ejemplo, la prueba se cumple aun cuando ningún monto haya sido deducido como resultado de que el establecimiento permanente o la base fija hayan sido exentos del impuesto, o como resultado de que el pagador simplemente no haya querido efectuar la deducción a la que tuviera derecho. La prueba también puede ser cumplida, cuando los honorarios por servicios técnicos no sean deducibles por alguna razón distinta del hecho de que los honorarios por servicios técnicos no hayan sido destinados al establecimiento permanente o base fija.

115. La aplicación de los apartados 5 y 6 puede ser ilustrada en los siguientes ejemplos.

116. Ejemplo 8: La Empresa R es manejada por un residente del Estado R. La Empresa R le presta servicios técnicos a la Sociedad S, la cual es residente del Estado S. El convenio tributario entre el Estado R y el Estado S es idéntico al Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, incluyendo el Artículo 12A. La Sociedad S realiza actividades empresariales en el Estado S y en el Estado R a través de un establecimiento permanente situado ahí. Sin embargo, los servicios técnicos prestados por la Empresa R a la Sociedad S están relacionados con las actividades empresariales de la Sociedad S realizadas en el Estado S, y no a las actividades empresariales realizadas a través del establecimiento permanente en el Estado R.

117. En el Ejemplo 8, dado que los pagos son efectuados por la Sociedad S, la cual es residente del Estado S, y no son soportados por un establecimiento permanente de la Sociedad S en el Estado R, los

honorarios por servicios técnicos serían considerados como procedentes en el Estado S de conformidad con el apartado 5. Por consiguiente, el Estado S estaría facultado para someter a imposición los honorarios por servicios técnicos conforme al apartado 2.

118. Ejemplo 9: Los hechos son los mismos que en el Ejemplo 8, solo que los honorarios por servicios técnicos son soportados por el establecimiento permanente de la Sociedad S en el Estado R.

119. Dado que en el Ejemplo 9 los honorarios por servicios técnicos son soportados por un establecimiento permanente de la Sociedad S situado en el Estado R, el apartado 6 aplica para considerar que los honorarios por servicios técnicos no proceden del Estado S. Por consiguiente, los honorarios por servicios técnicos no están sujetos a imposición en el Estado S conforme al apartado 2, siendo sometidos a imposición exclusivamente por el Estado R conforme al apartado 1 del Artículo 12A.

120. En el Ejemplo 9, el Artículo 12A del Convenio le niega al Estado S el derecho a someter a imposición los honorarios por servicios técnicos, a pesar del hecho de que los pagos son efectuados por un residente del Estado S. Este resultado se justifica, debido a que los honorarios se relacionan con las actividades empresariales realizadas por un residente del Estado S en el Estado R. En dicha situación, cuando los honorarios por servicios técnicos son deducibles para el cálculo de las ganancias atribuibles a un establecimiento permanente situado en el otro Estado Contratante, o para el cálculo de las rentas provenientes de la prestación de servicios personales independientes por una base fija situada en el otro Estado Contratante, esos honorarios tienen una relación económica más estrecha con las actividades realizadas en ese otro Estado, que con las actividades en el Estado S.

121. Ejemplo 10: La Empresa T es manejada por un residente en el Estado T. La Empresa T realiza sus actividades empresariales a través de un establecimiento permanente situado en el Estado S. La Empresa T le paga a la Sociedad R, la cual es residente del Estado R, los servicios técnicos que le son prestados por la Sociedad R para la Empresa T en relación con su renta generada por las actividades realizadas en el Estado S. Los pagos efectuados por la Empresa T a la Sociedad R por los servicios técnicos son deducibles para el cálculo de

las utilidades atribuibles al establecimiento permanente de la Empresa T en el Estado S. El convenio tributario entre el Estado S y el Estado T es idéntico al Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, incluyendo y considerando el contenido del Artículo 12A.

122. En el Ejemplo 10, a pesar que los honorarios por servicios técnicos no son pagados por una residente del Estado S, los honorarios son soportados por el establecimiento permanente que la Empresa T tiene en el Estado S. En estas circunstancias, los honorarios por los servicios técnicos tienen una estrecha relación con las actividades que generan el ingreso de la Empresa T que son realizadas en el Estado S. Así, los honorarios son considerados como procedentes en el Estado S, de conformidad con el apartado 5 y el Estado S tiene el derecho de someter a imposición los honorarios de conformidad con el apartado 2.

123. En el caso de intereses y regalías, el párrafo 21 del Comentario al Artículo 11 y al párrafo 19 del Comentario al Artículo 12 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, indican que los países podrían substituir una regla que identifique la fuente de los intereses y regalías como el Estado en el cual el préstamo que origine el pago de intereses o la propiedad o el derecho que origine el pago de regalías fuera usado. Una regla de fuente similar podría substituirse para efectos del Artículo 12A. Igualmente, como se sugiere en los Comentarios a los Artículos 11 y 12, cuando en negociaciones bilaterales las partes difieran en cuanto a la regla apropiada, la posible solución podría ser una regla que, en general, acepte el lugar de residencia del pagador como la fuente del honorario por servicios técnicos, pero cuando los servicios técnicos sean utilizados o consumidos en un Estado que tenga la regla del lugar de utilización (*place-of-use-rule*), el pago sería considerado como procedente en ese Estado.

124. Otras alternativas diversas de reglas de la fuente para los honorarios por servicios técnicos son posibles. Dichas alternativas incluyen lo siguiente:

- Los Estados Contratantes podrían decidir no incluir el apartado 6. Si el apartado 6 fuera excluido del Artículo 12A, los honorarios por servicios técnicos serían considerados como procedentes en el Estado en el que el pagador es residente, aun cuando esos honorarios sean incurridos para efectos de un

establecimiento permanente o base fija del pagador situados fuera del Estado de residencia del pagador.

- Los Estados Contratantes podrían decidir no incluir el apartado 6 y revisar el apartado 5 para que los honorarios por servicios técnicos puedan ser considerados como procedentes en un Estado Contratante solamente si el pagador es un residente de ese Estado y los servicios técnicos son utilizados o consumidos por el pagador en ese Estado; o si en caso de que el pagador no sea residente de un Estado Contratante, el pagador tiene un establecimiento permanente o base fija situados en un Estado Contratante y los honorarios por los servicios técnicos son soportados por ese establecimiento permanente o base fija. En este caso, los servicios técnicos utilizados o consumidos por un residente de un Estado Contratante fuera de ese Estado no serían considerados como procedentes en ese Estado, y ese Estado no estaría facultado para someter a imposición los honorarios por dichos servicios conforme al Artículo 12A. El apartado 6 sería innecesario debido a que los servicios técnicos utilizados o consumidos fuera de un Estado Contratante incluirían cualquier servicio técnico incurrido para efectos del establecimiento permanente o base fija del residente situados fuera de ese Estado.
- Los honorarios por servicios técnicos podrían ser considerados como procedentes de un Estado Contratante solamente si el pagador es un residente de ese Estado y los servicios técnicos son prestados en ese Estado o si el pagador, no siendo residente de un Estado Contratante, tiene un establecimiento permanente o base fija situados en un Estado Contratante y los honorarios por servicios técnicos son soportados por ese establecimiento permanente o base fija. En este caso, un Estado Contratante estaría facultado para someter a imposición los honorarios por servicios técnicos pagados por sus residentes a residentes del otro Estado Contratante si los servicios técnicos son prestados en el Estado. En esta situación, el apartado 6 sería innecesario.

125. El apartado 6 no establece solución alguna para el caso en que el beneficiario y el pagador son residentes de los Estados Contratantes, pero los honorarios por servicios técnicos fueron incurridos para el

beneficio de un establecimiento permanente o base fija del pagador situado en un tercer Estado y los honorarios por servicios técnicos son soportados por ese establecimiento permanente o base fija. En ese caso, los honorarios por servicios técnicos se consideran originados en el Estado Contratante en el cual el pagador es residente conforme al apartado 5 y no en el tercer Estado en el cual se sitúa el establecimiento permanente o la base fija. Así, los honorarios por servicios técnicos serán sometidos a imposición tanto en el Estado Contratante del cual el pagador es residente y en el Estado Contratante del cual el beneficiario es residente. Aunque la doble imposición será evitada entre estos dos Estados, la misma no será evitada entre ellos y el tercer Estado si el tercer Estado somete a imposición los honorarios por servicios técnicos al ser soportados por el establecimiento permanente o la base fija en su territorio. El apartado 6 es consistente en este sentido con el apartado 5 del Artículo 11 y el apartado 5 del Artículo 12.

126. Como se explicó en el párrafo 27 del Comentario al Artículo 11 (citando los párrafos 29 y 30 del Comentario al Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017), si el tercer Estado no sujeta a imposición los honorarios por servicios técnicos, podría haber intentos de evasión del impuesto en el Estado Contratante del cual el pagador es residente a través del uso de un establecimiento permanente o base fija situados en el tercer Estado. A los Estados que no les preocupe esto y que deseen abordar esta cuestión descrita anteriormente en el párrafo 125, pueden hacerlo acordando, en su convenio bilateral, la alternativa formulada en el apartado 6 y sugerida a continuación en el párrafo 127.

127. Como se menciona en el párrafo 126, el Estado del cual el beneficiario es residente y el Estado del cual el pagador de los honorarios por servicios técnicos es residente pueden evitar la doble imposición señalada en el anterior párrafo 125, acordando la siguiente redacción del apartado 6:

6. Para efectos de este Artículo, los honorarios por servicios técnicos no serán considerados como procedentes de un Estado Contratante si el pagador es un residente de ese Estado y realiza actividades empresariales en el otro Estado Contratante o en un tercer Estado a través de un establecimiento permanente situado en ese otro Estado o en el tercer Estado, o presta servicios

personales independientes a través de una base fija situada en ese otro Estado o en el tercer Estado, y dichos honorarios son soportados por ese establecimiento permanente o base fija.

Esta redacción tendría como efecto asegurar que los apartados 1 y 2 no apliquen a los honorarios por servicios técnicos debido a que no procederían de un Estado Contratante. Como resultado, dichos honorarios por servicios técnicos típicamente estarían regulados por el Artículo 7 o 14.

Apartado 7

128. El objeto del apartado 7 es restringir la operación de las disposiciones relativas a la imposición de los honorarios por servicios técnicos en los casos en que, por razón de una relación especial entre el pagador y el beneficiario efectivo de los honorarios o entre ambos y otra persona distinta, el monto de los honorarios exceda del monto que pudo haber sido acordado entre el pagador y el beneficiario efectivo si hubieran estipulado en términos de plena competencia (*arm's length*). El apartado 7 dispone que, en dicho caso, las disposiciones del Artículo aplican solamente al último monto mencionado y la parte excedente de los honorarios por servicios técnicos permanece sujeta a imposición, de conformidad con las leyes de los dos Estados Contratantes, teniendo en consideración las otras disposiciones del Convenio.

129. Del texto resulta claro que para efecto de que este apartado aplique, los honorarios por servicios técnicos considerados excesivos deben resultar de una relación especial entre el pagador y el beneficiario efectivo de los honorarios, o entre ellos y otra persona distinta. Pueden ser citados como ejemplos de esa relación especial algunos casos en los que los honorarios por servicios técnicos son pagados a una persona natural o a una persona jurídica que controla, directa o indirectamente, al pagador, o quien es, directa o indirectamente, controlada por el pagador o es subordinada a un grupo teniendo intereses en común con el pagador. Estos ejemplos, además, son similares o análogos a los casos contemplados por el Artículo 9.

130. Por otra parte, el concepto de relación especial también incluye la relación de consanguinidad o de matrimonio y, en general, cualquier comunidad de intereses distintos de la relación legal que origine los honorarios por servicios técnicos.

131. En relación con el tratamiento fiscal a ser aplicado a la parte en exceso de los honorarios por servicios técnicos, la naturaleza exacta de ese exceso necesitará ser determinada en base a las circunstancias de cada caso, para poder determinarse la categoría de la renta dentro de la cual deba ser clasificado, para efectos de la aplicación de las disposiciones de las leyes fiscales de los Estados concernientes y las disposiciones del Convenio. A diferencia del apartado 6 del Artículo 11, el cual, debido a la frase limitante “habida cuenta del crédito por el que se paguen”, permite únicamente el ajuste de la tasa a la cual los intereses son cobrados, el apartado 7 permite la reclasificación de los honorarios por servicios técnicos de tal manera que se les dé un carácter diferente. Este apartado puede afectar no solamente al receptor de los pagos, sino también a quien realice el pago de los honorarios excesivos por servicios técnicos; si la ley del Estado del cual es residente el pagador o tiene un establecimiento permanente o base fija permite que la cantidad excesiva pueda ser rechazada como deducción, teniendo debidamente en cuenta otras disposiciones aplicables del Convenio. Si dos Estados Contratantes tienen dificultades para determinar las otras disposiciones aplicables del Convenio, como los casos lo requieran, para la parte excesiva de los honorarios por servicios técnicos, no habría nada que los prevenga de insertar aclaraciones adicionales en el último enunciado del apartado 7, mientras esos Estados no alteren su principal sentido.

132. Cuando los principios y reglas de sus respectivas legislaciones obliguen a los dos Estados Contratantes a aplicar diferentes Artículos del Convenio, para efecto de someter a imposición la parte excesiva de los honorarios por servicios técnicos, será necesario recurrir al procedimiento de acuerdo mutuo dispuesto por el Convenio para resolver el problema.

*Artículo 12B*RENTAS PROVENIENTES DE
SERVICIOS DIGITALES AUTOMATIZADOS**A. CONSIDERACIONES GENERALES**

1. La tecnología digital ha tenido un impacto muy significativo en la manera en que las actividades empresariales transfronterizas pueden llevarse a cabo a gran escala, con mucha velocidad y sin contar necesariamente con presencia física en las jurisdicciones de mercado (jurisdicciones de la fuente). Ha surgido la cuestión de si las reglas existentes bajo los convenios tributarios para atribuir facultades de imposición entre los países sobre la base del criterio de establecimiento permanente continúan siendo adecuadas con relación a los nuevos modelos de negocio basados en las tecnologías digitales. El concepto de establecimiento permanente actúa efectivamente como un umbral y, en el marco de la mayoría de las reglas existentes en los convenios tributarios, solo resulta posible la imposición en la jurisdicción de mercado cuando se sobrepasa este umbral. El concepto de establecimiento permanente del Artículo 5 resulta basado esencialmente en un lugar fijo de negocios, y también incluye servicios o actividades de construcción realizadas por una duración específica, la existencia de un agente dependiente y la recolección de primas de seguro. Sin embargo, con el advenimiento de modernos medios de telecomunicación y la extensión de la digitalización, las empresas tienen la habilidad para efectivamente desempeñar actividades empresariales sustanciales en la jurisdicción de mercado sin contar con un lugar fijo de negocios, o de celebrar contratos de manera remota gracias a los medios tecnológicos sin involucrar a empleados ni agentes dependientes.

2. Las consecuencias impositivas de las economías digitalizadas, especialmente desde el punto de vista de los países en desarrollo, han sido reconocidas como de mucha importancia por parte del Comité, el cual se involucró por primera vez en esta labor durante su decimoquinta sesión (octubre de 2017). El Comité identificó la renta proveniente de servicios digitales automatizados como una cuestión que debería abordarse de manera prioritaria y decidió enfocarse en una disposición para el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones

Unidas que permita a las jurisdicciones aplicar su legislación doméstica que establezca impuestos a la renta proveniente de modelos de negocios digitalizados. El enfoque del Comité ha sido encontrar una solución que resulte suficientemente simple de cumplir para la comunidad empresarial, así como también para las administraciones tributarias y, al mismo tiempo, resulte en una porción definida de renta para las jurisdicciones de mercado. Como resultado de estas consideraciones, en el año 2021 se incluyó el Artículo 12B en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas a los fines de preservar las facultades de imposición de la legislación doméstica de los Estados desde los cuales se efectuarán pagos por servicios digitales automatizados.

3. El Artículo 12B permite a un Estado Contratante someter a imposición la renta de ciertos servicios digitales pagados a un residente del otro Estado Contratante en base bruta a la tasa negociada bilateralmente que se encuentra especificada en el apartado 2 del Artículo con una opción para el contribuyente, en el apartado 3 del Artículo, de pagar el impuesto en base neta correspondiente a todo el año. Conforme el Artículo 12B, un Estado Contratante se encuentra autorizado a someter a imposición los pagos por servicios digitales automatizados si la renta es pagada por un residente de ese Estado o por un no-residente que cuente con un establecimiento permanente o una base fija en ese Estado y los pagos son soportados por el establecimiento permanente o base fija. Se define a los servicios digitales automatizados, como los servicios prestados a través de internet u otra red digital o electrónica que requiera una intervención humana mínima por parte del prestador del servicio. Hasta la inclusión del Artículo 12B, la renta proveniente de servicios digitales automatizados, obtenida por una empresa de un Estado Contratante (a no ser que también quedara comprendida dentro del ámbito de aplicación de los Artículos 12 o 12A) se encontraba sometida a imposición exclusivamente por el Estado del cual la empresa fuere residente, salvo que la empresa llevara a cabo actividades empresariales a través de un establecimiento permanente en el otro Estado (el Estado de la fuente) o prestara servicios personales independientes a través de una base fija en el Estado de la fuente y la renta proveniente de los servicios digitales automatizados estuviera efectivamente vinculada a ese establecimiento permanente o base fija.

4. La imposición de la renta proveniente de los servicios digitales automatizados en base bruta conforme el Artículo 12B puede resultar

en una doble imposición o en otra imposición excesiva. Si bien la tasa debe negociarse bilateralmente, la posibilidad de doble imposición o de imposición excesiva puede tenerse en cuenta mediante la introducción de una tasa de impuesto modesta (por ejemplo, del orden de tres o cuatro por ciento), sobre la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, conforme el apartado 2 del Artículo 12B. Además, el apartado 3 permite que el prestador no-residente solicite ser sometido a imposición en base neta a partir del margen de utilidad global del beneficiario efectivo o al del grupo empresarial multinacional al que éste pertenece. Cuando la empresa pertenezca a un grupo empresarial multinacional, la opción de la imposición en base neta está sujeta a la disponibilidad en el Estado de la fuente de la información relativa al margen de utilidad, ya sea del segmento de negocios referido a los servicios digitales automatizados, o del grupo en su conjunto. La posibilidad de que los pagos en consideración por los servicios digitales automatizados estén sujetos a una doble imposición o a una imposición excesiva también puede reducirse o eliminarse de conformidad con el Artículo 23 (Métodos para la eliminación de la doble imposición).

5. El Artículo 12B permite, en un Estado Contratante, la imposición en base bruta respecto de los pagos en consideración por servicios digitales automatizados. Varios países en desarrollo cuentan con una limitada capacidad administrativa, por lo que necesitan un método simple, confiable y eficiente para exigir la imposición que recae sobre la renta proveniente de los servicios digitales automatizados obtenida por no-residentes. Está bien establecido que una retención de impuestos en la fuente sobre el importe bruto de los pagos efectuados por residentes de un país, o por no-residentes que cuentan con un establecimiento permanente o una base fija en el país, constituye un método efectivo para recaudar los impuestos exigidos a no-residentes. Dicho método de imposición puede incluso simplificar el cumplimiento de las empresas que prestan tales servicios en otro Estado, en atención a que estas empresas no estarían obligadas a computar sus beneficios netos o a presentar declaraciones de impuestos, a menos que ellas opten por la imposición en base neta.

6. Si bien el párrafo 5 advierte sobre la posibilidad de implementar este impuesto mediante la retención en la fuente, el Artículo en sí no establece nada respecto del modo de imposición en el Estado en el cual se origina la renta proveniente de los servicios digitales automatizados.

Por lo tanto, se deja libertad para que dicho Estado aplique su propia legislación y, en particular, para que exija los impuestos mediante retención en la fuente o mediante declaración de impuesto. Tal como sucede con otras disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, este Artículo no aborda aspectos procedimentales. Cada Estado está en condiciones de aplicar los procedimientos previstos en su legislación doméstica.

7. El Artículo 12B no requiere de ningún umbral, tal como un establecimiento permanente, una base fija, o un período mínimo de presencia, en un Estado Contratante como una condición para la imposición de la renta proveniente de los servicios digitales automatizados. En ese sentido, los métodos modernos para la prestación de servicios le permiten a no-residentes, con poca o nula presencia en un país, brindar servicios sustanciales a consumidores situados en ese país. El Comité considera que esta habilidad para obtener renta de un país con poca o nula presencia física en ese país, justifica la imposición en la fuente de la renta proveniente de los servicios digitales automatizados.

8. Una amplia minoría de miembros del Comité no está de acuerdo⁶² con el argumento contemplado en el párrafo 1 del Comentario al Artículo 12B, en el sentido de que el advenimiento de modernos medios de telecomunicaciones y la habilidad de celebrar contratos de manera remota sin involucrar empleados o agentes dependientes, por sí mismos, justifican la atribución de facultades de imposición, a la jurisdicción de la fuente (a veces referida como “jurisdicción de mercado”), sobre las rentas de las empresas, en particular los grupos empresarios multinacionales en la manera prevista en el Artículo 12B. Estos miembros no están de acuerdo con que se atribuyan facultades de imposición al país de la fuente sobre la base de meras ventas. Asimismo, estos miembros no están de acuerdo en que el mercado, por sí solo, genere beneficios a partir de las actividades comprendidas en el Artículo 12B, de tal manera que deban atribuirse facultades de imposición a la jurisdicción de mercado.

62 La decisión de incluir esta posición minoritaria en los Comentarios fue adoptada en la vigésimo segunda sesión del Comité realizada en abril de 2021

9. Tales miembros reconocieron que la digitalización de la economía, y en particular ciertos modelos de negocios altamente digitalizados, ha ocasionado desafíos impositivos y ha acentuado la cuestión acerca de si los conceptos tradicionales de nexo y atribución de renta conducen a un resultado adecuado a la luz de tales modelos de negocio. Sin embargo, estos miembros consideraron que la reasignación a la jurisdicción de mercado respecto de la renta de un grupo empresarial multinacional constituye una cuestión de carácter multilateral que merece una solución multilateral mucho más amplia, y no un enfoque bilateral. En su opinión, no resulta claro que la entidad de un grupo empresarial multinacional, que en última instancia preste el servicio digital automatizado, haya obtenido la porción de la renta global del grupo empresarial multinacional que deba atribuirse a la jurisdicción de mercado. Estos miembros favorecieron continuar el trabajo hacia una solución global más amplia. Asimismo, estos miembros consideraron que, de alcanzarse una solución multilateral ampliamente adoptada, deberá considerarse la interacción entre el Artículo 12B y dicha solución multilateral, en especial a los fines de asegurar que no se exacerben las preocupaciones relativas a la doble y múltiple imposición.

10. Dichos miembros también manifestaron su preocupación respecto de que el Artículo 12B no aborde ampliamente los desafíos impositivos de la digitalización de la economía. En su opinión, por ejemplo, la regla de fuente contenida en el apartado 9 del Artículo 12B, que presume que un pago se origina en el Estado en el cual el pagador es un residente, limita indebidamente el ámbito de aplicación del Artículo al no abordar plenamente la cuestión relativa al valor generado por la recopilación de información relativa a los usuarios de servicios digitales prestados de manera gratuita (tales como los motores de búsqueda y las plataformas de redes sociales). Asimismo, estos miembros cuestionaron la razón para atribuir facultades de imposición en el caso de “servicios de publicidad en línea”, los cuales constituyen una de las principales fuentes de rentas provenientes de los servicios digitales automatizados. En muchos casos, la entidad que paga por la publicidad y el objetivo de la publicidad (el usuario de los servicios digitales automatizados) se encuentran en diferentes Estados. En dicha situación, el Artículo 12B no brindaría ninguna facultad de imposición al Estado de mercado en el que se encuentra el usuario. En vez de atribuir facultades de imposición a la jurisdicción de mercado, el Artículo 12B

atribuiría facultades de imposición en base a la ubicación de la entidad que paga por la publicidad.

11. Además, una facultad de someter a imposición en la fuente los pagos, puede permitir a las sociedades digitales estructurar sus modelos de negocios de manera tal que eviten la realización del pago desde un determinado país que posea tales derechos de imposición en la fuente. Asimismo, tales miembros advirtieron que la exclusión para los establecimientos permanentes prevista en el apartado 10 del Artículo limita la aplicación del Artículo 12B. Es más, estos miembros opinaron que dada la limitación en el ámbito de aplicación del Artículo 12B, no resulta claro que “la porción definida para las jurisdicciones de mercado” a la que alude el párrafo 2 de estos Comentarios resulte significativa, en especial para los países en desarrollo pequeños.

12. Estos miembros manifestaron su preocupación respecto de que la expresión “renta proveniente de los servicios digitales automatizados” tal como se la emplea en el Artículo no resulta clara. Dichos miembros también consideraron que varios términos y conceptos empleados en el apartado 3 del Artículo, en su respectivo Comentario u otros relevantes para la aplicación de la opción sobre la imposición en base neta (por ejemplo, “segmento de negocios referido a los servicios digitales automatizados”, “cuentas segmentadas”, “margen de utilidad del segmento”, la necesidad de determinar un mecanismo para atribuir costos indirectos al segmento correspondiente a los servicios digitales automatizados, la necesidad de determinar los beneficios antes de impuestos y la necesidad de abordar situaciones en las que no haya consolidación de cuentas y las diferentes entidades dentro del grupo empresarial multinacional empleen estándares contables diferentes) han sido definidos o explicados de manera insuficiente en los Comentarios y se deja demasiada flexibilidad a los países para que definan los términos en su legislación doméstica. Estos miembros manifestaron su preocupación de que la aplicación del Artículo resultaría en un incremento de la incertidumbre, en un tratamiento inconsistente, y en largas controversias entre los contribuyentes y las administraciones tributarias. Adicionalmente, consideraron que la información que justifica la aplicación del margen de utilidad del grupo empresarial multinacional, tal como exige el apartado 3 del Artículo, puede no estar a disposición o bajo el control de contribuyente. Tales miembros

entendieron que, con el fin de que esta opción de imposición funcione de manera consistente, resulta de vital importancia que se desarrolle un modelo del marco jurídico interno y que los Estados que implementen esta imposición lo sigan, además de que las administraciones tributarias brinden mayor orientación acerca de la información exigida para justificar la segmentación y los márgenes de utilidad exigidos. Estos miembros también manifestaron su preocupación respecto de que la complejidad y la carga administrativa necesarias para que una entidad justifique los márgenes de utilidad requeridos, harían que la opción de imposición en base neta fuera no administrable en la práctica, o que ésta sería denegada por la administración tributaria del Estado de la fuente sobre la base de que la información presentada resulta insuficiente.

13. En opinión de estos miembros, un problema adicional relativo a la imposición en base bruta de la renta proveniente de los servicios digitales automatizados -incluso en base neta dada la dependencia en el margen de utilidad del grupo empresarial multinacional- radica en que podría conducir a una doble imposición o a una imposición excesiva, advirtiendo además los argumentos expuestos en el párrafo 9 de estos Comentarios relativos al carácter multinacional de la imposición de las empresas multinacionales. Ellos consideraron que la imposición de un impuesto en base bruta impide la habilidad del contribuyente para tomar en consideración los gastos incurridos con relación a la prestación de los servicios, los cuales serían deducibles si el impuesto hubiere recaído en base neta. Por ello, es posible que los remedios del Estado de residencia para los fines de aliviar la doble imposición, no resulten adecuados para aliviar plenamente la imposición en base bruta exigida por el otro Estado. La imposición en base neta, que depende del mayor entre el margen de utilidad del contribuyente y el del grupo empresarial multinacional, implica que el prestador del servicio puede estar sujeto a impuesto incluso cuando éste se encuentre ante una situación de pérdida.

14. Estos miembros manifestaron su preocupación acerca de que algunas opciones de diseño (tal como la aplicación del Artículo 12B a pequeños pagos y a pagos efectuados por personas naturales que adquieran servicios para uso personal) pueden incrementar significativamente la carga administrativa relativa a la aplicación del Artículo

por parte de algunos países en desarrollo que cuentan con una capacidad administrativa limitada, sin una clara indicación acerca de que dichas opciones incrementarán la eventual recaudación de manera tal que compense los costos asociados a dichas opciones. Los países que compartan estas preocupaciones pueden desear considerar la inclusión de un umbral (por ejemplo, un umbral basado en el tamaño del contribuyente o del grupo empresarial multinacional y un umbral basado en las rentas procedentes de la jurisdicción de la fuente) y excluir de la aplicación del Artículo 12B, los pagos efectuados por personas naturales que adquieren servicios para su uso personal, similar a la exclusión de la aplicación del Artículo 12A (Honorarios por servicios técnicos) prevista para los servicios adquiridos por personas naturales para su uso personal (véase el apartado 3(c) del Artículo 12A. Tales simplificaciones y otras alternativas de simplificación propuestas por estos miembros se detallan en los párrafos 25, 26, 43, 48 y 65 de este Comentario.

15. Como una materia más amplia de política tributaria, estos miembros manifestaron su preocupación en cuanto a que, como resultado del Artículo, los consumidores de servicios digitales automatizados del Estado de la fuente pueden enfrentar precios más altos por estos servicios, toda vez que los prestadores extranjeros de servicios podrían trasladar los costos impositivos adicionales a los consumidores a través de medios como las denominadas cláusulas de elevación (“*gross-up*” clauses) contenidas en los contratos. Típicamente, una cláusula de elevación (“*gross-up*” clause) especificará un importe neto que el proveedor recibirá, trasladando efectivamente la carga de cualquier retención impositiva al consumidor de los servicios. El uso de cláusulas de elevación podría dar lugar a que el impuesto se transfiriera al consumidor haciendo más cara la compra de los servicios. Esto puede, en opinión de esos miembros, poner a un proveedor de servicios extranjero en una desventaja competitiva, anulando efectivamente el acceso al mercado de la jurisdicción que establece tales retenciones de impuesto, restringiendo así el legítimo derecho del consumidor de elegir al proveedor.

16. En resumen, los países que comparten estas preocupaciones pueden desear no incluir el Artículo 12B en sus convenios tributarios bilaterales.

17. En el caso en que la renta proveniente de los servicios digitales automatizados se encuentre en el ámbito de aplicación tanto del Artículo 12B como del Artículo 7, las disposiciones del Artículo 12B prevalecen en virtud del apartado 6 del Artículo 7. Sin embargo, esta prioridad otorgada al Artículo 12B no aplica cuando el beneficiario efectivo de la renta proveniente de los servicios digitales automatizados lleve a cabo actividades empresariales a través de un establecimiento permanente en el Estado Contratante en el cual se origina la renta, y la renta proveniente de tales servicios se encuentra efectivamente vinculada a ese establecimiento permanente o a las actividades empresariales a las que alude el apartado 1(c) del Artículo 7. En este caso, el apartado 7 del Artículo 12B establece que las disposiciones del Artículo 7 aplican en lugar del Artículo 12B.

18. Con el fin de reducir la incertidumbre e inconsistencias, el apartado 7 también aclara de manera explícita que el Artículo no resulta de aplicación respecto de la renta proveniente de servicios digitales automatizados cuando dicha renta también califica como una “regalía” o como un “honorario por servicios técnicos” que cae dentro del ámbito de aplicación del Artículo 12 o 12A, según corresponda.

19. El apartado 6 del Artículo lista ejemplos de servicios que a menudo constituirán servicios digitales automatizados. Sin embargo, la disposición no es autónoma en sí misma; en cada caso particular, el servicio debe asimismo cumplir con los requisitos del apartado 5 para que sea considerado un servicio digital automatizado para los fines del Artículo. La relación entre ambos apartados se aborda de manera más precisa en el párrafo 57 de este Comentario.

20. Debido a la naturaleza de los servicios digitales automatizados, resulta poco probable que la renta proveniente de los servicios digitales automatizados se trate tanto en el Artículo 12B como en el Artículo 14. No obstante esto, para evitar incertidumbre, los apartados 2 y 3 estipulan expresamente que el Artículo 12B aplica con respecto a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados que también se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación del Artículo 14. Sin embargo, cuando el beneficiario efectivo de la renta preste servicios personales independientes, en el Estado Contratante en el cual se origine la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, a través de una base fija situada en ese Estado y la renta proveniente de

los servicios digitales automatizados se encuentra efectivamente vinculada a esa base fija, el apartado 8 del Artículo 12B establece que las disposiciones del Artículo 14 aplicarían en lugar del Artículo 12B.

B. COMENTARIOS A LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 12B

Apartado 1

21. Este apartado establece que la renta proveniente de los servicios digitales automatizados originados en un Estado Contratante, cuyos pagos subyacentes se realizan a un residente del otro Estado Contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado. Este apartado no prevé, sin embargo, que dicha renta se encuentra sometida a imposición exclusivamente en el Estado de residencia.

22. El término “pago” posee un amplio significado consistente con el significado del término “pagado” en los Artículos 10 y 11. Tal como se indicó en el párrafo 3 del Comentario al Artículo 10 (que cita el párrafo 7 del Comentario al Artículo 10 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017) y el párrafo 6 del Comentario al Artículo 11 (que cita el párrafo 5 del Comentario al Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017), el concepto de pago implica el cumplimiento de la obligación de poner a disposición del prestador del servicio fondos de la manera exigida por un contrato o por las costumbres. La expresión “servicios digitales automatizados” se define en el apartado 5 como cualquier servicio prestado en Internet o cualquier red digital o electrónica que requiere una mínima intervención humana por parte del prestador del servicio.

23. El Artículo 12B solo aborda la renta proveniente de los servicios digitales automatizados originada en un Estado Contratante y pagada a un residente de otro Estado Contratante. Por lo tanto, no resulta aplicable a la renta proveniente de servicios originados en un tercer Estado. El apartado 9 y el apartado 10 del Artículo 12B especifican cuándo la renta proveniente de los servicios digitales automatizados se presume que se origina en un Estado Contratante y cuándo se presume que ésta no se origina en un Estado Contratante, respectivamente. Conforme el apartado 9, se considera que la renta proveniente de los servicios digitales automatizados se origina en un Estado Contratante si los pagos

subyacentes a esa renta se efectúan por un residente de ese Estado o si resultan soportados por un establecimiento permanente o base fija situada en ese Estado perteneciente a una persona que reside en otro Estado. Sin embargo, conforme el apartado 10 se presume que la renta proveniente de los servicios digitales automatizados no se origina en ese Estado si los pagos subyacentes a esa renta resultan soportados por un establecimiento permanente o una base fija que el residente posee en el otro Estado Contratante.

Apartado 2

24. Este apartado establece el principio conforme el cual el Estado Contratante en el cual procede la renta proveniente de los servicios digitales automatizados puede someter a imposición los pagos subyacentes de conformidad con las disposiciones de su legislación interna. Sin embargo, si el beneficiario efectivo de la renta es un residente del otro Estado Contratante, el importe del tributo exigido por el Estado en el cual se origina la renta proveniente de los servicios digitales automatizados no podrá exceder un porcentaje máximo del importe bruto de los pagos subyacentes, negociado entre los Estados Contratantes.

25. Una amplia minoría de miembros opinó⁶³ que resultaría deseable incluir umbrales para la aplicación del Artículo 12B, a fin de reducir el universo de contribuyentes que se encontrarían sujetos a una posible imposición excesiva como resultado de la aplicación en la fuente de impuestos en base bruta respecto de los servicios digitales automatizados. Tales umbrales podrían ser, por ejemplo, sobre la base de las rentas globales del contribuyente a los efectos de proteger contribuyentes de menor talla, los cuales podrían encontrar más difícil de soportar el gravamen que otros contribuyentes, y un umbral sobre la base de las rentas provenientes de los servicios digitales obtenidos desde el Estado de la fuente con el propósito de proteger a los contribuyentes que apenas han entrado a un mercado, toda vez que ellos, a menudo, estarían operando bajo pérdidas durante la etapa de puesta en marcha.

63 La decisión de incluir esta posición minoritaria en los Comentarios fue adoptada en la vigésimo segunda sesión del Comité realizada en abril de 2021.

26. Los Estados que buscan un resultado en línea con la posición minoritaria expresada en el apartado precedente pueden desear acordar bilateralmente el reemplazo del apartado 2 del Artículo por el siguiente:

2. Sin embargo, sujeto a las disposiciones del Artículo 8 y no obstante las disposiciones del Artículo 14, la renta proveniente de los servicios digitales automatizados que se origine en un Estado Contratante podrá someterse a imposición también en el Estado Contratante del que proceda, de acuerdo con la legislación de dicho Estado, pero si el beneficiario efectivo de la renta es un residente del otro Estado Contratante, la renta proveniente de los servicios digitales automatizados procedente de un Estado Contratante puede someterse a imposición en el Estado Contratante en el cual se origina solo si:

- (a) los ingresos globales obtenidos por el beneficiario efectivo de la renta durante el año fiscal en cuestión exceden el importe de ___; y
- (b) los ingresos provenientes de los servicios digitales automatizados obtenidos del Estado Contratante durante el año fiscal en cuestión, por el beneficiario efectivo, exceden el importe de ___;

y el impuesto así exigido no podrá exceder del ___ *por ciento* del importe bruto de la renta proveniente de los servicios digitales automatizados.

27. Cuando se lo considera en conjunto con el Artículo 23 (Métodos para eliminar la doble imposición), el apartado 2 establece el derecho primario del Estado Contratante en el cual procede la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, de someterla a imposición de conformidad con su legislación interna (sujeto a la limitación sobre la tasa máxima de impuesto cuando el beneficiario efectivo es un residente del otro Estado Contratante). En consecuencia, el país en el cual reside el perceptor de la renta está obligado a eliminar la doble imposición de esos pagos. Conforme el Artículo 23A o 23B, el país de residencia está obligado ofrecer alivio por la doble imposición a través de una exención de impuestos por la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, o a través de un crédito contra el impuesto a pagar en el país de residencia sobre la renta proveniente

de los servicios digitales automatizados por cualquier impuesto exigido sobre dicha renta por el otro Estado Contratante en virtud del Artículo 12B. En este sentido, cuando un país aplique el método de exención de conformidad al Artículo 23A, éste tiene la facultad de aplicar el método de crédito del impuesto previsto en el segundo apartado del Artículo 23A con respecto a los elementos de renta comprendidos en los Artículos 10, 11, 12, 12A o 12B. Un residente del Estado R, que obtiene renta del Estado S, puede tener una pérdida en el Estado R, en el Estado S o en un tercer Estado. Para los fines del crédito de impuesto, en general, una pérdida en un determinado Estado podrá compensarse con ganancias de ese mismo Estado. Cuando el total de la renta proviene del extranjero, y ninguna renta sino una pérdida se origina en el Estado R, la cual no excede la renta proveniente del extranjero, el impuesto total determinado en el Estado R se asignará a la renta proveniente del Estado S, y la deducción máxima que el Estado R permitirá será, en consecuencia, el impuesto determinado en el Estado R. Otras soluciones resultan posibles. Tal como se indicará en el párrafo 66 del Comentario al Artículo 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado en el párrafo 25 del Comentario al Artículo 23 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, algunos Estados resultan muy liberales a la hora de aplicar el método de crédito de impuesto. Algunos Estados están considerando o ya han adoptado la posibilidad de reportar hacia adelante los créditos de impuesto no consumidos. Los Estados Contratantes son libres, por supuesto, de modificar en sus negociaciones bilaterales el Artículo a fin de abordar cualquiera de las cuestiones mencionadas anteriormente. En consecuencia, la cuestión de si el impuesto pagado en el Estado de la fuente de conformidad con el Artículo 12B, resulta aliviado en el Estado de residencia durante el mismo año o en años subsiguientes dependerá de la legislación interna y prácticas de cada Estado.

28. La tasa máxima de impuesto sobre la renta proveniente de los servicios digitales automatizados se establecerá a través de negociaciones bilaterales entre los Estados Contratantes. Si bien la tasa se negociará bilateralmente, se recomienda establecer un número modesto, por ejemplo, tres o cuatro por ciento.

29. El nivel preciso de imposición en la fuente sobre los pagos en consideración por los servicios digitales automatizados debería tener en cuenta varios factores, incluidos los siguientes:

- La posibilidad de que un país exija una tasa de impuesto mayor podría ocasionar que los prestadores de servicios extranjeros trasladen el costo del impuesto a los clientes de ese país, lo que implicaría que el país incrementaría sus ingresos fiscales a expensas de sus propios residentes en vez de los prestadores de servicios no-residentes.
- La posibilidad de que una tasa de impuesto mayor al crédito de impuesto pagado en el extranjero en el país de residencia podría desalentar la prestación de servicios transfronterizos.
- La posibilidad de que algunos prestadores de servicios no-residentes puedan incurrir en mayores costos para la prestación de los servicios digitales automatizados, de manera tal que una tasa de impuesto mayor sobre el importe bruto del pago podría resultar en una tasa de impuesto efectivo excesiva sobre la renta neta obtenida de los servicios.
- El hecho de que una reducción de la tasa de impuesto tiene consecuencias en la recaudación y en el tipo de cambio para el país que establece el impuesto en la fuente.
- El flujo relativo de pagos en consideración por los servicios digitales automatizados (por ejemplo, desde los países en desarrollo a los países desarrollados).

30. El apartado 2 incluye el requerimiento sobre beneficiario efectivo para los fines de aclarar el significado de las palabras “pagos efectuados a un residente” tal como se las utiliza en el apartado 1 del Artículo. Esta expresión aclara que un Estado Contratante no está obligado a desprenderse de sus facultades de imposición sobre la renta proveniente de los servicios digitales automatizados por el mero hecho de que los pagos subyacentes a dicha renta se efectuaron directamente o a través de un residente de otro Estado con el cual el primer Estado celebró un convenio.

31. Habida cuenta de que la expresión “beneficiario efectivo” se incluyó en el apartado 2 para abordar potenciales dificultades originadas en el uso de las palabras “pagos efectuados a un residente” en el apartado 1, su intención es que se interprete en este contexto y no referir a cualquier significado técnico que podría tener de conformidad con la legislación interna de un país específico. Por ello, el término

“beneficiario efectivo” no se usa en un sentido técnico estrecho (tal como el significado que se le atribuye en la legislación sobre fideicomisos de varios países del derecho común ⁶⁴), sino que debería entenderse en su contexto, en particular con relación a las palabras “pagos efectuados a un residente”, y a la luz del objeto y fin del Convenio, incluida la eliminación de la doble imposición y la prevención de la evasión y elusión fiscal.

32. Un Estado Contratante concede la desgravación o la exención con relación a un elemento de renta a un residente del otro Estado Contratante para los fines de evitar, total o parcialmente, la doble imposición que se habría originado de la imposición concurrente de esa renta por parte del Estado de residencia. Cuando se paga un elemento de renta a un residente de un Estado Contratante que actúa en carácter de agente o mandatario, resultaría inconsistente con el objeto y fin del convenio que un Estado desgrave o exima meramente teniendo en cuenta el estatus del perceptor directo de la renta como un residente del otro Estado Contratante. El perceptor directo califica como un residente, pero no se origina ninguna potencial doble imposición como consecuencia de ese estatus, toda vez que el perceptor no es tratado, en el Estado de residencia, como el propietario de la renta a los fines impositivos.

33. Sería igual de contradictorio con el objeto y fin del Convenio que un Estado conceda la desgravación o exención cuando un residente de un Estado Contratante, en una relación diferente a la de un agente o mandatario, actúe simplemente como un conducto para otra persona, quien recibe, de hecho, el beneficio de la renta en cuestión. Por estas razones, el informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, titulado “Convenios para Eliminar la Doble Imposición y el

64 Por ejemplo, cuando los fiduciarios de un fideicomiso con facultades discretionales no distribuyen la renta proveniente de los servicios digitales automatizados obtenida durante un período determinado, estos fiduciarios, que actúan en tal carácter (o el fideicomiso, cuando es reconocido como un contribuyente separado), pueden constituir los beneficiarios efectivos de dicha renta a los fines del Artículo 12B incluso si ellos no son los beneficiarios efectivos conforme la legislación en materia de fideicomisos.

Uso de Sociedades Instrumentales”⁶⁵ concluye que una sociedad instrumental (*conduit company*) no puede ser considerada normalmente como beneficiario efectivo si, a pesar de ser formalmente la propietaria, en la práctica tiene facultades muy limitadas, lo que la convierte, en relación con la renta en cuestión, en mero fiduciaria o administradora que actúa por cuenta de las partes interesadas.

34. En estos diversos ejemplos (agente, mandatario, sociedad instrumental que actúa como un fiduciario o administrador), el perceptor directo de los pagos en consideración por los servicios digitales automatizados no resulta el “beneficiario efectivo” porque el derecho a uso de la renta por parte de ese perceptor se encuentra restringido por una obligación contractual o legal de trasladar la renta a otra persona. Esta obligación normalmente derivará de documentos legales, pero también se puede encontrar en base a hechos y circunstancias que demuestren que, en substancia, el receptor de los honorarios claramente no tiene derecho a usar y disfrutar la renta sin estar restringido por una obligación contractual o legal de trasladar la renta recibida a otra persona. Este tipo de obligación no incluiría obligaciones contractuales o legales que no dependan de la recepción de los pagos por el perceptor directo, tal como una obligación que no depende de la recepción de los pagos y que tiene al perceptor directo como deudor o como una parte de transacciones financieras. Cuando el perceptor de los pagos en consideración por los servicios digitales automatizados tiene el derecho de usar y gozar de la renta sin estar restringido por una obligación contractual o legal de trasladar la renta recibida a otra persona, el perceptor es el “beneficiario efectivo” de esa renta.

35. El hecho de que el perceptor de los pagos en consideración por los servicios digitales automatizados sea considerado como el beneficiario efectivo de esa renta no significa, sin embargo, que el límite de impuesto establecido en el apartado 2 tenga que otorgarse automáticamente. Este límite de impuesto no debe ser otorgado en casos de abuso de esta disposición. Como se explica en la sección “Uso Inadecuado

65 El informe se reproduce en la página R (6)-1 del volumen II de la versión completa del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page1833, consultado el 10 de mayo de 2021.

del Convenio” en los Comentarios al Artículo 1, existen varias formas de abordar estructuras de sociedades instrumentales y, de manera más general, situaciones de triangulación de beneficios (*treaty shopping*). Éstas incluyen disposiciones antiabuso específicas en la legislación interna y en los convenios, reglas antiabuso generales en la legislación interna y en los convenios, jurisprudencia, tal como el enfoque del fondo sobre la forma o el de substancia económica, y la interpretación de las disposiciones de los convenios tributarios. Mientras que el concepto de “beneficiario efectivo” se ocupa de algunas formas de elusión fiscal (por ejemplo, aquellas que implican la interposición de un perceptor que está obligado a trasladar, a alguien más, los pagos en consideración por los servicios digitales automatizados), no aborda otros casos de triangulación de beneficios y, por ello, no debe considerarse que restringe de alguna manera la aplicación de otros enfoques que se ocupan de tales casos.

36. Las explicaciones anteriores con respecto al significado de “beneficiario efectivo” aclaran que el significado otorgado a esta expresión en el contexto del Artículo debe diferenciarse de diferentes significados que se le ha sido dado a esta expresión en el contexto de otros instrumentos ⁶⁶ los que conciernen a la determinación de las personas

66 Véase como ejemplo, el informe de la Fuerza de Acción Financiera *Estándares Internacionales sobre el Combate al Lavado de Dinero y el Financiamiento al Terrorismo & Proliferación, Recomendaciones FATF* (OCDE-FATF, París, 2012, actualizadas en 2020). Este informe establece en detalle el estándar internacional contra el lavado de dinero, y que incluye la siguiente definición de beneficiario efectivo (en la página 117): “la(s) persona(s) natural(es) que tiene(n) la máxima propiedad o control sobre un cliente y/o la persona en nombre de la cual se lleva a cabo una transacción. También incorpora aquellas personas que tienen el máximo control efectivo sobre una persona o acuerdo. De manera similar, el informe del Grupo Directivo sobre Gobierno Corporativo de la OCDE, *Detrás del Velo Corporativo: Usando Entidades Corporativas para Objetos Ilícitos* (OCDE, París, 2001), define propiedad beneficiaria de la siguiente forma (en la página 14):

En este informe, “beneficiario efectivo” se refiere a la máxima propiedad beneficiaria o interés de una persona natural. En algunas situaciones, descubrir el propietario beneficiario podría involucrar perforar a través de diversas entidades intermediarias y/o personas naturales hasta encontrar al verdadero propietario, que es una

(personas naturales, típicamente) que tienen el control último principal sobre entidades o activos. Ese significado diferente de “beneficiario efectivo” no puede aplicarse en el contexto del Convenio. En efecto, ese significado, que se refiere a personas naturales (personas naturales), no puede reconciliarse con la redacción expresa del apartado 2(a) del Artículo 10, que se refiere a la situación en la que una sociedad es la beneficiaria efectiva de un dividendo. En el contexto de los Artículos 10, 11, 12, 12A y 12B, el término “beneficiario efectivo” tiene la intención de resolver dificultades que surjan del uso de las palabras “pagado a” en relación con dividendos, intereses, regalías y honorarios por servicios técnicos, así como también a la expresión “pagos efectuados a” con relación a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, en lugar de las dificultades relacionadas con la titularidad de la propiedad subyacente o de los derechos con respecto a los cuales los montos son pagados. Por esta razón, no sería adecuado, en el contexto de estos Artículos, considerar un significado desarrollado a los fines de referirse a las personas naturales que tienen el “control efectivo último respecto de una persona jurídica o instrumento”.⁶⁷

37. Sin perjuicio de las otras condiciones exigidas por el Artículo, el límite de impuesto en un Estado continúa siendo aplicable cuando un intermediario, tal como un agente o mandatario situado en el otro Estado Contratante o en un tercer Estado, ha sido interpuesto entre el beneficiario y el deudor, pero el beneficiario efectivo es un residente del otro Estado Contratante.

38. Para evitar incertidumbre, se ha señalado explícitamente en los apartados 2 y 3 que las disposiciones de estos apartados resultan aplicables con sujeción a las disposiciones del Artículo 8 y no obstante las disposiciones del Artículo 14. Conforme el Artículo 8, los beneficios provenientes de la operación de buques o aeronaves en el tráfico

persona natural. Con respecto a las corporaciones, la propiedad es detentada por los accionistas o socios. En asociaciones de personas (*partnerships*), los intereses son detentados por socios generales y socios limitados. En fideicomisos y fundaciones, la expresión beneficiario efectivo se refiere a los beneficiarios, que también podrían incluir al fiduciante o fundador.

67 Véase la definición de la Fuerza de Acción Financiera citada en la nota previa.

internacional obtenidos por una empresa de un Estado Contratante resultan imponibles únicamente en ese Estado.⁶⁸ Conforme el Artículo 14, la renta proveniente de la prestación de servicios profesionales u otras actividades de carácter personal independiente, por una persona que es residente de un Estado Contratante, es imponible por el otro Estado Contratante solo si los servicios se prestan en ese otro Estado Contratante a través de una base fija que se encuentra a disposición de la persona de manera regular, o si la persona permanece en ese otro Estado por 183 días o más en cualquier período de doce meses que comience o finalice en el período fiscal en cuestión. Sin embargo, dada la naturaleza de los servicios digitales automatizados, resulta poco probable que la renta proveniente de los servicios digitales automatizados se encuentre comprendida en el Artículo 8 o el Artículo 14.

Apartados 3 y 4

39. El apartado 3 le da al beneficiario efectivo de la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, residente de un Estado Contratante, la opción de ser sometido a imposición en base neta para todo el año en el otro Estado Contratante en el que se origina la renta, como una alternativa a la imposición prevista en el apartado 2. De conformidad con este apartado, el beneficiario efectivo de la renta puede solicitar al Estado Contratante en el que se origina la renta, ser sometido a imposición sobre su renta calificada, tal como se la define en el apartado. Esta opción ofrecería alivio para aquellos casos en los que el contribuyente puede tener una obligación tributaria menor que aquella determinada en virtud de las disposiciones del apartado 2, como así también en aquellos casos en los que afronta pérdidas empresariales globales o una pérdida en el segmento de negocios de relevancia durante el año fiscal.

40. El apartado 3 define las rentas calificadas como el 30 por ciento del importe que se obtiene de aplicar el margen de utilidad, del segmento de negocios relativo a los servicios digitales automatizados del beneficiario efectivo, al ingreso bruto obtenido por tales servicios en el Estado Contratante en el cual se origina la renta. Cuando el beneficiario efectivo no mantiene cuentas segmentadas, se aplicará el margen

68 Sin perjuicio de las excepciones provistas en el apartado 2 del Artículo 8 (Alternativa B).

de utilidad global del beneficiario efectivo para determinar las rentas calificadas. Se entiende que el ingreso bruto, por los servicios digitales automatizados en el Estado Contratante en el cual se origina la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, resulta de la suma del total de pagos subyacentes a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados originados en ese Estado Contratante, de conformidad con las reglas de fuente previstas en los apartados 9 y 10 del Artículo, durante el año fiscal.

41. Una amplia minoría de miembros opinó⁶⁹ que el 30 por ciento de los beneficios consolidados del grupo puede resultar demasiado alto para la imposición neta y que debería tomarse en consideración la negociación bilateral de un porcentaje que refleje de manera más adecuada los hechos y circunstancias particulares.

42. Cuando el beneficiario efectivo pertenezca a un grupo empresarial multinacional, el margen de utilidad aplicable será aquél relativo al del segmento de negocios relativo a los servicios digitales automatizados del grupo, o el margen de utilidad del grupo en su conjunto si es que éste no mantiene cuentas segmentadas, en la medida que el margen de utilidad del grupo empresarial multinacional resulte superior al margen de utilidad del beneficiario efectivo a nivel de entidad. El propósito de esto es el de neutralizar la posible reducción del margen de utilidad mediante el uso de transacciones entre partes relacionadas llevadas a cabo con fines fiscales dentro del grupo empresarial multinacional. En los casos en los que el beneficiario efectivo pertenezca a un grupo empresarial multinacional, la aplicación del apartado 3 dependerá de la disponibilidad, en el Estado del que procede la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, de información relativa a la rentabilidad del grupo empresarial multinacional. En ciertas situaciones, esta información puede encontrarse disponible a través del intercambio del reporte país por país. En ciertas circunstancias, para obtener esta información puede recurrirse a mecanismos de intercambio de información. Asimismo, el propio beneficiario efectivo puede estar en condiciones de obtener dicha información y proveerla a las autoridades tributarias al momento de optar por la imposición

69 La decisión de incluir esta posición minoritaria en los Comentarios fue adoptada en la vigésimo segunda sesión del Comité realizada en abril de 2021.

en base neta en virtud del apartado 3. Cuando dicha información no se encuentre disponible para las autoridades tributarias, el apartado 2 prevalecerá y la opción brindada en el apartado 3 no será de aplicación para la empresa que pertenezca a un grupo empresarial multinacional.

43. Una gran minoría de miembros manifestó su preocupación⁷⁰ con respecto a la exigencia de que el beneficiario efectivo que pertenece a un grupo empresarial multinacional utilice el margen de utilidad más alto entre el propio y aquél del grupo empresarial multinacional en su conjunto, lo que agrega una complejidad significativa, incrementa el riesgo de que, aun en el marco de la opción de una imposición en base neta se exijan impuestos cuando el beneficiario efectivo se encuentre en una situación de pérdida, y eleva el riesgo de una imposición excesiva y de doble o múltiple imposición. Una alternativa para abordar el riesgo identificado por estos miembros consistiría en la modificación del apartado 3, a fin de hacer referencia únicamente al margen de utilidad del beneficiario efectivo, con la posible inclusión de una regla antiabuso que aborde la preocupación de la mayoría, relativa a que el margen de utilidad del beneficiario efectivo pueda reducirse con motivo de transacciones entre partes relacionadas llevadas a cabo con fines fiscales dentro del grupo empresarial multinacional.

44. De conformidad con los estándares internacionales en materia de precios de transferencia,⁷¹ un grupo empresarial multinacional es un grupo de empresas asociadas con establecimientos de negocios en dos o más países. Los grupos multinacionales de sociedades generalmente operan globalmente a través de subsidiarias constituidas localmente o a través de establecimientos permanentes. Para los propósitos del apartado 3, el apartado 4 ofrece una clara definición de “grupo empresarial multinacional” como cualquier “grupo” que incluya dos o más empresas, cuya residencia fiscal se encuentra en diferentes jurisdicciones. Además, se define el término “grupo” como un conjunto de

70 La decisión de incluir esta posición minoritaria en los Comentarios fue adoptada en la vigésimo segunda sesión del Comité realizada en abril de 2021.

71 Véase el *Manual Práctico sobre Precios de Transferencia para Países en Desarrollo de las Naciones Unidas*, nota al pie 23 anterior y las *Directrices sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias de la OCDE*, nota al pie 22 anterior.

empresas vinculadas a través de la titularidad o del control, de manera tal que resulta necesaria la preparación de estados financieros consolidados para efectos de reportes financieros, de conformidad con los principios contables aplicables o que se exigiría si la participación en el capital de cualquiera de las empresas se negociara en un mercado público de valores.

45. Una amplia minoría de miembros cree⁷² que en el caso en que el contribuyente no cuente con presencia y, por ende, no ejerza funciones en el Estado de la fuente, éste no debería estar sujeto a imposición en el Estado de la fuente sobre sus rentas rutinarias, las cuales se basan en funciones. En ausencia de una exclusión para las rentas rutinarias en el margen de utilidad, el Estado de la fuente podría aplicar la imposición sobre las rentas rutinarias que habrían sido sometidas a imposición por los Estados en los que las funciones rutinarias habrían sido ejercidas. Esto podría dar lugar a una doble imposición y el Estado de residencia podría encontrar injusto (por ejemplo, en situaciones en las que las funciones rutinarias se ejercieron en el Estado de residencia), o incluso imposibilitado de brindar alivio (por ejemplo, en situaciones en las que las funciones rutinarias se ejercieron en un tercer Estado).

46. También resulta posible que las funciones rutinarias se ejerzan en el propio Estado de la fuente. Para dar un ejemplo, un contribuyente obtiene renta proveniente de los servicios digitales automatizados de un Estado de la fuente y, al mismo tiempo, tiene un establecimiento permanente en ese Estado mediante el cual desempeña funciones rutinarias que contribuyen a las actividades de prestación de servicios digitales automatizados realizadas por el contribuyente. En este caso, el establecimiento permanente ya habría sido sometido a imposición en el Estado de la fuente sobre la renta rutinaria que obtiene por desempeñar las funciones rutinarias, las cuales forman parte de las rentas que el contribuyente obtiene por la prestación de las actividades en el Estado de la fuente. De no preverse ninguna exclusión en el margen de utilidad para las rentas rutinarias, el Estado de la fuente sometería a imposición dos veces la misma renta rutinaria. Estos miembros favorecen la introducción de una exclusión en el margen de utilidad para

72 La decisión de incluir esta posición minoritaria en los Comentarios fue adoptada en la vigésimo segunda sesión del Comité realizada en abril de 2021.

reflejar las rentas rutinarias atribuibles a las funciones desempeñadas, los riesgos asumidos y los activos involucrados.

47. Se entiende que el margen de utilidad del beneficiario efectivo, o del grupo empresarial multinacional al cual pertenece el beneficiario efectivo, se determina dividiendo los beneficios anuales entre el ingreso anual, tal como lo muestran los estados financieros referidos al segmento de negocios relativo a los servicios digitales automatizados del beneficiario efectivo o del grupo al cual aquél pertenece, o del beneficiario efectivo o del grupo en su conjunto, según corresponda. A menos que bilateralmente se acuerde algo diferente entre los Estados Contratantes, los beneficios a utilizarse para calcular la rentabilidad serían aquellos antes de impuestos, tal como surgen de la contabilidad del beneficiario efectivo, o de las cuentas consolidadas del grupo empresarial multinacional,⁷³ según corresponda, con los ajustes tales como, por ejemplo, la exclusión de los gastos en impuestos sobre la renta, la exclusión de la renta por dividendos, la exclusión de las ganancias de capital o pérdidas vinculadas a las tenencias accionarias, incorporando los gastos no deducibles a los fines del impuesto sobre la renta corporativa en razón de políticas públicas, etc.

48. Los Estados que compartan las preocupaciones descritas en la opinión minoritaria contenida anteriormente en los párrafos 41, 43 y 45, y que deseen referirse únicamente al margen de utilidad del beneficiario efectivo, prever una exclusión para las rentas rutinarias en el margen de utilidad y dejar para negociaciones bilaterales el porcentaje de rentas calificadas que pueden someterse a imposición en el Estado de la fuente, pueden acordar bilateralmente reemplazar el apartado 3 del Artículo por el siguiente:

3. Las disposiciones del apartado 2 no serán aplicables si el beneficiario efectivo de la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, que sea un residente de un Estado Contratante, solicita al Estado Contratante en el cual se origina esa renta, someter a imposición la renta calificada de ese

73 Los estándares contables y financieros de relevancia para el grupo empresarial multinacional serían los estándares contables y financieros utilizados por la entidad controlante a la hora de preparar sus estados financieros consolidados.

residente proveniente de los servicios digitales automatizados, relativa al año fiscal en cuestión, a la tasa prevista en la legislación doméstica de ese Estado. Si el beneficiario efectivo así lo solicita, sujeto a las disposiciones del Artículo 8 y no obstante las disposiciones del Artículo 14, la imposición por ese Estado Contratante se llevará a cabo de dicha manera. A los efectos de este apartado, la renta calificada consistirá en el ____ por ciento del importe que resulte de aplicar, al ingreso bruto anual proveniente de los servicios digitales automatizados obtenidos del Estado Contratante en el cual esa renta se origina:

- (a) el margen de utilidad relativo al segmento de los servicios digitales automatizados del beneficiario efectivo, cuando éste mantenga cuentas segmentadas;
- (b) el margen de utilidad global del beneficiario efectivo, cuando éste no mantenga cuentas segmentadas; disminuido en un _____ *por ciento* de rentabilidad por las funciones rutinarias de la prestación de servicios digitales automatizados.

49. Con el fin de evitar controversias y de proveer certeza, no se espera que se realicen muchos ajustes a los beneficios que surgen de la contabilidad para determinar los beneficios a incluir en el cálculo de la rentabilidad prevista en este apartado. La rentabilidad del grupo empresarial multinacional a utilizarse a los fines del apartado 3 debería ser la relativa al mismo año fiscal. La información vinculada al margen de utilidad del grupo empresarial multinacional puede ser provista por el contribuyente junto a documentación respaldatoria. La administración tributaria del Estado Contratante del cual procede la renta proveniente de los servicios digitales automatizados puede, en casos apropiados, confrontar la exactitud de la información declarada por el contribuyente a través de varios mecanismos de intercambio de información que tenga a su disposición.

50. Se presume que la renta calificada es el 30 por ciento del importe resultante de aplicar el margen de utilidad a las rentas locales en reconocimiento del hecho de que no puede atribuirse a la jurisdicción de mercado la totalidad de los beneficios originados en ella. El Comité adoptó el nivel específico del 30 por ciento a los efectos de, por un lado, brindar certeza y, por el otro, de ofrecer una porción justa y razonable

para cada jurisdicción, teniendo en cuenta el rol especial que el mercado desempeña en la generación de beneficios a partir de las actividades comprendidas en el Artículo. Al definir el nivel del 30 por ciento, se ponderó de manera equivalente el rol que desempeñan los activos, los empleados y los ingresos en la generación de beneficios. Finalmente, en opinión del Comité, el nivel del 30 por ciento constituye un compromiso equilibrado en cuanto a la atribución de beneficios entre los países de la fuente y de residencia.

51. La renta calificada podrá someterse a imposición a la tasa prevista en la legislación interna del Estado Contratante. La legislación interna puede contar con un procedimiento para el registro de los prestadores de servicios digitales automatizados, así como también prever la presentación de formularios necesarios para la imposición de la renta proveniente de los servicios digitales automatizados de conformidad con el apartado 3. De manera similar, cualquier imposición en la fuente que se hubiere exigido en virtud del apartado 2 debería tenerse en cuenta posteriormente, al momento de determinar la obligación tributaria de conformidad con el apartado 3.

Apartados 5 y 6

52. El apartado 5 define los “servicios digitales automatizados”, a los fines del Artículo 12B, como cualquier servicio prestado en Internet u otra red digital o electrónica que requiere una mínima intervención humana por parte del proveedor.

53. Se considera que un servicio es automatizado cuando el usuario se encuentra en condiciones de hacer uso del servicio a partir del equipamiento y de sistemas instalados, los cuales le permiten al usuario acceder al servicio de manera automática, en oposición al requerimiento de una interacción personalizada del proveedor para la prestación del servicio. Para determinar si un servicio requiere una intervención humana mínima, el examen solo exige observar al prestador del servicio, sin importar la intervención humana del lado del usuario, por ejemplo, cuando el usuario puede necesitar introducir ciertos parámetros en un sistema automatizado para obtener el resultado deseado. Asimismo, la definición apunta a la prestación de servicios en sí y, por ello, no incluye la intervención humana en la creación, apoyo o mantenimiento del sistema necesario para la prestación de

servicios, el mantenimiento y actualización del entorno del sistema, la solución de errores en el sistema, o la introducción de otros ajustes genéricos, no específicos a las demandas particulares de cada usuario. El umbral de intervención humana mínima no se traspasaría cuando la prestación de servicios a nuevos usuarios involucre una limitada respuesta humana a los requerimientos/ingresos de los usuarios al punto de entrega del servicio o cuando, en casos particulares que involucren problemas más complejos, los programas bajo los cuales corre el sistema redirijan al usuario a un miembro del equipo de trabajo.

54. Un indicador de relevancia del concepto de servicio automatizado es si existe la posibilidad de incrementar la escala y ofrecer el mismo tipo de servicios a nuevos usuarios con un mínimo involucramiento humano. Este aspecto apunta a identificar el negocio de los servicios digitales automatizados que se beneficia de economías de escala significativas, en vez de sugerir que no se requiere intervención humana en el negocio. Para muchos negocios de servicios digitales automatizados, el desarrollo del sistema mediante el cual se entregan los servicios ofrecidos puede requerir un amplio grado de intervención humana anticipada y de insumos de capital, tales como la creación de algoritmos que entreguen los servicios digitales, incluidos aquellos aspectos tales como la confección de la oferta con base en las preferencias de los usuarios. El negocio de los servicios digitales automatizados debe distinguirse al observarse si resulta nulo o casi nulo, el costo marginal en términos de intervención humana adicional, al momento de ofrecer el mismo servicio a usuarios adicionales. En otras palabras, una vez desarrollado el negocio de la oferta del servicio digital automatizado (tal como un catálogo de música o una plataforma de red social), se puede brindar ese servicio a un solo usuario, o a muchos más, sobre una base automatizada a partir del mismo proceso básico del negocio. Por otra parte, un negocio no-automatizado de servicios digitales vería incrementar su costo marginal de manera proporcional a la cantidad de usuarios a los que se brinda el servicio.

55. La prestación de un servicio en internet u otra red digital o electrónica debe distinguirse de otros métodos de prestación de servicios, tales como la realización física de un servicio *in situ*. Para determinar si se trata de un servicio digital automatizado, no debe distinguirse entre el método de transmisión en internet o en otra red electrónica.

Esa determinación no debe verse afectada por el hecho de que el prestador del servicio sea el titular, arriende o controle de otra manera el equipo de transmisión.

56. La definición general de “servicios digitales automatizados” del apartado 5 del Artículo 12B es exhaustiva y, cuando se lea en conjunto con los servicios específicos listados en el apartado 6, que a menudo constituirán servicios digitales automatizados, brinda certidumbre y, a la vez, flexibilidad. El beneficio de utilizar una definición general, apuntalada por una lista de tipos de servicios específicos, radica en el hecho de que este enfoque permite acomodarse rápidamente a los cambios tecnológicos que pudieren originar nuevos tipos de servicios digitales automatizados que hasta el momento no se incluyeron o excluyeron de los listados específicos que aparecen a continuación en los párrafos 57 y 59, respectivamente. Si existen varias prestaciones que resulten identificables y sustanciales en sí mismas, entonces cada prestación individual debe cotejarse contra la definición.

57. El apartado 6 del Artículo lista ejemplos de servicios que a menudo constituirán servicios digitales automatizados. Sin embargo, la disposición no es autónoma. Mientras que el apartado 6 da cuenta de que los servicios de publicidad en línea, la provisión de datos de usuarios, etc., consisten en tipos comunes de servicios digitales automatizados, cuando se analizan las operaciones de un beneficiario efectivo en particular, o de un grupo empresarial multinacional, deben satisfacerse los requisitos del apartado 5. El apartado 6, por lo tanto, simplemente brinda una indicación de que una actividad podría constituir un servicio digital automatizado; no obstante, este apartado no dispone que una actividad en él listada resulta necesariamente en un servicio digital automatizado. Los siguientes servicios se encuentran mencionados expresamente en el apartado 6:

- (a) servicios de publicidad en línea;
- (b) provisión de datos sobre usuarios;
- (c) motores de búsqueda en línea;
- (d) servicios de plataformas de intermediación en línea;
- (e) plataformas de redes sociales;
- (f) servicios de contenido digital;

- (g) juegos en línea;
- (h) servicios de computación en la nube; y
- (i) servicios de enseñanzas en línea estandarizados.

Las categorías no resultan mutuamente excluyentes; por ejemplo, un servicio de contenido digital podría estar financiado en todo o en parte a través de publicidad en línea.

58. A continuación se describen los servicios listados en el anterior párrafo 57:

- (a) Se entiende que los servicios de publicidad en línea son aquellos servicios que apuntan a ubicar anuncios publicitarios en una interfaz digital, incluidos los servicios para la compra, almacenamiento y distribución de mensajes publicitarios, y para el monitoreo de publicidades y mediciones de rendimiento. También incluye los sistemas involucrados en la atracción de potenciales visualizadores de los anuncios y la recopilación de contenido aportado por ellos y de información referida a ellos, incluidos los servicios de acceso a la interfaz digital. Los servicios de publicidad en línea incluyen los servicios directos de publicidad, como aquellos en los que los proveedores de plataformas de redes sociales, de motores de búsqueda en línea, de plataformas de intermediación y de contenido digital, venden directamente los espacios publicitarios para ser exhibidos en esas interfaces digitales que ellos operan. También se extiende el concepto a los sistemas automatizados y los procesos vinculados a la compra y venta de los espacios publicitarios (tales como las plataformas para la demanda, las plataformas para la oferta, los intercambios de publicidades, los servicios de verificación de anuncios, etc.). Dada la definición amplia de “interfaz digital”, ésta también incluye la publicidad en línea exhibida a partir de un bien que tiene conexión a internet (“internet de las cosas”) siempre que se pueda identificar el flujo de rentas proveniente de dicha publicidad.
- (b) La provisión de datos significa el suministro a un cliente independiente, de información relativa a los usuarios de una interfaz digital, la cual es recabada, compilada, agregada y procesada de otro modo a partir de un algoritmo

automatizado. La información relativa a los usuarios se refiere a todos los datos personales identificables directa o indirectamente, tales como los hábitos del usuario, sus gastos, su ubicación, su entorno, los servicios que utiliza, sus pasatiempos, sus intereses personales o sus preferencias, incluidos los datos anónimos y agregados (tal como la información geo-posicional y los niveles de tráfico del usuario). La información fuente puede ser recabada directamente por la empresa en su Estado bruto (por ejemplo, la firma fabricante/vendedora de un sistema de calefacción de uso doméstico que recopila la información relativa al consumo de energía, o una sociedad que ofrece una plataforma de redes sociales que recopila información acerca de sus usuarios) o puede ser adquirida de otros negocios. La fuente de la información no sería relevante, en la medida que hubiere sido generada por el usuario a partir de la interfaz digital.

- (c) Los motores de búsqueda en línea implican la puesta a disposición de los usuarios de una interfaz digital con el propósito de que éstos puedan buscar en Internet sitios o información almacenada en interfaces digitales. Varios motores de búsqueda obtienen rentas a partir de la publicidad en línea y/o servicios de transmisión de datos sobre los usuarios, los cuales a su vez pueden constituir servicios digitales automatizados en virtud de otros subapartados del apartado 6, por ejemplo, los subapartados (a) y (b), respectivamente. La categoría “motores de búsqueda en línea” se extiende incluso a instancias en las que se cobran honorarios a los usuarios por el acceso al motor de búsqueda, por ejemplo, bajo la modalidad de suscripción, o cuando la tecnología del motor de búsqueda en línea es suministrada desde el sitio web de un tercero (por ejemplo, un “cuadro de búsqueda”). Esta categoría no incluye los servicios tales como las bases de datos en línea o las funciones de búsqueda “interna” contenidas en algunos sitios de internet que no generan rentas, en las que los resultados de búsquedas están limitados a la información almacenada en esa interfaz digital o en interfaces digitales relacionadas. Sin embargo, si el servicio de base de datos en línea o de función de búsqueda “interna” involucra la generación de rentas y encuadra en la

definición general de servicio digital automatizado, entonces estará comprendido dentro del alcance del Artículo 12B.

- (d) Los servicios de plataformas de intermediación en línea involucran una interfaz digital disponible a los usuarios con el propósito de permitirles interactuar entre ellos, incluyendo la posibilidad de que vendan, alquilen, publiquen, exhiban o que los usuarios realicen otro tipo de oferta a otros usuarios, de bienes particulares, de servicios, de contenido por ellos generado, o de otra propiedad. No incluye la venta en línea de bienes o servicios del inventario propio de la plataforma. Esta categoría aplica al servicio que permite la interacción entre terceros usuarios, con independencia de la naturaleza de la interacción, de las características de los usuarios involucrados, de si la transacción subyacente constituye en sí misma un servicio digital automatizado, o de la medida en que las actividades del prestador del servicio facilitan la interacción. Esta categoría comprende instancias en las que, desde la plataforma de intermediación en línea, se cobran honorarios a los usuarios por los servicios de intermediación en línea, por ejemplo, a través de una comisión, listado u honorarios de suscripción. El servicio de intermediación puede, a veces, estar financiado a través de publicidades en línea o de venta de datos, los cuales constituyen servicios digitales automatizados bajo otros subapartados del apartado 6 (por ejemplo, los subapartados (a) y (b), respectivamente).
- (e) Las plataformas de redes sociales involucran la puesta a disposición de una plataforma sobre una interfaz digital con el propósito de facilitar la interacción entre los usuarios o entre usuarios y el contenido por ellos generado. Esta categoría incluye un rango de actividades tales como los sitios web de redes de profesionales, plataformas de “micro-blogs”, plataformas para compartir imágenes o videos, plataformas para citas en línea, plataformas dedicadas a compartir opiniones de usuarios, así como plataformas de llamadas y de mensajería, alguna de las cuales podrían superponerse con las plataformas de intermediación en línea. Esta categoría comprende instancias en las que, desde la plataforma de

red social, se cobran honorarios a los usuarios para acceder a ellas, por ejemplo, mediante un modelo de suscripción. Estos servicios pueden financiarse a través de publicidades en línea, la venta de datos, o de diferentes modelos de suscripción tales como los servicios de contenidos digitales. Tales servicios de publicidad en línea, etc., constituyen servicios digitales automatizados bajo otros subapartados del apartado 6. Esta categoría no incluye instancias en las que la interacción entre los usuarios resulta meramente incidental al propósito principal de la interfaz digital, como por ejemplo cuando una sociedad vende en línea su propio inventario y el sitio web permite a los usuarios publicar sus comentarios o revisiones o cuando el sitio web permite a los usuarios involucrarse en una conversación en línea con un representante de ventas.

- (f) Los servicios de contenido digital implican el suministro automatizado de contenido en formato digital, tales como programas de software, aplicaciones, música, videos, libros, otros textos, juegos, periódicos en línea, librerías en línea, bases de datos y programas de software en línea, en todo caso, distintos de los datos representados en una interfaz digital, ya sea mediante la transmisión en línea, acceso en línea o descarga del contenido digital, ya sea para acceder una vez, por un período de tiempo limitado o a perpetuidad. Esta categoría comprende las diferentes formas que el contenido digital puede adquirir una vez que el usuario accede a él, pero no incluye la mera puesta a disposición de la interfaz digital a los usuarios. El propósito, desde el punto de vista del usuario en una transacción de servicio digital, consiste en la facultad para acceder al contenido digital. A modo de antecedente, cabe precisar que la transmisión y descarga consisten en el mismo proceso de transferencia de datos, ambos como un flujo continuo con efectos similares a los de una descarga temporal o como un archivo almacenado en el dispositivo del usuario para un uso posterior. Algunos servicios de transmisión permiten ambos mecanismos, es decir, la transferencia temporal y la descarga, pero desde el punto de vista del prestador del servicio digital automatizado, el proceso resulta esencialmente el mismo. La

descarga o el acceso al software a través de internet también encuadran en la definición general de servicio digital automatizado cuando el proceso se encuentra automatizado y requiere de una mínima intervención humana para poner el software a disposición del usuario a través de internet. Como tal, la provisión de software al que se accede o que se descarga desde internet calificaría, por lo tanto, como un servicio digital automatizado bajo la categoría de “servicios de contenido digital”, aunque también puede calificar dentro de la categoría “servicios de computación en la nube” (“software a modo de servicio”). El párrafo 61 a continuación, aclara la interacción con otros Artículos en los casos en los que los elementos de renta podrían considerarse comprendidos simultáneamente tanto en el Artículo 12B como en el Artículo 12 o 12A. En consecuencia, el Artículo 12B no aplica al suministro software a través de la transmisión en línea (*streaming*) o de la descarga como contenido digital si el pago asociado se puede clasificar como una regalía en virtud del Artículo 12.

- (g) Los juegos en línea ponen a disposición de sus usuarios una interfaz digital con el fin de permitirles interactuar entre sí en el mismo entorno de juego. Esta categoría resulta aplicable a todos los juegos para multijugadores disponibles en internet, tales como los juegos en línea multijugadores masivos, u otros juegos que permiten funcionalidades multijugador, y con independencia del dispositivo o la plataforma a través del cual se accede al juego. La oferta de compras dentro del juego, o cualquier otra compra en línea dentro del juego también se encuentra dentro de esta categoría. Esta categoría no incluye los juegos para un único jugador (el cual, de transmitirse en línea, o con acceso o descarga desde internet, estaría comprendido en la categoría de servicios de contenido digital) o la adquisición de un juego vendido en un medio físico tal como un DVD.
- (h) Los servicios de computación en la nube son aquellos que ofrecen el acceso a requerimiento a recursos estandarizados de tecnología de la información contenidos en redes, incluyendo la infraestructura como un servicio, plataformas como un servicio, o programas de software como un

servicio (tales como los servicios de computación, servicios de almacenamiento, servicios de bases de datos, servicios de migración, servicios de trabajo en red y de entrega de contenido, alojamiento en sitios web, y aplicaciones para usuarios finales y software para usuarios finales). El acceso a requerimiento a los recursos estandarizados de tecnología de la información contenidos en redes incluye todos los tipos de servicios estandarizados de computación en la nube, incluidos los servicios de computación, servicios de almacenamiento, servicios de bases de datos, servicios de migración, servicios de trabajo en red y de entrega de contenido, alojamiento en sitios web, y aplicaciones para usuarios finales y programas de software para usuarios finales. Los servicios de computación en la nube son generalmente suministrados en una manera estandarizada y altamente automatizada. Los servicios estandarizados de computación en la nube pueden “ensamblarse” o configurarse para un cliente en particular (ya sea por parte del proveedor del servicio o por el cliente en una base de autoservicio). Sin embargo, algunos servicios de computación en la nube involucran un alto grado de intervención humana para personalizar el servicio a las necesidades de un cliente en particular. Tales servicios no consisten en servicios digitales automatizados y, por lo tanto, no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Artículo 12B. No se considera incluida, entonces, una solución en la nube hecha a medida que involucra más que una mínima intervención humana, por parte del prestador o de los empleados del prestador (por ejemplo, ingenieros o consultores), para crear una nueva solución informática (en oposición a la configuración de soluciones existentes). En la medida en la que el involucramiento humano se relacione solo con la configuración de productos estandarizados de computación en la nube, la integración de productos estandarizados de computación en la nube a la arquitectura existente de la tecnología de información de un cliente, o el soporte auxiliar para el cliente, se considera que la intervención humana resultará auxiliar a los servicios de computación en la nube, y estará comprendida en esta categoría.

- (i) Finalmente, los servicios de enseñanza en línea son aquellos que implican el suministro de un programa de educación en línea a un número ilimitado de usuarios, los cuales no requieren: (a) la presencia física de un instructor; o (b) una personalización significativa por parte de un instructor para un usuario particular o un grupo limitado de usuarios ya sea con respecto al plan de estudios, los materiales educativos, o la realimentación suministrada. Esta categoría incluye los productos educativos prediseñados y no personalizados tales como una serie de clases pregrabadas, cuyo contenido no se encuentra personalizado para cada usuario individual (por ejemplo, cursos abiertos en línea masivos). Si bien estos servicios pueden permitir que los usuarios discutan entre sí acerca del contenido del curso en foros dentro de la plataforma, existe una nula o mínima interacción con los instructores. Otro aspecto esencial de los servicios de enseñanza estandarizados es que el trabajo de los cursos completado por el usuario no es calificado por el instructor, sino que se hace de manera automática o por los propios usuarios. Esta categoría no comprende los productos educativos en línea que se encuentran personalizados al estudiante, o a un grupo limitado de estudiantes, y que pueden incorporar ciertos elementos auxiliares que se encuentran automatizados (por ejemplo, una clase pregrabada ofrecida como parte de un paquete educativo personalizado, la corrección automática de tareas que acompañan una clase transmitida “en vivo”). Tales servicios no cumplen con la definición general de servicios digitales automatizados, y, como tales, se encuentran incluidas en el párrafo 59 bajo la categoría de servicios de enseñanza en línea personalizados.

59. Con base en los principios generales anteriores de los párrafos 52 a 56, y con el fin de evitar la incertidumbre, la expresión “servicios digitales automatizados” no incluye:

- (i) servicios profesionales personalizados;
- (ii) servicios de enseñanza en línea personalizados;
- (iii) servicios de acceso a internet o a otra red electrónica;

- (iv) la venta en línea de bienes o servicios distintos de los servicios digitales automatizados; e
- (v) rentas provenientes de la venta de bienes físicos, con independencia de su conectividad a la red (“internet de las cosas”).

60. A continuación, se describen los servicios y tipos de actividades listados en el anterior párrafo 59:

- (i) La expresión “servicios profesionales personalizados” incluye los servicios suministrados tanto por una persona natural como por una entidad, tales como los de naturaleza legal, contable, de arquitectura, de ingeniería, médicos o financieros, u otros servicios de consultoría de un experto especializado. Los servicios profesionales personalizados no se consideran dentro de la definición general de servicios digitales automatizados. Si bien tales servicios pueden suministrarse en línea (por ejemplo, un consejo legal enviado por correo electrónico, o el envío de planos por parte de un arquitecto, o el envío de una hoja de cálculos por parte de un contador), requieren una personalización para cada cliente, a través de un ejercicio a medida en base al criterio del profesional y de interacciones personalizadas. Estos servicios no son automatizados y requieren más que una mínima intervención humana por parte del profesional, persona natural o entidad. Estos servicios no podrían ofrecerse a escala sin una intervención humana adicional.
- (ii) La expresión “servicios de enseñanza en línea personalizados” significa los servicios de enseñanza en vivo o grabados que se entregan en línea, en los que el profesor personaliza el servicio (por ejemplo, mediante el suministro de apoyo y realimentación individualizados) a las necesidades de un estudiante o de un grupo limitado de estudiantes, en los que se utiliza Internet u otra red electrónica como una herramienta simple de comunicación entre el profesor y el estudiante. Esta categoría confirma que los servicios de enseñanza personalizados suministrados en línea no se encuentran dentro de la

definición general de servicios digitales automatizados en los que se utiliza internet u otra red electrónica como una herramienta simple de comunicación entre el profesor y el estudiante. Esto incluye los paquetes de educación en línea que se encuentran significativamente personalizados para un estudiante o a un grupo limitado de estudiantes, aun cuando ciertos elementos auxiliares del producto se encuentran automatizados (por ejemplo, una clase pregrabada ofrecida como parte de un paquete educativo personalizado; la corrección automática de tareas que acompañan una clase “en vivo” transmitida). Sin embargo, un servicio estandarizado de enseñanza en línea con interacción auxiliar entre el instructor se encuentra descrita anteriormente en el párrafo 58(i) como un servicio digital automatizado.

- (iii) La expresión “servicios de acceso a internet o a otra red electrónica” resulta aplicable al suministro de acceso (por ejemplo, conexión, suscripción, instalación) a Internet o a otra red electrónica, con independencia del método de entrega, es decir, por cable, línea telefónica, fibra óptica, transmisión satelital u otros medios, aunque puede haber cambios en la situación a medida que la tecnología avanza. No se encuentran comprendidos en esta categoría los paquetes de servicios de Internet en los cuales el acceso a Internet resulta un componente auxiliar y subordinado (por ejemplo, un paquete que excede el mero acceso a Internet comprendiendo varios elementos –tales como el acceso al contenido de sitios web sobre noticias, información sobre el clima o sobre el Estado del tránsito, foros sobre juegos; alojamiento de sitios web, acceso a mensajería en línea, etc.). En tales casos, resulta relevante la orientación contenida en estos Comentarios para las categorías duales de servicios digitales automatizados y servicios empaquetados.
- (iv) La venta en línea de bienes o servicios distintos de los servicios digitales automatizados involucra la venta de un bien o servicio completo a través de una interfaz digital en la que: el proveedor del bien o servicio opera la interfaz digital; el principal objetivo de la transacción consiste en

el suministro del bien o servicio; y el bien o servicio no califica como un servicio digital automatizado. Esta categoría resulta de aplicación a los vendedores que utilizan plataformas digitales para vender sus propios bienes y servicios no-digitales a sus clientes. Si bien la venta puede ser pactada desde Internet, estos negocios resultan vendedores de bienes y servicios no-digitales, en vez de ofrecer servicios digitales en sí. Este es el caso de la venta en línea de billetes de transporte internacional, cuyos beneficios se encuentran comprendidos en el Artículo 8, tal como se aclara en el apartado 2 del Artículo 12B. Al aplicar la definición general de servicios digitales automatizados, el suministro del bien o servicio en cuestión no resulta del tipo automatizado, sino que requiere de intervención humana adicional para poner el servicio a disposición de usuarios adicionales.

- (v) Con independencia de la conectividad de un bien físico a la red, los pagos por la venta de bienes físicos no se consideran comprendidos en el Artículo 12 en la medida que no exista un pago separado identificable por el servicio digital automatizado adjunto a ese bien físico (ya sea al momento de la compra o con posterioridad). Cada vez son más los bienes físicos que pueden conectarse a Internet, o empaquetados dentro de un servicio en línea. Más allá de la venta del bien físico, tales bienes pueden generar rentas a partir de un cliente a través de diferentes flujos de pagos (ya sea al principio, al momento de la compra o en un momento posterior), y tales flujos de pagos se encuentran comprendidos por las categorías existentes de servicios digitales automatizados incluidos anteriormente en el apartado 6 del Artículo 12B y en el párrafo 57. Algunos ejemplos comunes incluyen: (a) la obtención de rentas de la recolección de datos del objeto con conexión; (b) rentas provenientes de publicidad en línea relacionados con anuncios desplegados en el objeto de conexión y (c) el usuario de un objeto con conexión que puede pagar por diferentes tipos de servicios digitales automatizados relacionados con, y/o que pueden accederse a través del objeto con conexión. En la medida en que estos flujos de

pagos resulten separados e identificables del precio de venta del bien físico, los pagos para el uso del servicio digital se encontrarían comprendidos en el Artículo 12B. Se requiere de mayor análisis para abordar aquellos casos en los que un flujo de pagos separado puede inferirse aún si no resulta explícitamente identificable como tal. Existen ciertos tipos de maquinarias y productos industriales que pueden contener un componente digital. Por ejemplo, el monitoreo del desempeño de un motor y la prestación de soporte técnico remoto. Esto típicamente requerirá una intervención humana significativa para prestar la función principal, lo que implica utilizar la información a los fines de llevar a cabo el mantenimiento y la reparación de la maquinaria. Esto se encuentra más bien relacionado con la operación de la maquinaria que con la obtención de rentas separadas, de una manera automatizada, a partir de la información, por parte del prestador del servicio con una tercera parte. Esto significa que la funcionalidad de la maquinaria que permite la conexión a internet no encuadraría en la definición general de servicio digital automatizado del apartado 5 o en los subapartados del apartado 6 del Artículo 12B. Existen algunos productos, conocidos como “internet de las cosas”, que ofrecen la conexión a la red de dispositivos cotidianos, aparatos y otros objetos equipados con procesadores de computadoras y sensores que recopilan y transmiten datos a través de internet, los cuales permiten utilizar aspectos adicionales del producto. Es posible que muchos bienes ahora contengan algún programa de software y que en el futuro puedan conectarse a internet por lo que, traer todos esos elementos dentro del ámbito de aplicación de los servicios digitales automatizados, resultaría demasiado amplio, tomando en consideración la definición general del apartado 5, en atención a que la venta de un bien físico no constituye un servicio digital automatizado por no tratarse de un servicio, ni se suministra a través de internet u otra red electrónica. En la práctica puede resultar difícil tratar una parte del internet de las cosas como parte del ámbito de aplicación del Artículo 12B, toda vez que sería necesario separar el valor

del componente digital del servicio. En base a la orientación brindada anteriormente, el ámbito de aplicación del Artículo 12B incluiría el ingreso proveniente del internet de las cosas en la medida en que éste pueda identificarse separadamente como resultante en consideración de otro servicio digital automatizado.

61. Puede haber situaciones en las que una clase particular de pagos por servicios digitales automatizados pueda quedar comprendida, total o parcialmente, dentro del ámbito de aplicación del Artículo 12 (Regalías) o del Artículo 12A (Honorarios por servicios técnicos). El apartado 7 del Artículo 12B dispone que el Artículo 12B no resulta de aplicación a ningún importe que quede comprendido dentro de la definición de “regalías” del Artículo 12 o de “honorarios por servicios técnicos” del Artículo 12A. Sin embargo, cuando alguna parte de los servicios contenidos en un paquete de servicios digitales automatizados quede comprendida dentro de la definición de regalías o de servicios técnicos del Artículo 12 o del Artículo 12A, respectivamente, solo esa parte estaría regulada por el Artículo 12 o por el Artículo 12A, según corresponda, mientras que el Artículo 12B resultaría de aplicación respecto de las partes restantes.

62. Puede haber actividades que no resulten claramente separables. Cuando una parte sustancial de una actividad global cumpla con el criterio contenido en el apartado 5 del Artículo 12B y los restantes elementos den lugar a beneficios significativos a partir de su conexión con los aspectos que poseen características descritas en el apartado 5, entonces podrá considerarse que el servicio en su conjunto queda alcanzado por el Artículo 12B. Por el contrario, cuando los elementos que cumplen con los criterios o características descritas en el apartado 5 del Artículo 12B resulten meramente auxiliares o un soporte técnico para el resto del servicio (por ejemplo, una función de mensajería automatizada para filtrar el requerimiento de un usuario como un punto de entrada al servicio), y el resto del servicio requiere intervención humana, el servicio en su conjunto no se considerará alcanzado por el Artículo 12B.

63. Debería tenerse en cuenta que mientras el Artículo 12A excluye de la definición de “honorarios por servicios técnicos” a los pagos efectuados por personas naturales por servicios para su uso personal, el

apartado 5 del Artículo 12B no contiene una exclusión similar. En consecuencia, el Artículo 12B también resulta de aplicación respecto de los servicios digitales automatizados prestados a personas naturales para su uso personal. Si bien tales pagos no resultarían normalmente deducibles a los fines impositivos para tales personas naturales, no puede desconocerse que muchos grupos empresariales multinacionales basados en modelos de negocios digitales obtienen una porción bastante significativa de su renta a partir de la prestación de servicios digitales automatizados, generalmente, a consumidores que son personas naturales. En atención a que la imposición de obligaciones tributarias en la fuente, en virtud de la legislación interna, respecto de tales pagos efectuados por personas naturales puede dificultar su exigibilidad y podría ocasionar problemas de cumplimiento para las personas naturales que consuman servicios digitales automatizados suministrados de manera remota por sujetos no-residentes, podrían requerirse otros mecanismos recaudatorios. Dichos mecanismos ya se aplican en algunos países.

64. En este sentido, la legislación interna de algunas jurisdicciones que establecen impuestos sobre servicios digitales automatizados requiere que los prestadores no-residentes presenten una autodeclaración de impuestos de la obligación tributaria, la cual queda sujeta a la verificación de las autoridades tributarias. Otras jurisdicciones, en cambio, exigen que la determinación y pago del impuesto que recae sobre el prestador no-residente, sea efectuada por los intermediarios financieros a los que acceden los consumidores personas naturales para efectuar el pago por los servicios digitales automatizados involucrados. Las jurisdicciones también pueden aplicar ambos mecanismos, activando la obligación del intermediario financiero únicamente en aquellos casos en los que no se hubiere presentado una autodeclaración del impuesto.

65. Una amplia minoría de miembros del Comité consideró que los pagos efectuados por personas naturales por servicios digitales automatizados para uso personal deberían encontrarse específicamente excluidos de la definición de “renta proveniente de los servicios digitales automatizados”.⁷⁴ Dicha exclusión se encuentra prevista

74 La decisión de incluir esta posición minoritaria en los Comentarios fue adoptada en la vigésimo segunda sesión del Comité realizada en abril de 2021.

para el Artículo 12A (Honorarios por servicios técnicos). Asimismo, el establecimiento de obligaciones de retener el impuesto en la fuente sobre tales pagos efectuados por personas naturales en virtud de la legislación interna dificultaría su exigibilidad y podría causar serios problemas para las personas naturales que utilicen servicios digitales automatizados suministrados remotamente por no-residentes. Esto podría alcanzarse mediante la inclusión de la siguiente oración al final del apartado 5:

No obstante, la expresión “renta proveniente de los servicios digitales automatizados” no incluye los pagos efectuados por personas naturales por servicios digitales para su uso personal.

Apartado 7

66. El apartado 7 del Artículo 12B establece que las disposiciones del Artículo 12B no resultarán de aplicación si los pagos subyacentes a la renta proveniente de servicios digitales automatizados califican como “regalías” u “honorarios por servicios técnicos” en virtud del Artículo 12 o del Artículo 12A, según corresponda. Es probable que, en algunas ocasiones, para determinar si resulta aplicable el Artículo 12B o el Artículo 12A, sea necesario distinguir entre pagos en consideración por servicios digitales automatizados y pagos u honorarios respecto de servicios técnicos. En otras situaciones, puede necesitarse que se efectúe dicha diferenciación entre los pagos por servicios digitales automatizados y pagos que constituyan regalías con el propósito de determinar si resulta aplicable el Artículo 12B o el Artículo 12. Para tal propósito, deben aplicarse cuidadosamente los principios contenidos en los respectivos Artículos, por ejemplo, el apartado 5 del Artículo 12B, el apartado 3 del Artículo 12A y el apartado 3 del Artículo 12, junto a los Comentarios a esos Artículos, para determinar el carácter del pago. Luego de ello, el Artículo particular tendrá prioridad sobre el otro. Con respecto a los denominados contratos mixtos, lo adecuado sería desagregar, sobre la base de la información contenida en el contrato o mediante un prorrateo razonable, el importe total de la remuneración estipulada para las varias prestaciones que se brindan en el marco del contrato, para luego aplicar a cada una de ellas, así determinadas, el correspondiente tratamiento impositivo.

Apartado 8

67. El apartado 8 establece que las disposiciones de los apartados 1, 2 y 3 del Artículo 12B no resultan aplicables a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados si la persona que presta los servicios tiene un establecimiento permanente o una base fija en el Estado en el cual se origina la renta y ésta se encuentra efectivamente relacionada con ese establecimiento permanente o base fija. En este sentido, el apartado 8 resulta similar al apartado 4 de los Artículos 10, 11, 12 y 12A. Por ello, si un residente de un Estado Contratante presta servicios digitales automatizados a través de un establecimiento permanente o de una base fija situada en el otro Estado Contratante, el pago recibido por tales servicios resultará sometido a imposición únicamente en el Estado en el cual se encuentra el establecimiento permanente o la base fija, de conformidad con el Artículo 7 o el Artículo 14, según corresponda, y no conforme el Artículo 12B.

68. Tomando en cuenta de que el Artículo 7 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas adopta la regla de fuerza de atracción limitada, la cual expande el rango de la renta que puede someterse a imposición como beneficios empresariales, el apartado 8 hace inaplicables los apartados 1, 2 y 3 cuando la renta proveniente de los servicios digitales automatizados se encuentra efectivamente relacionada con las actividades empresariales, en el Estado del cual procede la renta, que resultan de la misma clase, o de una clase similar, a aquellas emprendidas a través del establecimiento permanente.

69. Al igual que en el apartado 4 de los Artículos 10, 11, 12 y 12A, al utilizar la expresión “efectivamente relacionada”, el apartado 7 no define su significado. Como resultado de ello, el hecho de que la renta proveniente de los servicios digitales automatizados se encuentre efectivamente relacionada con el establecimiento permanente, base fija, o actividades empresariales similares a aquellas emprendidas a través del establecimiento permanente, debe determinarse sobre la base de todos los hechos y circunstancias de cada caso. Por lo general, se considerará que la renta proveniente de los servicios digitales automatizados se encuentra efectivamente relacionada con un establecimiento permanente o base fija si los servicios digitales automatizados se encuentran estrechamente vinculados o efectivamente relacionados con el establecimiento permanente o base fija o si las actividades

empresariales resultan similares a aquellas realizadas a través del establecimiento permanente. Asimismo, la renta proveniente de los servicios digitales automatizados se encontrará efectivamente relacionada con las actividades empresariales a las que alude el subapartado 1(c) del Artículo 7 cuando los servicios digitales automatizados se prestan por una empresa, como parte de las actividades empresariales que esa empresa lleva a cabo en un Estado Contratante en el cual se sitúa un establecimiento permanente de esa empresa, y tales actividades resultan de la misma clase o de una clase similar a las actividades empresariales efectuadas a través de ese establecimiento permanente.

70. Cuando el apartado 8 es aplicable, los pagos efectuados en relación con servicios digitales automatizados resultan imposables en el Estado en el cual se origina la renta, como parte de los beneficios atribuibles al establecimiento permanente de conformidad con el Artículo 7, o como parte de la renta atribuible a la base fija de conformidad con el Artículo 14. Por ello, el apartado 8 alivia, al Estado del cual procede la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, de la limitación a la imposición establecida en el Artículo 12B. Cuando el artículo 7 es aplicable como resultado de lo dispuesto en el apartado 8, la mayoría de los países consideran que el Estado en el cual se sitúa el establecimiento permanente se encuentra facultado para someter a imposición únicamente los beneficios netos provenientes de los servicios digitales automatizados atribuibles al establecimiento permanente. Si bien el Artículo 7 no impide la imposición en base bruta de los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente, un Estado Contratante no debe discriminar a los residentes del otro Estado en contravención del apartado 3 del Artículo 24. (No discriminación). De manera similar, cuando resulta de aplicación el Artículo 14, la mayoría de los países consideran que el Estado en el cual se sitúa la base fija se encuentra facultado para someter a imposición únicamente la renta neta proveniente de los servicios digitales automatizados. No obstante, puede resultar útil para los Estados Contratantes aclarar estas cuestiones durante sus negociaciones bilaterales.

Apartados 9 y 10

71. El apartado 9 establece el principio de que la renta proveniente de los servicios digitales automatizados procede de un Estado Contratante si los pagos subyacentes a esa renta se efectúan por un

residente de ese Estado o si la persona que realiza los pagos subyacentes por los servicios digitales automatizados tiene en el Estado Contratante un establecimiento permanente o una base fija en relación con el cual se incurrió la obligación de efectuar los pagos, y tales pagos son soportados por el establecimiento permanente o base fija. No resulta necesario que los servicios se presten en el Estado Contratante del cual el sujeto pagador es residente o en el cual éste tiene un establecimiento permanente o base fija. El hecho de si una persona resulta un residente de un Estado Contratante para efectos del Artículo 12B se determina de conformidad con las disposiciones del Artículo 4.

72. Cuando exista un vínculo económico evidente entre los servicios digitales automatizados prestados y el establecimiento permanente o base fija del sujeto pagador al cual se brindan los servicios, se considerará que la renta proveniente de los servicios digitales automatizados procede del Estado en el cual se encuentra el establecimiento permanente o base fija. Este resultado aplica con independencia de la residencia de la persona a que pertenezca el establecimiento permanente o base fija, incluso cuando esa persona resida en un tercer Estado.

73. Cuando no exista un vínculo económico evidente entre los servicios digitales automatizados prestados y el establecimiento permanente o base fija, se considerará que la renta proveniente de los servicios digitales automatizados procede del Estado Contratante en el cual reside el sujeto pagador de la contraprestación por los servicios digitales automatizados. Si el sujeto pagador de la contraprestación por los servicios digitales automatizados no es residente de alguno de los Estados Contratantes, el Artículo 12B no resulta de aplicación con respecto a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados, a no ser que el sujeto pagador tenga un establecimiento permanente o base fija en el Estado Contratante y exista un claro vínculo económico entre los servicios digitales automatizados prestados y el establecimiento permanente o base fija. De lo contrario, habría, en efecto, un principio de fuerza de atracción para los pagos en consideración por los servicios digitales automatizados, lo que resultaría inconsistente con otras disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas.

74. Incluso, cuando un servicio se encuentre comprendido en la definición de “servicios digitales automatizados” del apartado 5, para

que resulte aplicable el Artículo 12B, la renta proveniente de ese servicio digital automatizado debe proceder de un Estado Contratante de conformidad con el apartado 9, por ejemplo, debe efectuarse un pago en consideración por ese servicio digital automatizado por parte de un residente de ese Estado Contratante o el pago debe resultar soportado por un establecimiento permanente o base fija situado en ese Estado Contratante. Es probable que existan casos en los que un servicio digital automatizado, por ejemplo, un servicio de motor de búsqueda en línea o de una plataforma de red social, se preste gratuitamente a los usuarios. En dicha situación, no se atribuyen facultades de imposición a la jurisdicción en la que se prestan los servicios digitales automatizados a los usuarios allí situados, quienes no efectúan ningún pago en consideración por tales servicios. Asimismo, no puede argumentarse que el suministro, voluntario o involuntario, de datos por parte de los usuarios, como una condición para acceder a la plataforma de red social o al motor de búsqueda en línea, o a cualquier otro servicio digital automatizado, deba considerarse como una clase de pago efectuado en consideración por los servicios digitales automatizados.

75. La regla de fuente contenida en el apartado 9 del Artículo 12B opera sobre la base de “pago” y no sobre la base de la ubicación de los usuarios. Por ejemplo, cuando una empresa del Estado A presta servicios de motor de búsqueda a usuarios que se encuentran situados en el Estado B sin requerirles ningún pago en consideración por tales servicios, ésta recopila datos relativos al perfil de esos usuarios. Dicha información le permite a la empresa brindar servicios de publicidad en línea a una persona residente del Estado C que se encuentra interesada en alcanzar potenciales clientes de sus propios servicios y bienes en el Estado B. Por lo tanto, la empresa del Estado A recibe pagos efectuados por la persona residente del Estado C para dirigir las publicidades a potenciales consumidores específicos entre los usuarios de los servicios de motor de búsqueda que la empresa del Estado A le presta de manera gratuita a los residentes del Estado B. En virtud del Artículo 12B del convenio tributario entre el Estado A y el Estado C, el Estado C puede someter a imposición la renta obtenida por la empresa del Estado A proveniente de la prestación de los servicios de publicidad en línea, es decir, los pagos recibidos del residente del Estado C. Sin embargo, el Artículo 12B del convenio tributario entre el Estado A y el Estado B no atribuye ninguna facultad de imposición al Estado B

por la mera ubicación de los usuarios situados allí, a menos que tales usuarios, residentes del Estado B, realicen pagos al prestador del servicio digital automatizado, que es un residente del Estado A.

76. El apartado 9 está sujeto al apartado 10, el cual prevé una excepción a la regla de fuente del apartado 9. El apartado 10 presume que los pagos en consideración por los servicios digitales automatizados efectuados por un residente de un Estado Contratante no proceden de ese Estado cuando ese residente (el sujeto pagador) lleva a cabo actividades empresariales a través de un establecimiento permanente situado en el otro Estado Contratante, o presta servicios personales independientes a través de una base fija situada en el otro Estado Contratante, y los pagos subyacentes por los servicios digitales automatizados resultan soportados por ese establecimiento permanente o base fija. Como resultado de ello, en estas circunstancias, el Estado Contratante en el cual reside el sujeto pagador no se encuentra facultado para someter a imposición los pagos por los servicios digitales automatizados en virtud de los apartados 2 o 3.

77. La expresión “soportados por” debe interpretarse a la luz del propósito subyacente a los apartados 9 y 10, el cual consiste en brindar reglas de fuente para la renta proveniente de los servicios digitales automatizados. Un Estado Contratante se encuentra facultado para someter a imposición la renta proveniente de los servicios digitales automatizados en virtud de los apartados 2 o 3 solo si la renta se origina en ese Estado. La regla básica del apartado 9 consiste en que la renta proveniente de los servicios digitales automatizados procede de un Estado Contratante si el sujeto pagador es un residente de ese Estado o si el sujeto pagador tiene un establecimiento permanente o una base fija en ese Estado Contratante y los pagos en consideración por los servicios digitales automatizados resultan soportados por ese establecimiento permanente o base fija. Sin embargo, la regla básica se encuentra limitada por la presunción contenida en el apartado 10, la cual resulta aplicable cuando el sujeto pagador es un residente de un Estado Contratante, pero los pagos en consideración por los servicios digitales automatizados resultan soportados por un establecimiento permanente o base fija que ese sujeto pagador tiene en el otro Estado Contratante.

78. Cuando los pagos subyacentes en consideración por los servicios digitales automatizados se incurren a los fines de una actividad

empresarial llevada a cabo a través de un establecimiento permanente o para los fines de una prestación de servicios personales independientes realizados a través de una base fija, tales pagos generalmente resultarán deducibles a los efectos de computar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente en virtud del Artículo 7, o la renta atribuible a la base fija en virtud del Artículo 14. La deducibilidad de los pagos por los servicios digitales automatizados ofrece un estándar objetivo para determinar que los pagos tienen un vínculo económico estrecho con el Estado en el cual se encuentra el establecimiento permanente o base fija.

79. El hecho de que el sujeto pagador hubiere, o no hubiere, reclamado la deducción de los pagos por los servicios digitales automatizados a los fines de computar los beneficios del establecimiento permanente o la renta de la base fija, no resulta necesariamente concluyente toda vez que el análisis adecuado consiste en evaluar si es posible tomar en consideración alguna deducción que se encuentre disponible con respecto a esos pagos, con el propósito de determinar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente o la renta atribuible a la base fija. Por ejemplo, ese análisis se lograría incluso si no se hubiere podido deducir ningún importe como consecuencia de que el establecimiento permanente o la base fija se encuentra exento de impuesto o como resultado de que el sujeto pagador simplemente decidió no reclamar la deducción a la cual tenía derecho. El análisis también se lograría cuando los pagos por los servicios digitales automatizados no resultan deducibles por una razón distinta del hecho de que tales gastos no deberían atribuirse al establecimiento permanente o base fija.

Apartado 11

80. El propósito del apartado 11 es restringir la operación de las disposiciones relativas a la imposición de la renta proveniente de los servicios digitales automatizados en aquellos casos en los que, debido a una relación especial entre el sujeto pagador y el beneficiario efectivo de la renta o entre ambos y alguna otra persona, el importe de los pagos subyacentes a esa renta exceda el importe que habría sido acordado entre el sujeto pagador y el beneficiario efectivo de haber estipulado en condiciones de libre competencia (*arm's length*). El apartado 11 prevé que en tales casos las disposiciones del artículo únicamente aplicarán con

respecto al importe mencionado en última instancia, mientras que la parte excesiva de los pagos subyacentes a la renta proveniente de los servicios digitales automatizados permanecerían imponibles de conformidad con la legislación de ambos Estados Contratantes, teniendo en cuenta las demás disposiciones de este Convenio.

81. Del texto, resulta evidente que, para efecto de aplicar el apartado, los pagos subyacentes en consideración por los servicios digitales automatizados considerados excesivos deben derivarse de una relación especial entre el sujeto pagador y el beneficiario efectivo de la renta o entre ambos y alguna otra persona. Pueden citarse como ejemplos de esa relación especial, los casos en que las remuneraciones por los servicios digitales automatizados se pagan a una persona natural o jurídica quien, directa o indirectamente, controla al sujeto pagador, o que es, directa o indirectamente, controlada por el sujeto pagador, o quien se encuentra subordinado a un grupo que mantiene intereses comunes con el sujeto pagador. Estos ejemplos, asimismo, resultan similares o análogos a los casos contemplados en el Artículo 9.

82. Por otra parte, el concepto de relación especial también comprende relaciones de consanguinidad o de matrimonio y, en general, cualquier comunidad de intereses distintos de las relaciones legales, que dan lugar a los pagos en consideración por los servicios digitales automatizados.

83. Con relación al tratamiento impositivo aplicable a la parte excesiva de los pagos subyacentes por los servicios digitales automatizados, deberá corroborarse la naturaleza exacta de dicho excedente de conformidad con las circunstancias de cada caso, con el fin de determinar la categoría de renta a la cual ésta debería clasificarse para los efectos de aplicar las disposiciones de la legislación impositiva de los Estados implicados y las disposiciones del Convenio. A diferencia del apartado 6 del Artículo 11, el cual, debido a la limitación de la expresión “habida cuenta del crédito por el que se paguen”, permite ajustar únicamente la tasa a la cual se cargó el interés, el apartado 11 permite la reclasificación de los pagos subyacentes por los servicios digitales automatizados de una manera que les conceda un carácter diferente. Este apartado puede afectar no solo al sujeto receptor de los pagos, sino que también al sujeto pagador de la remuneración excesiva por los servicios digitales automatizados; si lo autoriza la legislación

del Estado en el que reside el sujeto pagador o en el que éste tiene un establecimiento permanente o base fija, puede denegarse la deducción del importe en exceso, tomando en consideración las otras disposiciones del Convenio que resulten aplicables. Si dos Estados Contratantes encuentran dificultades para determinar cuáles son esas otras disposiciones del Convenio que resultan aplicables, según el caso, a la parte en exceso del pago subyacente por los servicios digitales automatizados, nada les impediría introducir aclaraciones adicionales en la última oración del apartado 11, en la medida en que no se altere su principal sentido.

84. Cuando los principios y reglas de sus respectivas legislaciones obliguen a los dos Estados Contratantes a aplicar diferentes Artículos del Convenio para los efectos de someter a imposición la parte excesiva de los pagos en consideración por los servicios digitales automatizados, será necesario recurrir al procedimiento de acuerdo mutuo previsto en el Convenio para resolver el problema.

Artículo 13

GANANCIAS DE CAPITAL

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas consta de los cuatro primeros apartados del Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Los apartados 5, 6 y 7 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas incluyen disposiciones adicionales. El apartado 8 es el mismo que el apartado 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, pero ajustado para tener en cuenta la inserción de los apartados adicionales.

2. El texto de este Artículo es el resultado de un compromiso que el anterior Grupo de Expertos estimó sería el más aceptable para países en desarrollo y países desarrollados. Algunos miembros de países desarrollados defendieron la utilización del Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, el cual (1) permite al país de la fuente someter a imposición las ganancias de capital obtenidas de la enajenación de bienes inmuebles y de bienes muebles que forman parte de un establecimiento permanente o pertenezcan a una base fija destinada a la prestación de servicios personales independientes, (2) permite que las ganancias obtenidas de la enajenación de buques o aeronaves en tráfico internacional solo se someta a imposición en el Estado de la empresa que se trate y (3) reserva al país de residencia el derecho a someter a imposición las ganancias obtenidas de la enajenación de otro tipo de bienes. La mayoría de los miembros de los países en desarrollo propugnaron el derecho de imposición del país de la fuente en situaciones en las cuales la OCDE reserva ese derecho al país de residencia.

3. El Comité considera que las siguientes observaciones preliminares en el Comentario al Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 son pertinentes para la imposición a las ganancias de capital tanto en países desarrollados como en desarrollo y, por lo tanto, son aplicables al Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas:

1. La comparación de las legislaciones fiscales de los países miembros de la OCDE muestra que la imposición sobre las ganancias de capital varía considerablemente de un país a otro:

- en algunos países las ganancias de capital no se consideran renta gravable;
- en otros países se gravan las ganancias de capital devengadas por las empresas, pero no las obtenidas por una persona natural fuera de su actividad empresarial;
- aun cuando se gravan las ganancias de capital obtenidas por una persona natural fuera de su actividad económica, a menudo esta imposición solo se aplica a casos específicos; por ejemplo, a los beneficios obtenidos por la venta de bienes inmuebles o a los de carácter especulativo (cuando un activo se compra con la intención de venderlo).

2. Más aún, los impuestos aplicables a las ganancias de capital varían de un país a otro. En algunos países miembros de la OCDE, las ganancias de capital se gravan como renta ordinaria y, por tanto, se añaden a las rentas provenientes de otras fuentes. Esto se aplica sobre todo a las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de los activos de una empresa. En varios países de la OCDE, sin embargo, las ganancias de capital están sujetas a impuestos específicos, tales como los impuestos que gravan los beneficios obtenidos de la enajenación de bienes inmuebles, o los impuestos sobre las ganancias de capital en general, o los impuestos sobre las plusvalías (impuestos sobre incrementos). Dichas imposiciones gravan cada una de las ganancias de capital, o bien el total de las acumuladas durante un año, normalmente con tasas impositivas especiales que no tienen en cuenta las demás rentas (o pérdidas) del contribuyente. No parece necesario describir todos estos impuestos.

3. El Artículo no aborda las cuestiones mencionadas anteriormente. Corresponde al derecho interno de cada Estado Contratante decidir si deben someterse a imposición las ganancias de capital y, en caso afirmativo, de qué forma. El Artículo no puede interpretarse en modo alguno en el sentido de otorgar a un Estado el derecho a gravar las ganancias de capital si ese derecho no está establecido en su legislación interna.

3.1 El Artículo no especifica la naturaleza de los impuestos a los que se aplica. Se entiende que el Artículo debe aplicar a todo tipo de impuestos exigidos por los Estados Contratantes sobre las ganancias de capital. El Artículo 2 se formula en términos lo suficientemente

amplios como para permitir ese fin y para comprender igualmente los impuestos especiales sobre las ganancias de capital. Además, cuando el Artículo permite a un Estado Contratante gravar una ganancia de capital, este derecho se aplica a la ganancia total y no solo a la parte de la misma que se haya acumulado después de la entrada en vigor de un tratado (sujeto a disposiciones contrarias que puedan acordarse durante las negociaciones bilaterales), incluso en el caso de un nuevo tratado que reemplace a uno anterior que no permitía dicha tributación.

4. El Comité también considera que las siguientes observaciones generales que se encuentran en el Comentario al Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 son aplicables al Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario sobre el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han insertado para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

4. Es normal otorgar el derecho a someter a imposición las ganancias de capital obtenidas por bienes de una naturaleza determinada al Estado al que, según el Convenio, corresponde el derecho a gravar ese bien y sus rentas. El derecho a gravar las ganancias generadas por la enajenación de un activo empresarial debe atribuirse al mismo Estado, con independencia de si tal ganancia es una ganancia de capital o un beneficio derivado de una actividad económica. En consecuencia, no hay distinción entre ganancias de capital y beneficios empresariales ni es necesario establecer disposiciones particulares para determinar si debe aplicarse el Artículo específico sobre ganancias de capital o el Artículo 7 relativo a la imposición de los beneficios empresariales. Corresponde a la legislación interna del Estado que aplica el impuesto determinar si debe exigirse un impuesto sobre las ganancias de capital o un impuesto sobre la renta ordinaria. El Convenio no prejuzga esta cuestión.

5. El artículo no contiene una definición detallada de las ganancias de capital, esto no es necesario por las razones antes citadas. Los términos “enajenación de bienes” se utilizan para incluir en concreto las ganancias de capital resultantes de la venta o la permuta de bienes, y también de una enajenación parcial, de la expropiación, de los aportes a sociedades a cambio de valores, de la venta de derechos, de la donación e incluso de la transmisión de propiedad por muerte.

6. La mayor parte de los Estados que gravan las ganancias de capital lo hacen con motivo de la enajenación de activos de capital. Algunos Estados, sin embargo, solo gravan las denominadas ganancias de capital “realizadas”. No obstante, bajo algunas circunstancias, no se reconoce la ganancia a efectos fiscales, aunque se haya producido la enajenación de los bienes (por ejemplo, si se reinvierte el producto de la enajenación en la adquisición de nuevos activos). La existencia o inexistencia de una ganancia realizada debe determinarse conforme la normativa fiscal nacional que resulte de aplicación. No se plantean problemas especiales si el Estado que tiene la potestad tributaria no la ejerce en el momento de la enajenación.

7. En general, no se gravan las plusvalías no asociadas con la enajenación de los activos de capital dado que, mientras el propietario conserve los activos en cuestión, las ganancias al capital solo existen en papel. Sin embargo, ciertas legislaciones fiscales gravan las plusvalías y las revalorizaciones de activos empresariales incluso aunque no se produzca la enajenación.

8. Circunstancias especiales pueden llevar a gravar el incremento de valor de un activo aun cuando no se enajene. Ese puede ser el caso cuando el valor de un activo de capital ha aumentado de tal manera que el propietario procede a la revalorización del mismo en su contabilidad. Esa revalorización contable de los activos puede ocurrir también en los casos de depreciación de la moneda nacional. Algunos Estados aplican impuestos especiales sobre esos beneficios contables, la dotación de reservas, los aumentos del capital desembolsado y otras revalorizaciones resultantes del ajuste del valor contable al valor intrínseco de los activos. Tales impuestos sobre las plusvalías (impuestos sobre incrementos) están comprendidos en el ámbito del Convenio en virtud del Artículo 2.

9. Cuando se gravan las plusvalías y las revalorizaciones de activos empresariales, como regla general se aplicarán los mismos principios que a la enajenación de los activos. No se consideró necesario mencionar expresamente tales casos en el Artículo ni establecer disposiciones especiales. Las disposiciones de este artículo, así como las de los Artículos 6, 7 y 21, parecen ser suficientes. Como regla general, el derecho a gravar lo atribuyen las disposiciones antes mencionadas al Estado de residencia del enajenante, excepto en el caso de los bienes muebles o inmuebles que formen parte del activo empresarial de un establecimiento permanente [*o perteneciente a una base fija*] en el que el derecho de gravamen corresponde, en primer lugar, al Estado donde esté situado el bien considerado. Especial atención,

debe prestarse, sin embargo, a los supuestos a los que se refieren los párrafos 13 a 17 anteriores.

10. En algunos Estados, la transferencia de un activo desde un establecimiento permanente situado en el territorio de dicho Estado a un establecimiento permanente o a la casa matriz de la misma empresa situado en otro Estado se asimila a la enajenación de bienes. El artículo no impide a estos Estados gravar los beneficios o las ganancias que se consideran generados en relación con esa transferencia siempre y cuando dicha imposición sea conforme con el Artículo 7.

11. El artículo no distingue en cuanto al origen de la ganancia de capital. Se aplica, por consiguiente, a todas las ganancias de capital, las obtenidas durante un largo plazo, paralelamente a una mejora constante de la situación económica, y las obtenidas a muy corto plazo (ganancias especulativas). También se incluyen las ganancias de capital que resultan de la depreciación de la moneda nacional. Naturalmente, a cada Estado le corresponde decidir si tales ganancias deben someterse o no a imposición.

12. El artículo no especifica la forma de calcular las ganancias de capital, lo que corresponde al derecho interno aplicable. Como norma general, las ganancias de capital se determinan deduciendo el costo del precio de venta. El costo se obtiene incrementando el precio de compra en todos los gastos relativos a la misma, además de los gastos de las mejoras. En algunos casos, se utiliza el precio de costo una vez deducidas las amortizaciones efectuadas anteriormente. Algunas legislaciones fiscales ordenan la utilización de una base distinta del precio de costo como, por ejemplo, el valor declarado con anterioridad por el vendedor del activo a efectos del impuesto sobre el capital.

13. Pueden darse problemas particulares en el caso de que la base para la imposición sobre las ganancias de capital no sea homogénea en los dos Estados Contratantes. La ganancia de capital obtenida en la enajenación de un activo, cuantificada en un Estado con arreglo a las reglas mencionadas anteriormente en el párrafo 12, pueden no coincidir necesariamente con la ganancia de capital calculada en el otro Estado según las normas contables que en él se apliquen. Tal situación puede producirse cuando un Estado tiene el derecho a gravar las ganancias de capital porque es el Estado donde está situado el activo, mientras el otro Estado tiene el derecho a gravarlas porque la empresa es residente de ese otro Estado.

14. El siguiente ejemplo puede ilustrar este problema: una empresa del Estado A compra bienes inmuebles situados en el Estado B. La

empresa puede haber registrado amortizaciones en la contabilidad que lleva en el Estado A. Si el inmueble se vende a un precio superior al costo, podrá obtenerse una ganancia de capital y, además, recuperar las amortizaciones dotadas con anterioridad. El Estado B, en el que está situado el bien inmueble y donde no se lleva contabilidad, no está obligado para tener en cuenta las amortizaciones contabilizadas en el Estado A al gravar la renta de dicho inmueble. El Estado B tampoco puede sustituir, en el momento de la enajenación, el precio de costo por el valor que tenga el inmueble en la contabilidad llevada en el Estado A. El Estado B no puede, en consecuencia, gravar las amortizaciones realizadas además de la ganancia de capital como se indica antes en el párrafo 12.

15. Por otra parte, no puede obligarse en todos los casos al Estado A, del que es residente el enajenante, a exonerar completamente tales ganancias contables de conformidad con el apartado 1 del artículo y al Artículo 23A (los Estados que aplican el método de crédito de impuestos difícilmente tendrán problemas). En la medida en que tales beneficios contables se deban a las amortizaciones realizadas previamente en el Estado A que, a su vez, han reducido la renta o el beneficio imponible en dicho Estado A, no puede prohibirse a ese Estado gravar dichos beneficios contables [...].

16. Otros problemas pueden plantearse en relación con los beneficios debidos a variaciones en los tipos de cambio de las monedas del Estado A y el Estado B. Como consecuencia de la devaluación de la moneda del Estado A, las empresas de dicho Estado A pueden o deben aumentar el valor contable de los activos situados fuera del territorio del Estado A. Además de la devaluación de la moneda de un Estado, las fluctuaciones de los tipos de cambio pueden generar las denominadas ganancias o pérdidas de cambio. Tómese, por ejemplo, una empresa del Estado A que ha comprado y vendido bienes inmuebles situados en el Estado B. Si los precios de compra y de venta, ambos expresados en la moneda del Estado B, son iguales, no habrá ganancia de capital en el Estado B. Si la moneda del Estado B experimenta un alza entre la compra y la venta del activo respecto de la moneda del Estado A, la empresa obtendrá una ganancia en la moneda de este Estado. Si en ese período la moneda del Estado B experimenta una baja, el vendedor sufrirá una pérdida que no se reconocerá en el Estado B. Tales ganancias o pérdidas cambiarias pueden producirse, igualmente, en relación con los créditos o deudas contraídos en moneda extranjera. Si en el balance de un establecimiento permanente de una empresa del Estado A situado en el Estado B figuran créditos y deudas expresados

en la moneda del Estado B, la contabilidad del establecimiento permanente no mostrará ganancias ni pérdidas en el momento del reembolso. Sin embargo, las fluctuaciones de los tipos de cambio pueden reflejarse en la contabilidad de la casa matriz. Si el valor de la moneda del Estado B experimenta un alza (o una baja) entre el momento en que nace el crédito y su reembolso, la empresa, en su conjunto, obtendrá una ganancia (o sufrirá una pérdida). Esto es cierto también respecto de las deudas si entre el momento en que se generan y su pago, la moneda del Estado B experimenta una baja (o un alza) de valor.

17. Las disposiciones del artículo no dan solución a todas las cuestiones relacionadas con la tributación de dichas ganancias debido al tipo de cambio. En la mayoría de los casos, estas ganancias no están relacionadas con la enajenación de un activo; a menudo ni siquiera pueden determinarse en el Estado al que, en virtud del Artículo, corresponde el derecho a gravar las ganancias de capital. Por consiguiente, el problema que debe resolverse no consiste, en general, en determinar si el Estado donde está situado el establecimiento permanente tiene el derecho a gravar, sino si el Estado de residencia del contribuyente debe, cuando aplica el método de exención, abstenerse de gravar tales ganancias cambiarías que, en la mayoría de los casos, solo pueden reflejarse en la contabilidad de la casa matriz. La respuesta a esta última cuestión no depende solo de este Artículo, sino también del Artículo 7 y del Artículo 23A. Si en un caso determinado las diferencias de criterio de los dos Estados resultan en una doble imposición efectiva, el caso debe resolverse conforme al procedimiento de acuerdo mutuo previsto en el Artículo 25.

18. Además, se plantea la cuestión de cuál es el artículo aplicable en el caso de que la contraprestación por la venta de una propiedad consista en el pago de una renta vitalicia en lugar de un precio fijo. Esa renta, en la medida en que sea superior al precio de costo ¿deberá considerarse como una ganancia de capital obtenida por la venta del bien, o como rentas no expresamente mencionadas, según el Artículo 21? Ambas tesis pueden sostenerse con argumentos de similar peso, y parece difícil formular una regla al respecto. Por otra parte, estos problemas se plantean rara vez en la práctica, por lo que no parece necesario incluir una disposición al efecto en el Convenio. Puede dejarse a los Estados Contratantes que se vean afectados por el problema que adopten una solución por vía del procedimiento de acuerdo mutuo previsto en el Artículo 25.

19. Las disposiciones del artículo no están destinadas a aplicarse a los premios de lotería ni a las primas y premios generados por bonos u obligaciones.

20. Los apartados 1 a [7] del artículo tratan, en primer lugar, de las ganancias derivadas de la enajenación de categorías específicas de propiedad. Para todas las demás ganancias de capital, el apartado [8] otorga el derecho de gravar al Estado en el que resida el enajenante.

21. Como las ganancias de capital no son sometidas a imposición por todos los Estados, puede considerarse razonable evitar solamente la doble imposición efectiva. En consecuencia, los Estados Contratantes tienen libertad para complementar sus convenios bilaterales de manera que un Estado solo deba renunciar a la potestad tributaria que le reconoce su legislación interna si el otro Estado, al que le corresponde la misma potestad en virtud del Convenio, hace uso efectivo de ella. En tal caso, el apartado [8] del Artículo deberá completarse en consecuencia. Además, será necesario modificar el Artículo 23A de la forma que se indica en [...] el Comentario del Artículo 23A.

B. Comentarios a los Apartados del Artículo 13

Apartado 1

5. Este apartado reproduce el apartado 1 del Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable al apartado 1 del Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario sobre el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han insertado para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

22. El apartado 1 establece que las ganancias derivadas de la enajenación de bienes inmuebles pueden someterse a imposición en el Estado donde esté situado el inmueble. Esta regla se corresponde con las disposiciones del Artículo 6 y del apartado 1 del Artículo 22. También se aplica a los bienes inmuebles que formen parte del activo de una empresa [*o utilizado para realizar servicios personales independientes*]. Para saber qué debe entenderse por bien inmueble, el apartado 1 remite al Artículo 6. El apartado 1 del Artículo 13 trata únicamente de las ganancias que obtiene un residente de un Estado Contratante al enajenar bienes inmuebles situados en el otro Estado

Contratante. No se aplica, por tanto, a las ganancias derivadas de la enajenación de bienes inmuebles situados en el Estado Contratante del que es residente el transmitente en el sentido del Artículo 4, o situados en un tercer Estado; las disposiciones del apartado [8] se aplicarán a tales ganancias (y no, como se mencionó en este Comentario antes de 2002, las del apartado 1 del Artículo 21).

23. Las disposiciones del apartado 1 se complementan con las del apartado 4, que aplica a las ganancias derivadas de la enajenación de la totalidad o parte de las acciones de una sociedad que posea bienes inmuebles [...].

Apartado 2

6. Este apartado reproduce el apartado 2 del Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable al apartado 2 del Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario sobre el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han insertado con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

24. El apartado 2 trata de los bienes muebles que forman parte del activo de un establecimiento permanente de una empresa [*o perteneciente a una base fija utilizada para prestar servicios personales independientes*]. La expresión “bienes muebles” comprende todos los bienes distintos de los bienes inmuebles comprendidos en el apartado 1. Comprende también los activos intangibles, como el fondo de comercio, las licencias, etc. Las ganancias resultantes de la enajenación de tales activos pueden someterse a imposición en el Estado donde esté situado el establecimiento permanente [*o base fija*] lo cual coincide con las normas aplicables a los beneficios empresariales [*y con las rentas de los servicios personales independientes*] (Artículo[s] 7 [*y 14*]).

25. El apartado especifica que sus disposiciones se aplican también cuando se enajenan los bienes muebles de un establecimiento permanente [*o base fija*], así como cuando se enajena el propio establecimiento permanente (solo o con el conjunto de la empresa) [*o base fija como tal*]. En caso de enajenación del conjunto de la empresa, las disposiciones se aplican a las ganancias que se consideren derivadas de la

enajenación de los bienes muebles que forman parte del activo del establecimiento permanente. En tal caso, *mutatis mutandis*, se aplican las disposiciones del Artículo 7 sin que ello se mencione expresamente. En cuanto a la transferencia de un activo desde un establecimiento permanente situado en un Estado a un establecimiento permanente (o a la casa matriz) en otro Estado, véase el anterior párrafo 10 [*del Comentario al Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita anteriormente en el apartado 4*].

26. Por otra parte, el apartado 2 puede no ser aplicable en todos los casos a las ganancias de capital resultantes de la enajenación de una participación en una empresa. Cuando la empresa realice sus actividades en la forma de una entidad o acuerdo que sea tratado como fiscalmente transparente en virtud de la legislación tributaria de un Estado Contratante, ese Estado, de conformidad con el apartado 2 del Artículo 13, podrá gravar en manos de los socios o miembros no residentes de la entidad o acuerdo, las ganancias derivadas de la enajenación de los bienes muebles que forman parte de la propiedad empresarial de un establecimiento permanente de la empresa que esté situada en ese Estado, incluso cuando las ganancias provengan de la enajenación de la empresa en su conjunto (véase también el apartado 2 del Artículo 1 y los párrafos 2 a 16 del Comentario al Artículo 1 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado en el apartado 7 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo*]). Sin embargo, cuando una empresa realiza sus actividades en la forma de una entidad o acuerdo que un Estado trata como un contribuyente residente de uno de los Estados Contratantes, ese Estado debería tratar la enajenación de una participación en dicha entidad o acuerdo, de la misma forma que las acciones de una sociedad a la que se aplican los apartados 4 o 5 del Artículo. Los apartados 32.4 al 32.7 del Comentario a los Artículos 23A y 23B [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 15 del Comentario a los Artículos 23A y 23B de este Modelo*] abordan situaciones en las que las leyes internas de los dos Estados Contratantes difieren a este respecto.

27. Algunos Estados consideran que todas las ganancias de capital procedentes de fuentes situadas en su territorio deben someterse a imposición conforme a su legislación interna cuando el enajenante tenga un establecimiento permanente en su territorio. El apartado 2 no se inspira en esa idea a la que en ocasiones se denomina “fuerza de atracción del establecimiento permanente”. Este apartado prevé simplemente que las ganancias procedentes de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento

permanente [*o de bienes inmuebles que pertenezcan a una base fija dedicado a la prestación de servicios personales independientes*] podrán ser gravadas en el Estado donde esté situado el establecimiento permanente [*o la base fija*]. Las ganancias derivadas de la enajenación de los restantes bienes muebles son gravables exclusivamente en el Estado de residencia del enajenante, como determina el apartado [8]. Las explicaciones precedentes coinciden con las contenidas en los Comentarios al Artículo 7.

Apartado 3

7. Este apartado reproduce el apartado 3 del Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable al apartado 3 del Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario sobre el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han insertado con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

28. Se prevé una excepción a la regla en el apartado 2 en el caso de buques y aeronaves operados en tráfico internacional, así como en el de los bienes muebles relacionados con la operación de esos buques o aeronaves. Generalmente, las ganancias resultantes de la enajenación de dichos activos son gravables exclusivamente en el Estado de la empresa que opera los buques y aeronaves. Esta regla coincide con las disposiciones del Artículo 8 y del apartado 3 del Artículo 22. Los Estados Contratantes que prefieran atribuir la potestad tributaria exclusivamente al Estado en el que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa, tienen libertad para sustituir en sus convenios bilaterales el apartado 3 por una disposición que se corresponda con la propuesta en el apartado 2 del Comentario al Artículo 8 [*de la versión 2017 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y del apartado 10 de los Comentarios del Artículo 8 de este Modelo*].

Apartado 4

8. Este apartado corresponde al apartado 4 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Hasta la actualización del 2017, el

apartado 4 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas decía lo siguientes:

4. Las ganancias por enajenación de acciones del capital social de una sociedad, o de una participación en una asociación de personas (*partnership*), fideicomiso o sucesión, cuya propiedad consiste directa o indirectamente principalmente de bienes inmuebles situados en un Estado Contratante pueden ser gravadas en ese Estado. En particular:

- (a) Nada de lo contenido en este apartado se aplicará a una sociedad, asociación de personas (*partnership*), fideicomiso o sucesión, que no sea una sociedad, asociación de personas, fideicomiso o sucesión que se dedique al negocio de gestión de bienes inmuebles, cuya propiedad consista directa o indirectamente principalmente de bienes inmuebles utilizados por dicha sociedad, asociación de personas, fideicomiso o sucesión en sus actividades empresariales.
- (b) A los efectos de este apartado, “principalmente” en relación con la propiedad de bienes inmuebles significa que el valor de dichos bienes inmuebles sea superior al 50 por ciento del valor agregado de todos los activos propiedad de la sociedad, asociación de personas (*partnership*), fideicomiso o sucesión.

Tanto la formulación anterior como la actual, tienen por objeto impedir que se eludan los impuestos sobre las ganancias procedentes de la venta de bienes inmuebles. Como con relativa frecuencia resulta fácil eludir los impuestos sobre esas ganancias a través del uso de una sociedad constituida para detentar dichos bienes, es necesario gravar la venta de acciones de dicha sociedad. Así ocurre especialmente cuando la propiedad de las acciones lleve aparejado el derecho de ocupar la propiedad de que se trate. Para lograr ese objetivo, el apartado 4 se aplicará con independencia de que la sociedad sea residente del Estado Contratante donde esté situada la propiedad inmobiliaria o residente de otro Estado.

9. En 1999, el anterior Grupo de Expertos decidió enmendar el apartado 4, para ampliar su ámbito e incluir los derechos en asociaciones de personas (*partnerships*), fideicomisos y sucesiones que fueran propietarios de bienes inmuebles. En 2017 el Comité decidió adoptar la versión actualizada del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE

con el concepto de “participaciones similares” equivalente a lo que previamente fue tratado por el apartado 4 del Modelo de Convenio de las Naciones Unidas. Además de introducir el concepto de “participaciones similares”, el apartado 4 se amplió para cubrir situaciones en las que los activos se aportan a una entidad poco antes de la venta de las acciones (o participaciones similares) en esa entidad con el fin de diluir la proporción del valor de estas acciones (o participaciones similares) que se deriven de bienes inmuebles situados en ese otro Estado Contratante. Esto se logra, observando si las acciones (o participaciones similares) derivaron su valor principalmente de bienes inmuebles en cualquier momento durante los 365 días que preceden a la enajenación, a diferencia del tiempo de enajenación solo.

10. Al disponer que las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o participaciones similares que, en cualquier momento durante los 365 días anteriores a la enajenación, deriven más del 50 por ciento de su valor directa o indirectamente de bienes inmuebles situados en un Estado Contratante, pueden someterse a imposición en ese Estado, el apartado 4 establece que las ganancias derivadas de la enajenación de dichas acciones o participaciones similares y las ganancias derivadas de la enajenación de los bienes inmuebles subyacentes, que están cubiertos por el apartado 1, son igualmente gravables en ese Estado.

11. El apartado 4 permite someter a imposición la totalidad de la ganancia atribuible a las acciones o participaciones similares a los que se aplica incluso cuando parte del valor de estas acciones o participaciones similares se deriva de bienes distintos de los bienes inmuebles ubicados en el Estado fuente. La determinación de si las acciones de una sociedad o participaciones similares derivan, en cualquier momento durante los 365 días anteriores a la enajenación, en más del 50 por ciento de su valor directa o indirectamente de bienes inmuebles situados en un Estado Contratante normalmente se hará comparando el valor de dichos bienes inmuebles con el valor de todos los bienes propiedad de la sociedad, entidad o acuerdo sin tener en cuenta las deudas u otras responsabilidades de la sociedad (estén o no garantizadas por hipotecas sobre el bien inmueble correspondiente).

12. Al adoptar la redacción actualizada del Modelo Convenio Tributario de la OCDE en 2017, el Comité decidió omitir el anterior

apartado 4(a) del Modelo Convenio Tributario de las Naciones Unidas, ya que no reflejaba la práctica común. Se constató que la disposición era utilizada muy rara vez y era difícil de aplicar. Sin embargo, los países pueden acordar durante negociaciones bilaterales incluir las palabras del apartado 4(a) tal como aparecía antes de la actualización de 2017, al final del apartado 4, de la siguiente manera:

4. Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado Contratante de la enajenación de acciones o participaciones similares, tales como la participación en una asociación de personas (*partnership*) o fideicomiso, puede someterse a imposición en el otro Estado Contratante si, en algún momento de los 365 días anteriores a la enajenación, estas acciones o participaciones similares derivaron en más de 50 por ciento de su valor directa o indirectamente de bienes inmuebles situados en ese otro Estado Contratante, según se define en el Artículo 6. Nada de lo contenido en este apartado se aplicará a una sociedad, asociación de personas, fideicomiso o sucesión, que no sea una sociedad, asociación de personas, fideicomiso o sucesión dedicado al negocio de la gestión de bienes inmuebles, cuya propiedad consiste, directamente o indirectamente, principalmente de bienes inmuebles utilizados por tal sociedad, asociación de personas, fideicomiso o sucesión en sus actividades empresariales.

13. Los países también pueden acordar durante las negociaciones bilaterales restringir el alcance del apartado 4, como se hace en el caso del apartado 6, a situaciones en las que el enajenante posea directa o indirectamente al menos un cierto porcentaje, que se establecerá mediante negociaciones bilaterales, del capital de la sociedad o entidad de la que enajena acciones o intereses comparables. Esta posibilidad se reconoce de la siguiente manera en el apartado 28.6 del Comentario al Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017: “Otro cambio que algunos Estados pueden acordar hacer es restringir la aplicación de la disposición a los casos en que el enajenante tenga un cierto nivel de participación en la sociedad.”

14. Además, como es el caso de los apartados 5 y 6 (véanse los apartados 30 y 43 más adelante), los Estados podrían optar por agregar una excepción para las ganancias derivadas en el curso de reorganizaciones corporativas.

15. La aplicación del apartado 4 a la enajenación de acciones e intereses comparables en un Fideicomiso de Inversión Inmobiliaria (*Real Estate Investment Trust*–REIT) plantea cuestiones de política que se examinan en el apartado 32 del Comentario al Artículo 1.

Apartado 5

16. Algunos países sostienen que un Estado Contratante debería tener derecho a gravar las ganancias procedentes de la enajenación de acciones de una sociedad residente de ese Estado, con independencia de que la venta se realice dentro o fuera de él. Sin embargo, se reconoce que por razones administrativas ese derecho se debe limitar a la enajenación de acciones de una sociedad en cuyo capital el enajenante tuviera directa o indirectamente una participación importante en cualquier momento durante el período de 365 días anteriores a la venta. La determinación de lo que se considera una participación sustancial se negociaría en conversaciones bilaterales, en las que se determinaría en un porcentaje.

17. En 2017, el Comité decidió incluir la referencia a “participaciones similares” en el apartado 5 para reflejar el cambio similar realizado en el apartado 4.

18. El apartado 5 prevé la aplicación de impuestos a las ganancias procedentes de la enajenación de acciones y participaciones similares, pero excluye las ganancias resultantes de la enajenación de acciones a las que se aplica el apartado 4. De la redacción del apartado se desprende claramente que las ganancias procedentes de la enajenación de cualquier cantidad de acciones se pueden gravar en el Estado en que la sociedad es residente siempre que la participación de ésta en el capital accionario haya sido sustancial en cualquier momento durante el período de 365 días que precede a la venta. Se determina si esa participación ha sido sustancial de conformidad con el porcentaje acordado en las negociaciones bilaterales pertinentes. Consecuentemente, aun cuando una participación sustancial se enajene a través de varias transferencias de un número más reducido de acciones, el derecho de gravamen concedido por el apartado seguirá siendo aplicable si las acciones transferidas se vendieron en cualquier momento durante el período de 365 días.

19. Le corresponderá a cada Estado que aplica el impuesto según su legislación, decidir qué transacciones dan origen a ganancias sobre la venta de acciones y cómo determinar el nivel de participación accionaria del enajenante, en particular en el caso de participaciones indirectas. En este contexto, una participación indirecta puede consistir en la participación de personas relacionadas que se imputa al enajenante. Las normas antielusión que establece la legislación del Estado que aplica el impuesto también pueden ser importantes para determinar el nivel de participación directa o indirecta del enajenante. En el texto mismo del Convenio o en los documentos conexos se podría alternativamente ampliar el significado de esos conceptos.

20. La cuestión relativa al establecimiento de una tasa tributaria más favorable (en comparación con la tasa ordinaria nacional) respecto de las ganancias derivadas de la enajenación de acciones, distintas de las acciones mencionadas en el apartado 4 (es decir, acciones que no deriven en más del 50 por ciento de su valor de bienes inmuebles), también ha sido considerada. Como las ganancias derivadas de la enajenación de acciones sujetas a una tasa tributaria más favorable probablemente incentiven la inversión en acciones, promuevan la inversión extranjera directa y la inversión de cartera y, por ende, impulsen la industrialización del país, los Estados Contratantes quizás quieran examinar el asunto en sus negociaciones bilaterales para efectuar los ajustes que sean necesarios en sus acuerdos fiscales bilaterales.

21. El derecho de gravamen establecido en el apartado 5 depende de si, en cualquier momento durante los 365 días anteriores a la enajenación, el enajenante de las acciones o intereses comparables poseía directa o indirectamente al menos el porcentaje especificado del capital de la sociedad o entidad. En la mayoría de las situaciones, el “enajenante” será el residente que obtenga la ganancia, como una sociedad matriz que enajene las acciones de su subsidiaria.

22. En algunos casos, sin embargo, el enajenante puede ser diferente del residente que obtiene la ganancia. Este sería el caso, por ejemplo, cuando las acciones o intereses comparables son enajenados por una entidad transparente.

23. Suponiendo, por ejemplo, que RCo, una sociedad residente del Estado R, tiene una participación del 50 por ciento en RPSP, una

asociación en participación (*partnership*) que está organizada de conformidad con la ley del Estado R. RPSP, a su vez, posee el 25 por ciento de las acciones de SCo, una sociedad residente del Estado S. Suponiendo también que el apartado 5 del Artículo 13 del convenio tributario entre R y S contiene un umbral de propiedad del 25 por ciento y que, según la ley del Estado R, RPSP es tratada como fiscalmente transparente (véase la explicación en el apartado 7 del Comentario al Artículo 1 que cita el apartado 9 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017). RPSP enajena todas sus acciones de SCo y obtiene una ganancia de capital de 100. En ese caso, el Estado R gravará la ganancia de capital en manos de sus socios residentes, gravando así a RCo sobre 50.

24. En este ejemplo, a los efectos de la aplicación del apartado 5, RCo es el residente de un Estado Contratante que ha obtenido una ganancia por la enajenación de las acciones de SCo. Sin embargo, RPSP, como propietario de las acciones de SCo, es el enajenante de las acciones y, como tal, el umbral de propiedad relevante debe aplicarse al nivel de RPSP. En este ejemplo, el Estado S puede, por tanto, gravar la ganancia por enajenación de las acciones de SCo.

25. En el ejemplo diferente en el que RCo poseía directamente el 20 por ciento de las acciones de SCo, además del 12.5 por ciento poseído a través de RPSP, y enajenó esta participación directa del 20 por ciento, obteniendo así una ganancia de capital de 80, RCo sería considerado tanto el residente que obtuvo la ganancia de capital de 80 como el enajenante de la participación del 20 por ciento a los efectos del apartado 5 (en ese caso, la participación total de RCo en las acciones de SCo sería del 32,5 por ciento, es decir, del 20 por ciento más 12,5 por ciento a través de RPSP). Por lo tanto, el Estado S estaría autorizado a gravar la ganancia de capital de 80 obtenida por RCo sobre la enajenación de su participación del 20 por ciento.

26. Solo un miembro del Comité no estuvo de acuerdo con los anteriores apartados 24 y 25.⁷⁵ Dicho miembro opinó que la forma jurídica de las empresas en las transacciones de buena fe debería

75 La decisión de incluir esta posición minoritaria en los Comentarios fue adoptada en la vigésimo primera sesión del Comité realizada en octubre de 2020.

respetarse a fin de brindar seguridad jurídica a las empresas interesadas, salvo en los casos de abuso del tratado que se abordan más adecuadamente en el apartado 9 del Artículo 29. Ese miembro también señaló, que el enfoque de los apartados 24 y 25 para tratar a una entidad transparente como un “enajenante” no es coherente con el apartado 8 del Artículo 13, que establece que los derechos tributarios se asignarán al Estado Contratante en el que resida el enajenante y podrá conducir a resultados contradictorios en los apartados 5 y 8 del Artículo 13 cuando se apliquen a la misma entidad transparente. El enfoque mencionado también puede resultar en desajustes fundamentales con las leyes tributarias nacionales, ya que las entidades transparentes no son tratadas como personas jurídicas en algunos Estados y no serían residentes de un Estado Contratante en ninguna circunstancia. Como consecuencia de este enfoque, también podría haber incertidumbre sobre cómo se eliminaría la doble imposición, si la hubiera.

27. Resulta costoso gravar las ganancias procedentes de la venta de acciones cotizadas. Además, puede resultar económicamente rentable para los países en desarrollo estimular sus mercados de capital absteniéndose de aplicar impuestos a las ganancias procedentes de la enajenación de acciones cotizadas. Los países que deseen hacerlo pueden incluir el siguiente texto en sus acuerdos fiscales bilaterales:

Las ganancias, distintas de aquellas a las que se aplica el apartado 4, obtenidas por un residente de un Estado Contratante de la enajenación de acciones de una sociedad o de intereses comparables, tales como participaciones en asociaciones en participación (*partnerships*) o fideicomisos, que es residente del otro Estado Contratante, excluyendo las acciones que se intercambian habitualmente y en cantidades sustanciales en un mercado de valores reconocido, podrán ser gravadas en ese otro Estado si el enajenante, en cualquier momento durante los 365 días precediendo a esa venta, tenía una participación directa o indirecta no inferior al _____ por ciento [*el porcentaje se establecerá por medio de negociaciones bilaterales*] en el capital de esa sociedad.

En el texto del propio convenio o en los documentos conexos se podrían incorporar más detalles sobre el significado de las frases “comercio sustancial y regular” y “mercado de valores reconocido”.

28. Algunos países podrían considerar que debería permitirse al Estado Contratante en el que es residente una sociedad aplicar impuestos a la venta de las acciones de ésta solo si una parte sustancial de los bienes de la sociedad está situada en ese Estado, y podrían intentar incluir esa limitación en las negociaciones bilaterales.

29. Otros países participantes en negociaciones bilaterales tal vez traten de lograr que se omita del todo el apartado 5, si consideran que en esas situaciones la aplicación de impuestos en el Estado de la fuente a las ganancias de capital puede dar origen a una doble imposición económica en la cadena corporativa, lo que obstaculizaría la inversión extranjera directa. Esta consideración es, en particular, relevante para los países que aplican una exención a la participación no solo a los dividendos recibidos por una participación accionaria sustancial, sino también a las ganancias de capital obtenidas sobre las acciones en relación con esa participación sustancial.

30. Si los países elijen no gravar las ganancias obtenidas en el curso de reorganizaciones de las sociedades, son también libres de hacerlo.

Apartado 6

31. Las disposiciones del apartado 6 permiten a un Estado gravar las ganancias derivadas de la enajenación de derechos otorgados en virtud de la ley de ese Estado, siempre que estos derechos permitan el uso de recursos que están naturalmente presentes en ese Estado y que se encuentran bajo su jurisdicción. Esto abarcaría, por ejemplo, la enajenación de derechos como las cuotas de pesca otorgadas por el Estado; el derecho a talar madera en un bosque; el derecho a extraer agua; el derecho a explorar parte de un territorio del Estado en busca de petróleo, gas o minerales; el derecho a instalar turbinas eólicas o mareomotrices en parte del territorio del Estado, así como el derecho a utilizar todo o parte del espectro de radiofrecuencia en el Estado, incluso para fines de telefonía celular. Las características comunes de estos derechos son que permiten la explotación comercial de recursos que están indisolublemente vinculados al territorio de un Estado y que el valor de estos derechos consiste en lo que son rentas reconocibles específicas de la ubicación derivadas de alguna licencia emitida por el gobierno.

32. La disposición no cubre los derechos otorgados contractualmente entre partes privadas, incluso si estos derechos están protegidos por la ley de un Estado. Por tanto, la enajenación del derecho exclusivo a utilizar el *know-how* en un Estado determinado no estaría cubierta por la disposición, ya que ese derecho concedido por el propietario del *know-how* no está concedido en virtud de la legislación del Estado. Además, los derechos que permiten el uso de propiedad desarrollada por partes privadas, como un derecho de autor o una licencia de patente, no estarían cubiertos por la disposición porque no se relacionan con el uso de recursos que están naturalmente presentes en ese otro Estado y que están bajo la jurisdicción de ese Estado.

33. La disposición solo se aplica cuando el derecho mencionado en la misma es enajenado. Sujeto a la posible aplicación de normas contra el abuso como las mencionadas en el apartado 9 del Artículo 29, no se aplicaría en el caso de una “transferencia indirecta” de tal derecho, por ejemplo, cuando el derecho está en manos de una sociedad y las acciones de esa sociedad sean enajenadas. Sin embargo, según las circunstancias, esas transferencias indirectas podrían estar comprendidas en el ámbito de aplicación de los apartados 4, 5 o 7.

34. En muchos casos, los derechos a los que se aplica la disposición también constituirán bienes inmuebles, según se definen en el apartado 2 del Artículo 6, y las disposiciones del apartado 1 del Artículo 13 se aplicarán a la enajenación de tales derechos. Este sería el caso, por ejemplo, de una licencia minera otorgada por un Estado que constituiría propiedad inmueble en el sentido del término “propiedad inmueble” en el derecho interno de ese Estado o bajo la frase “derechos a pagos variables o fijos como contraprestación por la explotación de, o el derecho a trabajar, depósitos minerales, fuentes y otros recursos naturales” en el apartado 2 del Artículo 6. En tal caso, nada en la disposición impediría la aplicación del apartado 1 del Artículo 13 y viceversa. En otras situaciones, sin embargo, la disposición permitirá a un Estado gravar los derechos relacionados con la explotación de sus recursos naturales cuando estos derechos no constituyan bienes inmuebles según la correcta interpretación del apartado 2 del Artículo 6. Este sería el caso, por ejemplo, si los derechos de exploración otorgados por un Estado no están comprendidos en el significado de “bienes inmuebles” según su legislación nacional.

35. Además, mientras el apartado 2 del Artículo 13 cubriría los casos donde una empresa de un Estado Contratante enajena derechos otorgados en virtud de la ley del otro Estado Contratante a los que les aplica la disposición, en la medida en que esos derechos formen parte de la propiedad mueble de un establecimiento permanente de la empresa situada en ese otro Estado, la disposición garantiza el mismo tratamiento para los casos en que el derecho no sea atribuible a un establecimiento permanente, por ejemplo, cuando el derecho enajenado no pertenezca a la empresa propietaria del establecimiento permanente, pero pertenece a una persona estrechamente relacionada.

Apartado 7

36. Dado que la aplicación del apartado 5 está restringida a acciones o participaciones comparables en sociedades o entidades residentes (sujeto a la posible aplicación de normas antiabuso como el apartado 9 del Artículo 29), un Estado Contratante no puede gravar las ganancias obtenidas por un residente del otro Estado Contratante de la enajenación de acciones o intereses comparables de una sociedad no residente o entidad similar, a menos que estas acciones o intereses comparables deriven en más del 50 por ciento de su valor, directa o indirectamente, de bienes inmuebles situados en el Estado mencionado en primer lugar, en cuyo caso quedarían dentro del alcance del apartado 4. Esto significa que para los casos no abusivos, a menos que se aplique el apartado 4, las ganancias obtenidas por un no residente de la enajenación de acciones o intereses similares de una sociedad o entidad no residente se incluirían en apartado 8, que prevé la tributación exclusiva de las ganancias por el Estado de residencia, incluso si dicha sociedad o entidad no residente obtiene la mayor parte de su valor de otros tipos de activos situados en el otro Estado (como las acciones de una sociedad industrial que sea residente y opere en ese otro Estado). Muchos países en desarrollo consideran que deberían tener derecho a gravar las ganancias de tales transacciones, que a veces se denominan “transferencias indirectas extraterritoriales” (*offshore indirect transfers* –OIT, por sus siglas en inglés).

37. El apartado 7 aborda esa cuestión al permitir la imposición de las ganancias de ciertas OIT por el Estado Contratante en el que se encuentran los activos subyacentes. Según este apartado, las ganancias

obtenidas por un no residente de la enajenación de acciones o intereses comparables en una sociedad o entidad local o extraterritorial pueden ser gravadas por un Estado si estas acciones o intereses comparables derivan al menos de un 50 por ciento de su valor de bienes respecto de los cuales ese Estado, de conformidad con las demás disposiciones del Artículo 13, hubiera tenido derecho a gravar la ganancia de una enajenación directa. La justificación política de ese apartado es análoga a la justificación política del apartado 4 relativo a los bienes inmuebles. El siguiente ejemplo ilustra la aplicación del apartado 7:

Ejemplo: La sociedad A, residente del Estado A, posee el 30 por ciento de las acciones de la sociedad B, que es residente del Estado B. El valor de todas las acciones de la sociedad B es 100. Durante todo el período pertinente, la sociedad B no tiene deuda y los únicos activos que posee la sociedad B son una cuenta bancaria por valor de 30, acciones que representan el 30 por ciento del capital de la sociedad X, acciones que representan el 25 por ciento del capital de la sociedad Y y acciones que representan el 15 por ciento del capital de la sociedad Z. Las sociedades X, Y y Z son todas residentes del Estado C y el valor de todas las acciones de cada sociedad es 100. Los apartados 5 y 7 del Artículo 13 del convenio tributario entre los Estados A y C se basan en los apartados 5 y 7 del Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas; los porcentajes especificados en el apartado 5 y en el apartado 7(a) son del 20 por ciento.

La sociedad A enajena parte de las acciones de la sociedad B que posee. La condición del apartado 7(a) se cumple ya que la sociedad A poseía más del 20 por ciento del capital de la sociedad B en algún momento durante el período de 365 días anterior a la enajenación. La condición del subapartado (b) también se cumple porque, en algún momento durante el período de 365 días anterior a la enajenación, más del 50 por ciento del valor de las acciones de la sociedad B se derivó de una combinación de propiedad (es decir, el 30 por ciento de las acciones de la sociedad X y el 25 por ciento de las acciones de la sociedad Y), cuyas ganancias habrían estado sujetas a imposición en el Estado C de conformidad con el apartado 5, si hubieran sido obtenidas por un residente del Estado A. Dado que, durante todo el período

pertinente, el valor de las acciones de la sociedad X propiedad de la sociedad B fue de 30 y el valor de las acciones de la sociedad Y propiedad de la sociedad B fue de 25, esto significó que las acciones de la sociedad B derivaban el 55 por ciento su valor de una combinación de propiedad mencionada en la subdivisión (i) del subapartado (b) del apartado 7, a saber, las acciones de la sociedad X e Y, aunque la otra propiedad de la sociedad B (es decir, la cuenta bancaria por valor de 30 y la participación en la sociedad Z por valor de 15), no constituía propiedad a que se refiere la subdivisión (i). Dado que las condiciones de los subapartados (a) y (b) del apartado 7 se cumplen, el Estado C tiene derecho a gravar la ganancia obtenida por la sociedad A sobre la enajenación de las acciones de la sociedad B.

38. Como destacó una mediana minoría de miembros del Comité que se oponía a la inclusión del apartado 7,⁷⁶ los Estados deben sopesar varios factores al considerar la posibilidad de incluir el apartado 7 en sus tratados. Por ejemplo, deberían considerar si su legislación nacional permite la imposición de tales OIT y en qué medida, especialmente cuando las acciones o intereses comparables de la sociedad o entidad no residente derivan más del 50 por ciento de su valor de activos distintos del inmueble situado en su territorio. Además, la aplicación práctica del apartado puede plantear importantes desafíos administrativos y de cobranza, especialmente cuando las acciones o intereses comparables son enajenados por un no residente a otro no residente.⁷⁷

39. Además, podría haber situaciones de doble imposición sin alivio. Suponiendo, por ejemplo, que la sociedad A, residente del Estado A, posee todas las acciones de la sociedad B, residente del Estado B que opera en el Estado C a través de un establecimiento permanente situado

76 La opinión de estos miembros se incluyó en la nota E/C.18/2020/CRP.36, que se examinó en el vigésimo primer período de sesiones del Comité (octubre de 2020).

77 Otros factores que serían relevantes incluirían las necesidades de ingresos de un país y el deseo de atraer inversión extranjera, véase Platform for Collaboration on Tax €, *The Taxation of Offshore Indirect Transfers — A Toolkit*, 2020, disponible en <https://www.imf.org/~media/Files/Miscellaneous/OIT.ashx?la=en>, consultado el 10 de mayo de 2021, p. 54.

en él. Utilizando los beneficios obtenidos a través del establecimiento permanente, que han sido gravados íntegramente en el Estado C, la sociedad B adquirió todas las acciones de la sociedad D, residente del Estado D que desarrolla su actividad en ese Estado. Las acciones de la sociedad D han aumentado de valor después de ser adquiridas por la sociedad B. Suponiendo que las acciones de las sociedades A y B derivan la mayor parte de su valor de los bienes muebles del establecimiento permanente en el Estado C (aunque no haya ganancias acumuladas sobre dicha propiedad), el apartado 7 del tratado tributario entre los Estados A y C permitiría a ambos Estados gravar cualquier ganancia obtenida por la compañía A en la venta de las acciones de la compañía B, aunque la ganancia sobre estas acciones pueda ser principalmente atribuible al aumento en valor de las acciones de la sociedad D. Además, sin embargo, el apartado 5 del tratado tributario entre los Estados A y B permitiría al Estado B gravar la misma ganancia, ya que esa ganancia surge de la venta de las acciones de una compañía residente en ese país. Dado que el convenio tributario entre los Estados B y C no es aplicable a la ganancia obtenida por la sociedad A, no se eliminará la doble imposición resultante de la imposición de esa ganancia por los Estados B y C. Además, la enajenación posterior por parte de la sociedad B de las acciones de la sociedad D generaría una ganancia imponible en los Estados B y D según el apartado 5 del tratado tributario entre los Estados B y D, aunque esa ganancia, o parte de ella, ya habrá sido gravada. en los Estados A y C, como se indicó anteriormente, lo que daría lugar a una mayor doble imposición no aliviada.

40. Una posible forma de abordar estas situaciones podría ser recurrir al procedimiento de acuerdo mutuo previsto en la segunda oración del apartado 3 del Artículo 25 mediante un debate entre las autoridades competentes de los Estados involucrados. Por ejemplo, en la situación descrita antes en el párrafo 39, donde el Estado C grava a la sociedad A en virtud del apartado 7 del tratado entre los Estados A y C, mientras que el Estado B grava a la sociedad A en virtud del apartado 5 del tratado entre los Estados A y B, las autoridades competentes de los Estados B y C podrían consultar en virtud del apartado 3 del Artículo 25 del tratado entre los Estados B y C para la eliminación de la doble imposición resultante de la sociedad A, residente del Estado A. Dado que el resultado de dicha consulta no abordaría el problema que

posteriormente surja como resultado de la imposición por parte del Estado D de la ganancia obtenida por la sociedad B en la enajenación de las acciones de la sociedad D, una consulta similar podría ser necesaria en virtud del tratado entre los Estados C y D sobre la enajenación posterior por la sociedad B de las acciones de la sociedad D.⁷⁸ Cabe señalar que la segunda oración del apartado 3 del Artículo 25 no permite, sin embargo, a los Estados Contratantes eliminar la doble imposición cuando la provisión de tal desgravación contravenga sus respectivas leyes internas o no esté autorizada por las disposiciones de otro tratado tributario aplicable.⁷⁹ Alternativamente, los Estados Contratantes tal vez deseen establecer disposiciones expresas para procedimientos de acuerdo mutuo que cubran tales casos utilizando una formulación diferente del apartado 2 del Artículo 25.

41. Dado que el apartado se aplica con respecto a la transferencia indirecta al extranjero de una propiedad, o una combinación de propiedad, en la medida en que un Estado hubiera tenido derecho a gravar una enajenación directa de dicha propiedad de conformidad con las disposiciones anteriores del Artículo 13, el alcance de estas disposiciones anteriores afectará indirectamente el alcance del apartado. Cuando, por ejemplo, las disposiciones del apartado 6 permitan la imposición en fuente de una ganancia sobre la enajenación directa de los tipos de propiedad a los que se hace referencia en ese apartado, la inclusión de ese apartado antes del apartado 7 permitirá la imposición de una transferencia indirecta de tal propiedad.

42. Como se indicó anteriormente en el párrafo 19 con respecto al apartado 5, corresponderá a la ley del Estado que imponga el impuesto, determinar el nivel de tenencia del enajenante, en particular, cómo determinar una participación que se posee indirectamente. Las

78 Ver párrafos 38.1, 38.2, 38.4, 55 y 55.1 del Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que describen cómo el apartado 3 del Artículo 25 podría utilizarse para realizar consultas con el fin de resolver la doble imposición en una situación multilateral.

79 Véase el apartado 10 del Comentario sobre el apartado 3 del Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (citando, entre otros, el párrafo 55.1 del Comentario sobre el apartado 3 del Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017).

normas contra la evasión de la ley del Estado que impone el impuesto también pueden ser pertinentes para determinar el nivel de las tenencias directas o indirectas del enajenador.

43. Los Estados pueden considerar la posibilidad de modificar el alcance del apartado 7 en sus negociaciones bilaterales. Por ejemplo, los Estados podrían considerar aumentar o reducir el porcentaje del valor de las acciones o intereses comparables que derivan directa o indirectamente del activo local para que se aplique la disposición, lo que podría hacerse reemplazando “50 por ciento” por el porcentaje que estos Estados acuerden. Además, como es el caso con el apartado 5 (véase el párrafo 30 anterior), los Estados podrían optar por agregar una excepción para las ganancias derivadas en el curso de reorganizaciones corporativas. Los Estados también podrían considerar enmendar el subapartado (a) del apartado a fin de establecer que el porcentaje del capital que se mantiene directa o indirectamente se determine tomando en cuenta no solo las acciones o intereses comparables en poder del enajenante, sino también cualquier acción o participación de una persona o empresa estrechamente relacionada según se define en el apartado 9 del Artículo 5.

Apartado 8

44. Este apartado reproduce el apartado 5 del Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, con un ajuste de redacción para sustituir “en los apartados 1, 2, 3 y 4” por “en los apartados 1 a 7”. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al apartado 5 del Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 resulta pertinente para el apartado 8 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario sobre el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han insertado con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

29. En lo referente a las ganancias obtenidas en la enajenación de bienes distintos de los mencionados en los apartados 1 [a 7], el apartado [8] establece que serán sometidos a imposición solo en el Estado en que resida el enajenante [...].

30. El Artículo no contiene normas especiales para las ganancias resultantes de la enajenación de acciones de una sociedad (distintas de las acciones de una sociedad tratadas en [los] apartado[s] 4 [5 y 7] o de valores, bonos, obligaciones y similares *[excepto en la medida en que las ganancias derivadas de la enajenación de dicha propiedad estén cubiertas por las disposiciones de los apartados 1 a 7]*). Tales ganancias estarán, por tanto, sometidas a imposición exclusivamente en el Estado de residencia del enajenante.

31. Si las acciones son enajenadas por el accionista en relación con la liquidación de la sociedad emisora o de la reducción o amortización *[del]* capital integrado de dicha sociedad, la diferencia entre las ganancias obtenidas por el accionista y el valor nominal de las acciones podrá ser tratada, en el Estado en el que reside la sociedad, como distribución de beneficios acumulados y no como ganancias de capital. El Artículo no se opone a que el Estado de residencia de la sociedad grave tales distribuciones a las tasas previstas en el Artículo 10; tal imposición se permite porque esa diferencia está comprendida en la definición del término “dividendos” contenida en el apartado 3 del Artículo 10 e interpretada en el párrafo 28 del Comentario al respecto, en la medida en que el derecho interno de ese Estado trate esa diferencia como rentas de acciones. Como se explica en los párrafos 32.1 a 32.7 del Comentario sobre los Artículos 23A y 23B *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 5 del Comentario al Artículo 15 de este Modelo]*, cuando el Estado de la sociedad emisora trata la diferencia como un dividendo, el Estado de residencia del accionista está obligado a proporcionar el alivio de la doble imposición, aunque tal diferencia constituya una ganancia de capital según su propia legislación nacional. La misma interpretación puede aplicarse cuando el deudor amortiza los bonos u obligaciones a un precio superior al valor nominal o al valor a que fueron emitidos esos bonos u obligaciones; en ese caso, la diferencia podrá representar un interés y, en consecuencia, ser sometida a imposición limitada en el país fuente del interés, de conformidad con el Artículo (véanse también los párrafos 20 y 21 del Comentario al Artículo 11 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE]*).

32. Es necesario distinguir entre las ganancias de capital que pueden resultar de una venta de acciones adquiridas en el ejercicio de una opción de compra de acciones concedida a un empleado o miembro de una junta directiva y el beneficio resultante de una opción de compra de acciones contemplada en los Artículos 15 o 16. Los principios en que esa distinción está basada se examinan en los

párrafos 12.1 a 12.5 del Comentario al Artículo 15 y en el apartado 3.1 del Comentario al Artículo 16 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*].

45. Sin embargo, como se indicó anteriormente en el apartado 2, la mayor parte de los miembros de países en desarrollo sugirieron la siguiente alternativa al apartado 8 del Artículo 13 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas que corresponde al apartado 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE:

8. Las ganancias de la enajenación de cualquier bien distinto a los mencionados en los apartados 1 a 7 podrán ser sometidas a imposición en el Estado Contratante en el cual se produzcan, de acuerdo con la legislación de ese Estado.

46. Esta alternativa equivale a decir que cualquiera de los Estados, o ambos Estados, podrán someter a imposición las ganancias derivadas de la enajenación de bienes no mencionados en los apartados 1 al 7 conforme a su propia legislación y que el Estado de residencia eliminará la doble imposición conforme al Artículo 23A o 23B. La alternativa, a diferencia de la alternativa sugerida en la versión anterior de este apartado, se refiere a “bienes distintos de los bienes mencionados” en los apartados anteriores del Artículo 13 y no a “ganancias... distintas de las mencionadas” en estos apartados. Esto significa que cuando se enajenan los bienes que se mencionan en cualquiera de los apartados 1 a 7, pero las disposiciones de estos apartados restringen el derecho del Estado fuente a gravar la ganancia de la enajenación de ese tipo de propiedad a ciertas situaciones, las ganancias de la enajenación de dichos bienes en situaciones no contempladas en estos apartados solo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante en el que resida el enajenante. Un ejemplo sería una ganancia por la enajenación de bienes inmuebles situados en el Estado de residencia del enajenante: dado que los bienes inmuebles se mencionan en el apartado 1, pero ese apartado solo indica que el otro Estado puede gravar las ganancias derivadas de la enajenación de bienes inmuebles situados en ese otro Estado, la ganancia de la enajenación de bienes inmuebles situados en el Estado de residencia del enajenante solo estaría sujeta a imposición en ese Estado.

47. Los países que elijan esta alternativa tal vez deseen, a través de negociaciones bilaterales, aclarar qué reglas de fuentes particulares se

aplicarán para establecer dónde se considerará que surge una ganancia. Si no lo hacen, la legislación interna de cada Estado Contratante determinará la fuente de la ganancia. Sin embargo, las leyes internas de los Estados Contratantes pueden diferir y esto puede dar lugar a una doble imposición (o no imposición cuando el Estado de residencia del beneficiario aplica el Artículo 23A para eliminar la doble imposición). Los países que deseen abordar la cuestión tal vez deseen reemplazar la frase “de acuerdo con la ley de ese Estado” al final de la disposición alternativa por una regla que establezca expresamente cuándo se consideraría que una ganancia surgiría en un Estado Contratante. El siguiente es un ejemplo de tal regla que se basa en el enfoque utilizado en el apartado 5 de los Artículos 11, 12 y 12A, así como en el apartado 9 del Artículo 12B:

Para efectos de este apartado, se considerará que una ganancia procede de un Estado Contratante cuando el adquirente de la propiedad sea un residente de ese Estado. Sin embargo, cuando la persona que adquiere la propiedad, sea o no residente de un Estado Contratante, tiene en un Estado Contratante un establecimiento permanente o una base fija en relación con la cual se contrajo la obligación de adquirir la propiedad, y la contraprestación por la adquisición es soportada por dicho establecimiento permanente o base fija, entonces dicha ganancia se considerará procedente del Estado en el que esté situado el establecimiento permanente o base fija.

Artículo 14

SERVICIOS PERSONALES INDEPENDIENTES

1. Los apartados 1(a) y 2 del Artículo 14 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce las disposiciones esenciales del Artículo 14 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 1997. La totalidad del Artículo 14 y su Comentario se eliminaron del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE el 29 de abril de 2000. El apartado 1(b) autoriza al país fuente a gravar en una situación, adicional de la prevista en el apartado 1 del Artículo 14 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 1997; mientras que la versión anterior del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE autorizaba al país fuente a gravar las rentas de servicios personales independientes únicamente si la renta era imputable a una base fija del contribuyente, el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas también autoriza a gravar en la fuente si el contribuyente está presente en el país fuente por más de 183 días en un período de 12 meses que comience o termine en el año fiscal de que se trate.

2. Durante el debate del Artículo 14, algunos miembros del anterior Grupo de Expertos de países en desarrollo expresaron la opinión de que la imposición en el país fuente no debería estar restringida por el criterio de la existencia de una base fija y del período de presencia física y que la fuente de rentas debería ser el único criterio. Algunos miembros de países desarrollados, por otro lado, consideraron que la exportación de experiencias, al igual que la exportación de bienes tangibles, no debería dar lugar a impuestos en el país de destino a menos que la persona en cuestión tenga una base fija en ese país, comparable a un establecimiento permanente. Por tanto, apoyaron el criterio de la base fija, aunque también aceptaron que la imposición en el país fuente se justifique también por la presencia continuada en dicho país de la persona que presta el servicio. Algunos miembros de países en desarrollo también expresaron su apoyo al criterio de base fija. Mientras que otros miembros de países en desarrollo expresaron preferencias por el criterio de la duración de la presencia física.

3. Al desarrollar el Modelo de 1980, varios miembros de países en desarrollo propusieron un tercer criterio, a saber, el monto de la remuneración. Según ese criterio, la remuneración por servicios personales

independientes podría ser gravada por el país de la fuente si dicho monto superaba una cantidad determinada, independientemente de la existencia de una base fija o de la duración de la presencia física en ese país.

4. Como una solución de compromiso, el Modelo de 1980 incluía tres criterios alternativos que se encontraban en los subapartados (a) a (c) del apartado 1, la verificación de cualquiera de los cuales daría al país fuente el derecho a gravar las rentas provenientes del desempeño de actividades personales de un residente del otro Estado. Sin embargo, en 1999, el anterior Grupo de Expertos decidió omitir el tercer criterio, a saber, el monto de la remuneración especificado en el subapartado (c), manteniendo los subapartados (a) y (b).

5. El subapartado (a), que reproduce el único criterio encontrado en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 1997, establece que las rentas pueden someterse a imposición si la persona natural tiene una base fija de la que dispone regularmente para el desempeño de sus actividades. Si bien la presencia de una base fija da derecho a gravar, las rentas que están sujetas a imposición se limitan a las atribuibles a la base fija.

6. El subapartado (b) enmendado en 1999, amplía el derecho del país de la fuente a someter a imposición al disponer que el país de la fuente puede gravar si la persona está presente en dicho país por un período o períodos que sumen al menos 183 días en cualquier período de doce meses comenzando o terminando en el año fiscal considerado, incluso si no hay una base fija. Sin embargo, solo se pueden someter a imposición las rentas provenientes de actividades ejercidas en ese país. Antes de la enmienda, el requisito de estadía mínima en el Estado Contratante era de un “período o períodos que ascienden o exceden en total 183 días en el año fiscal considerado”. Un miembro de un país desarrollado, sin embargo, expresó su preferencia por mantener la redacción anterior por razones técnicas. En virtud de la enmienda, las disposiciones del Artículo 14, apartado 1(b), se han equiparado con las del Artículo 15, apartado 2(a), relativas al período mínimo de presencia física en el otro Estado Contratante.

7. Antes de su eliminación, el subapartado (c) proporcionaba un criterio adicional para la imposición en el país de la fuente cuando

no se cumplía ninguna de las dos condiciones especificadas en los subapartados (a) y (b). Se dispuso que si la remuneración por los servicios prestados en el país de la fuente excedía de una cierta cantidad (que se determinaría en negociaciones bilaterales), el país fuente podía someter a imposición, pero solo si la remuneración era recibida de un residente del país fuente o de un establecimiento permanente o de una base fija de un residente de cualquier otro país que estuviera situada en ese país.

8. Se observó que cualquier límite máximo monetario que fijado para este fin perdería su sentido al pasar cierto período de tiempo, debido a la inflación y solo tendría el efecto de limitar la cantidad de servicios potencialmente valiosos que el país podrá importar. Además, la disposición del subapartado (c) apareció solo en el 6 por ciento de los tratados tributarios bilaterales vigentes finalizados entre 1980 y 1997.⁸⁰ En consecuencia, se decidió suprimir el apartado 1(c) del Artículo 14.

9. El anterior Grupo de Expertos examinó la relación entre el Artículo 14 y el apartado 3(b) del Artículo 5. En general, se convino en que la remuneración pagada directamente a una persona natural por el desempeño de una actividad a título independiente estaba sujeta a las disposiciones del Artículo 14. Los pagos a una empresa con respecto al suministro por esa empresa de las actividades de empleados u otro personal están sujetos a los Artículos 5 y 7. La remuneración pagada por la empresa a la persona natural que realizó las actividades está sujeta al Artículo 14 (si es un contratista independiente contratado por la empresa para realizar las actividades) o al Artículo 15 (si es empleado de la empresa). Si las partes creen que es necesaria una mayor aclaración de la relación entre el Artículo 14 y los Artículos 5 y 7, podrán hacerlo en el curso de las negociaciones.

10. Dado que el Artículo 14 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas contiene todas las disposiciones esenciales del Artículo 14 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 1997, el Comité considera que la siguiente parte del comentario del Modelo

80 Véase W.F.G Wijnen and J.J.P de Goede, “United Nations—The UN Model in Practice 1997–2013”, *IBFD Bulletin for International Taxation*, 2014 (Vol. 68), No. 3, section 2.16.4.2.

de Convenio Tributario de la OCDE de 1997 sobre ese Artículo 14 es pertinente a este Modelo:

1. El Artículo se refiere a lo que se conoce comúnmente como servicios profesionales y a otras actividades de carácter independiente. Esto excluye las actividades industriales y comerciales y también los servicios profesionales prestados como empleo, por ejemplo, un doctor que trabaja como médico en una empresa. Sin embargo, debe observarse que el Artículo no se refiere a las actividades independientes de los profesionales del espectáculo del espectáculo y deportistas, ya que están cubiertas por el Artículo 17.

2. El significado del término “servicios profesionales” se ilustra con algunos ejemplos de profesiones liberales típicas. La enumeración tiene un carácter meramente explicativo y no es exhaustiva. Las dificultades de interpretación que puedan surgir en casos especiales podrán resolverse de común acuerdo entre las autoridades competentes de los Estados Contratantes interesados.

3. Las disposiciones del Artículo son similares a las que se aplican a los beneficios empresariales y, de hecho, se basan en los mismos principios que las del Artículo 7. Las disposiciones del Artículo 7 y el Comentario correspondiente podrían, por tanto, utilizarse como orientación para interpretar y aplicar el Artículo 14. Por tanto, los principios establecidos en el Artículo 7, por ejemplo, en lo que respecta a la distribución de beneficios entre la oficina central y el establecimiento permanente, podrían aplicarse también al reparto de las rentas entre el Estado de residencia de una persona que realiza servicios personales independientes y el Estado en el que se realizan dichos servicios desde una base fija. Del mismo modo, los gastos incurridos a efectos de una base fija, incluidos los gastos ejecutivos y generales, deben permitirse como deducciones al determinar las rentas atribuibles a una base fija de la misma manera que los gastos incurridos a efectos de un establecimiento permanente [...]. También, en otros aspectos, el Artículo 7 y el Comentario al respecto podrían ser de ayuda para la interpretación del Artículo 14, por ejemplo, para determinar si los pagos por software deben clasificarse como rentas comerciales según los Artículos 7 o 14 o como regalías de acuerdo con el Artículo 12.

4. Incluso si los Artículos 7 y 14 se basan en los mismos principios, se pensó que el concepto de establecimiento permanente debería reservarse para las actividades comerciales e industriales. Por tanto, se ha utilizado el término “base fija”. No se ha considerado apropiado

intentar definirla, pero abarcaría, por ejemplo, el consultorio de un médico o la oficina de un arquitecto o un abogado. Una persona que preste servicios personales independientes probablemente no dispondrá, por regla general, de un local de este tipo en ningún otro Estado que no sea su residencia. Pero si hay en otro Estado un centro de actividad de carácter fijo o permanente, ese Estado debería tener derecho a gravar las actividades de la persona.

11. Algunos países interpretan el Artículo 14 en forma distinta a la interpretación utilizada en los anteriores apartados 9 y 10. Por tanto, es posible que esos países deseen aclarar sus posiciones y llegar a un acuerdo sobre esos aspectos con carácter bilateral, si no han resuelto ya el asunto.

12. De conformidad con el apartado 4 del Artículo 12A, si un residente de un Estado Contratante realiza servicios personales independientes (que son servicios técnicos en el sentido del apartado 3 del Artículo 12A) en el otro Estado Contratante a través de una base fija que está disponible regularmente para el residente y recibe honorarios por esos servicios, el Artículo 14 se aplicará a esos honorarios en lugar del Artículo 12A. Sin embargo, si un residente de un Estado Contratante proporciona servicios personales independientes (que son servicios técnicos) que surgen en el otro Estado Contratante, pero esos servicios no se prestan a través de una base fija en ese otro Estado, los honorarios por esos servicios están sujetos a imposición en ese otro Estado de conformidad con el apartado 2 del Artículo 12A.

13. De conformidad con el apartado 8 del Artículo 12B, si un residente de un Estado Contratante presta servicios personales independiente (que son servicios digitales automatizados en el sentido del apartado 5 del Artículo 12B) en el otro Estado Contratante a través de una base fija que está regularmente disponible para el residente y recibe pagos en contraprestación por esos servicios, el Artículo 14 se aplicará a esos pagos con prioridad al Artículo 12B. Sin embargo, si un residente de un Estado Contratante proporciona servicios personales independientes (que son servicios digitales automatizados) que surgen en el otro Estado Contratante, pero esos servicios no se brindan a través de una base fija en ese otro Estado, las rentas provenientes de esos servicios están sujetas a impuestos en ese otro Estado de conformidad con el Artículo 12B.

Artículo 15

SERVICIOS PERSONALES DEPENDIENTES

1. El Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce el Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Las únicas diferencias son que el título de la OCDE es ahora “Rentas procedentes del empleo” y se han suprimido las palabras “base fija” del apartado 2(c). Esos cambios son resultado de la eliminación del Artículo 14 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE en el año 2000 (véase el anterior apartado 1 del Comentario del Artículo 14).

Apartado 1

2. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que brinda explicaciones adicionales sobre las provisiones del apartado 1 del Artículo, es aplicable al Artículo 15 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario sobre el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han insertado para proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

1. El apartado 1 establece la regla general aplicable a la imposición de la renta del empleo (distinta de las pensiones) conforme a la cual esta renta es gravable en el Estado donde se ejerza. El hecho de definir si se prestan o no servicios en el ejercicio de un empleo, puede generar dificultades que se comentan en los apartados 8.1 y siguientes [*del Comentario del Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita más adelante en el apartado 5*]. El empleo se ejerce en el lugar donde el empleado esté físicamente presente cuando realiza las actividades por las que se paga la renta correspondiente. Una consecuencia de ese principio sería que un residente de un Estado Contratante que perciba una remuneración por razón de un empleo, de fuentes situadas en el otro Estado, no puede estar sujeto a imposición en ese otro Estado respecto de dicha remuneración por el mero hecho de que los resultados de su trabajo se exploten en ese otro Estado.

2. La regla general se exceptúa solamente en el caso de la remuneración de la tripulación de buques o aeronaves que operen en tráfico internacional (apartado 3 del Artículo 15), [la remuneración de los directivos de alto nivel (apartado 2 del Artículo 16)], pensiones (Artículo 18) y de remuneración y pensiones por servicios oficiales (Artículo 19). Las remuneraciones no vinculadas al empleo de los miembros de las juntas directivas de directivos de sociedades son objeto del [apartado 1 del] Artículo 16.

2.1 Los países miembros han entendido generalmente que los términos “sueldos, salarios y otras remuneraciones análogas” comprenden las remuneraciones en especie obtenidas por razón de un empleo (por ej., las opciones de compra de acciones (*stock-options*), el uso de una vivienda o un automóvil, seguros médicos o de vida y membresías a asociaciones recreativas).

2.2 La condición establecida por el Artículo para que el Estado de la fuente los pueda gravar es que los sueldos, salarios u otras remuneraciones análogas se deriven del ejercicio de un empleo en ese Estado. Esto es válido independientemente del momento en que el empleado devengue esa renta, se le pague o la obtenga de manera definitiva.

Apartado 2

3. Este apartado reproduce el apartado 2 del Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE con la adición de una referencia a la base fija en el subapartado (b). El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que brinda explicaciones adicionales sobre el apartado 2 del Artículo, es aplicable al apartado 2 del Artículo 15 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del comentario sobre el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han insertado con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

3. El apartado 2 contiene una excepción general a la regla establecida en el apartado 1. Esta excepción cubre a todas las personas naturales que presten servicios [*personales dependientes*] en el marco de un empleo (representantes de venta, trabajadores de la construcción, ingenieros, etc.), en la medida en que su remuneración no caiga en el

ámbito de aplicación de otros Artículos, por ejemplo, los relativos a los servicios oficiales o a profesionales del espectáculo y deportistas.

4. Se deben cumplir las tres condiciones descritas en este apartado para que la exención sea aplicable a la remuneración. La primera condición limita la exención a las estancias de 183 días. Además, se establece que no podrá sobrepasarse ese plazo temporal “en cualquier período de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado”. Esta expresión difiere con el Borrador del Convenio [*de la OCDE*] de 1963 y con el Modelo de Convenio [*de la OCDE*] de 1977, que disponía que el período de 183 días ^[81] no podía sobrepasarse “durante el año fiscal considerado”, una redacción que planteaba dificultades cuando los años fiscales de los Estados Contratantes no coincidían, y que brindaba la oportunidad, por ejemplo, de organizar las operaciones de tal forma que los trabajadores permanecieran en el Estado considerado durante los últimos cinco meses y medio de un año y los primeros cinco meses y medio del siguiente. La redacción actual del subapartado 2 a) cierra esas oportunidades de elusión tributaria. Al aplicar esta redacción, deberán considerarse todos los períodos de doce meses consecutivos que sean posibles, incluso aquellos que se traslapen con otros hasta cierto punto. Por ejemplo, si un empleado está presente en un Estado durante 150 días entre el 1 de abril de 2001 y el 31 de marzo de 2002, pero está presente en ese país durante 210 días entre el 1 de agosto de 2001 y el 31 de julio de 2002, el empleado habrá Estado presente por un período que sobrepasa 183 días durante el segundo lapso de doce meses identificado más arriba, aun cuando no se haya cumplido la condición de presencia mínima en el transcurso del primer período y de que se traslape parcialmente el primer período con el segundo.

4.1 La referencia al “año fiscal en cuestión” debe interpretarse como una referencia a un año fiscal del Estado Contratante en el que un residente del otro Estado Contratante ha ejercido su empleo y durante el cual se han prestado los servicios de empleo pertinentes. Suponiendo, por ejemplo, que el año fiscal del Estado S va del 1 de enero al 31 de diciembre y que un residente del Estado R está presente y presta servicios de empleo en el Estado S entre el 1 de agosto de 2000 y el 28 de febrero de 2001. A los efectos del subapartado 2 a), sería relevante cualquier período de doce meses que comience entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2000 o finalice entre el 1 de enero

81 [*El mismo cambio fue hecho en 1999 en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas.*]

y el 31 de diciembre de 2001 y que incluya cualquier parte del período de los servicios de empleo. Por ejemplo, el período de doce meses del 1 de agosto de 2000 al 31 de julio de 2001, que comienza en el año fiscal 2000 y durante el cual la persona estuvo presente en el Estado S por más de 183 días, incluiría los servicios de empleo prestados en ese Estado entre el 1 de agosto y el 31 de diciembre de 2000; asimismo, el período de doce meses del 1 de marzo de 2000 al 28 de febrero de 2001, que finaliza en el año fiscal 2001 y durante el cual la persona estuvo presente en el Estado S por más de 183 días, incluiría los servicios de empleo prestados en ese Estado entre el 1 de enero y 28 de febrero de 2001. No es necesario que la tributación de la remuneración por los servicios relevantes tenga lugar en el año fiscal en cuestión: como se explicó anteriormente en los párrafos 2.2 y 12.1 [*del Comentario sobre el Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita más adelante en el párrafo 8*], el Artículo permite a un Estado gravar las remuneraciones derivadas del empleo ejercido en ese Estado en un año en particular, incluso si la remuneración por estos servicios de empleo se adquiere, o se recauda el impuesto, en un año diferente.

5. Aunque los países miembros han utilizado fórmulas distintas para calcular el período de 183 días, solo hay un método coherente con los términos de este apartado: el método de los “días de presencia física”. La aplicación de éste es sencilla ya que la persona natural está en el país o no está. Además, es relativamente fácil para el contribuyente aportar pruebas de su presencia cuando lo requieran las autoridades fiscales. Bajo este método, se incluyen en el cálculo: un día no completo, el día de llegada, el día de partida y los demás días pasados en el territorio del Estado de la actividad, incluyendo los sábados, domingos, fiestas nacionales, vacaciones tomadas antes, durante o después de la actividad; interrupciones de corta duración (períodos de formación, huelgas, cierre patronal, demoras en la recepción de suministros); bajas por enfermedad (salvo que impidan la marcha de la persona natural que, de no ser así, hubieran computado para la exención) y por causa de muerte o enfermedad en el entorno familiar. Sin embargo, los días pasados en tránsito en el Estado de la actividad en el curso de un viaje entre dos puntos fuera de ese Estado deben excluirse del cómputo. De lo anterior se deduce que los días completos pasados fuera del Estado de la actividad, ya sea por vacaciones, viajes de trabajo o por cualquier otra causa, no deberán contabilizarse. Todo día en el que parte de él, por pequeña que sea, el contribuyente esté presente en un Estado contará como un día de presencia en dicho Estado a efectos del cómputo del período de 183 días.

5.1 Sin embargo, los días durante los que el contribuyente sea residente del Estado de la fuente no deben formar parte del cómputo. El subapartado *a)* debe leerse en el contexto de la primera parte del apartado 2, en el que se hace referencia a “las remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado Contratante por razón de un empleo ejercido en el otro Estado Contratante”, expresión que no aplica a las personas que residan y trabajen en un mismo Estado. La expresión “el perceptor permanezca” del subapartado *a)* hace referencia al perceptor de dicha remuneración y, durante el periodo que reside en el Estado de la fuente, no puede decirse que una persona sea el perceptor de una remuneración obtenida por un residente de un Estado Contratante por razón de un empleo ejercido en el otro Estado Contratante. Los siguientes ejemplos ilustran esta situación:

- Ejemplo 1: desde enero de 2001 a diciembre de 2001, X vive en el Estado S, del que es residente. El 1 de enero de 2002 lo contrata un empleador residente del Estado R, a donde se traslada y del que se convierte en residente. Posteriormente, el empleador envía a X al Estado S desde el 15 al 31 de marzo de 2002. En ese caso, X está presente en el Estado S durante 292 días comprendidos entre el 1 de abril de 2001 y el 31 de marzo de 2002 pero, dado que él es residente del Estado S entre el 1 de abril de 2001 y el 31 de diciembre de 2001, el primer período no se tiene en cuenta a los efectos del cómputo del plazo al que se hace referencia en el subapartado *a)*.
- Ejemplo 2: desde el 15 hasta el 31 de octubre de 2001, Y, residente del Estado R, está presente en el Estado S para preparar la expansión en ese país de la actividad económica de ACO, también residente del Estado R. El 1 de mayo de 2002, Y se traslada al Estado S, donde se convierte en residente y trabaja como directora de una subsidiaria de nueva creación de ACO, residente del Estado S. En ese caso, Y está presente en el Estado S durante 184 días entre el 15 de octubre de 2001 y el 14 de octubre de 2002 pero, dado que es residente del Estado S entre el 1 de mayo y el 14 de octubre de 2002, este último período no se tiene en cuenta a los efectos del cómputo del plazo al que se hace referencia en el subapartado *a)*.

6. La segunda condición es que el empleador que paga las remuneraciones no sea residente del Estado en que se realiza la actividad. Algunos Estados miembros pueden considerar, sin embargo, que es inadecuado extender la excepción del apartado 2 a los casos en que el empleador no sea residente del Estado de residencia del empleado,

ya que pueden darse dificultades administrativas para determinar las rentas percibidas por el empleado por razón del empleo o para hacer efectivas las obligaciones del empleador en lo referente a la práctica de retenciones. Los Estados Contratantes que compartan dicha posición pueden adoptar la siguiente redacción como Alternativa Al subapartado 2 b):

- b) la remuneración es pagada por, o en nombre de, un empleador residente del Estado mencionado en primer lugar, y

6.1 La aplicación de la segunda condición en el caso de asociaciones de personas (*partnerships*) fiscalmente transparentes presenta dificultades, ya que dichas asociaciones de personas no tienen la calificación de residentes de un Estado Contratante de acuerdo con el Artículo 4 (véase el apartado 8.13 del Comentario al Artículo 4) [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 5 del Comentario al Artículo 4 de este Modelo*]. Aunque queda claro que una entidad de este tipo puede tener la calificación de “empleador” (en particular, según las definiciones dadas a dicho término en la legislación interna de ciertos países, por ejemplo, si un empleador se define como una persona sujeta al impuesto sobre los salarios), la aplicación de la condición al nivel de la asociación de personas sin tener en cuenta la situación de los socios, privaría a esa condición de sentido.

6.2 El objeto y fin de los subapartados b) y c) del apartado 2 son evitar la tributación en la fuente de los empleos de corta duración en la medida en que las remuneraciones no se admitan como un gasto deducible en el Estado de la fuente porque el empleador no esté sujeto a imposición en ese Estado, al no ser residente del mismo, ni disponer en él de un establecimiento permanente. Estos subapartados pueden estar justificados también por el hecho de que imponer la obligación de deducción en la fuente, cuando se trata de empleos de corta duración en un cierto Estado, puede considerarse una carga administrativa excesiva si el empleador no reside en ese Estado ni tiene en él un establecimiento permanente. Con el fin de llegar a una interpretación correcta del subapartado b), que esté en consonancia con su contexto y su objeto, deberá considerarse que, en el caso de entidades o acuerdos fiscalmente transparentes tales como asociaciones de personas (*partnerships*), dicho subapartado se aplica al nivel de los socios o miembros. Así, los conceptos de “empleador” y “residente” que figuran en el subapartado b) se aplicarían en el nivel de los socios o miembros y no al nivel de la entidad o el acuerdo fiscalmente transparente. Este enfoque es coherente con el enfoque contemplado en el apartado 2

del Artículo 1 según el cual el beneficio de otras disposiciones de los convenios fiscales, deben otorgarse con respecto a la renta que se somete a imposición a nivel de los socios o miembros y no a nivel de una entidad o acuerdo que sea tratado como fiscalmente transparente. Aunque esta interpretación puede generar dificultades cuando los socios residan en distintos Estados, éstas pueden abordarse mediante procedimiento de acuerdo mutuo para determinar, por ejemplo, el Estado en el que residen los socios que poseen la mayoría de las participaciones en la entidad o acuerdo (es decir, el Estado en el que se reclama la parte más importante de la deducción).

4. Algunos miembros del Comité de Expertos no están de acuerdo con la propuesta del apartado 6.2 del Comentario al Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado anteriormente, según la cual los conceptos de “empleador” y “residente” del subapartado (b) deben aplicarse al nivel de los socios. Rechazan la justificación de ese planteamiento, es decir, que en los casos de las asociaciones de personas (*partnerships*) fiscalmente transparentes, las disposiciones de los convenios fiscales deben aplicarse a nivel de los socios. Opinan que, para conseguir ese resultado, los convenios deben incorporar una regla especial.

5. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que brinda explicaciones adicionales con respecto al apartado 2 del Artículo, es aplicable al Artículo 15 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

7. En virtud de la tercera condición, si el empleador tiene un establecimiento permanente [*o un base fija si presta servicios profesionales o realiza otras actividades de carácter independiente*] en el Estado donde se ejerce el empleo, la exención es aplicable a condición de que las remuneraciones no sean soportadas por el establecimiento permanente [*o una base fija que éste tenga en ese Estado*]. La frase “sean soportadas” debe interpretarse a la luz del propósito subyacente en el subapartado c) del Artículo que consiste en garantizar que la excepción prevista en el apartado 2 no se aplique a la remuneración

que pueda generar la deducción, teniendo en cuenta los principios del Artículo 7 y la naturaleza de la remuneración, al calcular los beneficios de un establecimiento permanente situado en el Estado en el que se ejerce el empleo.

7.1 El hecho de que el empleador haya solicitado efectivamente o no una deducción por la remuneración al calcular los beneficios atribuibles al establecimiento permanente no es necesariamente concluyente, ya que el criterio correcto es si, al determinar los beneficios atribuibles al establecimiento permanente, debe tenerse en cuenta cualquier deducción que fuera aplicable en relación con esa remuneración. Este criterio se cumplirá, por ejemplo, aun cuando no se deduzca realmente importe alguno porque el establecimiento permanente esté exento de impuesto en el país de la fuente o porque el empleador simplemente decida no solicitar la deducción a la que tiene derecho. También se cumplirá si la remuneración no fuera deducible únicamente por razón de su naturaleza (por ejemplo, si el Estado considera que la emisión de acciones a consecuencia de una opción que el asalariado tenga sobre acciones no genera derecho a una deducción) y no porque no deba atribuirse al establecimiento permanente.

[...]

8. Existe una relación directa entre los principios que subyacen a la excepción descrita en el apartado 2 y el Artículo 7. El Artículo 7 se basa en el principio de que una empresa de un Estado Contratante no debe estar sujeta a imposición en el otro Estado a menos que su presencia económica en ese otro Estado haya alcanzado un nivel suficiente como para constituir un establecimiento permanente. La excepción del apartado 2 del Artículo 15 extiende este principio a la imposición de los empleados de dicha empresa, cuando sus actividades se lleven a cabo en el otro Estado durante un periodo relativamente breve. Los subapartados *b)* y *c)* dejan claro que esta excepción no se aplica cuando los servicios vinculados al empleo se presten a una empresa cuyos beneficios estén sujetos a imposición en un Estado, bien porque los lleva a cabo un residente de ese Estado o porque tenga un establecimiento permanente situado allí al que sean atribuibles los servicios.

8.1 Puede resultar difícil, en ciertos casos, determinar si los servicios prestados en un Estado por una persona natural residente de otro Estado, a una empresa del Estado mencionado en primer lugar (o que tiene un establecimiento permanente en ese Estado) constituyen servicios vinculados al ejercicio de un empleo, a los que será aplicable el

Artículo 15, o servicios prestados por una empresa distinta, a los que se aplicará el Artículo 7 o, de forma más general, si recaen en el ámbito de la excepción. Si bien en versiones anteriores los Comentarios trataban los casos en los que se estructuraban acuerdos esencialmente para obtener el beneficio de la exención prevista en el apartado 2 del Artículo 15, se observó que los mismos problemas podían plantearse en muchos otros casos que no entrañaban operaciones realizadas por motivos fiscales, por lo que se modificaron los Comentarios con la intención de tratar estas cuestiones de forma más amplia.

8.2 En algunos Estados, una relación contractual formal no se cuestionará a efectos fiscales a menos que exista evidencia de que se trata de una manipulación y estos Estados consideren, por legislación interna, que solo existen servicios vinculados a un empleo en presencia de una relación laboral formal.

8.3 Si a los Estados en que esto ocurra les preocupa que este criterio pueda conducir a la concesión de los beneficios de la excepción prevista en el apartado 2 en situaciones no deseadas (por ejemplo, los denominados casos de “contratación de mano de obra”), tienen la libertad de adoptar bilateralmente una disposición redactada en los siguientes términos:

El apartado 2 de este Artículo no se aplica a las remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado Contratante por razón de un empleo ejercido en el otro Estado Contratante, cuyo pagador, o aquel por cuenta de quien se paguen, sea un empleador no residente de ese otro Estado, si:

- a) en el transcurso de ese empleo, el perceptor presta sus servicios a una persona distinta del empleador y esa persona, directa o indirectamente, supervisa, dirige o controla la forma en la que se prestan esos servicios; y
- b) esos servicios constituyen parte integral de las actividades económicas ejercidas por esa persona.

8.4 Sin embargo, en muchos Estados se han desarrollado diversas normas y criterios legislativos o jurisprudenciales (por ejemplo, la regla de la primacía del fondo sobre la forma) a fin de distinguir los casos en los que los servicios prestados por personas naturales a una empresa deben considerarse realizados en el marco de una relación de empleo (contrato de servicio) de aquellos en los que los servicios deben considerarse prestados en virtud de un contrato para la prestación de servicios entre dos empresas independientes (contrato para la prestación de servicios). Esta distinción sigue siendo importante en

el momento de aplicar las disposiciones del Artículo 15, en concreto las de los subapartados *b)* y *c)* del apartado 2. Con sujeción a la limitación descrita en el apartado 8.11 [*a continuación del Comentario al Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*] y a menos que el contexto de un Convenio concreto lo requiera de otro modo, se someterá a lo dispuesto en la legislación interna del Estado de la fuente para determinar si los servicios prestados por una persona natural en ese Estado lo son por razón de una relación de empleo, y esa determinación regirá la aplicación del Convenio por ese Estado.

8.5 En algunos casos, los servicios prestados por una persona natural a una empresa pueden considerarse como prestados en el marco de un empleo a los efectos de la legislación tributaria interna, aun cuando los servicios se presten en virtud de un contrato formal para la prestación de servicios entre la empresa que los adquiere, de una parte y, por la otra, ya sea la persona natural por sí misma u otra empresa que haya empleado formalmente a esa persona o con la que ésta haya celebrado otro contrato formal para la prestación de servicios.

8.6. En tales casos, la legislación interna pertinente puede ignorar el modo en que se califican los servicios en los contratos formales. Dicha legislación puede optar por centrarse en primera instancia en la naturaleza de los servicios prestados por la persona natural y su integración en la actividad económica que desarrolle la empresa que adquiere los servicios a los efectos de concluir que existe una relación de empleo entre la persona natural y esa empresa.

8.7 Dado que el concepto de empleo al que se refiere el Artículo 15 se determinará de conformidad con la legislación interna del Estado que aplica el Convenio (con sujeción a la limitación descrita en el apartado 8.11 [*a continuación del Comentario del Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*] y salvo que el contexto de un Convenio concreto lo exija de otro modo), se deduce que un Estado que considera tales servicios como servicios prestados por razón de un empleo, aplicará el Artículo 15 en consecuencia. Lo lógico es concluir, por tanto, que la empresa a la que se prestan los servicios tiene una relación laboral con la persona que los lleva a cabo, siendo por tanto su empleadora a los efectos de los subapartados *b)* y *c)* del apartado 2. Esta conclusión es coherente con el objeto y fin del apartado 2 del Artículo 15, dado que, en ese caso, los servicios prestados en el marco de un empleo pueden considerarse prestados a un residente del Estado en el que se llevan a cabo.

8.8 Como se mencionó en el apartado 8.2, aun cuando la legislación interna del Estado que aplica el Convenio no plantee la posibilidad de cuestionar una relación contractual formal y, por tanto, no permita al Estado considerar que los servicios prestados a una empresa local por una persona natural formalmente empleada por un no residente se llevan a cabo en el marco de una relación de empleo (contrato laboral) con esa empresa local, ese Estado podrá denegar la aplicación de la excepción del apartado 2 en los casos abusivos (véase también los apartados 54 a 80 del Comentario al Artículo 1 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]).

8.9 [Eliminado]

8.10 El enfoque descrito en los apartados precedentes permite por tanto al Estado en el que se ejerce la actividad denegar la aplicación del apartado 2 en los casos abusivos y en aquellos en los que, por razón del concepto de empleo contenido en su legislación interna, los servicios prestados a una empresa local por una persona natural formalmente empleada por un no residente se entienden prestados en el marco de una relación de empleo (contrato laboral) con esa empresa local. Este enfoque garantiza la eliminación de la doble imposición en el Estado de residencia de la persona natural aun cuando ese Estado, en aplicación de su legislación interna, no considere que existe una relación de empleo entre la persona natural y la empresa a la que se prestan los servicios. En efecto, en la medida en que el Estado de residencia admita que el concepto de empleo en la legislación fiscal del Estado de la fuente o la existencia de acuerdos que constituyan un abuso del Convenio permitan a ese Estado someter a imposición las rentas obtenidas por una persona natural por razón de un empleo de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio, tendrá que eliminar la doble imposición conforme a las obligaciones que se desprenden de los Artículos 23A y 23B (véanse los párrafos 32.1 a 32.7 de los Comentarios [*Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se citan en el párrafo 15 del Comentario a los Artículos 23A y 23B de este Modelo*]). Podrá recurrirse al procedimiento de acuerdo mutuo previsto en el apartado 1 del Artículo 25 para abordar aquellos casos en los que el Estado de residencia considere que el otro Estado no ha aplicado correctamente el planteamiento antes descrito y, por tanto, considere que el otro Estado no ha sometido a imposición la renta en cuestión conforme a las disposiciones del Convenio.

8.11 Sin embargo, para llegar a concluir que, en aplicación de la legislación interna, debe ignorarse una relación contractual formal,

habrá que atenerse a criterios objetivos. Por ejemplo, un Estado no puede sostener que, en aplicación de su legislación, los servicios se consideran prestados en el marco de un empleo cuando, conforme a los hechos y circunstancias del caso, es claro que esos servicios se prestan en virtud de un contrato para la prestación de servicios celebrado entre dos empresas independientes. La exención prevista en el apartado 2 del Artículo 15 carecería de sentido si se permitiera a los Estados considerar como servicios prestados por razón de un empleo aquellos casos en los que claramente no exista una relación laboral, o si se denegara el estatus de empleador a una empresa explotada por un no residente cuando resulte obvio que la empresa presta servicios, mediante su propio personal, a una empresa explotada por un residente. Por el contrario, cuando un Estado pueda considerar correctamente que los servicios prestados por una persona natural lo son por razón de una relación de empleo y no en virtud de un contrato para la prestación de servicios celebrado entre dos empresas, ese Estado deberá considerar también, lógicamente, que la persona natural no explota la actividad económica de la empresa que constituye su empleador formal; esto puede ser importante, por ejemplo, a los efectos de determinar si esa empresa tiene un establecimiento permanente en el lugar en el que la persona natural desarrolla su actividad.

8.12 No obstante, puede que para un Estado no siempre sea fácil determinar si los servicios prestados por una persona natural pueden considerarse adecuadamente prestados como prestados por razón de una relación de empleo y no prestados en virtud de un contrato para la prestación de servicios que hubieran celebrado dos empresas. Cualquier desacuerdo entre Estados sobre esta cuestión deberá resolverse teniendo en cuenta los siguientes principios y ejemplos (recurriendo, cuando sea necesario, al procedimiento de acuerdo mutuo).

8.13 La naturaleza de los servicios prestados por la persona natural será un factor importante dado que lo lógico es asumir que un empleado presta servicios que formen parte de la actividad económica que desarrolla su empleador. Por tanto, es importante determinar si los servicios prestados por la persona natural forman parte de la actividad económica de la empresa para la que los presta. Para tal fin, resultará clave dirimir qué empresa asume la responsabilidad o el riesgo respecto de los resultados generados por el trabajo de la persona natural. No obstante, es obvio que este análisis únicamente resultará relevante si la persona natural presta sus servicios directamente a una empresa. Cuando, por ejemplo, una persona natural preste servicios a un fabricante por contrato o a una empresa a la que se subcontrata

la actividad, esa persona natural no está prestando sus servicios a las empresas receptoras de los bienes o servicios en cuestión.

8.14 Cuando la comparación de la naturaleza de los servicios prestados por la persona natural con la actividad económica ejercida por su empleador formal y por la empresa a la que se prestan los servicios revele una relación de empleo que difiera de la relación contractual formal, los factores adicionales que siguen pueden ayudar a determinar si éste es realmente el caso:

- quién está facultado para dar instrucciones a la persona natural en relación con el modo en que debe realizarse el trabajo;
- quién controla y es responsable por el lugar en el que se lleva a cabo el trabajo;
- el empleador formal factura la remuneración percibida por la persona natural directamente a la empresa a la que se prestan los servicios (véase el párrafo 8.15 a continuación);
- quién pone a disposición de la persona natural las herramientas y materiales de trabajo necesarios;
- quién determina el número y cualificaciones de las personas que van a desarrollar el trabajo;
- quién está facultado para elegir a la persona natural que ejecutará el trabajo y para poner fin a los acuerdos contractuales acordados con la persona natural para ese fin;
- quién está facultado para imponer medidas disciplinarias en relación con el trabajo efectuado por esa persona natural;
- quién determina los períodos de vacaciones y el horario de trabajo de esa persona natural.

8.15 Cuando una persona natural que es formalmente un trabajador asalariado de una empresa que presta servicios a otra empresa, los acuerdos financieros concluidos entre ambas empresas serán obviamente pertinentes—más no necesariamente determinantes—para concluir si el empleador formal factura directamente la remuneración percibida por la persona natural a la empresa a la que se prestan los servicios. Por ejemplo, si los cargos efectuados por la empresa que formalmente emplea a la persona natural comprenden la remuneración, las prestaciones derivadas de su condición de empleado y otros costes salariales de esa persona natural por los servicios que ha prestado a la otra empresa, sin incluir un elemento de beneficio, o con un elemento de beneficio calculado como porcentaje de dicha remuneración, beneficios y otros costes salariales, esto sería indicativo de que el empleador

formal carga directamente la remuneración de la persona natural a la empresa a la que presta el servicio. Sin embargo, no debería considerarse así en el caso de que los cargos efectuados por los servicios no tuvieran relación con la remuneración de la persona natural o si dicha remuneración fuera únicamente uno de los muchos elementos considerados al calcular el cargo, por lo que en realidad constituye un contrato para la prestación de servicios (por ejemplo, cuando una consultora factura a su cliente sobre la base de una tarifa por hora en relación con el tiempo empleado por uno de sus trabajadores en la ejecución de un contrato determinado, y esa tarifa tiene en cuenta los distintos costes de la empresa), a reserva de que esto sea conforme con el principio de plena competencia (*arm's length principle*) si las dos empresas están asociadas. Sin embargo, es importante señalar que la cuestión de si el empleador formal carga directamente la remuneración de la persona natural a la empresa a la que se prestan los servicios es solo uno de los factores subsidiarios que deben tenerse en cuenta para determinar si un Estado puede considerar adecuadamente que los servicios prestados por esa persona natural se enmarcan en una relación de un empleo y no en un contrato de prestación de servicios celebrado entre dos empresas.

8.16 Ejemplo 1: Aco, una sociedad residente del Estado A, celebra un contrato con Bco, sociedad residente del Estado B, para la prestación de servicios de formación. Aco está especializada en la formación para la utilización de software diverso y Bco desea formar a su personal en la utilización de un software recientemente adquirido. Se envía a X, un empleado de Aco, residente del Estado A a las oficinas de Bco en el Estado B para que imparta los cursos de formación en el marco de ese contrato.

8.17 En ese caso, el Estado B no podrá sostener que X tiene una relación de empleo con Bco o que Aco no es el empleador de X a los efectos de la aplicación del convenio entre los Estados A y B. X es formalmente un empleado de Aco, cuyos servicios, analizados a la luz de los factores descritos en los apartados 8.13 y 8.14, [*del Comentario anterior al Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*] forman parte de las actividades empresariales de Aco. Los servicios que X presta a Bco son llevados a cabo por cuenta de Aco de conformidad con el contrato firmado entre ambas empresas. Por tanto, siempre que X no esté presente en el Estado B durante más de 183 días durante cualquier período de doce meses considerado y que Aco no tenga en el Estado B un establecimiento permanente que soporte la carga de la remuneración de X, la excepción prevista en el apartado 2 del Artículo 15 será aplicable a la remuneración de X.

8.18 Ejemplo 2: Cco es una sociedad residente del Estado C, matriz de un grupo de sociedades entre las que se encuentra Dco, una sociedad residente del Estado D. Cco ha desarrollado una nueva estrategia de comercialización mundial para los productos del grupo. Con la intención de garantizar que Dco entiende y aplica correctamente la estrategia, siendo esta última quien vende los productos del grupo, Cco envía a X, uno de sus empleados que ha trabajado en el desarrollo de esa estrategia, para trabajar en la sede de Dco durante 4 meses, a fin de instruir a Dco en materia de comercialización y de garantizar que el departamento de comunicaciones de Dco entiende y cumple la estrategia de comercialización mundial.

8.19 En ese caso, la actividad de Cco incluye la gestión de las actividades de comercialización mundial del grupo y los propios servicios de X forman parte de esa actividad empresarial. Si bien podría argumentarse que fácilmente Dco podría haber contratado a un empleado para el desarrollo de la función de asesoramiento de la sociedad en relación con la comercialización, es obvio que frecuentemente son los consultores quienes desarrollan esa actividad, especialmente cuando es necesario contar con unos conocimientos especializados y durante un plazo de tiempo relativamente breve. Igualmente, la función de control del cumplimiento de la estrategia de comercialización mundial del grupo se enmarca en la actividad de Cco, más que en la de Dco. La excepción del apartado 2 del Artículo 15 debe aplicarse, por tanto, siempre que se satisfagan las restantes condiciones para su aplicación.

8.20 Ejemplo 3: una multinacional posee y explota hoteles en todo el mundo a través de una serie de subsidiarias. Eco, una de ellas, es residente del Estado E en el que posee y opera un hotel. X es un empleado de Eco que trabaja en ese hotel. Fco, otra subsidiaria del grupo que posee y opera un hotel en el Estado F en el que hay carencia de empleados con competencia en lenguas extranjeras. Por esa razón, se envía a X a trabajar durante 5 meses a la recepción del hotel de Fco. Fco paga los gastos de viaje a X, que formalmente continúa adscrito a Eco, de quien sigue además percibiendo su remuneración; Fco paga a Eco unos honorarios de gestión basados en la remuneración de X, las cotizaciones a sus seguros sociales y otros beneficios derivados de su condición de empleado durante el período en cuestión.

8.21 En ese caso, el trabajo ejercido en la recepción del hotel del Estado F, analizado a la luz de los factores descritos en los apartados 8.13 y 8.14 [*del Comentario anterior al Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], puede considerarse como

parte de la actividad económica de Fco consistente en la operación de ese hotel, en lugar de parte de la actividad de Eco. Según el criterio descrito anteriormente, si, en virtud de la legislación interna del Estado F, los servicios de X se consideran prestados a Fco por razón de una relación de empleo, el Estado F podría lógicamente considerar que Fco es el empleador de X, dejando sin aplicación la excepción del apartado 2 del Artículo 15.

8.22 Ejemplo 4: Gco es una sociedad residente del Estado G. Su actividad económica consiste en satisfacer la necesidad de las empresas de contar temporalmente con personal altamente especializado. Hco es una sociedad residente del Estado H que presta servicios de ingeniería en obras de construcción. A fin de dar cumplimiento a uno de sus contratos en el Estado H, Hco requiere de un ingeniero para un plazo de 5 meses. Hco contacta con Gco para tal fin. Gco recluta a X, un ingeniero residente del Estado X a quien contrata bajo un contrato de empleo por cinco meses. En un contrato distinto celebrado entre Gco y Hco, Gco acuerda prestar los servicios de X a Hco durante ese período. En virtud de estos contratos, Gco se hará cargo de la remuneración de X, sus cotizaciones a los seguros sociales, los gastos de viaje y otras percepciones y gastos relacionados con su empleo.

8.23 En ese caso, X presta servicios de ingeniería, mientras que la actividad de Gco es la de satisfacer las necesidades empresariales a corto plazo de otras empresas. Por su propia naturaleza, los servicios prestados por X no constituyen parte de la actividad económica de su empleador formal. Estos servicios, sin embargo, si se integran en las actividades empresariales de Hco, una empresa de ingeniería. En vista de los factores descritos en los apartados 8.13 y 8.14 [*del Comentario anterior al Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], el Estado H puede, por tanto, considerar que, según el criterio visto anteriormente, la excepción del apartado 2 del Artículo 15 es inaplicable a la remuneración de los servicios prestados por el ingeniero en ese Estado.

8.24 Ejemplo 5: Ico es una sociedad residente del Estado I, especializada en la prestación de servicios de ingeniería. Ico emplea a diversos ingenieros a tiempo completo. Jco, una empresa de ingeniería más pequeña residente del Estado J necesita temporalmente los servicios de un ingeniero para cumplir un contrato relacionado con una obra de construcción en el Estado J. Ico acuerda con Jco que uno de los ingenieros de la primera, residente del Estado I y que en este momento no está asignado a ningún proyecto contratado por Ico, trabajará durante 4 meses con un contrato de Jco bajo la supervisión y

el control directo de uno de los ingenieros-jefe de Jco. Jco pagará a Ico una contraprestación igual a la remuneración, cotizaciones sociales, gastos de viaje y demás remuneraciones vinculadas al empleo de ese ingeniero durante dicho plazo, además de una comisión del 5 por ciento. Jco accede asimismo a indemnizar a Ico por cualquier posible demanda relacionada con el trabajo del ingeniero durante ese período.

8.25 En ese caso, aun cuando Ico desarrolle la actividad de prestación de servicios de ingeniería, es obvio que el trabajo desarrollado por el ingeniero en esa obra en el Estado J se desarrolla por cuenta de Jco y no de Ico. La supervisión y el control directos ejercidos por Jco sobre el trabajo del ingeniero, el hecho de que Jco asuma la responsabilidad de ese trabajo y de que soporte los costes de la remuneración del ingeniero durante ese período, son factores que llevan a la conclusión de que el ingeniero tiene una relación de empleo con Jco. A la luz del enfoque descrito anteriormente, el Estado J puede considerar por tanto que la excepción contenida en el apartado 2 del Artículo 15 no es aplicable respecto de la remuneración por los servicios prestados por el ingeniero en ese Estado.

8.26 Ejemplo 6: Kco, una sociedad residente del Estado K y Lco, una sociedad residente del Estado L, forman parte del mismo grupo multinacional. Una gran parte de las actividades de ese grupo se estructura transversalmente y por funciones, lo que requiere que los empleados de diferentes empresas del mismo grupo trabajen conjuntamente bajo la supervisión de directores ubicados en distintos Estados y empleados por otras sociedades del grupo. X es un residente del Estado K empleado por Kco; X es una directiva de alto nivel encargada de la supervisión de la función de recursos humanos dentro del grupo multinacional. Dado que X es empleada de Kco, Kco interviene como centro de costos en relación con los recursos humanos del grupo; periódicamente, estos costos se cargan a cada una de las sociedades del grupo sobre la base de una fórmula que tiene en cuenta diversos factores tales como el número de empleados de cada sociedad. X tiene que viajar frecuentemente a otros Estados en los que otras sociedades del grupo tienen sus oficinas. Durante el último año, X pasó 3 meses en el Estado L a fin de trabajar en cuestiones de personal de Lco.

8.27 En ese caso, el trabajo desarrollado por X forma parte de las actividades que Kco desarrolla para su grupo multinacional. Estas actividades, al igual que otras tales como la comunicación corporativa, estrategia, finanzas y fiscalidad, tesorería, gestión de información y asistencia jurídica, normalmente están centralizadas en el caso de grandes grupos societarios. El trabajo que X lleva a cabo está por

tanto integrado en la actividad empresarial de Kco. La excepción del apartado 2 del Artículo 15 debe aplicarse por tanto a la remuneración que recibe X por su trabajo en el Estado L, siempre que se satisfagan las restantes condiciones para su aplicación.

8.28 Cuando, de conformidad con los principios y ejemplos antes mencionados, un Estado considere correctamente que los servicios prestados en su territorio por una persona natural lo han sido por razón de una relación de empleo en lugar de por un contrato de servicios firmado entre dos empresas, existe el riesgo de que las empresas estén obligadas a retener el impuesto en la fuente en ambas jurisdicciones respecto de la remuneración de esa persona natural aun cuando la doble imposición pueda evitarse finalmente (véase el párrafo 8.10 arriba [*del Comentario anterior del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 al Artículo 15*]). Las administraciones tributarias pueden reducir parcialmente esta dificultad de cumplimiento asegurándose de que sus legislaciones y prácticas internas aplicables a las relaciones de empleo son claras y que los empleadores las entienden correctamente, además de ser fácilmente accesibles. Igualmente, el problema puede atenuarse si el Estado de residencia permite a las empresas ajustar rápidamente el importe del impuesto que deba retenerse, de forma que se tenga en cuenta toda eliminación de doble imposición.

Apartado 3

6. El apartado 3 del Artículo 15 reproduce el apartado 3 del Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE como fue modificado en 2017. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que proporciona explicaciones adicionales sobre el apartado 3 del Artículo y sobre ciertas cuestiones que no se tratan expresamente en el Artículo, es aplicable al Artículo 15 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario sobre el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han insertado para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

9. El apartado 3 aplica a las remuneraciones de las tripulaciones de buques y aeronaves operados en el tráfico internacional y prevé que dichas remuneraciones podrán someterse a imposición

exclusivamente en el Estado de residencia del empleado. El principio conforme al que el derecho de imposición se otorga exclusivamente al Estado de residencia del empleado se introdujo en este apartado mediante una modificación realizada en 2017. Esta modificación tuvo por objeto establecer una norma más clara y administrativamente más simple en relación con la tributación de las remuneraciones de estas tripulaciones.

9.1 Se modificó a la vez la definición de tráfico internacional con el fin de asegurar que abarcara también el transporte mediante un buque o aeronave operado por una empresa de un tercer Estado. Como se explicó en el apartado 6.1 del Comentario al Artículo 3 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 10 del Comentario al Artículo 3 de este Modelo*], este último cambio permite la aplicación del apartado 3 del Artículo 15 a los residentes de un Estado Contratante que obtengan una remuneración por razón de un empleo ejercido a bordo de un buque o aeronave operados por una empresa de un tercer Estado.

9.2 No obstante, cuando el empleo lo ejerza un residente de un Estado Contratante a bordo de un buque o aeronave operados únicamente entre puntos del otro Estado, sería claramente inapropiado otorgar un derecho de imposición exclusivo al Estado de residencia del empleado. La frase “excepto cuando el buque o aeronave se operen únicamente entre puntos situados en el otro Estado Contratante” asegura la inaplicabilidad del apartado a dicho empleado, lo que implica que la imposición de la remuneración correspondiente a ese empleado se rige por lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del Artículo.

9.3 Como se señaló en el apartado 9 anterior [*del Comentario al Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], el apartado 3 es aplicable a las tripulaciones de buques o aeronaves. Esto queda claro mediante la referencia al empleo ejercido “como miembro de la tripulación habitual” del buque o aeronave. Esta redacción es lo suficientemente amplia como para abarcar cualquier empleo ejercido en el marco de la operación habitual del buque o aeronave, incluyendo, por ejemplo, las actividades de los empleados de los restaurantes de los que dispone un crucero o las de un auxiliar de vuelo aunque trabaje en el único vuelo antes de dejar su empleo; por el contrario, no abarca las actividades laborales que puedan llevarse a cabo a bordo del buque o aeronave pero que no estén relacionadas con su operación (por ejemplo, un empleado de una compañía de seguros que vende pólizas de hogar o automóvil a los pasajeros de un crucero).

9.4 Como se explicó en el párrafo 15 del Comentario al Artículo 8 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017; véase también el párrafo 18 del Comentario al Artículo 8 de este Modelo*], los Estados que deseen aplicar al transporte por ríos, canales y lagos el mismo tratamiento que al transporte marítimo y aéreo en el tráfico internacional, pueden ampliar el ámbito del Artículo 8 a los beneficios procedentes de la operación de las embarcaciones destinadas al transporte por vías navegables interiores. Estos Estados pueden estar también interesados en aplicar el apartado 3 del Artículo 15 a la remuneración de los empleados que ejercen su actividad en esas embarcaciones. Sin embargo, en el caso de la remuneración obtenida por un empleado que trabaja a bordo de una embarcación operada para el transporte por vías navegables interiores, el apartado 3 deberá aplicarse únicamente en la medida en que la embarcación la opere una empresa del Estado de residencia del empleado. De hecho, sería inapropiado exigir a un Estado Contratante que dejara exenta la remuneración obtenida por un empleado que siendo residente del otro Estado estuviera contratado por una empresa perteneciente al Estado mencionado en primer lugar (o por una empresa de un tercer Estado con el que el Estado mencionado en primer lugar no hubiera acordado la exención de los beneficios procedentes de la operación de embarcaciones en el tráfico por vías navegables interiores) cuando esa remuneración se corresponda con actividades desarrolladas exclusivamente en el Estado mencionado en primer lugar. Los Estados Contratantes que deseen tratar este problema pueden hacerlo incluyendo en sus Convenios bilaterales una disposición específica aplicable a las tripulaciones de las embarcaciones destinadas al tráfico por vías navegables interiores, que podría formularse como sigue:

No obstante las disposiciones precedentes de este Artículo y del Artículo 1, las remuneraciones obtenidas por una persona natural, residente o no de un Estado Contratante, por razón de un empleo como miembro de la tripulación habitual de una embarcación destinada al transporte por vías navegables interiores en un Estado Contratante y operada por una empresa del otro Estado, serán gravables exclusivamente en ese otro Estado. Sin embargo, dicha remuneración puede someterse también a imposición en el Estado mencionado en primer lugar cuando el perceptor sea un residente de ese Estado.

9.5 Como se señaló en el apartado 2 del Comentario al Artículo 8 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017; véase también el apartado 10 del Comentario al Artículo 8 de este Modelo*], algunos

Estados pueden preferir atribuir, de manera exclusiva, la potestad tributaria respecto de los beneficios derivados del transporte marítimo o aéreo al Estado en que se encuentra la sede de dirección efectiva de la empresa en lugar de al Estado de residencia. Cuando los Estados Contratantes adopten este enfoque deberán hacerse las modificaciones oportunas en las disposiciones alternativas enunciadas en los párrafos 9.4 y 9.6 [*del Comentario al Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], en caso de que éstas fueran a utilizarse.

9.6 Algunos Estados prefieren permitir la imposición de las remuneraciones de un empleado que trabaja a bordo de un buque o aeronave operado en tráfico internacional tanto por el Estado de la empresa que opera dicho buque o aeronave como por el Estado de residencia del trabajador. Los Estados que así lo deseen pueden redactar el apartado 3 como sigue:

3. No obstante las disposiciones precedentes de este Artículo y del Artículo 1, las remuneraciones obtenidas por una persona natural, residente o no de un Estado Contratante, por razón de un empleo como miembro de la tripulación habitual de un buque o aeronave, ejercido a bordo de un buque o aeronave operados en el tráfico internacional por una empresa de un Estado Contratante, serán gravables exclusivamente en ese Estado Contratante. Sin embargo, cuando el perceptor de dicha remuneración sea un residente del otro Estado Contratante dicha remuneración puede someterse también a imposición en ese otro Estado.

9.7 Algunos Estados que deseen aplicar ese enfoque pueden igualmente querer limitar la aplicación del apartado 3 a los empleados residentes de uno de los Estados Contratantes, lo que puede hacerse adoptando la redacción siguiente:

3. No obstante las disposiciones precedentes de este Artículo, las remuneraciones obtenidas por un residente de un Estado Contratante por razón de un empleo ejercido a bordo de un buque o aeronave operados en el tráfico internacional como miembro de la tripulación habitual del buque o aeronave, serán gravables exclusivamente en ese Estado. Sin embargo, cuando la empresa que opera dicho buque o aeronave sea una empresa del otro Estado Contratante, las remuneraciones así obtenidas pueden someterse también a imposición en el otro Estado.

9.8 Según la disposición alternativa del párrafo 9.6 anterior [*del Comentario al Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la*

OCDE de 2017], el Estado Contratante de la empresa tiene la potestad tributaria principal respecto de las remuneraciones pagadas al empleado. Cuando el empleado sea residente del otro Estado Contratante, la remuneración puede someterse a imposición también en el otro Estado, a reserva de la obligación de ese Estado de proceder a la eliminación de la doble imposición conforme a las disposiciones de los Artículos 23A o 23B.

9.9 Toda vez que esta disposición alternativa permite la imposición en el Estado de la empresa que opera el buque o aeronave, puede ayudar a resolver la situación de los empleados que trabajan frecuentemente a bordo de buques o aeronaves operados en el tráfico internacional y que pueden encontrar ventajoso establecer su residencia en Estados que apliquen poco o ningún impuesto sobre las rentas del empleo cuando éste se ejerce fuera de su territorio. Sin embargo, esta disposición supone que los Estados Contratantes tengan la posibilidad, conforme a su legislación interna, de gravar la remuneración pagada a los empleados que trabajan a bordo de buques o aeronaves operados en el tráfico internacional por el mero hecho de que la empresa que los opera sea una empresa de esos Estados. Cuando no sea éste el caso, la aplicación de esa disposición en combinación con el método de exención para la eliminación de la doble imposición generará un riesgo de no imposición. Supongamos, por ejemplo, que la disposición anterior se incluye en un Convenio entre los Estados R y S, que el Estado R aplica el método de exención y que un empleado residente del Estado R trabaja en vuelos entre el Estado R y terceros Estados operados por una aerolínea que es una empresa del Estado S. En ese caso, si la legislación interna del Estado S no le permite gravar las remuneraciones percibidas por los empleados de la aerolínea cuando éstos no sean residentes ni trabajen en dicho Estado S, el Estado S no podrá ejercer la potestad tributaria otorgada, mientras que el Estado R estará obligado a exonerar dichas remuneraciones dado que, conforme a las disposiciones del Convenio, es al Estado S a quien se le confiere el derecho a gravar dichas remuneraciones.

9.10 Como se explicó en el apartado 3 del Comentario al Artículo 8 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017; véase también el párrafo 11 del Comentario al Artículo 8 de este Modelo*], puede establecerse que la referencia a la “sede de dirección efectiva” de la disposición alternativa del apartado 2 [*del Comentario al Artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017; véase también el párrafo 10 del Comentario al Artículo 8 de este Modelo*] sea aplicable cuando la sede de dirección efectiva de una empresa de

transporte marítimo esté a bordo de un buque. Con arreglo a la legislación interna de algunos países [...], las remuneraciones percibidas por los miembros no residentes de la tripulación por razón del empleo ejercido a bordo de un buque solo pueden someterse a imposición si el buque tiene la nacionalidad de dicho Estado. Por tal razón, los convenios firmados entre esos Estados atribuyen el derecho a gravar tales remuneraciones al Estado de la nacionalidad del buque. Por otro lado, muchos Estados no pueden hacer uso de tal derecho tributario, en cuyo caso la disposición podría dar lugar a una situación de no imposición similar a la descrita en el párrafo anterior. Sin embargo, los Estados en cuya legislación interna se incluya ese principio de imposición podrán convenir bilateralmente la atribución del derecho a gravar las remuneraciones pagadas por un empleo ejercido a bordo de buques en el Estado de nacionalidad del buque.

10. Debe señalarse que no se incluyen disposiciones especiales relativas a la imposición de las rentas de los trabajadores fronterizos o de los empleados que trabajan en camiones o trenes que viajan entre Estados, ya que es preferible que los Estados afectados resuelvan directamente entre sí los problemas que resulten de las condiciones locales.

11. No se ha previsto ninguna disposición especial en relación con las remuneraciones pagadas a profesores visitantes o a estudiantes que trabajen para adquirir experiencia práctica. Muchos convenios contienen normas de uno u otro tipo para estos casos, cuyo propósito principal es facilitar las relaciones culturales mediante el reconocimiento de exenciones fiscales limitadas. Algunas veces la propia legislación tributaria interna establece las exenciones. La ausencia de disposiciones específicas no debe interpretarse en el sentido de impedir la inclusión de disposiciones de este tipo en los convenios bilaterales cuando se consideren convenientes.

7. Por lo que respecta al párrafo 11 del Comentario al Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado anteriormente, cabe señalar que, aunque los Artículos 14, 15, 19 y 23 pueden en general ser adecuados para prevenir la doble imposición de los profesores visitantes, algunos de los países tal vez deseen incluir un Artículo sobre profesores visitantes en sus convenios. Se hace referencia a los párrafos 11 a 13 del Comentario al Artículo 20 para un tratamiento integral de este tema.

Tratamiento de las opciones de compra de acciones (stock-options) para empleados

8. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que aborda la cuestión del tratamiento de las opciones de acciones de los empleados en virtud de las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, es aplicable a este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario sobre el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han insertado para proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

12. Las diferencias entre las reglas nacionales relativas a la imposición de las opciones de acciones (*stock-option*) para empleados, generan problemas concretos que se analizan a continuación. Si bien muchos de estos problemas se plantean en relación con otras formas de remuneración a empleados, particularmente aquellas que se basan en el valor de las acciones del empleador o de una empresa relacionada, son especialmente agudos en el caso de las opciones de compra de acciones. Esto se debe en buena medida al hecho de que estas opciones se gravan en un momento (por ejemplo, cuando se ejerce la opción o se venden las acciones) distinto a aquel en el que se prestan los servicios de empleo que se remuneran mediante dichas opciones.

12.1 Según se indica en el apartado 2.2, [*del Comentario al Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita antes en el apartado 2*], el Artículo permite al Estado de la fuente gravar la parte del beneficio de la opción que constituya una remuneración por un empleo ejercido en ese Estado, incluso si el impuesto se exige en un momento posterior, cuando el trabajador ya no está empleado en ese Estado.

12.2 Si bien el Artículo es aplicable al beneficio vinculado al empleo que resulta de una opción de acciones (*stock-option*) concedida a un empleado sin tener en cuenta cuándo se grava ese beneficio, es preciso distinguir ese beneficio laboral de la ganancia de capital que pudiera obtenerse de la enajenación de las acciones adquiridas al ejercer la opción. Este Artículo, y no el Artículo 13, será aplicable a todo beneficio derivado de la opción propiamente dicha, hasta en tanto se ejerza, transmita o enajene de cualquier otro modo (por ejemplo, por cancelación o adquisición por el empleador o emisor).

Sin embargo, una vez ejercida o enajenada la opción, el beneficio vinculado al empleo se materializa y toda ganancia ulterior derivada de las acciones adquiridas (por ejemplo, la plusvalía acumulada de las acciones después de ejercer la opción) la obtiene el empleado en su condición de inversor-accionista y quedará comprendida en el ámbito del Artículo 13. De hecho, en el momento en el que se ejerce la opción, que es lo que el empleado obtiene de su empleo, ésta desaparece y el receptor obtiene el estatus de accionista (y con frecuencia invierte dinero para serlo). No obstante, cuando la opción ejercida legitima al empleado para adquirir acciones que no le serán conferidas de forma irrevocable sino hasta el término de un período de empleo requerido, sería acertado aplicar este Artículo al incremento de valor, si lo hubiera, que se produzca hasta el final del período de empleo requerido posterior al ejercicio de la opción.

12.3 El hecho de que el Artículo no se aplique a un beneficio obtenido tras el ejercicio o la enajenación de la opción no implica en modo alguno que la imposición a la renta del empleo según la legislación interna deba producirse en el momento de ese ejercicio o enajenación. Como se indicó anteriormente, el Artículo no impone restricción alguna en cuanto al momento en el que el Estado de la fuente puede someter a imposición la renta correspondiente. Así pues, el Estado de la fuente podrá someter a imposición la renta correspondiente en el momento en que se concede la opción, en el que ésta se ejerce (o enajena), en el momento en que se vende la acción o en cualquier otro momento. Sin embargo, el Estado de la fuente puede gravar únicamente los beneficios atribuibles a la opción propiamente dicha y no los que puedan atribuirse a la tenencia posterior de las acciones adquiridas como consecuencia del ejercicio de esa opción (excepto en las circunstancias descritas en la última frase del párrafo anterior).

12.4 Puesto que el apartado 1 debe entenderse aplicable a todo beneficio obtenido de la opción hasta que ésta se ejerce, vende o enajena de otro modo, resulta irrelevante cómo se califica ese beneficio o parte de él a efectos tributarios internos. Por consiguiente, mientras que el Artículo se interpretará de forma que se permita al Estado de la fuente gravar los beneficios acumulados hasta la fecha del ejercicio de la opción, de su venta o enajenación de otro modo, se dejará a ese Estado libertad para determinar cómo se va a gravar ese beneficio, esto es, si como rentas del empleo o como ganancias de capital. Si el Estado de la fuente decide, por ejemplo, establecer un impuesto a la ganancia de capital sobre la opción cuando el empleado deja de ser un residente de ese país, ese impuesto se permitirá en virtud del Artículo.

Lo mismo sucederá en el Estado de residencia. Por ejemplo, si bien ese Estado tendrá el derecho de gravar en exclusiva el incremento de valor de la acción obtenida al ejercer la opción, dado que se considerará que este caso cae en el ámbito del Artículo 13 del Convenio, podría perfectamente decidir gravar esa plusvalía como renta del empleo en lugar de como ganancia de capital, conforme a su legislación interna.

12.5 Como regla general, a los beneficios derivados de una opción de acciones concedida a un empleado no les será aplicable el Artículo 21, el cual no se aplica a las rentas comprendidas en otros Artículos, o el Artículo 18, que solo es aplicable a las pensiones y otras remuneraciones análogas, incluso si la opción se ejerce a la conclusión del empleo o a partir de la jubilación.

12.6 El apartado 1 permite al Estado de la fuente someter a imposición los sueldos, salarios y otras remuneraciones análogas derivadas del empleo ejercido en ese Estado. La determinación de si, y en qué medida, una opción de acciones para empleados proviene de un empleo ejercido en un Estado determinado debe hacerse para cada caso en función de todos los hechos y circunstancias pertinentes, incluidas las condiciones contractuales asociadas a la opción (es decir, las condiciones bajo las cuales la opción concedida puede ser ejercida o enajenada). A esos efectos, deben tenerse en cuenta los siguientes principios generales.

12.7 El primer principio es que, como regla general, una opción de acciones para empleados no debe considerarse vinculada a ningún servicio que se preste con posterioridad al período de empleo que se requiere como condición para que el empleado adquiera el derecho al ejercicio de la opción. Por tanto, cuando una opción de acciones se concede a un empleado a condición de que preste servicios laborales para el mismo empleador (o una empresa asociada) por un período de tres años, el beneficio laboral derivado de esa opción no deberá atribuirse a servicios prestados tras ese período de tres años.

12.8 No obstante, al aplicar el principio anterior es importante distinguir entre el período de empleo requerido para devengar el derecho a ejercer la opción de acciones de empleados y un período que sea simplemente un lapso antes de que esa opción pueda ejercerse (un período de inacción). Así, por ejemplo, una opción concedida a un empleado con la condición de que siga trabajando para el mismo empleador (o una empresa relacionada) durante un período de tres años puede considerarse como obtenida por los servicios laborales prestados durante esos tres años, mientras que una opción que se

concede a un empleado en una fecha dada, sin condición de empleo subsiguiente, pero que, de acuerdo con sus términos y condiciones, solo puede ejercerse pasados tres años, no debe considerarse ligada a un empleo ejercido durante esos tres años, dado que el receptor devengaría el beneficio derivado de esa opción incluso si abandonara su empleo inmediatamente después de recibirla y esperase los tres años estipulados antes de ejercer la opción.

12.9 También es importante distinguir entre una situación en que se exige un período de empleo como condición para la adquisición del derecho a ejercer la opción, esto es, para el devengo de la opción, y una situación en que una opción ya devengada pudiera perderse en caso de no ejercerse antes de la terminación del empleo (o dentro de un corto período de tiempo posterior). En esta última situación, el beneficio derivado de la opción no deberá considerarse vinculado a los servicios prestados después del devengo, puesto que el empleado ya ha obtenido el derecho al beneficio y de hecho podría ejercerlo en cualquier momento. Una condición en virtud de la que la opción devengada pueda perderse en caso de extinción del empleo no es una condición para la adquisición del beneficio sino, más bien, una en virtud de la que el beneficio ya adquirido puede perderse posteriormente. Los ejemplos siguientes ilustran esta distinción:

- *Ejemplo 1:* El 1 de enero del año 1 se concede a un empleado una opción de acciones (*stock-option*). La adquisición de la opción está condicionada a que el empleado continúe trabajando para el mismo empleador hasta el 1 de enero del año 3. Una vez que se cumpla esta condición, la opción será ejercible desde el 1 de enero del año 3 hasta el 1 de enero del año 10 (una opción denominada “opción americana¹). Sin embargo, se estipula adicionalmente que toda opción no ejercida previamente se perderá en el momento de terminación del empleo. En este ejemplo, el derecho a ejercer esta opción se adquirió el 1 de enero del año 3 (es decir, la fecha de devengo), puesto que no se requiere del asalariado un período de empleo adicional para obtener el derecho a ejercer la opción.
- *Ejemplo 2:* El 1 de enero del año 1 se concede a un empleado una opción de acciones. La opción es ejercible el 1 de enero del año 5 (una opción denominada “opción europea”). La opción se ha concedido con la condición de que se ejerza el 1 de enero del año 5 siempre que el empleo no se haya extinguido antes de esa fecha. En este ejemplo, el derecho a ejercer la opción no se adquiere hasta el 1 de enero del año 5, que es su fecha de

ejercicio, dado que se requiere el mantenimiento del empleo hasta esa fecha para adquirir el derecho a ejercer la opción (devengo de la opción).

-
- 1 En el contexto de una opción sobre acciones “Americana”, el derecho a adquirir una acción puede ejercerse durante un determinado período (habitualmente un número de años), mientras que en el de una opción sobre acciones “europea” ese derecho solo puede ejercerse en un momento puntual (es decir, en una fecha concreta).

12.10 Se dan casos en que este primer principio pueda no ser aplicable. Uno de ellos es cuando la opción de acciones (*stock-option*) se conceda sin condiciones a un empleado en el momento en que acepta un empleo, o se le traslada a otro país, o se le asignan importantes nuevas responsabilidades y, en cada caso, la opción está claramente relacionada con las nuevas funciones que ese empleado se dispone a ejercer durante un período concreto en el futuro. En este caso, puede ser adecuado considerar que la opción está vinculada a estas nuevas funciones aun cuando el derecho a ejercerla se adquiere antes de que se lleven a cabo. También hay casos en que una opción técnicamente devengada confiere al empleado un derecho a adquirir acciones que no se devenga hasta el final de un cierto periodo de empleo. En estos casos, puede ser apropiado considerar que el beneficio derivado de la opción está vinculado a los servicios prestados durante todo el período que comprende desde la concesión de la opción a la liberación de las acciones.

12.11 El segundo principio es que una opción de acciones (*stock-option*) para empleados solo debe considerarse vinculada a los servicios prestados antes de la fecha en que se concede, en la medida en que esa concesión tenga por finalidad recompensar la prestación de esos servicios por el receptor durante un período determinado. Esto ocurriría, por ejemplo, cuando se pueda demostrar que la remuneración se basa en el buen desempeño pasado del empleado, durante un determinado período, o bien en los resultados financieros pasados del empleador, y que está condicionada a que el empleado haya estado contratado por el empleador o por una empresa asociada durante un determinado período al que se refieren esos resultados financieros. Asimismo, en algunos casos podrá haber pruebas objetivas que demuestren que durante un período de empleo en el pasado había una expectativa fundada entre los partícipes de un plan de opciones de acciones para empleados de que una parte de su remuneración de ese período vendría dada a través del plan, mediante la concesión de opciones de acciones en una fecha posterior. Estas pruebas pueden incluir, por

ejemplo, la práctica sistemática de un empleador que ha venido concediendo niveles similares de opciones de acciones durante un determinado número de años, siempre y cuando nada indique que tuviera la intención de discontinuar esa costumbre. Dependiendo de otros factores, esas pruebas pueden ser altamente determinantes de si, y en qué medida, las opciones de acciones están vinculadas a un período de empleo anterior.

12.12 Cuando se requiera un determinado período de trabajo como empleado para tener derecho a ejercer una opción de acciones, pero ese requisito no se aplique en determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando el empleador concluya la relación laboral o el empleado alcance la edad de jubilación, deberá considerarse, cuando se den esas circunstancias, que el beneficio derivado de la opción de acciones solo está ligado al período en que se prestaron los servicios.

12.13 Finalmente, pueden darse situaciones en las que determinados factores sugieran que una opción de acciones (*stock-option*) para empleados está recompensando servicios pasados, pero otros factores parezcan indicar que se vincula a servicios futuros. En caso de duda debe reconocerse que, por lo general, las opciones de acciones para empleados se conceden como un incentivo de cara al futuro desempeño o como una forma de retener a trabajadores valiosos. De manera que las opciones de acciones para empleados están esencialmente ligadas a la prestación de servicios futuros. No obstante, deberán tenerse en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes antes de poder tomar esa determinación y habrá casos en los que pueda demostrarse que una opción acciones está vinculada a períodos específicos de servicios pasados y futuros a la vez (por ejemplo, las opciones se conceden en función de la consecución por el empleado del cumplimiento de ciertos objetivos en el año anterior, pero solo son ejercitables si el empleado permanece en su empleo durante los siguientes tres años).

12.14 Cuando, sobre la base de los principios anteriores, se considere que una opción de acciones se obtiene como resultado de un empleo ejercido en más de un Estado, será necesario determinar qué parte del beneficio procedente de la opción se deriva del empleo ejercido en cada país a los efectos de la aplicación del Artículo y de los Artículos 23A y 23B. En estos casos el beneficio laboral atribuible a la opción de acciones deberá considerarse procedente de un país en particular en proporción al número de días durante los cuales se ejerció el empleo en ese país con relación al número total de días en que se prestaron

los servicios laborales de los que se deriva la opción. Para tal fin, los únicos días de empleo que deben tenerse en cuenta son aquellos que se computen a efectos del plan de opciones de acciones, por ejemplo, aquellos durante los cuales se haya prestado el servicio al mismo empleador o a otros empleadores siempre que el empleo así ejercido sea computable para completar el período de empleo requerido para adquirir el derecho a ejercer la opción.

12.15 Es posible que los países miembros se alejen de los principios anteriores (contenidos en los párrafos 12.7 a 12.14 [*del Comentario al Artículo 15 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]) para la resolución de cada caso, acordando bilateralmente otro enfoque específico. Por ejemplo, dos países que graven principalmente las opciones en el momento de su ejercicio pueden acordar, como principio general, que atribuirán la renta de una opción que esté ligada principalmente a servicios futuros, a los servicios prestados por un empleado en los dos Estados entre la fecha de la concesión y la fecha del ejercicio. Así, en el caso de opciones que no sean ejercibles hasta que el empleado haya prestado servicios para el empleador por un período determinado, dos Estados podrán convenir un enfoque que atribuya la renta de la opción a cada Estado en función del número de días trabajados en cada Estado por el empleado para el empleador en el período que va desde la fecha de la concesión hasta la fecha del ejercicio de la opción. Otro ejemplo sería el de dos países con reglas similares para el tratamiento de las opciones de acciones para empleados, que adoptaran disposiciones que otorgaran a uno de ellos derechos exclusivos de imposición sobre el beneficio laboral, incluso si una pequeña parte de los servicios laborales a los que está vinculada la opción se han prestado en el otro Estado. Naturalmente, los países miembros deben ir con cuidado a la hora de adoptar estos enfoques porque pueden generar doble imposición o doble no imposición si una parte del empleo se ejerce en un tercer Estado que no aplique un enfoque similar.

Artículo 16

REMUNERACIONES DE LOS MIEMBROS DE JUNTAS
DIRECTIVAS Y DE LOS DIRECTIVOS DE ALTO NIVEL

1. El apartado 1 del Artículo 16 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce el Artículo 16 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.
2. Por dicha razón, el Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 16 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable al apartado 1 del Artículo 16 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido incluidos para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):
 1. Este Artículo se refiere a las remuneraciones recibidas por un residente de un Estado Contratante, sea persona natural o jurídica, en calidad de miembro de una junta directiva de una sociedad residente del otro Estado Contratante. Como a veces podría ser difícil determinar dónde se prestan los servicios, la disposición los regula como si se hubieran prestado en el Estado de residencia de la sociedad.
 - 1.1 Los países miembros, en general, han interpretado que las palabras “remuneraciones y otros pagos análogos” abarcan las prestaciones en especie recibidas por una persona en su calidad de miembro de la junta directiva de una sociedad (por ejemplo, opciones de acciones (*stock- options*), el uso de una vivienda o automóvil, el seguro médico o de vida o las afiliaciones a clubes).
 2. Es frecuente que un miembro de la junta directiva de una sociedad ejerza también otras actividades en la sociedad, por ejemplo, como empleado ordinario, asesor, consultor, etcétera. El Artículo no se aplica, evidentemente, a las remuneraciones que se paguen a dicha persona por el ejercicio de esas otras funciones [*a no ser que dicha remuneración se considere dentro del ámbito del apartado 2 del Artículo 16 de este Modelo*].
 3. En algunos países las sociedades tienen órganos de funciones similares a las de las juntas directivas. Los Estados Contratantes

pueden incluir en sus convenios bilaterales a esos órganos sociales, en una disposición equivalente a la del Artículo 16.

3.1. Muchas de las cuestiones examinadas en los párrafos 12 a 12.15 del Comentario al Artículo 15 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 8 del Comentario al Artículo 15 de este Modelo*] en relación con las opciones de acciones (*stock-options*) otorgadas a los empleados se plantearán también en el caso de las opciones de acciones otorgadas a miembros de las juntas directivas de las sociedades. En la medida en que las opciones de acciones se otorguen a un residente de un Estado Contratante en calidad de miembro de la junta directiva de una sociedad que es residente del otro Estado, ese otro Estado tendrá derecho a someter a imposición la parte del beneficio de la opción de acciones que constituye la remuneración de los miembros de las juntas directivas o un pago semejante (véase el apartado 1.1 [*del Comentario al Artículo 16 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]) aun cuando el impuesto se aplique posteriormente, cuando la persona ya no sea miembro de dicha junta. Si bien el Artículo se aplica al beneficio resultante de una opción de acciones otorgada a un miembro de la junta directiva, independientemente de cuándo se grava ese beneficio, es preciso distinguir ese beneficio de las ganancias de capital que puedan resultar de la enajenación de las acciones adquiridas al ejercer la opción. Se aplicará el presente Artículo, y no el Artículo 13, a los beneficios resultantes de la propia opción hasta que ésta se ejerza, venda o enajene de otra manera (por ejemplo, mediante cancelación o adquisición por la compañía o el emisor). No obstante, una vez que se ejerce o enajena la opción, el beneficio imponible en virtud del presente Artículo se ha hecho efectivo y las posibles ganancias posteriores con las acciones adquiridas (es decir, el valor de las acciones que se devenga después del ejercicio) serán obtenidas por el miembro de la junta directiva en calidad de inversionista-accionista y estarán cubiertas por el Artículo 13. De hecho, es en el momento del ejercicio cuando la opción, que es lo que el miembro de la junta obtuvo en calidad de tal, desaparece y el receptor obtiene la condición de accionista (y normalmente invierte dinero para ello).

3. El Artículo 16 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas incluye también un segundo apartado, que no figura en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, relativo a las remuneraciones de empleados con altos cargos directivos.

4. El anterior Grupo de Expertos decidió que cuando un alto cargo directivo de una sociedad residente de un Estado Contratante fuera ocupado por un residente del otro Estado Contratante, la remuneración pagada a ese funcionario debería quedar sujeta al mismo régimen que las remuneraciones de los miembros de las juntas directivas..

5. La expresión “directivos de alto nivel” se refiere a un grupo limitado de cargos que llevan aparejada la responsabilidad primaria de la dirección general de las operaciones de la sociedad, aparte de las actividades de los directores. La expresión comprende a una persona que actúa a la vez como director general y directivo de alto nivel.

Artículo 17

PROFESIONALES DEL ESPECTÁCULO Y DEPORTISTAS

1. El Artículo 17 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce el Artículo 17 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. A diferencia de la expresión “profesional del espectáculo”, el término “deportista” no va seguido en el apartado 1 de ejemplos ilustrativos, pero se debe interpretar igualmente de forma amplia, compatible con el espíritu y la finalidad del Artículo.

2. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 17 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2010⁸² es aplicable al Artículo 17 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

Apartado 1

1. El apartado 1 prevé que los profesionales del espectáculo y los deportistas que sean residentes de un Estado Contratante podrán ser gravados en el otro Estado Contratante en el que ejerzan sus actividades en calidad de tales, tengan dichas actividades un carácter empresarial [*o el carácter de servicios técnicos o de servicios personales dependientes o independientes*]. Esta disposición constituye una excepción a las reglas del [*los*] Artículo[s] 7, [12A y 14] y a la del apartado 2 del Artículo 15, respectivamente.

2. Esta disposición permite evitar las dificultades prácticas que se presentan frecuentemente en la tributación de los profesionales del espectáculo y deportistas que actúan en el extranjero. Por otra parte, disposiciones demasiado rígidas podrían suponer en ciertos casos un obstáculo para los intercambios culturales. A fin de evitar este inconveniente, los Estados, de común acuerdo, podrán limitar la aplicación

82 Se hace referencia a la versión del 2010 del Comentario al Artículo 17 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE porque el Comité no examinó en detalle el extenso número de modificaciones que se hicieron a dicho Comentario en 2014.

del apartado 1 a las actividades ejercidas con carácter empresarial [*o independiente*]. Con esta finalidad, será suficiente enmendar el texto del presente Artículo de modo que solo se haga una excepción a las disposiciones del Artículo [*14, las disposiciones del Artículo 17 prevalecen sobre aquellas del Artículo 7 en virtud del apartado 6 de dicho Artículo*⁸³]. En este caso, a los profesionales del espectáculo y a los deportistas que reciban sueldos o salarios se les aplicará automáticamente el Artículo 15 y, por ende, se beneficiarán de las exenciones previstas en el apartado 2 de este último Artículo.

3. El apartado 1 se refiere a profesionales del espectáculo y deportistas. Aunque no se puede dar una definición precisa de la expresión “profesional del espectáculo”, el apartado 1 incluye ejemplos de las personas que podrían considerarse en esa categoría. Esos ejemplos no han de considerarse exhaustivos. Por un lado, la expresión “profesional del espectáculo” claramente abarca a los actores de teatro, un actor cinematográfico y un actor (incluido, por ejemplo, un ex deportista) en un anuncio comercial de televisión. El Artículo se puede también aplicar a las rentas recibidas de actividades que son de naturaleza política, social, religiosa o benéfica, si en ellas existe un elemento de entretenimiento. Por otra parte, no abarca al conferenciante visitante o al personal administrativo o de apoyo (por ejemplo, camarógrafos de una película, productores, directores cinematográficos, coreógrafos, personal técnico, personal de apoyo de un grupo de música popular, etcétera). Entre ambas categorías se advierte una zona gris en la que es necesario examinar la totalidad de las actividades de la persona natural de que se trate.

4. Una persona natural puede a la vez dirigir un espectáculo y actuar en él, o puede dirigir y producir programas o películas de televisión y asimismo actuar en ellos. En esos casos es menester examinar qué hace concretamente esa persona en el Estado en el cual se lleva a cabo el espectáculo. Si las actividades en ese Estado son básicamente actividades relacionadas con el espectáculo, el presente Artículo se aplicará a todas las rentas que la persona obtenga en dicho Estado. Sin embargo, si el elemento de espectáculo es una parte insignificante de lo que esa persona hace en dicho Estado, la totalidad de su renta quedará fuera del ámbito del presente Artículo. En otros casos será necesario efectuar una distribución.

83 [*De forma similar, las disposiciones del Artículo 17 prevalecen sobre aquellas del Artículo 12A por virtud del apartado 2 de este último Artículo.*]

5. Aunque no se define con precisión, el término “deportistas” no está restringido a los participantes en las actividades atléticas tradicionales (por ejemplo, corredores, especialistas en salto o nadadores). Comprende también, por ejemplo, golfistas, jockeys, futbolistas, jugadores de cricket, tenis y pilotos de automóviles de carrera.

6. El presente Artículo se aplica, también, a las rentas provenientes de otras actividades que comúnmente se considera que involucran un elemento de entretenimiento, como las relacionadas con torneos de billar, ajedrez y bridge.

7. Las rentas recibidas por representantes, etcétera, por organizar la aparición de un artista o un deportista escapan al ámbito del presente Artículo, sin embargo, toda renta que reciban en representación del profesional del espectáculo o del deportista caerá naturalmente dentro del ámbito del presente Artículo.

8. El apartado 1 se aplica a las rentas obtenidas directa e indirectamente por un artista o un deportista. En algunos casos esas rentas no se pagarán directamente a la persona o a su representante o agente. Por ejemplo, al músico de orquesta se le pagará un sueldo y no una suma por cada concierto: el Estado Contratante en el cual se celebre el concierto tendrá derecho, conforme al apartado 1, a gravar la proporción del sueldo del músico que corresponda a ese recital. Análogamente, cuando el profesional del espectáculo o el deportista es empleado, por ejemplo, por una sociedad integrada por una sola persona, el Estado en el cual actúe el profesional del espectáculo o el deportista podrá gravar un porcentaje apropiado de toda remuneración que se le pague. Además, cuando la legislación nacional considere como fiscalmente transparente (*look-through*) a dicha entidad y estime que la renta es recibida directamente por la persona natural, el apartado 1 autoriza al Estado a gravar las rentas provenientes de actividades llevadas a cabo en su territorio y que se acumulan a las rentas de la entidad para beneficio de la persona natural, incluso cuando esa renta en realidad no sea pagada a la persona natural a manera de remuneración.

9. Además de los honorarios por su actuación, los profesionales del espectáculo y los deportistas reciben rentas en la forma de regalías u honorarios por patrocinio o publicidad. En general, se aplicarán otros Artículos siempre que no haya habido un nexo directo entre la renta y una actuación pública del artista en el país del que se trate. Las regalías por derecho de propiedad intelectual, por lo común, estarán abarcados por el Artículo 12 y no por el Artículo 17 (véase el párrafo 18 del Comentario al Artículo 12 [*del Modelo de Convenio Tributario*]).

de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 13 del Comentario al Artículo 12 de este Modelo)), pero en general, los honorarios por publicidad y patrocinio estarán exentos de la aplicación del Artículo 12. El Artículo 17 se aplicará a las rentas provenientes de publicidad o patrocinio, relacionadas directa o indirectamente con las actuaciones o representaciones en un Estado determinado. Las rentas similares que no puedan imputarse a esas actuaciones o representaciones quedarán regidas por las normas ordinarias de los Artículos [7, 14] o 15, según corresponda. Los pagos recibidos en concepto de cancelación de un espectáculo también escapan al ámbito del Artículo 17 y quedan regidos por los Artículos 7, [14] o 15, según el caso.

10. El Artículo nada dice respecto de la forma en que se ha de calcular la renta de que se trata. Corresponde al derecho interno del Estado Contratante determinar la cuantía de las deducciones por gastos. Las legislaciones nacionales tienen diferencias en este aspecto y algunas establecen regímenes de tributación en la fuente, a una tasa baja basada en la cuantía bruta pagada a los profesionales del espectáculo y deportistas. Esas reglas también se pueden aplicar a las rentas pagadas a grupos o equipos constituidos como entidad jurídica, elencos de teatro, etcétera. No obstante, algunos Estados quizá consideren que la tributación de la cuantía bruta no sea apropiada en algunas circunstancias, aun cuando la tasa aplicable sea baja. Esos Estados quizá deseen ofrecer la opción de que el contribuyente sea gravado con una tasa neta. Ello podría realizarse mediante la inclusión de un apartado redactado de la siguiente manera:

Cuando un residente de un Estado Contratante perciba las rentas mencionadas en el apartado 1 o 2 y dichas rentas sean imponibles en el otro Estado Contratante sobre una base bruta, esa persona podrá, en [el período de tiempo determinado por los Estados Contratantes], solicitar al otro Estado por escrito que las rentas sean imponibles sobre una base neta en ese otro Estado. Esta solicitud deberá ser aceptada por el otro Estado. Al determinar la renta imponible de dicho residente en el otro Estado se aceptarán como deducciones los gastos deducibles en virtud de la legislación interna del otro Estado incurridos en relación con las actividades ejercidas en el otro Estado y que estén a disposición de un residente del otro Estado que ejerza las mismas o similares actividades en las mismas o similares condiciones.

Apartado 2

11. El apartado 1 del Artículo se refiere a las rentas obtenidas por profesionales del espectáculo y deportistas por sus actividades personales. El apartado 2 se aplica a las situaciones en las cuales las rentas correspondientes a las actividades de esos profesionales son percibidas por otras personas. Cuando la renta de un profesional del espectáculo o de un deportista es recibida por un tercero, y el Estado de la fuente no tiene derecho por ley a considerar como fiscalmente transparente (*look-through*) a la persona que recibe la renta, a fin de gravarla como renta del profesional del espectáculo, el apartado 2 dispone que la parte de la renta que no se puede sujetar a imposición en manos del profesional del espectáculo se podrá gravar en manos de la persona que reciba la remuneración. Si la persona que recibe la renta lleva a cabo actividades empresariales, el país fuente puede sujetarla a imposición incluso si ésta no es atribuible a un establecimiento permanente situado en él. [*Asimismo, si la persona que recibe la renta es una persona natural que desarrolla actividades personales independientes, esa renta podrá estar sujeta a imposición incluso si las condiciones del apartado 1 del Artículo 14 no se satisfacen.*] Pero no siempre será así. Las principales situaciones de ese tipo son las tres siguientes:

- a) La primera es la sociedad de gestión que recibe la renta por la presentación, por ejemplo, de un grupo de deportistas (que no está constituido como entidad jurídica).
- b) La segunda es la del equipo, elenco teatral, orquesta, etcétera, que esté constituido como entidad jurídica. Las rentas por sus representaciones pueden ser pagadas a la entidad. Los integrantes del equipo, orquesta, etcétera, quedarán sujetos a imposición, en virtud del apartado 1, en el Estado en el cual realicen su actuación, por cualquier remuneración (o renta que se reciba en su nombre) como contraprestación por su actuación; sin embargo, si los integrantes de esas entidades reciben una remuneración periódica fija y resulta difícil imputar una parte de esa renta a actuaciones concretas, los países miembros pueden decidir, unilateral o bilateralmente, abstenerse de gravarlas. El elemento de beneficio que obtiene la entidad jurídica debido a la representación quedará sujeto a imposición conforme al apartado 2.
- c) La tercera situación se refiere a algunos procedimientos de evasión de impuestos cuando la remuneración por la actuación del profesional del espectáculo o del deportista no se abona al propio profesional o deportista, sino a un tercero, por ejemplo, a las llamadas sociedades de profesionales del espectáculo, de suerte

que la renta no se gravará en el Estado donde se ejerza la actividad, ni como renta por servicios personales del profesional o del deportista, ni como beneficio de la empresa, de no existir un establecimiento permanente. Algunos consideran dichos acuerdos como fiscalmente transparentes (*look-through*) conforme a su legislación nacional, calificando que las rentas son percibidas por el profesional del espectáculo o el deportista; en esos casos, el apartado 1 faculta a esos países a sujetar a imposición las rentas provenientes de actividades en su territorio. Otros países no están facultados para obrar de esa manera. Cuando la actuación se realiza en uno de estos países, el apartado 2 autoriza al país a gravar los beneficios transferidos de la renta del profesional del espectáculo o el deportista a la empresa. Sin embargo, puede haber Estados a los que su legislación interna no les permita aplicar esa disposición. Esos Estados podrán convenir en otras soluciones o eliminar el apartado 2 en sus convenios bilaterales.

11.1 La aplicación del apartado 2 no se limita a las situaciones en que tanto el profesional del espectáculo o deportista como la otra persona que percibe la renta (una sociedad de representación, por ejemplo) sean residentes del mismo Estado Contratante. El apartado autoriza al Estado en el que se ejercen las actividades de un profesional del espectáculo o deportista a gravar las rentas resultantes de esas actividades y percibidas por otra persona, independientemente de otras disposiciones del Convenio que pudieran ser también aplicables. Así pues, no obstante lo dispuesto por el Artículo 7, el apartado autoriza a ese Estado a gravar las rentas percibidas por una sociedad de representación residente del otro Estado Contratante aun cuando el profesional del espectáculo o deportista no sea residente de ese otro Estado. Por el contrario, cuando la renta de un profesional del espectáculo residente de uno de los Estados Contratantes corresponda a una persona (por ejemplo, una sociedad de representación que sea residente de un tercer Estado con el que el Estado de la fuente no tenga un convenio tributario), nada impedirá al Estado Contratante gravar a esa persona de conformidad con la legislación interna.

11.2 No obstante, por regla general debe observarse que independientemente del Artículo 17, el Convenio no impedirá la aplicación de normas generales contra el uso indebido de los convenios tributarios contenidas en la legislación interna del país fuente que permitirían a ese Estado gravar al profesional del espectáculo/deportista o a la sociedad de representación en los casos abusivos [...]. *[Esto también se permitiría bajo las disposiciones del apartado 9 del Artículo 29.]*

Consideraciones adicionales relacionadas con los apartados 1 y 2

12. En los casos previstos en los apartados 1 y 2, cuando el Estado de residencia de la persona que reciba la renta utilice, para eliminar la doble imposición, el método de exención, dicho Estado no podrá gravar tal renta, aunque el Estado en el cual se realice la actividad no pueda hacer uso de su derecho de imposición. Por lo tanto, queda entendido que en esos casos deberá utilizarse el método de crédito de impuestos. Igual resultado podría obtenerse si se estipula que el Estado de residencia de la persona que perciba la renta tendrá un derecho subsidiario de imposición si el Estado donde se llevan a cabo las actividades no puede hacer uso del derecho que le confieren los apartados 1 y 2. Los Estados Contratantes podrán optar por uno u otro método para velar por que la renta no eluda la imposición.

13. El Artículo 17 se aplicará por lo común cuando el profesional del espectáculo o el deportista sea empleado por un gobierno y derive rentas de ese gobierno; véase el apartado 6 del Comentario al Artículo 19 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 2 del Comentario al Artículo 19 de este Modelo*]. Algunos convenios tributarios contienen disposiciones que excluyen de la aplicación del Artículo 17 a los profesionales del espectáculo y a los deportistas empleados por organizaciones subvencionadas con recursos públicos.

14. Algunos países pueden considerar apropiado excluir del ámbito del presente Artículo las actividades financiadas con fondos públicos. Esos países pueden incluir una disposición a ese efecto, pero las exenciones deben basarse en criterios objetivos y claramente definidos a fin de velar por que se otorguen solo en los casos deseados. El texto de esa disposición podría ser el siguiente:

Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no se aplicarán a las rentas provenientes de actividades realizadas en un Estado Contratante por profesionales del espectáculo o deportistas cuando la visita a dicho Estado se financie total o principalmente con fondos públicos de un Estado Contratante o de ambos Estados Contratantes o sus subdivisiones políticas o administraciones locales. En ese caso las rentas quedarán sujetas a imposición solo en el Estado Contratante del cual el profesional del espectáculo o el deportista sea residente.

3. Cuando los ejemplos presentados en el Comentario al apartado 2 del Artículo 17 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE citado anteriormente fueron considerados por el anterior Grupo de Expertos, algunos miembros indicaron que dichos ejemplos no debían entenderse en el sentido de que limitar el ámbito de aplicación de la tributación de los tipos de rentas mencionados en ese Comentario. De hecho, la redacción del Comentario permitiría gravar a la empresa en el otro Estado Contratante, con las mismas limitaciones impuestas para los profesionales o deportistas residentes de un Estado Contratante y que realizaran actividades en el otro Estado.

4. Otros miembros, en cambio, expresaron la opinión de que algunos países quizá desearan que el apartado 2 tuviera un ámbito más limitado.

Artículo 18

PENSIONES Y PAGOS POR SEGURIDAD SOCIAL

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Para el Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas se ofrecen dos alternativas: el Artículo 18 (Alternativa A) y el Artículo 18 (Alternativa B).

2. El Artículo 18 (Alternativa A), como el Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, dispone que el Estado de residencia tiene el derecho exclusivo de gravar las pensiones y otras remuneraciones similares. Sin embargo, se aparta del Artículo de la OCDE al conceder al país fuente el derecho exclusivo de imposición cuando los pagos de que se trate se hagan en el marco de un esquema público de pensiones que sea parte del sistema de seguridad social de ese Estado o de una de sus subdivisiones políticas o administraciones locales.

3. En virtud del Artículo 18 (Alternativa B), el país de la fuente puede gravar las pensiones y otras remuneraciones similares, y las disposiciones del Artículo 23A o 23B determinarán si el Estado de residencia exentará esas rentas o permitirá, como deducción de su propio gravamen sobre esas rentas, el impuesto pagado en el país fuente. Sin embargo, el Artículo 18 (Alternativa B) autoriza la imposición exclusiva en la fuente cuando los pagos se hagan en el marco de un esquema público que sea parte del sistema de seguridad social de un Estado o de una de sus subdivisiones políticas o administraciones locales.

B. COMENTARIO A LAS DOS VERSIONES ALTERNATIVAS DEL ARTÍCULO 18**Comentario a los Apartados del Artículo 18 (Alternativa A)***Apartado 1*

4. Según este apartado, las pensiones, y otras remuneraciones similares, pagadas en relación con el empleo privado solo pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del beneficiario.

Como este apartado reproduce el texto del Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, el Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable al apartado 1 del Artículo 18 (Alternativa A) de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

1. De conformidad con *[el apartado 1 de]* este Artículo, las pensiones pagadas en relación con el empleo privado solo pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del beneficiario. Varias consideraciones sobre política y cuestiones administrativas respaldan el principio que otorga al Estado de residencia el derecho de gravar este tipo de pensiones y remuneraciones similares. Por ejemplo, el Estado de residencia del receptor de una pensión está en mejores condiciones que ningún otro Estado para calibrar la capacidad general del receptor de pagar impuestos, que depende fundamentalmente de las rentas percibidas en todo el mundo y de las circunstancias personales, como las responsabilidades familiares. Esta solución evita también el imponer al receptor de este tipo de pensión, la carga administrativa de tener que cumplir las obligaciones tributarias en Estados distintos de su Estado de residencia.

[...]

Alcance del [Apartado 1]

3. Los tipos de pago incluidos en el *[apartado 1]* no son únicamente las pensiones pagadas directamente a antiguos empleados, sino también a otros beneficiarios (por ejemplo, el cónyuge superviviente, la pareja o los hijos supervivientes de los empleados) y otros pagos similares, como las rentas vitalicias pagadas por un empleo anterior. *[El apartado 1]* se aplica también a las pensiones pagadas en relación con servicios prestados en el pasado a un Estado o a una de sus subdivisiones políticas o administraciones locales que no estén comprendidas en las disposiciones del apartado 2 del Artículo 19. No obstante, el *[apartado 1]* solo se aplica a los pagos asociados con un empleo anterior; por consiguiente, no se aplicaría, por ejemplo, a una renta vitalicia generada directamente con capital que no se ha financiado a través de un esquema de pensiones por un empleo. El

[*apartado 1*] se aplica independientemente del tratamiento tributario del esquema bajo el cual se hacen los pagos pertinentes; así, un pago efectuado en virtud de un plan de pensiones que no pueda acogerse a alguna desgravación fiscal podría, sin embargo, incluirse en el concepto de “pensión u otras remuneraciones similares” (la asimetría fiscal que podría producirse en esa situación se examina más adelante). De manera similar, el [*apartado 1*] aplica sin importar si los pagos pertinentes se hicieron desde un “fondo de pensiones reconocido”, tal como se define en el subapartado [(g)] del apartado 1 del Artículo 3.

4. Un empleado puede recibir varios pagos tras la terminación del empleo. El que esos pagos se incluyan o no en el Artículo dependerá de la naturaleza de los mismos, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias en que se efectúan, como se explica en los dos apartados siguientes [...].

5. Si bien la palabra “pensión”, en el sentido habitual del término, hace referencia únicamente a pagos periódicos, la expresión “otras remuneraciones similares” es lo bastante amplia como para incluir pagos no periódicos. Por ejemplo, puede incluirse en el ámbito del [*apartado 1*] un pago global en el momento o después de la terminación del empleo, en sustitución de una pensión distribuida en pagos periódicos.

6. El que un pago determinado se considere como otra remuneración similar a una pensión o como remuneración final por el trabajo realizado en el marco del Artículo 15 es una cuestión de hecho. Por ejemplo, si se comprueba que el pago representa la conmutación de la pensión o la indemnización por una pensión reducida, entonces el pago puede ser caracterizado como “otras remuneraciones similares” comprendidas en el ámbito del [*apartado 1*]. Así ocurriría si una persona tuviera derecho a elegir, en el momento de la jubilación, entre el pago de una pensión o una cantidad única calculada, bien por referencia a la suma total de las contribuciones o a la cuantía de la pensión a que tendría derecho esa persona, en caso contrario, de conformidad con las normas vigentes para el plan de pensiones. La procedencia del pago es un factor importante; los pagos efectuados con cargo a un plan de pensiones estarían normalmente incluidos en el ámbito del [*apartado 1*]. Otras consideraciones que podrían ayudar a determinar si un pago o una serie de pagos se incluyen o no en el ámbito del [*apartado 1*] son las siguientes: si el pago se realiza en el momento o después de la terminación del empleo que daría lugar al pago, si el receptor continúa o no trabajando, si el receptor ha alcanzado o

no la edad normal de jubilación con respecto a ese tipo concreto de empleo, la situación de otros receptores que califican para recibir el mismo tipo de pago global y si el receptor puede o no percibir simultáneamente otros beneficios de las pensiones. El reembolso de las cotizaciones al fondo de pensiones (por ejemplo, después del empleo temporal) no se consideran como “otras remuneraciones similares” de conformidad con el [apartado 1]. Cuando se presenten dificultades en la tributación de dichos pagos, los Estados Contratantes deberán solucionar la cuestión recurriendo a las disposiciones del Artículo 25.

7. Dado que el [apartado 1] se aplica únicamente a las pensiones y a otras remuneraciones similares que se pagan por un empleo anterior, no se incluyen otras pensiones, como las que se pagan con respecto a anteriores servicios personales independientes. No obstante, algunos Estados amplían el alcance del [apartado 1] a todos los tipos de pensiones, incluidas las pensiones gubernamentales; los Estados que deseen hacerlo pueden acordarlo de manera bilateral para incluir las cláusulas pertinentes.

Cuestiones transfronterizas relacionadas con las pensiones

8. La globalización de la economía y el desarrollo de las comunicaciones y los transportes internacionales han incrementado considerablemente la movilidad de las personas por motivos tanto laborales como personales. El resultado ha sido un aumento significativo de la importancia de las cuestiones transfronterizas planteadas como consecuencia de la interacción de diversos sistemas de pensiones que existen en los distintos Estados y que se concibieron principalmente teniendo en cuenta consideraciones de política puramente interna. Como estas cuestiones afectan con frecuencia a un gran número de personas, conviene abordarlas en los convenios tributarios a fin de eliminar obstáculos a la circulación internacional de personas, y en particular de empleados.

9. Muchas de esas cuestiones están relacionadas con la asimetría fiscal resultante de las diferencias en la política tributaria general que los Estados adoptan con respecto a los ahorros para planes de pensiones. En muchos Estados se ofrecen incentivos fiscales a los aportes pensionales. Esos incentivos adoptan, con frecuencia, la forma de diferimiento del pago de los impuestos, de tal modo que la parte de las rentas de una persona natural que se destine a un sistema de pensiones, así como las rentas percibidas en el plan, o cualesquiera derechos de pensión que se acumulan para la persona natural, están exentas de

impuestos. Por el contrario, las pensiones resultantes de esos acuerdos están sujetas a impuestos cuando se reciben. Sin embargo, otros Estados dan a las aportaciones jubilatorias el mismo tratamiento que a otras formas de ahorro y no exentan ni esas contribuciones, ni sus rendimientos; por ello, lógicamente, no gravan las pensiones percibidas. Entre esos dos planteamientos existen diversos sistemas en virtud de los cuales las contribuciones, sus rendimientos, la acumulación de derechos de pensión o las pensiones recibidas, se gravan parcialmente o están exentas.

10. Se plantean otras cuestiones como consecuencia de la existencia de muy diversos mecanismos utilizados para ofrecer prestaciones de jubilación. Esos mecanismos suelen clasificarse de acuerdo con estas tres amplias categorías:

- Planes de seguridad social obligatorios.
- Planes de pensiones ocupacionales.
- Planes de jubilación individuales.

La interacción entre esas tres categorías presenta dificultades especiales. Éstas se agravan por el hecho de que cada Estado puede tener normas tributarias diferentes para los mecanismos incluidos en cada una de esas categorías, y por el hecho de que existen considerables diferencias en el grado en el que los Estados confían en cada una de esas categorías para garantizar prestaciones de jubilación a las personas naturales (por ejemplo, algunos Estados ofrecen prestaciones de jubilación casi exclusivamente a través de su sistema de seguridad social, mientras que otros dependen fundamentalmente de los planes de pensiones ocupacionales o de los planes de jubilación individuales).

11. Las cuestiones resultantes de todas esas diferencias deben examinarse a fondo durante las negociaciones bilaterales, en particular para eliminar la doble imposición o la no tributación y, cuando sea apropiado, resolverse mediante cláusulas específicas [...].

5. Muchos países han adoptado un enfoque a través del cual, con sujeción a determinadas condiciones, el impuesto que grava las contribuciones a los planes de pensiones, y las rentas correspondientes, o la acumulación de derechos de pensión, se difiere total o parcialmente y se recupera cuando se pagan las pensiones. En cambio, otros países tratan los aportes pensionales, o algunos tipos de ellos, como si fueran otras formas de ahorro y no eximen esas contribuciones ni sus rendimientos. En general, esos países no gravan las prestaciones

jubilatorias correspondientes. Cuando se ha concedido una desgravación fiscal a una persona natural en un país que ha adoptado el primer enfoque y esa persona natural, antes del pago de la totalidad o de parte de las pensiones, pasa a ser residente de un país que haya adoptado el segundo enfoque, la asimetría en los enfoques adoptados por los dos países dará lugar a una situación en la que no deberán pagarse nunca impuestos por las rentas correspondientes. Para evitar este resultado no deseado, los países podrían incluir en el apartado 1 una oración adicional en el siguiente tenor:

Sin embargo, esas pensiones y otras remuneraciones similares también pueden someterse a imposición en el otro Estado Contratante si el pago es efectuado por o en nombre de un fondo de pensiones establecido en ese otro Estado o es soportado por un establecimiento permanente situado en él y el pago no está sujeto a imposición en el primer Estado conforme a las normas ordinarias de su legislación tributaria.

6. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que aborda las pensiones exentas, resulta aplicable también para el apartado 1 del Artículo 18 (Alternativa A) de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

22. Como se mencionó en el apartado 9 *[del Comentario al Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita antes en el apartado 4 del Comentario al Artículo 18 de este Modelo]* algunos Estados no gravan los pagos de pensiones en general o eximen a algunas categorías o partes específicas de los pagos de pensiones. En esos casos, las disposiciones del Artículo, en las que se prevé el gravamen de las pensiones en el Estado de residencia, pueden dar lugar a que ese Estado grave pensiones que en principio no deberían gravarse y cuyo monto puede bien haber sido determinado teniendo en cuenta dicha exención. Ello puede dar lugar a dificultades financieras indebidas para el receptor de la pensión.

23. Para evitar los problemas resultantes de ese tipo de asimetría, algunos Estados incluyen en sus convenios cláusulas para conservar

el tratamiento de exención a las pensiones cuando el beneficiario es residente del otro Estado Contratante. Tales disposiciones pueden limitarse a categorías específicas de pensiones o abordar la cuestión de forma más amplia. Un ejemplo de este último planteamiento sería una cláusula en el siguiente tenor:

No obstante las demás disposiciones de este Convenio, toda pensión u otra remuneración similar pagada a un residente de un Estado Contratante en relación con un empleo ejercido en el pasado en el otro Estado Contratante estará exenta de impuestos en el primer Estado si esa pensión o remuneración estaría exenta de impuestos en el otro Estado en el caso de que el receptor fuera un residente del mismo.

Apartado 2

7. Este apartado atribuye al país de la fuente el derecho exclusivo de gravar las pensiones y otros pagos hechos en virtud de un programa público de pensiones que sea parte del régimen de seguridad social de ese Estado o de una de sus subdivisiones políticas o administraciones locales. Los países que usen el método de crédito del impuesto como método general para eliminar la doble imposición en sus convenios, quedarán así obligados, como excepción a ese método, a exentar de impuestos las rentas obtenidas por sus residentes comprendidas en el apartado 2. El derecho exclusivo de gravamen del Estado de la fuente para gravar pensiones y otros pagos efectuados de conformidad con un esquema público de pensiones, que forme parte del sistema de seguridad social, es concebido en virtud de que los pagos pertinentes están total o parcialmente financiados con las rentas tributarias del país de la fuente. Este es el caso cuando no existen aportes de los futuros beneficiarios de los pagos o cuando el ahorro contractual aportado, en virtud del sistema de seguridad social, tiene que ser complementado por las rentas tributarias del país de la fuente. No obstante, puede este no ser siempre el caso, cuando el sistema de seguridad social funcione sobre la base de un principio de capitalización y no de distribución.

8. No pudo llegarse a un consenso en el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE sobre la inclusión en el texto del Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de una disposición que permita al país de la fuente gravar los pagos realizados en el marco de su régimen de seguridad social. No obstante, el párrafo 27 del

Comentario al Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 propone un apartado alternativo en el que se prevé ese derecho. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 que proporciona explicaciones adicionales sobre dicho apartado alternativo, es aplicable al apartado 2 del Artículo 18 (Alternativas A y B) de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

28. Aunque [...] de la disposición se refiere al [*sistema*] de seguridad social de cada uno de los Estados Contratantes, su cobertura tiene algunos límites. Por “seguridad social” se entiende en general un sistema de protección obligatoria que un Estado pone en marcha a fin de proporcionar a su población un nivel mínimo de rentas o de prestaciones de jubilación o para mitigar el efecto financiero de acontecimientos como el desempleo, las lesiones relacionadas con el empleo, la enfermedad o la muerte. Una característica común de los sistemas de seguridad social es que el nivel de las prestaciones está determinado por el Estado. Los pagos que pueden incluirse en ese sistema son, entre otros, las pensiones por jubilación disponibles para el público en general en virtud de un esquema público de pensiones, el pago de pensiones para personas de edad avanzada y los pagos por concepto de desempleo, discapacidad, maternidad, supervivencia, enfermedad, asistencia social y protección familiar realizados por el Estado o entidades públicas establecidas para administrar los fondos que deben distribuirse. Como puede haber considerables diferencias en los sistemas de seguridad social de los Estados Contratantes, es importante que los Estados que desean utilizar el proyecto de cláusula, verifiquen durante las negociaciones bilaterales, que tienen una idea común de lo que se estará cubriendo en la cláusula.

9. Algunos de los países que utilizan el método de crédito de impuestos como el método general para eliminar la doble imposición de las rentas percibidas por sus residentes, pueden considerar que el Estado de la fuente no debería tener un derecho exclusivo de gravamen sobre los pagos de la seguridad social. En consecuencia, esos países deberían sustituir las palabras “pueden someterse a imposición” por “solo pueden someterse a imposición” en el apartado 2 de sus convenios.

10. Los países que deseen hacer frente a las consecuencias de la privatización de su sistema de seguridad social pueden proponer la siguiente enmienda de las disposiciones del apartado 2, para incluir su sistema privatizado:

No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las pensiones y otros pagos hechos en virtud de un programa, público o privado obligatorio, que sea parte del sistema de seguridad social de un Estado Contratante o de una subdivisión política o de una administración local de éste, solo pueden someterse a imposición en ese Estado.

Comentario a los Apartados del Artículo 18 (Alternativa B)

11. Algunos países consideran que las pensiones pagadas por un empleo anterior no deben gravarse exclusivamente en el Estado de residencia del beneficiario. Varias consideraciones de política confirman esa posición. Toda vez que las pensiones son, en esencia, una forma de compensación diferida por servicios prestados en el país de la fuente, deberían gravarse en la fuente al igual que las rentas normales procedentes de un empleo. Cuando se concede una desgravación fiscal a los aportes pensionales, el impuesto correspondiente a la renta resultante del empleo se difiere hasta la jubilación, y el impuesto así diferido debería recuperarse aun cuando la persona natural haya dejado de ser residente antes de que se pague la totalidad o parte de la pensión. Los flujos de pensiones entre algunos países desarrollados y países en desarrollo pueden no ser recíprocos, y en algunos casos representan una salida neta de fondos relativamente importante para los países en desarrollo.

12. Si el país de la fuente no otorga ninguna desgravación personal a los no residentes, la tributación en la fuente de las pensiones puede dar lugar a una tributación excesiva. Esta cuestión debería examinarse durante las negociaciones. Los Estados Contratantes pueden ponerse de acuerdo en aquellos casos en los que el Estado de la fuente deba conceder a los residentes del otro Estado las desgravaciones personales, exenciones y rebajas que a efectos fiscales conceda a sus propios residentes, en la proporción en la que las pensiones y otras remuneraciones similares correspondan a sus rentas obtenidas en todo el mundo por el residente del otro Estado. Una oración redactada en los siguientes términos puede agregarse en el apartado 2:

El otro Estado otorgará a un residente del primer Estado las exenciones, desgravaciones y rebajas que a efectos fiscales conceda a sus propios residentes. Esas exenciones, desgravaciones y rebajas se otorgarán en la proporción en la que las pensiones y otras remuneraciones similares, que puedan someterse a imposición en ese Estado, se relacionen con las rentas mundiales imponibles en el primer Estado.

13. Podría considerarse que el Estado de la fuente es el Estado en el que se establece el fondo, el Estado donde se ha realizado el trabajo pertinente o el Estado donde se han solicitado las deducciones. Resulta común que los empleados de compañías transnacionales presten servicios consecutivamente en varios países diferentes. En esa situación, la tributación en el Estado donde se prestaron esos servicios o en el que se otorgó la desgravación, aumentaría la incertidumbre y las dificultades administrativas, tanto para los contribuyentes como para las autoridades tributarias, ya que crearía la posibilidad de que diferentes partes de la misma pensión fueran imponibles en diferentes Estados fuente. Por ello, en general existe consenso en que la tributación de las pensiones en la fuente debería entenderse como tributación en el lugar donde se originan las pensiones, y no donde se han prestado los servicios o se concede la desgravación fiscal.

Apartado 1

14. Este apartado, aunque reconoce el derecho del Estado de residencia del receptor a gravar las pensiones y otras remuneraciones similares, deja abierta la posibilidad de que se conceda también al Estado de la fuente el derecho a gravarlas en determinadas condiciones que se definen en el apartado 2. El apartado 4 del Comentario al apartado 1 del Artículo 18 (Alternativa A) es aplicable para determinar el ámbito del Artículo 18 (Alternativa B) y para considerar las cuestiones transfronterizas relacionadas con las pensiones.

Apartado 2

15. Como se ha indicado previamente, el Estado de la fuente puede gravar las pensiones y otras remuneraciones similares resultantes de un empleo anterior, si los pagos de que se trate son hechos por un

residente de ese Estado o están soportados por un establecimiento permanente o base fija situados en él.

16. No obstante, algunos países podrían considerar que el Estado que ha concedido la desgravación fiscal con respecto a los aportes pensionales o a la acumulación de derechos de pensión debe tener derecho a gravar la pensión resultante. Este podría ser el caso cuando los países otorgan también desgravación fiscal con respecto a los aportes o a los derechos de pensión en los fondos de pensiones extranjeros. La siguiente cláusula es un ejemplo de tal disposición:

Sin embargo, esas pensiones y otras remuneraciones similares también pueden someterse a imposición en el otro Estado Contratante en la medida en que provengan de aportes que han calificado para obtener desgravaciones fiscales en ese otro Estado.

Como se ha explicado ya antes en el párrafo 13, este planteamiento podría generar dificultades administrativas, sobre todo en el caso de personas naturales que han trabajado en más de un país durante su carrera. Estas dificultades deberían abordarse a fin de evitar situaciones en las que, por ejemplo, dos países reclamaran tener derechos de tributación en la fuente sobre la misma pensión.

Apartado 3

17. Como el apartado 3 del Artículo 18 (Alternativa B) es idéntico al apartado 2 del Artículo 18 (Alternativa A), el Comentario a este último apartado (véase más arriba) resulta plenamente aplicable al primero.

Otras cuestiones de tratados tributarios relacionadas con pensiones

18. Los párrafos 31 a 69 del Comentario al Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 se refieren a cuestiones como el régimen tributario aplicable a los aportes a regímenes de jubilación extranjeros, los obstáculos fiscales de la portabilidad de los derechos de pensión y la cuestión sobre el tratamiento de exención de impuestos de las rentas provenientes de inversiones obtenidas por fondos de pensiones establecidos en el otro Estado Contratante. El Comité considera que la incorporación de esos apartados en el

Comentario sobre el Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas enviaría una clara y positiva señal a los posibles inversores existentes. Permitir el reconocimiento de los aportes transfronterizos a las pensiones y facilitar la transferencia transfronteriza de los derechos de pensión desde un régimen de pensiones a otro, estimulará también el movimiento de trabajadores a países extranjeros. Por lo tanto, el Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es relevante para los Artículos 18 (Alternativa A) y 18 (Alternativa B) del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

Régimen tributario de las contribuciones a esquemas de pensiones extranjeros [hechas por o para empleados y personas naturales que proporcionan servicios personales independientes]

A. Comentarios generales

31. Una característica de las empresas multinacionales es que se espera que sus empleados estén dispuestos a trabajar fuera de su país de origen en algún momento. Las condiciones del servicio aplicables a los empleados que se trasladen a otros países son de gran interés e importancia tanto para el empleador, como para el empleado. Una de esas condiciones es el régimen de pensiones acordado para el empleado de que se trate. De la misma manera, las personas naturales que se trasladan a otros países para prestar servicios independientes muchas veces se enfrentan a cuestiones fiscales transfronterizas relacionadas con el régimen de pensiones que han establecido en su país de origen.

32. Las personas naturales que trabajan en el extranjero muchas veces desean continuar contribuyendo a un régimen de pensiones (incluido un plan de seguridad social que proporciona prestaciones de pensiones) en su país de origen, mientras están en el extranjero. Ello se debe a que el cambio de planes de jubilación puede llevar a la pérdida de derechos y prestaciones, y también a que puedan plantearse muchas dificultades prácticas como resultado de tener planes jubilatorios en diversos países.

33. El régimen tributario otorgado a los aportes pensionales realizados por personas naturales que trabajan fuera de su país de origen varía de un país a otro y según las circunstancias del caso concreto. Antes de que se acepte un cargo o contrato en el extranjero, las contribuciones jubilatorias realizadas por o para esas personas naturales, normalmente califican para acceder a una desgravación fiscal en el país de origen. En algunos casos, cuando la persona natural trabaja en el extranjero, los aportes continuarán calificando para acceder a la desgravación fiscal. Cuando el empleado, por ejemplo, continúa siendo residente y está sujeto a imposición plena en su país de origen, los aportes pensionales hechos a un plan de pensiones establecido en dicho país, en general, continuarán calificando para la desgravación en el mismo. Sin embargo, con frecuencia, los aportes hechos en el país de origen por la persona que trabaja en el extranjero no calificarán para la desgravación fiscal en virtud de la legislación interna del país de origen, ni de la del país anfitrión. Cuando esto ocurre, puede resultar oneroso, e incluso prohibitivo, mantener la afiliación a un plan de pensiones en el país de origen durante el plazo del traslado al extranjero o del contrato. En el siguiente párrafo 37 *[del Comentario al Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017]* se sugiere una cláusula que los países miembros podrían, si así lo desearan, incluir en sus convenios bilaterales a fin de asignar desgravaciones fiscales a los aportes pensionados hechos por o para empleados que trabajan fuera de su país de origen.

34. Sin embargo, algunos países [...] miembros pueden considerar que la solución del problema no radica en incorporar una cláusula a un convenio tributario, y, por ejemplo, pueden preferir introducir reformas en el plan de jubilación a fin de garantizar la deducibilidad de las aportaciones en el Estado anfitrión. Otros países pueden no estar de acuerdo en incluir en sus tratados la cláusula que se propone abajo, cuando la legislación interna permita efectuar deducciones solo por las aportaciones hechas a residentes. En esos casos puede que resulte inapropiado incluir la cláusula sugerida en un convenio bilateral.

35. La cláusula propuesta abarca las aportaciones efectuadas a todas las formas de planes de pensiones, con inclusión de los planes individuales de retiro y los esquemas de seguridad social. Muchos países miembros han suscrito convenios bilaterales sobre totalización que pueden ayudar, de manera parcial, a eliminar el problema relacionado con las aportaciones de los esquemas de seguridad social; sin embargo, esos convenios normalmente no abordan el tratamiento

tributario aplicable a las aportaciones transfronterizas. En el caso de un plan ocupacional al que contribuyan tanto el empleador como los empleados, la cláusula abarca ambas contribuciones. Asimismo, la cláusula no se limita a la cuestión de la deducibilidad de las aportaciones, ya que considera todos los aspectos del tratamiento tributario de las aportaciones respecto a la persona natural que obtiene beneficios de un plan de pensiones. Por ello, la disposición aborda cuestiones como si el empleado debe estar o no sometido a impuestos en lo que respecta a la prestación del empleo que constituye una aportación por parte del empleador y si la renta de las inversiones procedente de las aportaciones debe gravarse o no en manos de la persona natural. En cambio, no aborda la tributación del fondo de pensiones por lo que se refiere a sus rentas (esta cuestión se aborda más adelante, en el párrafo 69 [*del Comentario al Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]). Los Estados Contratantes que deseen modificar el alcance de la cláusula con respecto a cualquiera de esas cuestiones pueden hacerlo así en sus negociaciones bilaterales.

B. Objeto de la cláusula

36. El objeto de la cláusula es asegurar que, en medida de lo posible, el tratamiento tributario de las aportaciones a un esquema de pensiones de su país de origen no disuada a las personas naturales de aceptar un trabajo en el extranjero. La cláusula busca, en primer lugar, determinar la equivalencia general de los planes de jubilación en ambos países y, en segundo lugar, establecer límites a las aportaciones a las que se aplican las desgravaciones fiscales, basados en los límites establecidos en las legislaciones de ambos países.

C. Cláusula sugerida

37. A continuación, se indica el texto sugerido de la cláusula que deberá incluirse en los convenios bilaterales para abordar el problema identificado anteriormente:

1. Los aportes a un plan de pensiones establecido y reconocido para efectos fiscales en un Estado Contratante, realizados por o en nombre de una persona natural que presta servicios en el otro Estado Contratante serán tratados en ese Estado, para efectos de determinar el impuesto a pagar por la persona natural y los beneficios de una empresa que puedan ser sometidos a imposición en dicho Estado, de la misma manera y estarán sujetos a las mismas condiciones y limitaciones que los aportes

hechos a un plan de pensiones reconocido para efectos fiscales en ese Estado, siempre que:

- a) la persona natural no fuera residente de ese Estado y participara en el plan de pensiones inmediatamente antes de comenzar a ofrecer servicios en ese Estado; y
- b) la autoridad competente de ese Estado considera que ese plan de pensiones es, en términos generales, similar a un plan de pensiones reconocido como tal para efectos fiscales por dicho Estado.

2. Para efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

- a) el término “plan de pensiones” significa un acuerdo en el cual la persona natural participa a fin de obtener prestaciones jubilatorias pagaderas en relación con los servicios prestados a los que se refiere el apartado 1; y
- b) un plan de pensiones es reconocido para efectos fiscales en un Estado cuando los aportes efectuados a dicho plan califican para gozar de desgravaciones fiscales en ese Estado.

38. Esta cláusula se limita a los planes de pensiones establecidos en uno de los dos Estados Contratantes. Como no son pocos los casos de personas naturales que trabajan en varios países diferentes de forma sucesiva, algunos Estados quizá deseen ampliar el alcance de las disposiciones para incluir situaciones en las cuales una persona natural se traslada de un Estado Contratante a otro mientras continúa realizando aportes a un plan de pensiones establecido en un tercer Estado. No obstante, esa ampliación puede generar dificultades administrativas si el Estado anfitrión no puede tener acceso a información referente al plan de pensiones en cuestión (por ejemplo, mediante disposiciones sobre intercambio de información de un convenio tributario concluido con el tercer Estado); puede provocar también una situación en la que la desgravación se otorgue en forma no recíproca si el tercer Estado no concede una desgravación parecida a una persona natural que contribuya a un plan de pensiones establecido en el Estado anfitrión. Los Estados que, a pesar de esas dificultades, deseen ampliar la cláusula propuesta a los fondos establecidos en terceros Estados, pueden hacerlo adoptando una alternativa de la cláusula propuesta, que podría redactarse de la siguiente manera:

- 1. Los aportes realizados, por o en nombre de una persona natural que presta servicios en un Estado Contratante, a un plan de pensiones

- a) reconocido para efectos fiscales en el otro Estado Contratante,
- b) en el que la persona natural participara inmediatamente antes de comenzar a prestar servicios en el Estado mencionado en primer lugar,
- c) en el que la persona natural participara en el momento en el que estaba prestando servicios en el otro Estado, o era residente del mismo, y
- d) que es aceptado por la autoridad competente del primer Estado como similar, en términos generales, a un plan de pensiones reconocido como tal para efectos fiscales por ese Estado,

deberán, para efectos de

- e) determinar los impuestos que ha de pagar esa persona natural en el primer Estado y
- f) determinar los beneficios de una empresa que puede ser gravada en el primer Estado,

ser tratadas en ese Estado de la misma manera y estar sujetas a las mismas condiciones y limitaciones que los aportes hechos a un plan de pensiones reconocido para efectos fiscales en el primer Estado.

2. Para efectos del apartado 1:

- a) la expresión “plan de pensiones” significa un acuerdo mediante el cual una persona natural participa a fin de asegurar prestaciones jubilatorias pagaderas en relación con los servicios a los que se refiere el apartado 1; y
- b) se considerará que un plan de pensiones está reconocido para efectos fiscales en un Estado cuando los aportes efectuados a dicho plan calificarían para gozar de desgravaciones fiscales en ese Estado.

D. Atributos de la cláusula sugerida

39. En los apartados siguientes se examinan los principales atributos de la cláusula sugerida, encontrada anteriormente en el párrafo 37 [del Comentario al Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017].

40. El apartado 1 de la cláusula sugerida establece los atributos tanto de la persona natural como de los aportes a los que se aplica.

También establece el principio de que los aportes realizados por o en nombre de una persona natural que preste servicios en un Estado Contratante (el Estado anfitrión) a un plan de pensiones definido, en el otro Estado Contratante (el Estado de la fuente), deberán recibir en el Estado anfitrión el mismo trato y estar sujetos a las mismas condiciones y limitaciones que los aportes locales a los planes de pensiones del Estado anfitrión.

41. La desgravación de los aportes a un plan de pensiones en el país de origen conforme a las condiciones expuestas, la puede otorgar el país de origen, esto es, el país en el que esté situado el plan de pensiones, o el país anfitrión, esto es, el país en el cual se lleven a cabo las actividades económicas que den lugar a los aportes.

42. La solución en la cual la desgravación la concedería el país de origen podría resultar ineficaz, pues la persona en cuestión podría tener poca o ninguna renta imponible en ese país. Así pues, por consideraciones de carácter práctico, sería preferible que la desgravación fuera concedida por el país anfitrión, y esa es la solución que se ha adoptado en la cláusula sugerida.

43. Al examinar los atributos de la persona natural, en el apartado 1 se estipula claramente que, a fin de obtener la desgravación en el Estado anfitrión, la persona natural no podrá haber sido residente del país anfitrión inmediatamente antes de prestar servicios en él.

44. El apartado 1, sin embargo, no limita la aplicación de la cláusula a las personas naturales que se convierten en residentes del Estado anfitrión. En muchos casos, las personas que prestan servicios en el extranjero y que mantienen la residencia en su Estado de origen continuarán teniendo derecho a desgravación en ese Estado, aunque no en todos los casos. En consecuencia, la cláusula sugerida se aplica a los no residentes que trabajen en el Estado anfitrión, así como a las personas naturales que se convierten en residentes en él. En algunos países miembros la legislación nacional puede restringir la deducibilidad de los aportes soportados por los residentes; en consecuencia, esos países miembros quizás quieran restringir la aplicación de la cláusula sugerida a esta situación. Asimismo, los Estados que tengan establecido un régimen especial para no residentes (por ejemplo, la imposición a una tasa baja especial) podrían, en sus negociaciones bilaterales, convenir en una cláusula limitada a los residentes.

45. En el caso en el que las personas naturales dejan temporalmente de ser residentes en el Estado anfitrión a fin de afiliarse a un plan de pensiones en un país con reglas más relajadas, los Estados con

regímenes más favorables, quizás quieran convenir en una cláusula que impida la posibilidad de abusos. Esa cláusula podría establecer, por ejemplo, un criterio de nacionalidad que excluya del ámbito de aplicación de la cláusula sugerida anteriormente, a las personas naturales que sean nacionales del Estado anfitrión.

46. Como ya se ha señalado, no son pocos los casos de personas naturales que trabajan en varios países diferentes de forma sucesiva; por esa razón, la cláusula sugerida no se limita a las personas naturales que son residentes del Estado de origen inmediatamente antes de la prestación de servicios en el Estado anfitrión. La cláusula cubre a las personas naturales que llegan al Estado anfitrión desde un tercer Estado, ya que su aplicación se limita a las personas que no eran residentes en el país anfitrión antes de comenzar a trabajar en él. Sin embargo, el Artículo 1 restringe el ámbito del Convenio a los residentes de uno o ambos Estados Contratantes. Por tanto, una persona natural que no sea residente del Estado anfitrión ni del Estado de origen donde esté establecido el plan de pensiones, queda fuera del ámbito del Convenio entre los dos Estados.

47. La cláusula sugerida no establece límites en cuanto al plazo durante el cual una persona natural puede trabajar en un Estado anfitrión. Podría sostenerse que, si una persona trabaja en el Estado anfitrión por un plazo suficientemente largo, éste en efecto pasa a ser su país de origen, en cuyo caso la cláusula debería dejar de ser aplicable. De hecho, algunos países anfitriones ya restringen la desgravación de los aportes a planes de pensiones extranjeros a los casos en que las personas naturales están presentes con carácter temporal.

48. Además, la inclusión de un plazo puede ser útil para prevenir la posibilidad de abuso señalada anteriormente en el párrafo 45 [*del Comentario al Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]. En sus negociaciones bilaterales, los países pueden considerar apropiado incluir un límite del tiempo durante el cual el empleado pueda prestar servicios en el Estado anfitrión, después del cual dejaría de ser aplicable la desgravación prevista en la cláusula sugerida.

49. Al examinar las características de los aportes, el apartado 1 contiene diversos criterios. Establece claramente que la cláusula se aplica solo a los aportes realizados por o en nombre de una persona natural a un plan de pensiones establecido y reconocido para efectos fiscales en el Estado de origen. La frase “reconocido para efectos fiscales” se define con mayor precisión en el apartado 2 *b*) de la cláusula

sugerida, esa frase no se relaciona con la definición de la expresión “fondo de pensiones reconocido” del subapartado [(g)] del apartado 1 del Artículo 3 y por ello, resulta aplicable sin importar si la pensión constituye o no un “fondo de pensiones reconocido”. La fórmula “realizadas por o en nombre de” debe aplicarse a los aportes realizados directamente por la persona natural, así como a los efectuados en beneficio de ella por un empleador o algún tercero (por ejemplo, un cónyuge). Si bien el apartado 4 del Artículo 24 asegura que los aportes del empleador a un fondo de pensiones residente del otro Estado Contratante (sin importar se es porque éste constituye un “fondo de pensiones reconocido”) sean deducibles en las mismas condiciones que los aportes a un fondo de pensiones residente, esa cláusula quizá no sea suficiente para garantizar el trato semejante de los aportes del empleador a fondos de pensiones nacionales y extranjeros. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando los aportes del empleador a un fondo extranjero sean considerados como un beneficio imponible en manos del empleado o cuando la deducción de los aportes del empleador no dependa de que el fondo sea o no residente sino, más bien, de otras condiciones (por ejemplo, la inscripción ante las autoridades tributarias o la presencia de oficinas) cuyo efecto es, en general, excluir los fondos de pensiones extranjeros. Por esas razones, los aportes del empleador están incluidos en la cláusula sugerida aun cuando el apartado 4 del Artículo 24 pueda ya garantizar una desgravación semejante en algunos casos.

50. El segundo criterio que se aplica a los atributos de los aportes es que estos deben hacerse a un plan del Estado de origen, reconocido por la autoridad competente del Estado anfitrión, en términos generales, como similar a un plan reconocido como tal para efectos fiscales por el Estado anfitrión. Esta cláusula se sustenta en la premisa de que solo podrán desgravarse los aportes a planes reconocidos en los países miembros. La limitación, claro está, no garantiza necesariamente un régimen tributario equivalente a los aportes hechos cuando la persona natural trabajaba en el extranjero, y a los aportes hechos cuando trabajaba en su país de origen. Si las normas del Estado anfitrión en cuanto al reconocimiento de los planes de pensiones fueran más restrictivas que las del Estado de origen, la persona natural podría enfrentarse a que los aportes al plan de pensiones en el país de origen tendrían un trato menos favorable cuando trabajaba en el país anfitrión que cuando trabajaba en el país de origen.

51. Sin embargo, no estaría en concordancia con el objeto declarado de asegurar a los planes extranjeros, en la medida de lo posible,

un régimen tributario equivalente para los aportes a planes extranjeros, otorgar beneficios a los aportes que —por lo menos en forma amplia— no fueran similares a planes reconocidos en el ámbito nacional. Si así se hiciera, ello significaría que el grado de desgravación en el Estado anfitrión pasaría a depender de la legislación del Estado de origen. Además, podría ser difícil justificar que a empleados que trabajan juntos en la misma empresa se les aplique un régimen diferente dependiendo de si su plan de pensiones esté en el país de origen o en el extranjero (y, de encontrarse en el extranjero, de que esté en uno y no en otro país). Esas dificultades se evitan limitando la cláusula sugerida a los planes que, en general, sean similares a los del país anfitrión.

52. La cláusula sugerida deja claramente establecido que incumbe a la autoridad competente del Estado anfitrión determinar si el plan del Estado de origen es similar, en términos generales, a los planes reconocidos en el Estado anfitrión. Los Estados pueden desear, en sus negociaciones bilaterales, especificar expresamente a cuál de los planes existentes se aplicará la cláusula, o establecer la interpretación que la autoridad competente ha de atribuir a la expresión “similar, en términos generales”; por ejemplo, se podría estipular con qué margen se interpretan esas palabras y qué criterios se utilizan.

53. Los aportes que pueden acogerse al beneficio de esa cláusula se limitan a los pagos a los planes en los que participaba la persona natural antes de comenzar a prestar servicios en el Estado anfitrión. Ello significa que quedan excluidos del ámbito de la cláusula sugerida, los aportes a nuevos planes de pensiones a los que se afilie el empleado mientras se encuentren en el Estado anfitrión.

54. No obstante, se reconoce que pueden ser necesarias unas normas especiales para los casos en los cuales un plan de pensiones sea sustituido por otro nuevo. Por ejemplo, en algunos países miembros, la práctica común puede ser que, si una sociedad es absorbida por otra, se termina el plan de pensiones de la sociedad para sus empleados y el nuevo empleador establece un nuevo plan de pensiones. En las negociaciones bilaterales, por lo tanto, los Estados pueden quizás desear complementar la cláusula sugerida a fin de abarcar esos planes sustitutivos; ello podría hacerse agregando el siguiente subapartado al apartado 2 de la cláusula sugerida:

- c) un plan de pensiones que es sustituido, pero que es sustancialmente similar a un plan de pensiones aceptado por la autoridad competente de un Estado Contratante, de conformidad con el subapartado b) del apartado 1, se considerará que es el plan de pensiones así aceptado.

55. En el apartado 1 se establece también la desgravación que otorgará el Estado anfitrión si los atributos de la persona natural y los aportes se conforman a los términos de la cláusula. En resumen, los aportes deben recibir el mismo tratamiento tributario, de tal forma que corresponda al tratamiento tributario que recibirían dichas aportaciones si éstas se efectuaran a un plan establecido en el Estado anfitrión. Por ello, las aportaciones podrán ser objeto de la misma desgravación fiscal (por ejemplo, ser deducibles), tanto por lo que se refiere a la persona natural, como al empleador (cuando la persona natural está empleada y las aportaciones son realizadas por el empleador), como si esas aportaciones hubieran sido realizadas a un plan del Estado anfitrión. Igualmente, debe otorgarse el mismo trato en cuanto a la tributación de un empleado por las prestaciones de empleo resultantes de la aportación del empleador a un plan extranjero o a un plan local (véase más adelante el párrafo 58 *[del Comentario al Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017]*).

56. Esta medida de desgravación claro está, no garantiza necesariamente que se reconocerá un régimen tributario equivalente a las aportaciones hechas cuando una persona natural esté trabajando en el extranjero y a las aportaciones hechas cuando esté trabajando en el país de origen. En este caso se aplican consideraciones similares a las examinadas previamente en los párrafos 50 y 51 *[del Comentario al Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017]*. La medida, sin embargo, garantiza un régimen equivalente a las aportaciones de los compañeros de trabajo. Véase el siguiente ejemplo. El país de origen autoriza la desgravación de las aportaciones a planes de pensiones con un límite de hasta el 18 por ciento de las rentas. El país anfitrión autoriza la desgravación hasta un límite del 20 por ciento. La cláusula sugerida en el párrafo 37 requeriría que el país anfitrión autorizara la desgravación hasta su límite nacional del 20 por ciento. Los países que deseen adoptar el límite del país de origen tendrían que modificar, por tanto, el texto de la cláusula.

57. La cuantía y el método para otorgar la desgravación dependerán del régimen tributario interno aplicado por el Estado anfitrión a las aportaciones a planes de pensiones. De esa manera se resolverían cuestiones tales como la de saber si las aportaciones pueden o no acogerse a una desgravación completa o parcial y si la desgravación debe adoptar la forma de una deducción al calcular la renta imponible (y, en ese caso, qué renta; por ejemplo, en el caso de una persona natural, solo la procedente del empleo *[servicios personales independientes]*, o actividades empresariales o toda la renta) o de un crédito fiscal.

58. En el caso de una persona natural que participa en un plan de pensiones ocupacionales, el traslado al extranjero puede significar algo más que el hecho de que las aportaciones de este empleado a un plan de pensiones en su país de origen dejen de beneficiarse de una desgravación. También puede significar que las aportaciones al plan de pensiones que hace el empleador se consideren como renta del empleado para efectos fiscales. En algunos países miembros se grava a los empleados por las aportaciones que el empleador hace al plan nacional cuando trabajan en el país de origen; en otros países, en cambio, esas aportaciones están exentas de impuesto. Ya que se aplica a la aportación tanto de los empleados, como de los empleadores, la cláusula sugerida garantiza que las aportaciones de los empleadores, en el contexto de la responsabilidad tributaria de los empleados, reciban el mismo régimen que se daría a las aportaciones a los planes nacionales.

59. En el apartado 2 a) se define el plan de pensiones a los fines del apartado 1. Se deja claro que, para esos efectos, se entiende por plan de pensiones un acuerdo en el cual, la persona natural que hace los pagos participa a fin de asegurar prestaciones jubilatorias. Esas prestaciones deben pagarse en relación con servicios prestados en el Estado anfitrión. Para que el plan de pensiones pueda hacerse acreedor a la desgravación conforme a la cláusula sugerida, tendrán que cumplirse todas las condiciones enunciadas anteriormente.

60. El apartado 2 a) se refiere a la participación de una persona natural en el plan de pensiones a fin de asegurar prestaciones jubilatorias. Esta definición tiene por objeto garantizar que la proporción de aportaciones efectuadas para asegurar los beneficios, distintos a los pagos periódicos de pensión por jubilación, por ejemplo, una suma global al tiempo de la jubilación se beneficie también de la desgravación conforme a la cláusula sugerida.

61. La definición inicial de un plan de pensiones habla de “un acuerdo”. Se trata de un término amplio que tiene por objeto abarcar las diversas modalidades que puedan adoptar los planes de pensiones (planes de retiro de seguridad social, ocupacionales o individuales) en los diferentes países miembros.

62. Aunque el subapartado 2 a) establece que la participación en este plan debe ser por la persona natural que presta los servicios a los que se refiere el apartado 1[,], no se menciona la identidad de quien recibe las prestaciones jubilatorias aseguradas mediante la participación en un plan. Se trata así de asegurar que cualquier porcentaje de

las aportaciones destinado a producir una pensión para otros beneficiarios (por ejemplo, para los cónyuges supervivientes, las parejas o los hijos de los empleados) tenga derecho a la desgravación conforme a la cláusula sugerida.

63. En la definición del plan de pensiones no se distingue entre pensiones pagadas por planes ocupacionales del Estado y otros planes privados similares. Ambos tipos de planes están comprendidos en el ámbito de la cláusula sugerida. Por ello, los planes de seguridad social se incluyen en la cláusula, en la medida en que puedan considerarse como hechas en relación con los servicios prestados en el Estado anfitrión por una persona natural, sea como empleado o en forma independiente.

64. El apartado 2 b) define además la frase “reconocido para efectos fiscales”. Toda vez que el objeto de la cláusula es, en la medida de lo posible, asegurar que los aportes reciban un trato ni más ni menos favorable a efectos fiscales del que recibirían si la persona natural fuera residente de su Estado de origen, resulta adecuado que se limite la cláusula a los aportes que habrían tenido derecho a la desgravación si la persona natural hubiera permanecido en el Estado de origen. La cláusula busca lograr ese objetivo mediante la limitación de su ámbito de aplicación a los aportes hechos a dicho plan de pensiones que calificarían para las desgravaciones en ese Estado. Como ya se explicó anteriormente en el párrafo 49 [*del Comentario al Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], la determinación sobre si un esquema de pensiones se reconoce o no para efectos fiscales, no guarda ninguna relación con la calificación de un esquema de pensiones como un “fondo de pensiones reconocido”, de conformidad con la definición otorgada a dicha expresión en el subapartado [(g)] del apartado 1 del Artículo 3.

65. Para lograr una paridad en el tratamiento tributario, este método asume que en todos los países miembros solo las aportaciones efectuadas a planes de pensiones reconocidos califican para obtener desgravaciones fiscales. El régimen tributario aplicable a las aportaciones a planes de pensiones, de acuerdo con los regímenes tributarios de los países miembros, puede ser distinto de esta hipótesis. Se reconoce que, en las negociaciones bilaterales, quizás los países deseen definir con más precisión los planes de pensiones que calificarán para la desgravación en los términos en los que coinciden con la legislación interna de los socios del tratado. Quizá deseen también definir otros términos utilizados en la cláusula, como “ofrecer servicios” y “prestar servicios”.

Obstáculos fiscales a la portabilidad de los derechos de pensión

66. Otra cuestión, también relacionada con la movilidad laboral internacional, es la de las consecuencias fiscales que pueden derivarse de la transferencia de los derechos de pensión de un plan de pensiones establecido en un Estado Contratante a otro plan ubicado en el otro Estado Contratante. Cuando una persona se cambia de un empleador a otro, muchas veces los derechos de pensión acumulados por esa persona natural en el plan de pensiones correspondiente al primer empleo se transfieren a un plan diferente vinculado con el segundo empleo. Existen acuerdos semejantes para hacer posible la portabilidad de los derechos de pensión entre planes de jubilación individuales.

67. Estas transferencias normalmente dan lugar a un pago que representa el valor actuarial, en el momento de la transferencia, de los derechos de pensión de la persona natural, o que represente el valor de las aportaciones y las rentas acumuladas en el plan, con respecto a esa persona natural. Tales pagos pueden realizarse directamente desde el primer plan al segundo; otra posibilidad es que se lleven a cabo obligando a la persona natural a contribuir al nuevo plan de pensiones, la totalidad o parte de la cantidad recibida al abandonar el plan anterior. En ambos casos es frecuente que los regímenes tributarios autoricen esas transferencias exentas de impuestos, cuando sean puramente internas.

68. Pueden plantearse problemas cuando la transferencia se hace desde un plan de pensiones ubicado en un Estado Contratante a un plan ubicado en otro Estado. En tal caso, el Estado Contratante donde reside la persona natural puede considerar que el pago resultante como consecuencia de la transferencia es un beneficio imponible. Se presenta un problema semejante cuando el pago se efectúa desde un plan establecido en un Estado, al que el convenio tributario pertinente otorga derechos de tributación en la fuente, sobre los pagos de pensiones resultantes provenientes de dicho Estado, ya que ese Estado quizá desee aplicar el derecho de gravamen a todo beneficio resultante del plan. Los Estados Contratantes que deseen abordar esa cuestión pueden incluir una cláusula en el siguiente tenor:

Cuando se han acumulado derechos o montos de pensión en un plan de pensiones establecido y reconocido para efectos fiscales en un Estado Contratante, en beneficio de una persona natural que es residente del otro Estado Contratante, toda transferencia de esos derechos o montos a un plan de pensiones establecido

y reconocido para efectos fiscales en ese otro Estado, deberá recibir, en cada uno de los Estados, el mismo trato fiscal y estar sujeta a las mismas condiciones y limitaciones, como si se hubiera realizado desde un plan de pensiones establecido y reconocido para efectos fiscales en ese Estado, a otro plan de pensiones establecido y reconocido para efectos fiscales en el mismo Estado.

Esa disposición podría modificarse para incluir también las transferencias que tengan como origen o destino fondos de pensiones establecidos y reconocidos en terceros Estados (no obstante, ello podría plantear preocupaciones semejantes a las descritas anteriormente en el preámbulo del párrafo 38 [*del Comentario al Artículo 18 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]).

Exención de las rentas obtenidas por un fondo de pensiones

69. Cuando, en virtud de la legislación interna, dos Estados adoptan el mismo enfoque de exentar en general de impuestos las rentas de inversión obtenidas por fondos de pensiones establecidos en su territorio, esos Estados, a fin de lograr una mayor neutralidad con respecto a la ubicación del capital, quizá deseen ampliar esa exención a las rentas de inversión que un fondo establecido en un Estado perciba del otro Estado. Para ello, los Estados incluyen algunas veces en sus convenios una disposición similar a la siguiente:

Sin perjuicio de las disposiciones de este Convenio, las rentas generadas en un Estado Contratante y percibidas por un residente del otro Estado Contratante que fue constituido y cuya operación se ciñe exclusivamente a administrar u ofrecer prestaciones del régimen de pensiones y ha sido aceptado por la autoridad competente del Estado mencionado en primer lugar, como similar, en términos general, a un plan de pensiones reconocido para efectos fiscales en ese Estado, dichas rentas estarán exentas de impuestos en ese Estado.

Como se explicó en los párrafos 10.7 y 10.8 del Comentario al Artículo 3 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 15 del Comentario al Artículo 3 de este Modelo*], los Estados pueden preferir simplemente referirse a las rentas de un “fondo de pensiones reconocido” al redactar tal disposición.

Artículo 19

SERVICIOS OFICIALES

1. En 2011, el Comité de Expertos introdujo algunos cambios en el Artículo 19. En primer lugar, se suprimieron las palabras “distintos de las pensiones” del apartado 1. En segundo lugar, en el apartado 2 se agregaron las palabras “No obstante las disposiciones del apartado 1”. En tercer lugar, en los apartados 2 y 3 se sustituyó la palabra “pensión” por “pensiones y otras remuneraciones similares”. Como resultado de ello, el Artículo 19 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce ahora el Artículo 19 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

2. Dado que el Artículo 19 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas incorpora todas las disposiciones del Artículo 19 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, el Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 19 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable al Artículo de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 y las de este Modelo):

1. Este Artículo se aplica a los sueldos, salarios y otras remuneraciones similares, así como a las pensiones, por servicios oficiales. Las disposiciones similares de antiguos convenios bilaterales tenían por finalidad adaptarse a las reglas de cortesía internacional y respeto mutuo entre Estados soberanos. Su campo de aplicación era, bastante limitado. Sin embargo, el desarrollo del sector público en muchos países, que ha ampliado considerablemente las actividades del Estado en el extranjero, ha aumentado la importancia y el alcance del Artículo 19. Según el texto original del apartado 1 del Artículo 19 del proyecto del Modelo de Convenio Tributario de 1963 [OCDE], el Estado que pagase las remuneraciones tenía derecho a gravar los pagos efectuados por razón de servicios prestados a dicho Estado o a alguna de sus subdivisiones políticas o administraciones locales. Se utilizaba la expresión “podrán someterse a imposición”, lo que no implicaba que ese derecho fuese exclusivo.

2. [...] [E]l subapartado a) de los apartados 1 y 2 se basa en el principio del derecho exclusivo de imposición de esas remuneraciones por el Estado que las pague. Los países que usen el método de crédito de impuestos como método general para eliminar la doble imposición quedarán así obligados, como excepción a ese método, a no gravar las rentas obtenidas por sus residentes comprendidas en los apartados 1 y 2. Si para eliminar la doble imposición ambos Estados Contratantes aplican el método de exención, podrán continuar utilizando la expresión “podrán someterse a imposición” en lugar de “solo podrán someterse a imposición”. Para esos países, las dos expresiones surtirán naturalmente los mismos efectos cualquiera que sea la que utilicen. Queda entendido que la expresión “solo podrán someterse a imposición” no impedirá que un Estado Contratante tenga en cuenta las rentas no gravadas en virtud del subapartado a) de los apartados 1 y 2 al determinar las tasas de gravamen aplicables a las rentas que sus residentes obtengan de otras fuentes. El principio que atribuye el derecho exclusivo de imposición al Estado que pague las remuneraciones figura en tantos convenios [...] que puede decirse que está ya internacionalmente aceptado. Asimismo, ese principio es acorde con la concepción de cortesía internacional que inspira el Artículo, así como con las disposiciones de las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares. Sin embargo, es preciso señalar que el Artículo no pretende restringir la aplicación de cualesquiera reglas derivadas del derecho internacional en el caso de misiones diplomáticas y puestos consulares (cf. el Artículo 28), sino que trata de los casos no comprendidos en esas reglas.

2.1 En 1994 se introdujo una nueva enmienda en el apartado 1, reemplazando la palabra “remuneraciones” por la expresión “sueldos, salarios y remuneraciones similares”. La enmienda tuvo por objeto aclarar el alcance del Artículo, que se aplica solo a los funcionarios públicos y a las personas que reciben pensiones por servicios prestados al Estado y no a personas que prestan servicios independientes al Estado o reciben pensiones relacionadas con esos servicios.

2.2 En general, los países miembros han interpretado que la frase “sueldos, salarios y otras remuneraciones similares ... pagados” abarca las prestaciones en especie recibidas en relación con servicios prestados al Estado, una subdivisión política o una administración local del mismo (por ejemplo, el uso de una vivienda o automóvil, el seguro médico o de vida y las afiliaciones a clubes).

3. Las disposiciones del Artículo se aplicarán a las remuneraciones pagadas no solo por un Estado sino también por sus subdivisiones

políticas y administraciones locales (Estados de una unión federal, regiones, provincias, *départements*, cantones, distritos, *arrondissements*, *Kreise*, municipios o agrupaciones de municipios, etcétera).

4. El apartado 1 *b*) contiene una excepción al principio de otorgar derechos exclusivos de imposición al Estado que pague la remuneración. Debe considerarse teniendo en cuenta que, según las Convenciones de Viena citadas, el Estado receptor está autorizado a gravar las remuneraciones pagadas a determinadas categorías de funcionarios de las misiones diplomáticas y puestos consulares extranjeros que residan permanentemente en ese Estado o posean su nacionalidad. Tomando en consideración que las pensiones abonadas a los funcionarios jubilados deben someterse al mismo régimen tributario que los sueldos o salarios pagados a esos empleados cuando estaban en servicio activo, el apartado 2 relativo a las pensiones incorpora en su subapartado *b*) una excepción análoga a la del subapartado *b*) del apartado 1. Como la condición prevista en el inciso ii), del subapartado *b*) del apartado 1 no es aplicable a los jubilados, el único requisito exigido para que el Estado receptor pueda gravar una pensión es que el jubilado sea residente de ese Estado y posea su nacionalidad.

5. De acuerdo con el Artículo 19 del proyecto del Modelo de Convenio Tributario de 1963 [OCDE], los servicios prestados al Estado, a una subdivisión política o a una administración local, debían serlo “en el ejercicio de funciones de carácter oficial”. Esa expresión se suprimió del Modelo de Convenio Tributario de 1997 [OCDE]. Algunos países miembros de la OCDE, sin embargo, consideraron que la exclusión entrañaría una ampliación del ámbito de aplicación del Artículo. Los Estados Contratantes que sean de esa opinión y estimen impropio esa ampliación podrán seguir usando en sus convenios bilaterales, preferiblemente precisándola, la expresión “en el ejercicio de funciones de carácter oficial”.

5.1 Si bien la palabra “pensión”, en su sentido habitual, hace referencia solo a pagos periódicos, las palabras “otras remuneraciones similares”, que se agregaron [en 2005] al apartado 2 [del Artículo 19 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE], son lo bastante amplias como para incluir pagos no periódicos. Por ejemplo, un pago global realizado a un antiguo empleado público después de la terminación del empleo, en sustitución de una pensión distribuida en pagos periódicos, puede incluirse en el ámbito del apartado 2 del Artículo. El que un pago global realizado en esas circunstancias deba considerarse como remuneración similar a una pensión incluida en el ámbito del apartado 2 o como remuneración final por el trabajo

realizado incluida en el ámbito del apartado 1, es una cuestión de hecho que puede resolverse teniendo en cuenta los factores presentados en el apartado 5 del Comentario al Artículo 18 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 4 del Comentario al Artículo 18 de este Modelo*].

5.2 Debe destacarse que la expresión “con cargo a fondos creados por ellos”, que figura en el apartado *a)* del apartado 2, comprende el caso de pensiones abonadas no directamente por el Estado, o una de sus subdivisiones políticas o administraciones locales, sino con cargo a fondos distintos constituidos por un órgano gubernamental. Además, el capital original del fondo no tendría que ser suministrado por el Estado, o una de sus subdivisiones políticas o administraciones locales. Esa expresión cubrirá los pagos realizados con cargo a un fondo de administración privada establecido para ese órgano gubernamental.

5.3 Se plantea una cuestión cuando las pensiones se pagan por una combinación de servicios públicos y privados. Esta cuestión se presenta con frecuencia cuando una persona ha estado empleada tanto en el sector público como en el privado y recibe una sola pensión por ambos períodos de empleo. Ello puede ocurrir, bien porque la persona participó en el mismo plan durante todo el tiempo en que estuvo empleada, o porque sus derechos de pensión eran transferibles. La tendencia creciente a una mayor movilidad entre los sectores privado y público puede aumentar la importancia de esta cuestión

5.4 Cuando un funcionario público que ha prestado servicios a un Estado ha transferido el derecho a la pensión de un plan público a un plan privado, el pago de la pensión estará sujeto a impuestos únicamente en virtud del Artículo 18, ya que dicho pago no cumpliría el requisito técnico del apartado 2 *a)*.

5.5 Cuando la transferencia se efectúa en la dirección contraria y los derechos de pensión se transfieren de un plan privado a un plan público, algunos Estados gravan la totalidad del pago de la pensión en virtud del Artículo 19. En cambio, otros Estados prorratan los pagos en función de la fuente relativa del derecho a la pensión, de manera que una parte se grave en virtud del Artículo 18 y otra en virtud del Artículo 19. De esa manera, algunos Estados consideran que, si una fuente ha suministrado lo que constituye la parte más considerable de la pensión, entonces, la pensión deberá tratarse como si hubiese sido pagada exclusivamente por esa fuente. Sin embargo, se reconoce que el prorrateo plantea muchas veces importantes dificultades administrativas.

5.6 Los Estados Contratantes pueden mostrarse preocupados por la pérdida de rentas o la posibilidad de doble no tributación si el régimen de las pensiones pudiera modificarse transfiriendo el fondo entre los planes públicos y privados. El prorrateo puede ser una solución para evitarlo; no obstante, para poder aplicar el prorrateo a los derechos de pensión transferidos de un plan público a un plan privado, en las negociaciones bilaterales los Estados Contratantes podrán considerar la posibilidad de ampliar el apartado 2 a) para incluir la parte de toda pensión u otra remuneración similar que se pague por los servicios prestados a un Estado Contratante o a una subdivisión política o administración local del mismo. Esta disposición podría redactarse de la forma siguiente:

2. a) No obstante lo dispuesto en el apartado 1, la parte de una pensión u otra remuneración similar que se pague por los servicios prestados a un Estado Contratante o a una subdivisión política o administración local de éste podrá someterse a imposición solo en ese Estado.

Otra alternativa es que los Estados Contratantes traten de resolver la cuestión aplicando a todas las pensiones un trato común.

6. Los apartados 1 y 2 del Artículo no se aplicarán si los servicios se prestan en relación con una actividad empresarial realizada por un Estado, o una de sus subdivisiones políticas o administraciones locales, que paguen sueldos, salarios, pensiones o remuneraciones similares. En tales casos se aplicarán las reglas comunes: el Artículo 15 para los sueldos y salarios, el Artículo 16 para las remuneraciones de los miembros de juntas directivas y directivos de alto nivel, el Artículo 17 para los profesionales del espectáculo y los deportistas, y el Artículo 18 para las pensiones. Los Estados Contratantes que por razones concretas deseen no incluir el apartado 3 en sus convenios bilaterales, podrán hacerlo, lo cual extenderá el ámbito de aplicación de los apartados 1 y 2 a los servicios prestados en relación con una actividad empresarial. Teniendo en cuenta las funciones específicas ejercidas por algunos organismos públicos—por ejemplo, los ferrocarriles del Estado, los servicios postales, los teatros nacionales, etcétera, los Estados Contratantes que deseen mantener el apartado 3 podrán acordar en sus convenios bilaterales que los sueldos, salarios, pensiones y otras remuneraciones similares pagados por esos organismos queden incluidos en las disposiciones de los apartados 1 y 2, aunque se pueda considerar que esos organismos ejercen actividades empresariales.

3. Todas las pensiones pagadas por servicios prestados a un Estado Contratante, o a una de sus subdivisiones políticas o administraciones locales, quedarán sometidas a las disposiciones del Artículo 19, aun cuando se paguen en virtud del sistema de seguridad social de uno de los Estados. En la mayoría de los casos el régimen sería el mismo si esos pagos se sometieran al Artículo 18 o al Artículo 19. El trato difiere, sin embargo, en los casos descritos en el apartado 2 *b*) del Artículo 19, en el que el beneficiario es a la vez residente y nacional del otro Estado. En virtud del Artículo 19, las pensiones por servicios oficiales percibidas por esas personas naturales serán gravables solo en el país de residencia. Si quedaran sometidas a imposición en virtud del Artículo 18, serían gravables solo en el país fuente. La finalidad del apartado es indicar que una pensión por servicios oficiales pagada por un Estado a un residente del otro Estado que sea también nacional de él solo será gravable en este último Estado, incluso si dicha pensión es pagada de conformidad con un sistema de seguridad social del Estado mencionado en primer lugar. Algunos países prefieren ampliar el alcance del Artículo 18 para incluir también las pensiones del Estado, de manera que las pensiones privadas y las pensiones públicas estén sujetas al mismo régimen. Cuando se opta por esa solución, el apartado 2 del Artículo 19 no es necesario y debería suprimirse.

4. Se propuso que la cuestión del régimen tributario aplicable cuando un Estado solventara los gastos de profesionales del espectáculo residentes en un Estado Contratante que realizaran sus actividades en otro Estado Contratante se podía examinar en los Comentarios. Sin embargo, se consideró que los Estados Contratantes, si lo deseaban, podrían discutir el asunto en sus negociaciones bilaterales. A este respecto, se remite al Comentario al Artículo 17.

Artículo 20

ESTUDIANTES

1. El Artículo 20 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, en su redacción actual, es coincidente con Artículo 20 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, con la adición de la palabra “pasante”. Como se explica más adelante, el apartado 2 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas de 1980, que contenía disposiciones relativas a los subsidios, becas y remuneraciones de empleo no comprendidas en el apartado 1, se eliminó en 1999.

2. Como el Artículo 20 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce el Artículo 20 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, el Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 20 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 resulta aplicable al Artículo 20 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

1. La regla enunciada en este Artículo se refiere a ciertos pagos que reciben los estudiantes [*pasantes*] o aprendices de negocios para su manutención, educación o formación. Todos los pagos de esta naturaleza, procedentes de fuentes situadas fuera del Estado donde se encuentre el estudiante [*pasante*] o el aprendiz de negocios, quedarán exentos de imposición en ese Estado.

2. La palabra “inmediatamente” se introdujo en [*el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de*] 1977 para dejar claro que el Artículo no se aplica a una persona que haya sido residente de un Estado Contratante pero que haya trasladado luego su residencia a un tercer Estado antes de visitar el otro Estado Contratante.

3. El Artículo comprende solo los pagos recibidos para la manutención, educación o formación del receptor. Por ello no se aplica a ningún pago, o parte del mismo, que constituya la remuneración de servicios prestados por el receptor y que está cubierto por el Artículo 15 (o [*el Artículo 14 o*] el Artículo 7 en el caso de los servicios independientes). No obstante, cuando la formación del receptor implica una experiencia laboral, es preciso distinguir entre el pago

por los servicios y el pago por manutención, educación o formación del receptor. El hecho de que la cuantía pagada sea semejante a la que se paga a las personas que prestan servicios similares y no son estudiantes [*pasantes*] o aprendices de negocios indicaría en general que el pago es una remuneración por los servicios prestados. Asimismo, los pagos por concepto de manutención, educación o formación no deben superar el nivel de los gastos en los que probablemente se incurriría para garantizar la manutención, educación o formación del receptor.

4. El Artículo solo aplica a los pagos provenientes de fuentes ubicadas fuera del Estado en el que el estudiante, pasante o aprendiz de negocios se encuentre con el único propósito de su educación o entrenamiento. Los pagos provenientes de fuentes ubicadas dentro de ese Estado están cubiertas por otros Artículos del Convenio: por ejemplo, si durante su presencia en el Estado mencionado en primer lugar, el estudiante, pasante o aprendiz de negocios continúa siendo residente del otro Estado de conformidad con el Artículo 4, los pagos recibidos de dichos subsidios o becas, que no estén cubiertos por otras disposiciones del Convenio (tal como el Artículo 15), [*podrán someterse a imposición en ambos Estados de conformidad con los apartados 1 y 3 del Artículo 21*]. A los efectos del Artículo, no se considera que los pagos efectuados por o en nombre de un residente de un Estado Contratante o sufragados por un establecimiento permanente que una persona tenga en ese Estado procedan de fuentes situadas fuera de ese Estado.

3. El Artículo 20 de la versión de 1980 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas contenía el apartado 2 siguiente:

2. Respecto de los subsidios, becas y remuneraciones de empleo no previstos en el apartado 1, los estudiantes y aprendices descritos en el apartado 1 tendrán derecho, además, durante el período de estudios o formación, a las mismas exenciones, desgravaciones o rebajas de impuestos que se concedan a los residentes del Estado que estén visitando.

4. La pregunta sobre si dicho apartado debería eliminarse llamó la atención del anterior Grupo de Expertos durante algún tiempo. A ese respecto, es pertinente reproducir los párrafos 25 a 29 del informe del anterior Grupo de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación acerca de la labor realizada en su séptima reunión, celebrada en diciembre de 1995 (ST/ESA/250):

25. En la reunión celebrada en julio de 1995, el Comité Directivo recomendó que el Grupo examinara la conveniencia de suprimir el apartado 2 del Artículo 20 del Modelo de Convenio Tributario, que disponía que, si un estudiante visitante tenía rentas que no estuvieran exentas de gravamen en virtud del apartado 1 en el país visitado, el estudiante visitante tendría derecho, en cuanto a la tributación de las rentas no exceptuadas, a las mismas exenciones, desgravaciones o rebajas de impuestos que se concedieran a los residentes de ese país.

26. Un participante sostuvo que debía conservarse la disposición, porque autorizaba la imposición de las rentas de los estudiantes visitantes de la misma manera que las rentas de los estudiantes residentes. Otro participante respondió que esa paridad era, a veces, quimérica, porque el estudiante residente debía tributar sobre todas sus rentas, en tanto que el estudiante visitante solo debía tributar sobre las rentas procedentes de fuentes ubicadas en el país visitado.

27. Un partidario de que se suprimiera la disposición observó que el apartado 4 del Artículo 24 (segunda oración) estipulaba que un Estado no estaba obligado a conceder a los no residentes ninguna de las exenciones o desgravaciones que concediera a sus propios residentes “por su Estado civil o cargas de familia”; el apartado 2 del Artículo 20, se dijo, contradecía la disposición del Artículo 24.

28. Un participante señaló que como alternativa a lo dispuesto en el apartado c) del apartado 1 del Artículo 14, en un convenio tributario se podía autorizar la exención en el Estado anfitrión durante el curso normal de los estudios, de remuneraciones que no pasaran de cierta cuantía anual, aunque solo en la medida en que la remuneración no estuviera también exenta en el otro Estado. *[El apartado 1 c) del Artículo 14 se suprimió en 1999.]*

29. Tras el debate se llegó a la conclusión de que en el Grupo había mayoría, aunque no consenso, a favor de suprimir el apartado 2 del Artículo 20.

5. El asunto se volvió a examinar en la novena reunión del anterior Grupo de Expertos, celebrada en mayo de 1999, y el Grupo convino en suprimir el apartado 2 del Artículo 20.

6. Aunque la redacción del apartado 2 del Artículo 20 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas de 1989 abarcaba los subsidios y becas que tenían su fuente en el país visitado, así como las rentas provenientes del empleo en el país visitado, el Comentario a dicho apartado aclaraba que el apartado se refería principalmente a las rentas del trabajo. La redacción tenía por objeto poner a los estudiantes visitantes, etcétera, en las mismas condiciones de igualdad con los estudiantes que eran residentes, a efectos fiscales del Estado en el cual estaban estudiando, sin dar a los estudiantes visitantes un trato más favorable que a los estudiantes residentes para efectos fiscales.

7. La experiencia en la aplicación del apartado 2 en la práctica, demostraba que tal como estaba redactada, podría dar lugar a difíciles problemas de administración. Por ejemplo, si el estudiante visitante estaba sujeto a imposición en el Estado visitado únicamente sobre la renta de fuentes en ese país, ¿debería el visitante haber tenido derecho a todas las desgravaciones que se autorizaban al residente que tributaba sobre su renta mundial? De la misma manera, ¿debería el estudiante casado, cuyo cónyuge no le acompañaba, haber tenido derecho a la deducción aplicable a las personas casadas? Estas cuestiones no se podrían haber dirimido mediante una lectura estricta del texto del apartado 2 tal como estaba redactado.

8. Una cuestión concreta suscitada por la inclusión del apartado 2 fue la del domicilio fiscal de un estudiante visitante o un aprendiz de negocios conforme a las normas ordinarias sobre la residencia consignadas en el Artículo 4. El estudiante matriculado a tiempo completo podría convertirse en residente para efectos fiscales del Estado anfitrión, en cuyo caso, habría estado sujeto a imposición respecto de su renta global y habría tenido derecho a todas las desgravaciones personales, sin necesidad de incorporar una disposición especial en el Artículo 20.

9. Además, como demostraba el Comentario al apartado 2 de la versión de 1980, existían diversas formas adicionales que los países pudieron haber deseado considerar para ampliar el Artículo 20 en el curso de sus negociaciones, con objeto de resolver ciertos problemas que pudieron haber surgido en situaciones bilaterales especiales. Los siguientes ejemplos se proporcionaban en el Comentario al Artículo 20 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas de 1980, sin sugerir alguna redacción en particular para plasmar sus intenciones:

[...] algunos países quizá desearan, en sus negociaciones bilaterales, ampliar el Artículo agregando un apartado que permita otra exención (además de la generalmente autorizada como exención personal o privilegio análogo en virtud de la legislación interna del Estado Contratante) para las rentas obtenidas de un empleo en ciertas condiciones. [...]

Algunos países quizá, por ejemplo, deseen extender también la exención a las remuneraciones recibidas por servicios prestados en el país en que se encuentre el estudiante o el aprendiz de negocios, pero limitar esa exención a una cuantía apropiada. Al fijar esa cuantía, los países podrán tener en cuenta que los estudiantes o aprendices de negocios quizá tengan gastos adicionales por encontrarse lejos de su país de origen. [...]

[...]

Asimismo, puede ser apropiado, en los casos en los que se amplíe la exención, fijar un límite temporal para esa ampliación aplicable a los aprendices de negocios y quizá también a los estudiantes, y en este último caso el plazo podría ser más largo.

10. Habida cuenta de las dificultades prácticas que plantea la aplicación del apartado 2 y del hecho de que existen diversas cuestiones que afectan a los estudiantes y aprendices de negocios que deben resolverse en las negociaciones bilaterales, el Grupo de Expertos decidió que, en lugar de hacer una reformulación amplia de la disposición, era preferible suprimir el apartado 2 del Modelo de Convenio Tributario. Los países que deseen ampliar el ámbito de aplicación del Artículo 20 a fin de incluir las fuentes de renta del país visitado deberán tratar de redactar una cláusula apropiada que sea lo más precisa posible, a fin de atender a sus circunstancias concretas.

Artículo aplicable a los docentes

11. En el curso de las deliberaciones de la séptima reunión del Grupo de Expertos, varios participantes abogaron en pro de la adición al Modelo de Convenio Tributario de un Artículo relativo a los docentes visitantes. Actualmente, conforme al Modelo de Convenio Tributario, los docentes visitantes quedan sometidos al Artículo 14 si la labor docente se realiza en forma independiente, al Artículo 15 si implica una relación de dependencia, o al Artículo 19 si la remuneración es

pagada por un Estado Contratante. En muchos tratados se incluye un Artículo o un apartado adicional que se refiere específicamente a los docentes, y a veces a los investigadores, que están típicamente exonerados de la tributación en el país fuente si su estancia no excede de un plazo determinado. Se observó que los Artículos 14 y 15, por lo común, no exceptuaban la remuneración de los docentes visitantes de la imposición en la fuente porque, en general, autorizaban la tributación en la fuente de las personas que prestaban servicios y estaban presentes en el país anfitrión más de días, y muchas actividades docentes superaban ese plazo.

12. Hubo una considerable controversia entre los participantes en cuanto a la necesidad de incorporar en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas un Artículo que se refiriera exclusivamente a los docentes visitantes. Sin embargo, todos los participantes estuvieron sustancialmente de acuerdo en que, si se incluía en el del Modelo de Convenio Tributario un Artículo sobre los docentes, éste no debía exceptuar al docente de la imposición tanto en el país de origen como en el país visitado. Un miembro sugirió una solución conciliatoria a este respecto: que no se enmendara el Modelo de Convenio Tributario para incorporar una cláusula sobre docentes visitantes, pero que el asunto se examinara en el Comentario, en el que se señalaría que muchos tratados contenían Artículos de esa índole y se daría una orientación respecto del tema con destino a las negociaciones bilaterales. Hubo consenso general en favor de esa sugerencia.

13. En consecuencia, el Grupo estableció un comité de redacción para formular un texto que se incluiría en el Comentario al Modelo de Convenio Tributario. Tras su discusión y enmienda, el Grupo aprobó en 1999 la siguiente adición:

En el Modelo de Convenio Tributario no se ha incluido ninguna disposición relativa a la remuneración que reciben los profesores visitantes y otros docentes. En ausencia de una disposición especial, se aplicarán, según el caso, los Artículos 14, 15, 19 o 23 del Modelo de Convenio Tributario. Muchas convenciones bilaterales, sin embargo, contienen normas de algún tipo respecto de esas personas, con el objeto principalmente de facilitar las relaciones culturales y el intercambio de conocimientos mediante una exención tributaria limitada en el país anfitrión

en favor de los docentes visitantes. A veces, la exención tributaria ya figura en la legislación tributaria interna, que para muchos es el método más apropiado para resolver los problemas de doble imposición de los docentes visitantes.

A pesar de la aplicabilidad de los Artículos 14, 15, 19 y 23 para eliminar la doble imposición, algunos países pueden desear incluir un Artículo relativo a los docentes. La diversidad de la normativa tributaria nacional en distintos países, por un lado, o la ausencia de esa normativa, por el otro, constituyen un impedimento para incorporar en el Modelo de Convenio Tributario una cláusula concreta relativa a los docentes. Sin embargo, si en sus negociaciones bilaterales los Estados Contratantes desean incluir una cláusula relativa a los docentes visitantes, deberían tener presentes, al formular esa cláusula, las siguientes cuestiones:

- (a) El objeto de un convenio tributario, por lo común, es eliminar la doble imposición, y no es deseable la doble exención de los docentes;
- (b) Es aconsejable limitar los beneficios a las visitas de una duración máxima (en general, dos años) y el plazo podría ampliarse en casos concretos por mutuo acuerdo entre las autoridades competentes de los Estados Contratantes. Se debe determinar si la renta proveniente de las visitas que pasen del plazo han de ser objeto de imposición desde el principio de la visita o solo desde la fecha de expiración del plazo;
- (c) Se debe determinar si los beneficios se han de limitar a los servicios docentes prestados en ciertas instituciones “reconocidas” por los Estados Contratantes en los cuales se presen los servicios;
- (d) Se debe determinar si, en el caso de profesores visitantes y otros docentes que también realicen investigaciones, los beneficios se habrán de limitar a las remuneraciones por las investigaciones realizadas con en el sector público (no en el sector privado);
- (e) Se debe determinar si una persona podrá tener derecho a acogerse a los beneficios del Artículo más de una vez.

*Artículo 21***OTRAS RENTAS**

1. El Artículo 21 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce el Artículo 21 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, con la salvedad de que el apartado 2 del Artículo 21 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas cubre también el caso en el que la renta se atribuye a una base fija que el beneficiario de la misma tenga en el otro Estado Contratante, de conformidad con el Artículo 14. El Artículo 21 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas cuenta también con un apartado 3 adicional, el cual contiene una disposición general relativa a los elementos de la renta del residente de un Estado Contratante no tratados en los Artículos anteriores y que tengan su origen en el otro Estado Contratante.

2. El Artículo comprende tanto las rentas de categorías no tratadas expresamente en los Artículos anteriores (por ejemplo, una pensión alimenticia o rentas procedentes de loterías), como las rentas de fuentes no citadas expresamente en ellos (por ejemplo, un alquiler pagado por un residente de un Estado Contratante por el uso de bienes inmuebles situados en un tercer Estado). Abarca las rentas originadas en terceros Estados y las procedentes de un Estado Contratante.

Apartado 1

3. Este apartado reproduce el apartado 1 del Artículo 21 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 21 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable al apartado 1 del Artículo 21 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

2. En virtud de este apartado, el derecho de imposición se concede exclusivamente al Estado de residencia. En casos de conflicto entre dos residencias, el Artículo 4 determinará también el derecho de imposición respecto de las rentas procedentes de un tercer Estado.

3. [...] [C]uando la renta proceda de un tercer Estado y el receptor de la misma sea considerado como residente por los dos Estados Contratantes según su derecho interno, la aplicación del Artículo 4 resultará en que el receptor sea considerado como residente de solo uno de los Estados Contratantes y quedará sujeto a imposición global (“responsabilidad fiscal plena”) solo en ese Estado. En este caso, el otro Estado Contratante puede no someter a imposición la renta procedente del tercer Estado, aún y cuando el receptor no sea gravado en el Estado del que se considere residente en virtud del Artículo 4. Con el fin de evitar que la renta escape a toda imposición, los Estados Contratantes podrán convenir en limitar la aplicación del Artículo a las rentas que sean gravadas en el Estado de residencia del receptor de dicha renta y pueden modificar en consecuencia las disposiciones del apartado [...].

Sin embargo, tal y como se explica en el apartado 5 más adelante, el ámbito del apartado 1 del Artículo 21 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas está restringido por las disposiciones del apartado 3 del Artículo.

Apartado 2

4. Este apartado reproduce el apartado 2 del Artículo 21 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, con la diferencia de que el apartado 2 del Artículo 21 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas cubre también el caso en que la renta se atribuya a una base fija que el beneficiario de la renta tenga en el otro Estado Contratante en virtud del Artículo 14. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 21 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que aborda el apartado 2 del Artículo, es aplicable al apartado 2 del Artículo 21 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

4. Este apartado prevé una excepción a la aplicación de las disposiciones del apartado 1 cuando la renta está vinculada a las actividades de un establecimiento permanente [*o de una base fija*] que un residente de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante. El apartado incluye la renta procedente de terceros Estados. En este

caso, el derecho de imposición se concede al Estado Contratante en el que están situados el establecimiento permanente *[o la base fija]*. El apartado 2 no se aplica a los bienes inmuebles respecto de los cuales, de conformidad con el apartado 4 del Artículo 6, corresponde al Estado en el que se encuentra la propiedad el derecho de imposición preferente (véanse los apartados 3 y 4 del Comentario al Artículo 6 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017]*). Por tanto, los bienes inmuebles situados en un Estado Contratante y que formen parte del activo de un establecimiento permanente de una empresa de ese Estado, situado en el otro Estado Contratante, solo pueden someterse a imposición en el primer Estado en el que los bienes estén situados y del que el receptor de la renta es residente. Esto concuerda con las reglas establecidas en los Artículos 13 y 22 con respecto a los bienes inmuebles, ya que el apartado 2 de esos Artículos aplica únicamente a los bienes muebles de un establecimiento permanente *[o una base fija]*.

5. El apartado cubre también casos no abordados en los Artículos previos del Convenio en los que el que el beneficiario y quien efectúa el pago de la renta sean ambos residentes de un mismo Estado Contratante y la renta se atribuya a un establecimiento permanente *[o a una base fija,]* que el beneficiario de la renta tenga en el otro Estado Contratante. En este caso el derecho de gravar se atribuye al Estado Contratante en el que esté situado el establecimiento permanente *[o la base fija]*. Si se produce una doble imposición, el Estado de residencia deberá eliminarla, de conformidad con las disposiciones del Artículo 23A o 23B (véase el apartado 9 del Comentario a dichos Artículos *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado en el párrafo 15 del Comentario a los Artículos 23A y 23B de este Modelo]*).

[...]

6. Algunos Estados que aplican el método de exención (Artículo 23A) quizá tengan razones para pensar que el tratamiento establecido en el apartado 2 pueda inducir a las empresas de un Estado Contratante a vincular ciertos activos, como acciones, bonos o patentes, a un establecimiento permanente situado en el otro Estado Contratante, para obtener un trato fiscal más favorable en el mismo. Además del hecho de que el apartado 9 del Artículo 29 negaría los beneficios del Artículo 23A en el caso de acuerdos celebrados para dicho propósito, es importante señalar que el requisito de que tales activos estén “vinculados efectivamente” con ese establecimiento

permanente exige algo más que el simple registro de estos activos en los libros del establecimiento permanente con fines contables [...].

Apartado 3

5. Este apartado constituye una adición al Artículo 21 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Permite al país en que se origine la renta gravarla si así lo estipula su legislación, mientras que las disposiciones del apartado 1 también permiten que esa renta sea gravada en el Estado de residencia. La aplicación simultánea de las disposiciones contenidas en los dos apartados podría traducirse en una doble imposición. En esa situación, son aplicables las disposiciones de los Artículos 23A o 23B, según proceda, al igual que en otros casos de doble imposición. En algunos casos, los apartados 2 y 3 pueden superponerse; entonces producirán el mismo resultado.

6. En la novena reunión del anterior Grupo de Expertos, que se celebró en 1999, hubo un amplio debate en relación con la inclusión de un nuevo apartado referido a los instrumentos financieros. Se citaron tres opciones. La primera era que los Estados Contratantes podían adoptar el Artículo 21 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas con sus tres apartados. La segunda era que los Estados Contratantes podían adoptar el apartado 3 del Artículo 21 pero añadir una tasa de imposición reducida respecto de las rentas mencionadas en el apartado 3. La tercera era que los Estados Contratantes podían adoptar el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas únicamente con los apartados 1 y 2. Estas opciones se consideraron útiles para resolver la cuestión. Se señaló que la aplicación de nuevos instrumentos financieros era pertinente en las opciones 2 y 3, como se examina a continuación en el apartado 7.

Apartado adicional optativo relativo a las rentas provenientes de ciertos instrumentos financieros no tradicionales

7. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 21 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que incluye un apartado opcional adicional relativo al ingreso derivado de ciertos instrumentos financieros cuando las partes en un instrumento tengan una relación especial, es relevante para efectos del Artículo 21 de este Modelo (las modificaciones que aparecen

en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

7. Algunos países han encontrado dificultades respecto de las rentas provenientes de ciertos instrumentos financieros no tradicionales cuando las partes en el negocio tienen una relación especial. Esos países pueden desear añadir el siguiente apartado al Artículo 21:

[4]. Cuando, en virtud de una relación especial existente entre la persona a la que se hace referencia en el apartado 1 y otra persona, o entre esas dos personas y un tercero, la cuantía de la renta a la que se hace referencia en el apartado 1, sea superior (si la hubiere) a la que se hubiera convenido entre ellas en ausencia de esa relación, las disposiciones del presente Artículo se aplicarán únicamente a la cuantía mencionada en último término. En ese caso, el exceso de la renta quedará sujeta a imposición conforme a la legislación de cada Estado Contratante, teniendo debidamente en cuenta las demás disposiciones aplicables de este Convenio.

La inclusión de este apartado adicional no debería afectar al régimen de las transacciones financieras innovadoras entre personas independientes o conforme a otras disposiciones de este Convenio.

8. Este apartado restringe la aplicación de las disposiciones relativas a la imposición de rentas no tratadas en otros Artículos, de la misma manera que el apartado 6 del Artículo 11 restringe la aplicación de las disposiciones relativas a la imposición de los intereses [...].

9. Aunque la restricción podría aplicarse a toda renta que de otra manera estaría sujeta a las disposiciones del Artículo 21, no se prevé que en la práctica sea probable que aplique a pagos tales como pensiones alimenticias o prestaciones de seguridad social, sino que es más probable que resulte aplicable cuando se otorguen ciertos instrumentos financieros no tradicionales en circunstancias y condiciones que no se habrían pactado en ausencia de una relación especial [...].

10. La restricción del Artículo 21 difiere de la restricción contenida en el Artículo 11 en dos aspectos importantes. Primero, el apartado permite, cuando existen las circunstancias necesarias, que todos los pagos en relación con un instrumento financiero no tradicional se consideren excesivos. Segundo, las rentas que se sustraen a la

aplicación del Artículo sobre los intereses podrían quedar sujetas a las disposiciones de otro Artículo del Convenio [...]. Las rentas a las que de otra forma aplicaría el Artículo 21, por definición, no están sujetas a las disposiciones de ningún otro Artículo. Por lo tanto, si la restricción del Artículo 21 elimina una parte de la renta de la aplicación de dicho Artículo, los Artículos 6 a 20 del Convenio no son en modo alguno aplicables a esa renta y cada Estado Contratante podrá sujetarla a imposición conforme a su legislación nacional.

11. Otras disposiciones del Convenio, sin embargo, continuarán siendo aplicables a esas rentas, por ejemplo, el Artículo 23 (Eliminación de la doble imposición), el Artículo 25 (Procedimiento de acuerdo mutuo — MAP, por sus siglas en inglés) y el Artículo 26 (Intercambio de información).

8. Cuando el ámbito del Artículo 21 fue discutido por el anterior Grupo de Expertos, algunos miembros señalaron que existen instrumentos artificiosos que se celebran entre personas para obtener ventaja de las disposiciones del Artículo 21 — especialmente si se omite el apartado 3 o si se establecía únicamente una tasa tributaria reducida en el país de la fuente —, entre otras cosas, mediante la creación o asignación de derechos con respecto de las rentas provenientes de instrumentos financieros. Si bien se hizo notar que para neutralizar esos acuerdos se pueden invocar principios como el del fondo sobre forma o la doctrina del abuso del derecho u otra doctrina análoga, la subsecuente adición en 2017 del apartado 9 del Artículo 29 proporcionó otra forma de atender estas preocupaciones.

9. Por lo general, los países no incluyen en el Artículo 21 una cláusula en la que se indique el lugar en el que se generan los ingresos para efectos del párrafo 3. La legislación interna de ambos Estados contratantes determinará la fuente de los ingresos. Sin embargo, las legislaciones nacionales de los Estados contratantes pueden ser diferentes, lo que puede dar lugar a la doble imposición (o a la no imposición cuando el Estado de residencia del beneficiario aplica el Artículo 23A para eliminar la doble imposición). Los países que deseen abordar la cuestión pueden incluir una cláusula en las siguientes líneas en sus tratados fiscales bilaterales:

Las rentas se considerarán procedentes de un Estado contratante cuando el pagador sea residente de ese Estado. Cuando, sin embargo, la persona que paga dichas rentas sea o no residente

de un Estado contratante, tenga en un Estado contratante un establecimiento permanente o una base fija en relación con el cual haya incurrido en la obligación de pagar las rentas, y dichas rentas corran a cargo de dicho establecimiento permanente o base fija, se considerará que tales ingresos se producen en el Estado en que esté situado el establecimiento permanente o base fija.

Comentario al Capítulo IV

TRIBUTACIÓN SOBRE EL CAPITAL

Artículo 22

CAPITAL

1. En el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, el Artículo 22 se refiere a los impuestos sobre el capital, con exclusión de los impuestos sobre herencias, sucesiones, donaciones y transmisiones de capital.

2. En 1980 el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, todos los apartados del Artículo 22 estaban entre corchetes, lo cual reflejaba la decisión de dejar que las disposiciones del Artículo se formularan en negociaciones bilaterales. La cuestión de si los apartados 1 y 4 debían continuar entre corchetes o no, fue considerada por el anterior Grupo de Expertos. Hubo acuerdo general que los corchetes no se requerían en los primeros tres apartados, pero se decidió mantenerlos en el apartado 4. Se argumentó firmemente que el Estado fuente (*situs State*) debía tener derecho a gravar los bienes en su territorio; en consonancia con el tratamiento del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas a otras rentas a las que se hacía referencia en el Artículo 21. Por lo tanto, en 1999 se decidió conservar los corchetes en el apartado 4.

3. En el caso en que las partes negociadoras decidan incluir un Artículo sobre la imposición sobre el capital, deberán determinar si utilizarán el texto del apartado 4 entre corchetes o el texto que atribuye el derecho de gravar al Estado en el que se encuentre situado el capital. Si se utiliza el texto del apartado 4 que aparece entre corchetes, el Comité de Expertos considera que el Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 al Artículo 22, que proporciona explicaciones adicionales sobre el Artículo, sería aplicable al Artículo 22 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario sobre el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han insertado con el

fin de proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

1. El Artículo se refiere únicamente a los impuestos sobre el capital, con exclusión de los impuestos sobre herencias, sucesiones, donaciones y transmisiones de capital. Los impuestos sobre el capital a los que se refiere el Artículo son los contemplados en el Artículo 2.

2. Los impuestos sobre el capital constituyen normalmente una imposición complementaria a la imposición sobre las rentas generadas por el capital. En consecuencia, la imposición de un determinado elemento de capital corresponde, en principio, solamente al Estado que tiene el derecho a gravar las rentas derivadas de dicho elemento de capital. Sin embargo, no cabe remitirse pura y simplemente a las reglas relativas a la imposición de cada tipo renta de que se trate ya que no todos los elementos de renta están sujetos a imposición exclusivamente en un Estado.

3. Por consiguiente, el Artículo enumera en primer término los bienes que pueden someterse a imposición en el Estado en que están situados. Pertenecen a esa categoría los bienes inmuebles a los que se refiere el Artículo 6 pertenecientes a un residente de un Estado Contratante y situados en el otro Estado Contratante (apartado 1), así como los bienes muebles que formen parte del activo empresarial de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante[*o perteneciente a una base fija que un residente de un Estado Contratante tiene en el otro Estado Contratante para la prestación de servicios personales independientes*] (apartado 2).

[...]

4. Normalmente, los buques y aeronaves operadas en tráfico internacional, así como los bienes muebles afectos a la operación de dichos buques o aeronaves, serán sometidos a imposición exclusivamente en el Estado de residencia (apartado 3). Esta regla es consistente con las disposiciones del Artículo 8 y del apartado 3 del Artículo 13. Los Estados Contratantes que prefieran atribuir el derecho exclusivo de imposición al Estado en que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa pueden, en sus negociaciones bilaterales, sustituir el apartado 3 por una disposición ajustada a la propuesta del apartado 2 del Comentario al Artículo 8 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]. Los bienes inmuebles afectos a la operación de buques

o aeronaves pueden someterse a imposición en el Estado en que estén situados conforme a la regla establecida en el apartado 1.

4.1 El apartado 3 se aplica cuando la empresa propietaria de los bienes opera por sí misma los buques o aeronaves mencionados en ese apartado ya sea en el marco de propia actividad de transporte o porque los arrienda totalmente armados, dotados y equipados. Sin embargo, dicho apartado no es aplicable cuando la empresa propietaria del buque o aeronave, no los opera (por ejemplo, cuando la empresa arrienda los bienes a otra persona, excepto en el caso de un ocasional alquiler sin tripulación, como se hace referencia en el apartado 5 del Comentario al Artículo 8 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 13 del Comentario al Artículo 8 de este Modelo*]). En tal caso el capital estará regulado por el apartado 2 o por el apartado 4.

5. En lo que se refiere a los demás elementos de capital distintos de los mencionados en los apartados 1 a 3, el Artículo establece que serán sometidos a imposición exclusivamente en el Estado Contratante de residencia de la persona a la que pertenezcan (apartado 4).

6. En el caso de que, al aplicar las disposiciones del apartado 4 a bienes muebles dados en usufructo, subsista la doble imposición a causa de disparidades entre las legislaciones internas, los Estados interesados podrán recurrir al procedimiento de acuerdo mutuo o solucionar la cuestión por medio de negociaciones bilaterales.

7. El Artículo no establece normativa alguna relativa a la deducción de las deudas. Las legislaciones de los países miembros de la OCDE son demasiado diferentes como para que resulte posible una solución común a ese respecto. El problema de la deducción de las deudas que puede plantearse cuando el contribuyente y el acreedor no sean residentes del mismo Estado, se trata en el apartado 4 del Artículo 24.

Comentario al Capítulo V

MÉTODOS PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Artículo 23

MÉTODOS PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas presenta dos versiones alternativas del Artículo 23 para eliminar la doble imposición, a saber, el Artículo 23A, sobre el método de exención, y el Artículo 23B, sobre el método de crédito de impuestos.
2. El método usado por un país para aliviar la doble imposición depende básicamente de su política fiscal general y de la estructura de su sistema tributario. Debido a las diferencias que existen entre los diversos sistemas tributarios, los tratados tributarios bilaterales son el instrumento más flexible para conciliar sistemas tributarios contradictorios y para evitar o mitigar la doble imposición.
3. Cuando el Grupo de Expertos revisó el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas en 2001, los miembros procedentes de países en desarrollo estimaron que, en lo que se refería a las medidas de desgravación que serán aplicadas por los países desarrollados, se podrían usar, según procediera, el método de exención o el de crédito. El método de exención se consideró especialmente apropiado cuando la potestad tributaria exclusiva sobre ciertas rentas se asignaba al país fuente en virtud de un tratado; ese método podía adoptar la forma de una exención con progresividad. Uno de los principales defectos del método del crédito de impuestos, desde el punto de vista de los países en desarrollo, es que los beneficios de las reducciones de impuestos de esos países o de las ventajas fiscales especiales que conceden, pueden redundar en gran parte en provecho del fisco del país exportador de capitales y no del inversor extranjero por el que esos beneficios fueron

establecidos. De esa forma, las rentas fiscales se trasladan del país en desarrollo al país exportador de capitales.

4. La eficacia de los incentivos tributarios introducidos por la mayoría de los países en desarrollo depende, pues, de la interrelación entre los regímenes fiscales de los países en desarrollo y los de los países exportadores de capitales de donde procede la inversión. Para los países en desarrollo es de suma importancia lograr que los incentivos fiscales no resulten ineficaces por la imposición en los países exportadores de capitales que utilicen el sistema del crédito por el impuesto extranjero. Ese resultado no deseado, se evita en cierta medida en los acuerdos bilaterales mediante el crédito ficticio derivado de un incentivo (*tax sparing*), por el que un país desarrollado concede un crédito no solo por los impuestos pagados, sino también por los no pagados como consecuencia de la legislación de incentivos del país en desarrollo. Ese resultado se evita también mediante el método de exención. Algunos miembros procedentes de países en desarrollo consideraron necesario subrayar su entendimiento de que tanto el método de exención como las cláusulas de crédito por impuestos no pagados por aplicación de incentivos tributarios constituyen, para esos países, un objetivo básico y fundamental en la negociación de convenios tributarios. Por otra parte, algunos miembros resaltaron la existencia de estudios que demostraban que los factores tributarios acaso no fueran por sí solos determinantes en el proceso de adopción de las decisiones de inversión y que, por lo tanto, a su juicio, el otorgamiento de créditos por los impuestos no pagados como consecuencia de créditos ficticios derivados de incentivos tributarios no sería una política apropiada.

5. Muchos miembros, tanto de países desarrollados como de países en desarrollo, concordaron con la opinión de que los créditos por los impuestos no pagados por aplicación de créditos ficticios derivados de incentivos tributarios (*tax sparing*) debían incluirse en los tratados entre países desarrollados y en desarrollo cuando el país desarrollado utilizara el método de crédito de impuestos. Sin embargo, algunos miembros opinaron que, por diversas razones, el otorgamiento de crédito por los impuestos no pagados como consecuencia de créditos ficticios derivados de incentivos tributarios, no era un instrumento apropiado para el desarrollo económico, objetivo que podía atenderse mejor mediante otras medidas.

6. Si bien el método de exención para evitar la doble imposición elimina los resultados no deseados de los impuestos del país de residencia sobre el régimen de incentivos fiscales del país fuente, muchos países desarrollados no están dispuestos a incluir ese método en sus tratados. Cuando el país de residencia del inversor aplica el método del crédito por el impuesto extranjero, el método más eficaz para preservar el efecto de los incentivos y concesiones fiscales otorgadas por los países en desarrollo es el método de crédito por los impuestos no pagados como consecuencia de incentivos tributarios (*tax sparing*). Tres alternativas pueden ser consideradas para hacer frente al problema.

7. En primer lugar, la legislación interna de un país que concede incentivos tributarios puede incluir disposiciones que concedan el incentivo solamente si el contribuyente puede demostrar, a satisfacción de la administración tributaria que, al remitir sus beneficios al extranjero, las leyes del país al cual se remitan dichos beneficios no gravarán ni directa ni indirectamente, las rentas amparadas por el incentivo o le concederán un crédito por los impuestos sacrificados por el incentivo. Esa disposición impediría que las ventajas de un incentivo fiscal pasaran del fisco del país en desarrollo al contribuyente y, de ahí, al fisco del país desarrollado.

8. En segundo lugar, un convenio tributario podría incluir una disposición que prohíba a cada Estado Contratante gravar los beneficios de una empresa residente en ese Estado procedentes de actividades en el otro Estado que se beneficien de incentivos fiscales concedidos por este último hasta que los beneficios sean repatriados o de otra manera directa o indirectamente remitidos al primer Estado Contratante. De ese modo, los beneficios se tendrían que reinvertir en el país en desarrollo para quedar exentos de impuestos. Habría que formular algunas normas de contabilidad para dar efecto a esa disposición y los Estados Contratantes podrían convenir en un calendario de repatriación.

9. En tercer lugar, el primer Estado Contratante podría gravar esos beneficios, pero estaría obligado, en virtud de un acuerdo de repartición en las rentas fiscales, a traspasar al Estado Contratante en el cual se hayan producido las rentas, los ingresos fiscales que razonablemente pudieran atribuirse al incentivo fiscal concedido por el país fuente. Esta propuesta es atractiva porque preserva el valor de incentivo del sacrificio fiscal del país en desarrollo y además porque su

administración es relativamente sencilla. La reglamentación vigente en muchos países desarrollados para determinar la fuente y la naturaleza de las rentas extranjeras devengadas por sus contribuyentes puede suministrar la mayor parte de la información requerida para determinar las rentas fiscales que hayan de atribuirse a un incentivo fiscal.

10. Por otra parte, algunos miembros sostuvieron que, teóricamente, podría aducirse que la eficacia de los incentivos fiscales establecidos por muchos países en desarrollo dependería, en parte, de la interrelación entre los regímenes tributarios de los países en desarrollo y los de los países exportadores de capital que utilizaran el método del crédito de impuestos pagados en el extranjero. Ello se debe a que existe la expectativa de que los incentivos fiscales de los países en desarrollo tengan como “contrapartida” un crédito por los impuestos no pagados en el Estado fuente como consecuencia de crédito ficticio derivado de un incentivo tributario (*tax sparing*) concedido por el país desarrollado. Por crédito ficticio derivado de un incentivo tributario, se entiende el crédito que se concede, no solo por el impuesto realmente pagado, sino por el impuesto sacrificado en virtud de la legislación que concede el incentivo.

11. Desde la publicación original del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas en 1980, ha habido varios estudios sobre la justificación económica de adoptar regímenes de incentivos fiscales con la mira de estimular la inversión. Según algunos miembros, esos estudios han demostrado que los factores tributarios no son por sí solos determinantes en el proceso de adopción de las decisiones de inversión que hacen las empresas y, por ende, a su juicio, el crédito otorgado por el impuesto no pagado por la aplicación de incentivos tributarios (*tax sparing*), puede no ser una política apropiada. Otros factores tienen mayor incidencia en la creación de lo que se ha dado en denominar el “clima de inversión” de un país, por ejemplo, la estabilidad política y económica, un sistema judicial percibido como imparcial, la disponibilidad de mano de obra calificada y leyes laborales y gastos de seguridad social que no creen obstáculos imprevistos al desarrollo de la empresa. Se ha sostenido que los incentivos fiscales minan la base tributaria y pueden producir efectos perjudiciales debido a la competencia de incentivos fiscales entre Estados vecinos que intentan ofrecer condiciones más favorables, prestándose a manipulaciones fiscales. Además, cuando en los tratados tributarios se han incorporado

cláusulas sobre créditos de contrapartida (*matching credit*), es decir un crédito por el impuesto que se debió abonar incrementado en un cierto porcentaje, se han dado casos de estructuración artificial de transacciones empresariales con el fin de aprovechar dichas disposiciones, lo que conduce tanto a la erosión de la base tributaria como a la distorsión económica involuntaria en el proceso de toma de decisiones de inversión.

12. Dicho esto, la realidad es que, como tema de política, los países son libres de adoptar los incentivos de inversión que les parezcan útiles o inevitables, dada la presión resultante de la existencia de regímenes tributarios preferenciales, como las zonas libres de impuestos en otras jurisdicciones, aunque en los últimos años se ha observado una mayor tendencia a que esos incentivos se focalicen de manera más estricta. Por ejemplo, esos incentivos pueden limitarse a ciertas actividades económicas o a regiones geográficas específicas y; en lugar de ser incentivos por tiempo indefinido, tienden a tener plazos relativamente limitados. Cuando los países en desarrollo eligen adoptar estos incentivos fiscales, algunos expertos consideran que deberían seguir teniendo como objetivo en la negociación de convenios tributarios, la inclusión de provisiones de crédito de contrapartida (*matching credit*) o de incentivos tributarios (*tax sparing*) en los convenios con países exportadores de capital que apliquen el sistema de crédito de impuestos. Los estudios de los convenios tributarios celebrados entre países desarrollados y países en desarrollo muestran que en esos convenios siguen figurando disposiciones de exención de impuestos, aunque esas disposiciones, a su vez, muestran ahora una tendencia a ser más rigurosamente limitadas en el tiempo que antes. A veces, se incorpora una cláusula “de interrupción” o “expiración automática” en virtud de la cual la disposición deja de tener efecto, por ejemplo, al cabo de cinco años, salvo que los Estados Contratantes acuerden una extensión. Cuando se pactan esas cláusulas, algunos expertos de países en desarrollo opinan que el país importador de capital debería incorporar, tanto en su legislación tributaria interna como en los acuerdos fiscales que suscriban, alguna protección contra una futura decisión del otro Estado Contratante de negarse a prorrogar la vigencia de la cláusula de crédito por los impuestos no pagados por incentivos tributarios. Esa protección, por ejemplo, podría adoptar la forma de lo que se suele denominar un “impuesto compensatorio” (*soak-up tax*), que consiste

en un impuesto destinado a reducir el beneficio concedido por la legislación interna de incentivos fiscales en la cuantía, que, de lo contrario, se traspasaría al fisco del otro Estado Contratante, en ausencia de una cláusula de crédito ficticio derivado de incentivos tributarios. Algunos países, sin embargo, no autorizan un crédito de impuestos extranjeros por los impuestos compensatorios.

13. El flujo de inversiones internacionales podría también verse perjudicado si el sistema utilizado por un país para eliminar la doble imposición, aunque concordante en la forma con el Artículo 23, no llevara a la eliminación de la doble imposición en la práctica. Por ejemplo, los elementos mecánicos del sistema podrían producir créditos de impuestos extranjeros inutilizables. Ello no solo sería inconsistente con el espíritu del Artículo 23, sino que podría también obstaculizar la inversión extranjera.

14. En la actualización del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas en 2017, la redacción del apartado 2 del Artículo 23 fue modificada para referirse a la parte del impuesto atribuible a tales elementos de renta “que pueden someterse a imposición en ese otro Estado” en lugar de “derivados de ese otro Estado”. El objetivo de dicha modificación tiene la intención de hacer la redacción del apartado 2 del Artículo 23A coherente con la del apartado 1 del Artículo 23B. El cambio de redacción no tiene por objeto cambiar el significado del apartado 2 del Artículo 23A. En cualquiera de las dos redacciones, el crédito por impuesto del otro Estado se limita al impuesto atribuible a las rentas que el otro Estado tiene derecho a gravar en virtud de las disposiciones del Convenio.

15. Sujeto a los párrafos 16 y 17 a continuación, que brindan explicaciones adicionales, el Comité considera que la siguiente parte del Comentario a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica el método de exención del Artículo 23A, el método crédito del Artículo 23B, así como los apartados 1 a 3 del Artículo 23A, es aplicable a los Artículos 23A y 23B de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario sobre el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

I. Observaciones preliminares

A. Alcance de los Artículos

1. Estos Artículos tratan sobre la doble imposición jurídica que ocurre cuando una misma persona está sujeta a imposición en más de un Estado por razón de la misma renta o del mismo capital.

2. Este caso debe distinguirse especialmente de la denominada doble imposición económica; es decir, cuando dos personas diferentes están sujetas a imposición por razón de la misma renta o del mismo capital. Si dos Estados quieren resolver los problemas de doble imposición económica deberán hacerlo por medio de negociaciones bilaterales.

3. La doble imposición jurídica internacional puede generarse en tres casos:

- a) Cuando una misma persona está sometida a imposición en ambos Estados Contratantes por su renta o su capital mundial (sujeción a imposición plena concurrente, véase el apartado 4 a continuación [*de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]).
- b) Cuando una persona, residente de un Estado Contratante (R)¹ obtenga rentas o posea capital en el otro Estado Contratante (S o E) y los dos Estados graven estas rentas o capital (véase más abajo el apartado 5 [*de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]).
- c) Cuando cada Estado Contratante someta a imposición a una misma persona, no residente en ninguno de los Estados Contratantes, por las rentas que obtenga o por el capital que posea en un Estado Contratante; este puede ser el caso, por ejemplo, cuando un no residente tenga un establecimiento permanente [*o una base fija*] en un Estado Contratante (E) a través del que obtenga rentas, o mediante el que posea capital, en el otro Estado Contratante (S) (sujeción parcial impositiva concurrente, véase abajo el párrafo 11 [*de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]).

1 A lo largo del Comentario a los Artículos 23A y 23B, la letra “R” indica el Estado de residencia en el sentido del Convenio, la “S” el Estado de la fuente o de la situación y la “E” el Estado donde está situado un establecimiento permanente [*o una base fija*].

4. El conflicto en el caso *a*) se reduce al del caso *b*) en virtud del Artículo 4. Esto se debe al hecho de que ese Artículo define la expresión “residente de un Estado Contratante” por referencia a la sujeción a impuesto de una persona conforme a la legislación interna por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga (apartado 1 del Artículo 4) y estableciendo, para determinar doble residencia, reglas específicas para definir el de los dos Estados es el Estado de residencia (R) en el sentido del Convenio (apartados 2 y 3 del Artículo 4).

4.1 Sin embargo, el Artículo 4 solo se refiere a los casos de sujeción plena concurrente al impuesto. El conflicto en el caso *a*) puede no quedar resuelto si el mismo elemento de renta está plenamente sujeto a imposición en dos países, pero en momentos distintos. El ejemplo siguiente ilustra el problema. Supongamos que un residente del Estado R1 obtiene un beneficio gravado de una opción de acciones (*stock-option*) para empleados que se le ha concedido. El Estado R1 grava ese beneficio en el momento de concesión de la opción. Inmediatamente después, la persona se convierte en residente del Estado R2, que grava dicho beneficio en el momento de su ejercicio. En este caso, cada Estado somete a imposición a esa persona al momento en que ésta es residente del mismo, y el Artículo 4 no resuelve la cuestión al no haber residencia concurrente en los dos Estados.

4.2 En esta situación, el conflicto se reducirá al caso *b*) y se resolverá en consecuencia en la medida en que los servicios prestados por razón del empleo a los que está ligada la opción, se llevan a cabo en uno de los Estados Contratantes de forma que serán gravables en ese Estado de acuerdo con el Artículo 15, dado que es en ese Estado donde se ejerce el empleo en cuestión. De hecho, en este caso, el Estado donde se han prestado los servicios será el Estado de la fuente para efectos de la eliminación de la doble imposición por el otro Estado. Es irrelevante que el otro Estado no exija el impuesto al mismo tiempo (véase más adelante el párrafo 32.8 [*de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]). Tampoco importa que el Estado considere que grava como Estado de residencia en lugar de como Estado de la fuente (véase más adelante la última oración del apartado 8 [*de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]).

4.3 Ahora bien, cuando esos servicios vinculados al empleo no se han prestado en ninguno de los dos Estados, el conflicto no será el de una doble imposición fuente-residencia y, como confirma la expresión “salvo en la medida en que tales disposiciones permitan la imposición

por ese otro Estado únicamente porque la renta sea también renta percibida por un residente de ese Estado” incluida en el apartado 1 de los Artículos 23A y 23B, la doble imposición que pueda derivarse escapará del ámbito de estos Artículos. En ese caso podría recurrirse al procedimiento de acuerdo mutuo, previsto en el apartado 3 del Artículo 25. Una base posible para resolver el caso sería que las autoridades competentes de los dos Estados acuerden que cada Estado elimine la doble imposición respecto del impuesto que se exigió atendiendo al criterio de residencia en el otro Estado sobre la parte del beneficio vinculada a los servicios prestados durante el tiempo en que el empleado fue residente de ese otro Estado. Así, en el ejemplo anterior, si los servicios en cuestión se prestaron en un tercer Estado antes de que la persona fuera residente del Estado R2, sería lógico que la autoridad competente del Estado R2 estuviera dispuesta a eliminar la doble imposición (ya sea por el método de crédito o el de exención) por el impuesto exigido por el Estado R1 sobre la parte del beneficio laboral vinculada a los servicios prestados en el tercer Estado, puesto que, en el momento en que se prestaron dichos servicios, el contribuyente era un residente del Estado R1 y no del Estado R2 a los efectos del convenio entre estos dos Estados.

5. El conflicto que se plantea en el caso b) puede resolverse repartiendo las potestades tributarias entre los Estados Contratantes. Esta distribución puede efectuarse mediante una renuncia al derecho a gravar, bien por el Estado de la fuente (S), por aquél en que está situado el establecimiento permanente [*o la base fija*] (E), o por el Estado de residencia (R), o mediante el reparto del derecho a gravar entre los dos Estados. Las disposiciones de los Capítulos III y IV del Convenio, combinadas con las disposiciones de los Artículos 23A o 23B, regulan esta distribución.

6. Para diversos elementos de renta o de capital se concede un derecho exclusivo de imposición a uno de los Estados Contratantes, declarando el Artículo correspondiente que la renta o el capital en cuestión “será sometido a imposición exclusivamente” en un Estado Contratante.¹ Las palabras “será sometido a imposición exclusivamente” en un Estado Contratante impiden al otro Estado exigir el impuesto, con lo que se evita la doble imposición. El Estado al que se atribuye el derecho exclusivo a gravar es normalmente el Estado de residencia del contribuyente en el sentido del Artículo 4, es decir, el Estado R, pero según el Artículo 19,² el derecho exclusivo puede atribuirse al otro Estado Contratante (S), del que el contribuyente no es residente de acuerdo con el Artículo 4.

-
- 1 Véanse la primera oración del apartado 1 del Artículo 7, el apartado 1 del Artículo 8, [*Alternativa A y Alternativa B*], [...] apartados 3 y [8] del Artículo 13, [*la primera oración del apartado 1 del Artículo 14,*] la primera oración del apartado 1, así como los apartados 2 y 3 del Artículo 15, el Artículo 18 [*excepto los apartados 1 y 2 de la Alternativa B*], los apartados 1 y 2 del Artículo 19, el apartado 1 del Artículo 21 y los apartados 3 y 4 del Artículo 22.
 - 2 Véanse los subapartados *a)* de los apartados 1 y 2 del Artículo 19.
7. Para otros elementos de renta o de capital, el derecho a gravar no se atribuye de forma exclusiva, y el Artículo correspondiente declara entonces que la renta o el capital en cuestión “pueden someterse a imposición” en el Estado Contratante (S o E) en el que el contribuyente no es residente de acuerdo con el Artículo 4. En tal caso, el Estado de residencia (R) debe conceder una desgravación para evitar la doble imposición. Los apartados 1 y 2 del Artículo 23A y el apartado 1 del Artículo 23B se han establecido para generar la desgravación necesaria.
8. Los Artículos 23A y 23B aplican a la situación en la que un residente del Estado R obtiene una renta del otro Estado Contratante E o S (que no es el Estado de residencia en el sentido del Convenio) y [...] posee en este un capital, y dicha renta o capital pueden someterse a imposición en este otro Estado E o S de acuerdo con el Convenio. Los Artículos aplican, pues, solamente al Estado de residencia, sin determinar de qué forma debe proceder el otro Estado Contratante E o S.
9. Cuando un residente del Estado Contratante R percibe rentas del mismo Estado R a través de un establecimiento permanente [*o una base fija*] que posee en el otro Estado Contratante E, el Estado E puede someter a imposición estas rentas (con la excepción de las rentas procedentes de bienes inmuebles situados en el Estado R) si son atribuibles a dicho establecimiento permanente [*o base fija*] (apartado 1 del Artículo 7 y apartado 2 del Artículo 21). Asimismo, en este supuesto, el Estado R debe conceder una desgravación en virtud del Artículo 23A o del Artículo 23B por las rentas atribuibles al establecimiento permanente [*o base fija*] situado en el Estado E, independientemente de que tales rentas provengan originariamente del Estado R (véase también el apartado 5 del Comentario al Artículo 21 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 como se cita en apartado 4 del Comentario al Artículo 21 de este Modelo*]). Sin embargo, cuando [*esas rentas sean intereses, regalías, honorarios por servicios técnicos o rentas de servicios digitales automatizados que el Estado R grava*

porque es el Estado de residencia o porque] los Estados Contratantes acuerdan otorgar al Estado R un derecho limitado a gravar como el Estado fuente de *[tales] dividendos [intereses, regalías, honorarios por servicios técnicos o rentas por servicios digitales automatizadas]* dentro de los límites fijados en el apartado 2 de los Artículos 10 *[11, 12, 12A, o 12B (véase a continuación el párrafo 9.1),] [...] el Estado E [debería]* otorgar un crédito por el impuesto recaudado por el Estado R, de conformidad con el apartado 2 del Artículo 23A o el apartado 1 del Artículo 23B *[sobre la base del apartado 3 del Artículo 24]*.

9.1 No obstante, cuando el Estado R aplique el método de exención, puede surgir un problema en lo relativo a la imposición de los dividendos *[intereses, regalías, honorarios por servicios técnicos y rentas por servicios digitales automatizados]* en el Estado de residencia como Estado de la fuente: la combinación de los Artículos 7 y 23A impide a dicho Estado someter a imposición tales rentas, mientras que si se pagaran a un residente del otro Estado, el Estado R, siendo el Estado de la fuente de los dividendos *[intereses, regalías, honorarios por servicios técnicos y rentas por servicios digitales automatizados]*, podría someterlos a imposición a las tasas previstas en el apartado 2 de los Artículos 10 *[,11, 12, 12A y 12B]*. Los Estados Contratantes que consideren inaceptable esa situación podrán incluir en sus convenios una disposición conforme a la que el Estado de residencia pueda, como Estado de la fuente de los dividendos *[intereses, regalías, honorarios por servicios técnicos y rentas por servicios digitales automatizados]*, someter a imposición tales rentas a las tasas previstas en el apartado 2 de los Artículos 10 *[,11, 12, 12A y 12B]* a pesar del hecho de que aplique el método de exención. El Estado en que esté situado el establecimiento permanente *[o base fija]* reconocerá un crédito fiscal respecto de tal impuesto en los términos de las disposiciones del apartado 2 del Artículo 23A o del apartado 1 del Artículo 23B; evidentemente, dicho crédito no será aplicable cuando, en virtud de su legislación interna, el Estado en el que esté situado el establecimiento permanente *[o base fija]* no someta a imposición los dividendos *[intereses, regalías, honorarios por servicios técnicos y rentas por servicios digitales automatizados]*, atribuidos al establecimiento permanente *[o base fija]*.

10. Cuando un residente del Estado R obtenga rentas de un tercer Estado, por medio de un establecimiento permanente *[o base fija]* que posee en el Estado E, este Estado E podrá someter a imposición dichas rentas (con la excepción de las rentas procedentes de bienes inmuebles situados en el tercer Estado) si son atribuibles a este establecimiento permanente *[o base fija]* (apartado 1 del Artículo 7 y

apartado 2 del Artículo 21). El Estado R debe, por aplicación de los Artículos 23A y 23B, conceder una desgravación para la renta atribuible al establecimiento permanente [*o base fija*] situado en el Estado E. Pero el Convenio no comprende norma alguna relativa a la desgravación que el Estado Contratante E debe conceder por los impuestos exigidos en el tercer Estado donde se genera la renta; sin embargo, en virtud del apartado 3 del Artículo 24, toda desgravación prevista por la legislación interna del Estado E (excluidos los convenios de doble imposición) en beneficio de los residentes del Estado E debe concederse igualmente a un establecimiento permanente en el Estado E de una empresa del Estado R (ver los párrafos 67 a 72 del Comentario al Artículo 24 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se citan en el apartado 2 del Comentario al Artículo 24 de este Modelo*]).

11. El conflicto que se plantea en el caso c) del apartado 3 anterior está fuera del ámbito del Convenio dado que, según el Artículo 1, éste se aplica solamente a las personas que son residentes de uno o de ambos Estados. No obstante, este caso puede resolverse mediante un procedimiento de acuerdo mutuo (véase también el anterior párrafo 10 [*de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]).

11.1 En algunos casos, una misma renta o capital pueden estar sujetos a imposición por ambos Estados Contratantes como renta o capital de uno de sus residentes. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando uno de los Estados Contratantes grava la renta mundial de una entidad residente de ese Estado mientras que el otro Estado trata a esa entidad como transparente desde el punto de vista fiscal y somete a imposición a los socios de dicha entidad que sean residentes de ese otro Estado respecto del porcentaje de rentas que les corresponda. La frase “(salvo en la medida en que estas disposiciones permitan la imposición por ese otro Estado únicamente porque la renta sea también renta percibida por un residente de ese Estado)” aclara que, en tales casos, los dos Estados no están obligados de manera recíproca a corregir la doble imposición por el gravamen impuesto por el otro en función de la residencia del contribuyente y que, por tanto, cada Estado está obligado a eliminar la doble imposición únicamente en la medida en que la imposición por el otro Estado sea conforme con las disposiciones del Convenio que permiten gravar las rentas o el capital en cuestión en el Estado de la fuente o en el Estado en el que esté el establecimiento permanente [*o base fija*] al que se puedan atribuirse dichas rentas o capital, excluyendo así la imposición que resultaría

únicamente del hecho de que una persona sea residente de ese otro Estado. Si bien dicha conclusión es una deducción lógica de la redacción de los Artículos 23A y 23B aun en ausencia de dicha frase, su inclusión elimina cualquier duda al respecto.

11.2 Los principios expuestos en el apartado anterior se ilustran con los siguientes ejemplos:

- *Ejemplo A:* Una entidad establecida en el Estado R es residente del Estado R y, por tanto, tributa en ese Estado por su renta mundial. El Estado S considera a esta entidad como fiscalmente transparente y somete a imposición a los socios de la entidad respecto de la parte que cada uno de ellos obtiene a través de la entidad. Todos los socios son residentes del Estado S. La totalidad de la renta de la entidad son beneficios empresariales atribuibles a un establecimiento permanente situado en el Estado R. En ese caso, para determinar el impuesto que debe pagar la entidad, el Estado R no estará obligado a eliminar la doble imposición conforme a los Artículos 23A o 23B respecto de la renta de la entidad, ya que la residencia de los socios de la entidad es la única razón por la que el Estado S puede gravar la renta conforme a las disposiciones del Convenio. Por otra parte, el Estado S tendrá que eliminar la doble imposición conforme a los Artículos 23A o 23B respecto de la totalidad de la renta de la entidad, dado que dicha renta puede someterse a imposición en el Estado R en aplicación de las disposiciones del Artículo 7, independientemente del hecho de que el Estado R considere que la renta la percibe una entidad residente del Estado R. Para determinar el importe del impuesto sobre la renta pagado en el Estado R con el fin de eliminar la doble imposición a los socios de la entidad en virtud del Artículo 23B, el Estado S deberá tener en cuenta el importe del impuesto pagado por la entidad en el Estado R.
- *Ejemplo B:* Los hechos son los mismos que en el ejemplo A, salvo en que el 30 por ciento de la renta obtenida a través de la entidad son intereses generados en el Estado S, atribuibles a un establecimiento permanente situado en el Estado R. El resto de la renta son beneficios empresariales atribuibles al mismo establecimiento permanente. En este caso, la doble imposición respecto de los beneficios empresariales, distintos de los intereses, se eliminará como se describe en el ejemplo A. Sin embargo, en el caso de los intereses, el Estado R tendrá que conceder un crédito a la entidad, conforme al apartado 2 del Artículo 23A

o del apartado 1 del Artículo 23B, por el monto del impuesto sobre los intereses pagados en el Estado S por todos los socios de la entidad, sin que pueda exceder del 10 por ciento del importe bruto de los intereses (que es el importe máximo del impuesto que podría pagarse en el Estado S en aplicación del apartado 2 del Artículo 11 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE), o el impuesto exigible en el Estado R respecto de dichos intereses (última parte del apartado 2 del Artículo 23A y del apartado 1 del Artículo 23B). Por otra parte, el Estado S tendrá que eliminar también la doble imposición conforme al Artículo 23A o 23B respecto de los socios de la entidad que sean residentes del Estado S, dado que la renta puede someterse a imposición en el Estado R conforme a las disposiciones del apartado 1 del Artículo 7. El que el Estado S aplique el método de exención del Artículo 23A sugiere que el Estado S tendrá que dejar exenta la parte de los intereses atribuible a los socios residentes del Estado S (véase el apartado 5 del Comentario al Artículo 21 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 4 del Comentario al Artículo 21 de este Modelo*] y el apartado 9 del Comentario a los Artículos 23A y 23B [*del Modelo de Convenio Tributario de OCDE de 2017 citado anteriormente*]). Si el Estado S aplica el método del crédito de impuestos del Artículo 23B, el crédito será aplicable únicamente respecto de la parte del impuesto exigible en el Estado S que exceda del importe del impuesto que el Estado S hubiera podido exigir en aplicación del apartado 2 del Artículo 11, y dicho crédito deberá corresponderse con el importe del impuesto pagado en el Estado R tras la deducción del crédito que el propio Estado R deba conceder por el impuesto exigible en el Estado S en virtud del apartado 2 del Artículo 11.

- *Ejemplo C*: los hechos son los mismos que en el ejemplo A salvo en que la totalidad de la renta de la entidad proviene de bienes inmuebles situados en el Estado S. En ese caso, para determinar el impuesto exigible a la empresa, el Estado R tendrá que conceder la desgravación conforme a los Artículos 23A o 23B respecto de la totalidad de la renta de la entidad, dado que dicha renta puede someterse a imposición en el Estado S en aplicación de las disposiciones del Artículo 6, independientemente del hecho de que el Estado S considere que la renta la perciben los socios, que son residentes del Estado S. Por otra parte, el Estado S no estará obligado a eliminar la doble imposición conforme a los

Artículos 23A [o] 23B ya que la residencia de la entidad es la única razón por la que el Estado R puede someter a imposición la renta conforme a las disposiciones del Convenio (el resultado hubiera sido el mismo incluso si la renta fuera atribuible a un establecimiento permanente [o base fija] situado en el Estado R: véase la primera oración del apartado 9 del Comentario a los Artículos 23A y 23B [del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado anteriormente]).

- *Ejemplo D:* Los hechos son los mismos que en el ejemplo A salvo en que la totalidad de la renta de la entidad son intereses generados en el Estado S, no atribuibles a un establecimiento permanente [o base fija]. En este caso, para determinar el impuesto exigible a la entidad, el Estado R tendrá que permitir que la entidad descuente, conforme al apartado 2 del Artículo 23A o del apartado 1 del Artículo 23B, el importe del impuesto sobre los intereses pagado en el Estado S por todos los socios de la entidad, sin que esta deducción exceda el 10 por ciento del importe bruto de los intereses (que es el importe máximo del impuesto que podría pagarse en el Estado S en aplicación del apartado 2 del Artículo 11 [del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE]) o del impuesto exigible en el Estado R respecto de dichos intereses (última parte del apartado 2 del Artículo 23A y del apartado 1 del Artículo 23B). Por otra parte, el Estado S no estará obligado a conceder una desgravación conforme a los Artículos 23A o 23B respecto de la renta de la entidad, ya que la renta no procede del Estado R y no es atribuible a un establecimiento permanente [o base fija] situado en el Estado R y el hecho de que la renta sea también renta percibida por un residente del Estado R es la única razón por la que el Estado R puede someter a imposición dicha renta. El apartado 1 del Artículo 11 confirma [el derecho] del Estado R [a gravar] los intereses como renta obtenida por una entidad residente del Estado R.
- *Ejemplo E:* Los hechos son los mismos que en el ejemplo D salvo en que la totalidad de la renta de la entidad son intereses generados en el Estado R. En este caso, para determinar el impuesto exigible a la entidad, el Estado R no estará obligado a conceder una desgravación, conforme a los Artículos 23A o 23B, respecto de la renta de la entidad ya que la residencia de los socios de la entidad es la única razón por la que el Estado S puede gravar la renta conforme a las disposiciones del Convenio. El Estado S, tendrá que permitir que los socios descuenten, conforme al

apartado 2 del Artículo 23A o del apartado 1 del Artículo 23B, el importe del impuesto sobre los intereses pagado en el Estado R por la entidad, sin que esta deducción exceda del 10 por ciento del importe bruto de los intereses (que es el importe máximo del impuesto que podría pagarse en el Estado R en aplicación del apartado 2 del Artículo 11 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*]) o del impuesto exigible en el Estado S respecto de dichos intereses (última parte del apartado 2 del Artículo 23A y del apartado 1 del Artículo 23B), lo que sea menor. Por otra parte, el Estado S no estará obligado a eliminar la doble imposición conforme a los Artículos 23A o 23B respecto del impuesto pagado en el Estado R que exceda del impuesto máximo que puede [*pagarse*] conforme al apartado 2 del Artículo 11, dado que los intereses no son atribuibles a un establecimiento permanente [*o base fija*] en el Estado R y el hecho de que la renta sea también renta percibida por un residente del Estado R es la única razón por la que el Estado R puede aplicar ese impuesto adicional sobre esa renta. Si bien el apartado 2 del Artículo 11 y el apartado 3 del Artículo 1 confirman el derecho del Estado R a gravar los intereses como intereses devengados en el Estado R, el Estado S considera que los intereses son de propiedad efectiva de un residente del Estado S, lo cual explica por qué no tiene en cuenta el impuesto recaudado en el Estado R en exceso al 10 por ciento.

- *Ejemplo F*: Los hechos son los mismos que en el ejemplo D salvo en que la totalidad de la renta de la entidad son intereses procedentes de un tercer Estado. En este caso, para determinar el impuesto exigible a la entidad, el Estado R no estará obligado a conceder una desgravación conforme a los Artículos 23A o 23B, respecto de la renta de la entidad ya que la residencia de los socios de la entidad es la única razón por la que el Estado S puede gravar la renta conforme a las disposiciones del Convenio. El Estado S, tampoco estará obligado a eliminar la doble imposición conforme a los Artículos 23A o 23B respecto de la renta de la entidad, dado que la renta no procede del Estado R y no es atribuible a un establecimiento permanente [*o base fija*] en el Estado R, y el hecho de que la renta sea también renta percibida por un residente del Estado R es la única razón por la que el Estado R puede gravar dicha renta. El apartado 1 del Artículo 21 confirma el derecho del Estado R a gravar los intereses como renta obtenida por la entidad residente del Estado R. El apartado 1 del Artículo 21 confirma asimismo [*el derecho*]

del Estado S [*a gravar*] los intereses como renta obtenida por los socios de la entidad que sean residentes del Estado S.

B. Descripción de los métodos para eliminar la doble imposición

12. En los convenios existentes se siguen dos principios rectores para eliminar la doble imposición por el Estado de residencia del contribuyente. A efectos de simplificar, a continuación, nos referimos solo al impuesto sobre la renta, pero los principios se aplican de la misma forma al impuesto sobre el capital.

1. El principio de exención

13. Según el principio de exención, el Estado de residencia R no somete a imposición las rentas que, de acuerdo con el Convenio, pueden someterse a imposición en el Estado E o S (y, evidentemente, tampoco a las rentas que pueden someterse a imposición exclusivamente en Estado E o S, (véase anteriormente el apartado 6 [*del Comentario a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]).

14. El principio de exención puede aplicarse siguiendo dos métodos principales:

- a) el Estado R no tiene en cuenta la renta que puede someterse a imposición en el Estado E o S a los efectos de su impuesto; el Estado R no está legitimado para considerar la renta así exenta cuando determina el impuesto exigible respecto del resto de la renta; este método se denomina “exención plena”;
- b) el Estado R no grava la renta que puede someterse a imposición en el Estado E o S, pero el Estado R conserva el derecho para tener en cuenta esta renta para determinar el impuesto exigible sobre el resto de la renta; este método se llama “exención con progresividad”.

2. El principio de crédito de impuestos

15. Según el principio de crédito, el Estado de residencia R calcula el impuesto basándose en el importe total de las rentas del contribuyente incluyendo las que provienen del otro Estado E o S que, de acuerdo con el Convenio, pueden someterse a imposición en ese otro Estado (pero sin incluir las rentas gravables exclusivamente en el Estado S; véase el anterior apartado 6). El Estado R deduce del impuesto que se le adeuda el impuesto pagado en el otro Estado.

16. El principio de crédito puede aplicarse siguiendo dos métodos principales:

- a) el Estado R permite la deducción del importe total del impuesto pagado en el otro Estado respecto de las rentas que pueden someterse a imposición en este Estado; este método se denomina “crédito pleno” (o “crédito íntegro”);
- b) la deducción concedida por el Estado R en concepto de impuesto pagado en el otro Estado se limita a la fracción de su propio impuesto que corresponda a las rentas que pueden someterse a imposición en el otro Estado; este método se llama “crédito ordinario”.

17. La diferencia fundamental entre los métodos consiste en que los métodos de exención se ocupan de la renta, mientras que los de crédito se ocupan del impuesto.

C. Aplicación y consecuencias de los métodos

18. Un ejemplo numérico facilitará la explicación de las consecuencias de los distintos métodos. Tomemos, por ejemplo, una renta total de 100.000, de las cuales 80.000 proceden de un Estado (Estado de residencia R) y 20.000 del otro Estado (Estado de la fuente S). Supongamos que en el Estado R la tasa impositiva es del 35 por ciento para una renta de 100.000 y del 30 por ciento para una renta de 80.000. Supongamos, asimismo, que en el Estado S la tasa impositiva es del 20 por ciento—en el caso (i) y del 40 por ciento—en el caso (ii), de manera que el impuesto generado en este Estado sobre 20.000 será 4.000 en el caso (i) u 8.000 en el caso (ii), respectivamente.

19. Si el contribuyente obtiene una renta total de 100.000 en el Estado R, el impuesto será de 35.000. Si dispone de una renta del mismo importe, pero obtenida de la forma indicada anteriormente, y si la legislación interna del Estado R no prevé ninguna desgravación ni tampoco existe convenio entre el Estado R y el Estado S, el importe total del impuesto será en el caso (i) de $35.000 + 4.000 = 39.000$, y en el caso (ii) de $35.000 + 8.000 = 43.000$.

1. Métodos de exención

20. Según los métodos de exención, el Estado R limita su imposición a la parte de la renta total que, de acuerdo con los diversos Artículos del Convenio, tiene derecho a gravar; es decir, 80.000.

a) *Exención plena*

El Estado R aplica el impuesto sobre 80.000 a la tasa impositiva correspondiente a 80.000; es decir, al 30 por ciento.

	Caso (i)	Caso (ii)
Impuesto en el Estado R, 30% de 80.000	24,000	24,000
Más impuesto en el Estado S	<u>4,000</u>	<u>8,000</u>
Impuestos totales	28,000	32,000
Importe del alivio dado por el Estado R	11,000	11,000

b) *Exención con progresividad*

El Estado R aplica el impuesto sobre 80.000 a la tasa impositiva correspondiente a la renta total, independientemente de donde proceda (100.000); es decir, al 35 por ciento.

	Caso (i)	Caso (ii)
Impuesto en el Estado R, 35% de 80.000	28,000	28,000
Más Impuestos en el Estado S	<u>4,000</u>	<u>8,000</u>
Impuestos totales	32,000	36,000
Importe del alivio dado por el Estado R	7,000	7,000

21. En ambos casos el nivel del impuesto en el Estado S no influye en el importe total de impuesto al que renuncia el Estado R. Cuando el impuesto sobre las rentas procedentes del Estado S es menor en dicho Estado que la deducción que concedería el Estado R—casos a (i), a (ii), y b (i)—el contribuyente obtendrá un resultado más ventajoso que si su renta total proviniese únicamente del Estado R. En el caso inverso—caso b (ii)—el resultado será menos favorable para el contribuyente.

22. El ejemplo también muestra que la desgravación admitida cuando el Estado R sigue el método de exención plena puede ser más elevada que el impuesto exigido en el Estado S, incluso si las tasas impositivas del Estado S son más elevadas que en el Estado R. Esto es debido a que en el método de exención plena no solo se renuncia al impuesto del Estado R sobre la renta del Estado S (35 por ciento de 20,000 = 7,000; como en el método de exención con progresividad), sino que también el gravamen sobre el resto de la renta (80.000) se

reduce en el importe correspondiente a la diferencia de tasas aplicables en el Estado R a los dos niveles de renta ($35 - 30 = 5$ por ciento aplicado a $80.000 = 4.000$).

2. *Métodos de crédito de impuestos*

23. De acuerdo con el método del crédito de impuestos, el Estado R conserva su derecho a gravar la renta total del contribuyente, pero permite una deducción en el impuesto así calculado.

a) *Crédito pleno o íntegro*

El Estado R calcula el impuesto sobre la renta total de 100.000 a la tasa del 35 por ciento, y admite la deducción del impuesto pagado en el Estado S sobre la renta procedente de S.

	Caso (i)	Caso (ii)
Impuesto en el Estado R, 35% de 100,000	35,000	35,000
Menos Impuestos en el Estado S	<u>-4,000</u>	<u>-8,000</u>
Impuestos pagados	31,000	27,000
Impuestos totales	35,000	35,000
Importe del alivio dado por el Estado R	4,000	8,000

b) *Crédito ordinario*

El Estado R calcula el impuesto sobre la renta total de 100.000 a la tasa del 35 por ciento, y permite la deducción del impuesto pagado en el Estado S sobre la renta procedente de S, pero en ningún caso permite que la deducción exceda de la parte del impuesto aplicable en el Estado R correspondiente a la renta generada en S (deducción máxima). La deducción máxima será del 35 por ciento de $20.000 = 7.000$.

	Caso (i)	Caso (ii)
Impuesto en el Estado R, 35% de 100,000	35,000	35,000
Menos Impuestos en el Estado S	<u>-4,000</u>	
Menos Impuesto máximo		<u>7,000</u>
Impuestos generados	31,000	28,000
Impuestos totales	35,000	36,000
Importe del alivio dado por el Estado R	4,000	7,000

24. Una característica de los métodos de crédito de impuestos en comparación con los de exención es que el Estado R no está en ningún caso obligado a conceder una deducción superior al impuesto debido en el Estado S.

25. Si el impuesto debido en el Estado S es menor que el impuesto del Estado R calculado sobre la renta del Estado S (deducción máxima), el contribuyente deberá en todo caso pagar el mismo importe del impuesto que si hubiera tributado únicamente en el Estado R; es decir, como si su renta total proviniese únicamente del Estado R.

26. Se llega a un resultado idéntico cuando el impuesto debido en el Estado S es más elevado y el Estado R aplica el método de crédito de impuestos pleno, al menos en tanto que el impuesto total debido en el Estado R sea igual o más elevado que el importe del impuesto debido en el Estado S.

27. Cuando el impuesto debido en el Estado S es más elevado y la deducción está limitada (crédito ordinario), el contribuyente no podrá deducir el total del impuesto pagado en el Estado S. En tal caso, el resultado será menos favorable para el contribuyente que si obtuviese la totalidad de su renta en el Estado R, y en estas condiciones el método de crédito de impuestos ordinario tendrá los mismos efectos que el método de exención con progresividad.

Tabla 23–1 Importe total del impuesto en los diferentes casos ilustrados anteriormente

A. Toda la renta procedente del Estado R	Impuesto total = 35,000	
B. Renta procedente de dos Estados, a saber: 80.000 en el Estado R y 20,000 en el Estado S	Impuesto total, si el impuesto en el Estado S es:	
	4,000 (caso (i))	8,000 (caso (ii))
Sin Convenio (19) ^a	39,000	43,000
Exención plena (20a)	28,000	32,000
Exención progresiva (20b)	32,000	36,000
Crédito pleno (23a)	35,000	35,000
Crédito ordinario (23b)	35,000	36,000

a Los números en paréntesis indican los párrafos en este Comentario.

Tabla 23-2 Importe del impuesto al que renuncia el Estado de residencia

	Si el impuesto en el Estado S es	
	4,000 (caso (i))	8,000 (caso (ii))
Sin Convenio	0	0
Exención plena (20a) ^a	11,000	11,000
Exención progresiva (20b)	7,000	7,000
Crédito pleno (23a)	4,000	8,000
Crédito ordinario (23b)	4,000	7,000

a Los números en paréntesis indican los párrafos en este Comentario.

D. Métodos propuestos en los Artículos

28. En los convenios suscritos entre los países miembros de la OCDE se han aplicado ambos principios rectores. Algunos Estados tienen preferencia por el primero; otros por el segundo. Teóricamente, podría parecer deseable tener un solo principio, pero dadas las preferencias mencionadas, se ha dejado a cada Estado la libertad de hacer su propia elección.

29. Por otro lado, se ha considerado importante limitar el número de métodos basados en cada principio rector. A la vista de tal limitación, los Artículos se han redactado de forma que permitan a los países miembros elegir entre dos métodos:

- método de la exención con progresividad (Artículo 23A), y
- método del crédito ordinario (Artículo 23B).

30. Si dos Estados Contratantes adoptan el mismo método, será suficiente con incluir en el Convenio el Artículo correspondiente. Si, por el contrario, los dos Estados Contratantes adoptan métodos diferentes, los dos Artículos pueden combinarse en uno y será preciso indicar el nombre del Estado correspondiente en la parte del Artículo relativa al método que ha adoptado.

31. Los Estados Contratantes pueden utilizar una combinación de los dos métodos. Tal combinación es de hecho necesaria en un Estado Contratante R que adopte de manera general el método de exención en el caso de rentas que puedan estar sujetas a un impuesto

limitado en el otro Estado Contratante S en virtud de los Artículos 10 y 11 [*al igual que el Artículo 12, 12A y 12B*]. Para estos casos el Artículo 23A prevé en su apartado 2 un crédito para el impuesto limitado exigido en el otro Estado Contratante S (no obstante, podrán requerirse ajustes a los apartados 1 y 2 del Artículo 23A en el caso de distribuciones de Fideicomisos de Inversión Inmobiliaria (REIT) cuando se disponga de disposiciones similares a las mencionadas en los párrafos 67.1 a 67.7 del Comentario al Artículo 10 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 31 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo*] han sido adoptados por los Estados Contratantes). Además, los Estados que adoptan de manera general el método de exención pueden querer excluir de esta exención ciertos elementos de renta y aplicarles el método de crédito de impuestos. En este caso, se puede modificar el texto del apartado 2 del Artículo 23 con el fin de incluir dichos elementos de renta.

[...]

32. Los dos Artículos están redactados con términos generales y no establecen reglas detalladas relativas al cálculo de la exención o del crédito; esto se deja a la legislación interna y la práctica aplicables. Los Estados Contratantes que consideren necesario regular un problema concreto en el propio Convenio son libres de hacerlo en sus negociaciones bilaterales.

E. Conflictos de clasificación

32.1 Los Artículos 23A y 23B requieren que se conceda la desgravación, vía método de exención o de crédito, según el caso, cuando un elemento de renta o de capital pueda someterse a imposición en el Estado de la fuente conforme a lo dispuesto en el Convenio. Por tanto, el Estado de residencia tiene la obligación de aplicar el método de exención o el de crédito de impuestos respecto de un elemento de renta o de capital cuando el Convenio autorice al Estado de la fuente a gravarlo.

32.2 La interpretación de la expresión “... que, conforme a lo dispuesto en este Convenio puedan someterse a imposición en el otro Estado Contratante”, que se utiliza en los dos Artículos, es particularmente importante en el tratamiento de los casos en los que los Estados de residencia y de la fuente clasifican de modo diferente el mismo elemento de renta o de capital a los efectos de la aplicación de lo dispuesto en el Convenio.

32.3 A este respecto deben considerarse distintas situaciones. Cuando, por las diferencias existentes entre la legislación interna del Estado de la fuente y el Estado de residencia, el primero de ellos aplica a un determinado elemento de renta o de capital disposiciones del Convenio distintas a las que hubiera aplicado el Estado de residencia a ese mismo elemento de renta o capital, no por ello la renta deja de estar gravada conforme a las disposiciones del Convenio, tal como las aplica e interpreta el Estado de la fuente. En estos casos, por tanto, los dos Artículos exigen que el Estado de residencia elimine la doble imposición a pesar del conflicto de calificación resultante de las diferencias existentes en las respectivas legislaciones internas.

32.4 Esta cuestión puede ser ilustrada con el siguiente ejemplo. Una asociación de personas (*partnership*) establecida en el Estado E realiza una actividad económica a través de un establecimiento permanente situado en ese Estado. Un socio residente del Estado R enajena su participación en dicha sociedad. El Estado E considera la asociación de personas como fiscalmente transparente, mientras que el Estado R la trata como una entidad sujeta a imposición. El Estado E, por tanto, considera que la enajenación de la participación en la asociación de personas, a efectos de este Convenio con el Estado R, es una enajenación efectuada por el socio de los activos en los que se sustenta la actividad económica de la citada sociedad que dicho Estado puede someter a imposición en virtud de los apartados 1 o 2 del Artículo 13. El Estado R, que trata la asociación de personas como una entidad sujeta a imposición, considera que la enajenación de la participación en dicha sociedad es asimilable a la enajenación de las acciones de una sociedad, enajenación que el Estado E no puede someter a imposición en virtud del apartado 5 del Artículo 13 [*de un convenio similar al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*]. En este caso, el conflicto de calificación se deriva exclusivamente de la diferencia de tratamiento de las asociaciones de personas en las legislaciones internas de los dos países y el Estado R debe considerar que el Estado E ha gravado la ganancia obtenida en la enajenación “conforme a lo dispuesto en el Convenio” a los efectos de la aplicación del Artículo 23A o del Artículo 23B. El Estado R debe, por lo tanto, conceder una exención conforme al Artículo 23A o un crédito fiscal en virtud del Artículo 23B a pesar de que, en virtud de su legislación interna, trata la ganancia obtenida en la enajenación como una renta derivada de la enajenación de acciones de una sociedad por acciones y de que, si la definición de renta del Estado E estuviera en consonancia con la del Estado R, este último no tendría que eliminar la doble imposición conforme a los Artículos 23A o 23B. En ese caso, por tanto, no se producirá una doble imposición.

32.5 No obstante, ni el Artículo 23A ni el 23B requieren que el Estado de residencia elimine la doble imposición en todos los casos en los que el Estado de la fuente haya sometido a imposición un elemento de renta, aplicándole una disposición del Convenio que es distinta de la que el Estado de residencia considera aplicable. Así, en el ejemplo anterior, si para aplicar el apartado 2 del Artículo 13, el Estado E considera que la asociación de personas (*partnership*) ha llevado a cabo su actividad económica a través de un lugar fijo de negocios, pero el Estado R considera que es de aplicación el apartado 5 [*del Artículo 13 de un convenio similar al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*], porque la asociación de personas carecía de un lugar fijo de negocios en el Estado E, realmente existe una controversia respecto si el Estado E ha gravado la renta conforme a lo dispuesto en el Convenio. Lo mismo puede ocurrir si el Estado E, al aplicar el apartado 2 del Artículo 13, interpreta la locución “que formen parte del activo” de modo que se incluyan ciertos activos que no hubieran Estado comprendidos en el significado de esta frase según la interpretación que de ella hace el Estado R. Las controversias resultantes de una interpretación diferente de los hechos o de las disposiciones del Convenio deben distinguirse de los conflictos de calificación descritos en el apartado anterior en los que la discrepancia no se basa en diferentes interpretaciones de las disposiciones del Convenio, sino en disposiciones distintas de la legislación interna. En el Caso anterior, el Estado R puede argumentar que el Estado E no ha aplicado su impuesto conforme a lo dispuesto en el Convenio si lo ha hecho basándose en lo que el Estado R considera una interpretación errónea de los hechos o del Convenio. Los Estados deberán recurrir a las disposiciones del Artículo 25 (Procedimiento de acuerdo mutuo), y en particular de su apartado 3, para resolver este tipo de conflicto en los casos en que, de otro modo, generarían una doble imposición efectiva.

32.6 La frase “que, conforme a lo dispuesto en este Convenio, puedan someterse a imposición” debe interpretarse también en relación con los posibles casos de doble no imposición que pueden darse en virtud del Artículo 23A. Cuando el Estado de la fuente considera que lo dispuesto en el Convenio le prohíbe gravar un elemento de renta o de capital que de otro modo hubiera tenido derecho a gravar, el Estado de residencia, a efectos de la aplicación del apartado 1 del Artículo 23A, debería considerar que el Estado de la fuente no puede someter a imposición el elemento de renta conforme a lo dispuesto en el Convenio, incluso aunque el Estado de residencia hubiera aplicado el Convenio de forma diferente para así tener derecho a gravar esta renta si hubiera tenido la posición de Estado de la fuente. Por tanto, el

apartado 1 no obliga al Estado de residencia a exonerar de impuesto el elemento de renta, resultado que es coherente con la función básica del Artículo 23 que consiste en eliminar la doble imposición. *[véase más adelante, no obstante, el párrafo 16 del Comentario a los Artículos 23A y 23B de este Modelo].*

32.7 Esta situación puede ilustrarse haciendo referencia a una variación del ejemplo anterior. Una asociación de personas (*partnership*) establecida en el Estado E desarrolla una actividad económica por medio de un lugar fijo de negocios situado en ese Estado, y uno de sus socios, residente del Estado R, enajena su participación en dicha entidad. Modificando los hechos del ejemplo, ahora suponemos que el Estado E trata la asociación de personas como una entidad sujeta a imposición, mientras que el Estado R la trata como fiscalmente transparente; además, se supone que el Estado R es un Estado que aplica el método de exención. El Estado E, al tratar la asociación de personas como una entidad jurídica, considera que la enajenación de la participación en dicha asociación de personas es asimilable a la enajenación de acciones en una sociedad, que no se puede gravar en virtud del apartado 5 del Artículo 13 *[de un convenio similar al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017]*. El Estado R, por otra parte, considera que la enajenación de la participación en la asociación de personas debería haber sido gravada en el Estado E como si fuera una enajenación, realizada por el socio, de los activos que sustentan la actividad económica de la citada sociedad a los que se hubieran aplicado los apartados 1 o 2 del Artículo 13 *[de ese Convenio]*. Para determinar si el Estado R tiene la obligación de exonerar la renta en virtud del apartado 1 del Artículo 23A, dicho Estado debe considerar sin embargo que, teniendo en cuenta la aplicación combinada de las disposiciones del Convenio y las de la legislación interna del Estado E, este último no puede gravar la renta conforme a lo dispuesto en el Convenio. El Estado R no tiene, pues, obligación de exonerar la renta.

F. Desajuste temporal

32.8 Las disposiciones del Convenio que permiten al Estado de la fuente gravar determinados elementos de renta o de capital no incluyen restricción alguna acerca del momento en que debe exigirse el impuesto (véase, por ejemplo, el párrafo 2.2 del Comentario al Artículo 15 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 2 del Comentario al Artículo 15 de este Modelo]*). Dado que tanto el Artículo 23A como el Artículo 23B exigen que se permita la desgravación cuando un elemento de renta

o de capital puedan someterse a imposición en el Estado de la fuente conforme a las disposiciones del Convenio, esa desgravación debe concederse con independencia del momento en que el Estado de la fuente exija el impuesto. El Estado de residencia debe por tanto eliminar la doble imposición aplicando el método de crédito de impuestos o de exención en relación con ese elemento de renta o de capital, incluso cuando el Estado de la fuente lo grave en ejercicios anteriores o posteriores. No obstante, algunos Estados no siguen la redacción del Artículo 23A o 23B en sus convenios bilaterales y condicionan la eliminación de la doble imposición que conceden en sus convenios a lo dispuesto en su legislación interna. A pesar de todo, es de esperar que estos países busquen otras formas (el procedimiento de acuerdo mutuo, por ejemplo) para eliminar la doble imposición que, de no hacerlo así, podría producirse si el Estado de la fuente exigiera su impuesto en otro ejercicio.

II. Comentario a las disposiciones del Artículo 23A (método de exención)

Apartado 1

A. Obligación del Estado de residencia de conceder la exención

33. En el Artículo se prevé que el Estado de residencia R dejará exentas las rentas y el capital que “puedan someterse a imposición” en el otro Estado E o S conforme a lo dispuesto en el Convenio.

34. Por consiguiente, el Estado de residencia debe dejar exentas las rentas y el capital que, conforme a lo dispuesto en el Convenio, puedan someterse a imposición en el otro Estado con independencia de que ese otro Estado ejerza efectivamente o no esa potestad tributaria. Parece que este método es el más práctico, ya que libera al Estado de residencia de indagar sobre el tratamiento tributario en el otro Estado.

[...]

35. Ocasionalmente y para evitar una doble no imposición, los Estados Contratantes pueden, durante sus negociaciones, hallar razonable hacer una excepción a la obligación absoluta del Estado de residencia de conceder la exención [...]. Tal puede ser el caso cuando, en virtud de la legislación interna del Estado de la fuente no está previsto ningún impuesto sobre determinados elementos de renta o de

capital, o cuando el impuesto no se recauda debido a circunstancias particulares, tales como la compensación de pérdidas, un error o la prescripción. Para evitar dicha doble no imposición de determinados elementos de renta, los Estados Contratantes pueden convenir modificar el propio Artículo [...]. Se podría hacer también una excepción a la regla general, con el fin de alcanzar una cierta reciprocidad, cuando uno de los Estados adopta el método de exención y el otro el de crédito de impuestos. Por último, es también factible hacer otra excepción a la regla general cuando un Estado desea aplicar a ciertos elementos de renta el método de crédito de impuestos y no el de exención (véase el anterior párrafo 31 [*del Comentario sobre los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017. Véase también más adelante las observaciones al párrafo 17 del Comentario sobre los Artículos 23A y 23B de este Modelo*]).

36. Conviene asimismo señalar, como se explicó previamente en los párrafos 11.1 y 11.2 [*del Comentario a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], que el Artículo 23 no obliga a los Estados Contratantes a dejar exentas las rentas o el capital cuando la única razón por la que el otro Estado Contratante puede gravarlos conforme a lo dispuesto en el Convenio es que ese otro Estado atribuye dicha renta o dicho capital a uno de sus residentes.

B. Redacción alternativa del Artículo

37. Tal como está formulado en el Artículo, el método de exención tiene por efecto reducir la renta o el capital imponibles en el Estado de residencia en la cuantía del importe exonerado por este Estado. Si en un Estado concreto, la cuantía de la renta determinada para efectos del impuesto se utiliza como referencia para otros fines, por ejemplo, para el cálculo de prestaciones sociales, la aplicación del método de exención en la forma propuesta puede tener como consecuencia que se beneficien de estas prestaciones personas que no deberían tener derecho a ellas. Para evitar este tipo de consecuencias es posible modificar el Artículo de manera que la renta en cuestión quede incluida en la renta imponible en el Estado de residencia. Este último deberá entonces renunciar a la fracción del impuesto total que corresponda a la citada renta. Este procedimiento conducirá al mismo resultado que el derivado del Artículo tal como está redactado. Puede dejarse a los Estados libertad para realizar dichas modificaciones en la redacción del Artículo. Si un Estado desea redactar el Artículo como se ha indicado anteriormente, el apartado 1 puede redactarse como sigue:

Cuando un residente de un Estado Contratante perciba rentas o sea propietario de elementos de capital que, conforme a lo dispuesto en este Convenio, sean gravables exclusivamente o puedan someterse a imposición en el otro Estado Contratante, el Estado mencionado en primer lugar, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, admitirá la deducción en el impuesto sobre la renta o sobre el capital de la fracción del impuesto sobre la renta o sobre el capital que corresponda, según el caso, a las rentas que se perciban del otro Estado o al capital que se posea en ese otro Estado.

Si el Artículo se redacta de dicha forma, el apartado 3 resulta innecesario y podría omitirse.

C. Problemas varios

38. El Artículo 23A contiene el principio según el cual el Estado de residencia tiene que conceder la exención, pero no establece reglas específicas sobre cómo debe efectuarse tal exención. Esto concuerda con la estructura general del Convenio. Los Artículos 6 a 22 también establecen las reglas que atribuyen el derecho a someter a imposición a los diversos tipos de renta o de capital, sin tratar en principio de la determinación de la renta o del capital imponibles, de las deducciones, de las tasas impositivas, etc., (véase, no obstante, [el apartado 3 del Artículo 7 y] el Artículo 24). La experiencia ha demostrado que pueden surgir numerosos problemas. Esto es particularmente cierto en lo relativo al Artículo 23A. Algunos de ellos se tratan en los apartados siguientes. En ausencia de una disposición específica en el Convenio, se aplica la legislación interna de cada Estado Contratante. Algunos convenios contienen una referencia expresa a la legislación interna, pero evidentemente esto no es útil cuando en la legislación interna no se aplica el método de exención. En tales casos los Estados Contratantes que se enfrenten con este problema deberán establecer reglas para la aplicación del Artículo 23A, si es necesario, después de haber consultado con la autoridad competente del otro Estado Contratante (apartado 3 del Artículo 25).

1. Importe exento

39. La cuantía de las rentas a ser exoneradas por el Estado de residencia es aquella que, en ausencia del Convenio, estaría sujeta al impuesto sobre la renta conforme a la legislación interna relativa a este impuesto. Puede, por tanto, diferir del importe de la renta sujeto a imposición por el Estado de la fuente conforme a su legislación interna.

40. Normalmente, la base de cálculo del impuesto sobre la renta es la renta neta total; es decir, la renta bruta menos las deducciones admitidas. Es, pues, la renta bruta procedente del Estado de la fuente menos las deducciones permitidas (específicas o proporcionales) vinculadas a la renta que debe quedar exenta.

41. Algunos problemas surgen porque la mayor parte de los países prevé en sus respectivas legislaciones fiscales deducciones complementarias aplicables a la renta total o a determinados elementos de renta para llegar a la renta sujeta al impuesto. Un ejemplo numérico ilustrará el problema:

a) Renta interna (bruta menos gastos admitidos)	100
b) Renta procedente del otro Estado (bruta menos gastos admitidos)	<u>100</u>
c) Renta total	200
d) Deducciones previstas por la legislación del Estado de residencia para otros gastos no relacionados con las rentas mencionadas en a) o en b), tales como primas de seguros, donaciones a instituciones benéficas	<u>-20</u>
e) Renta “neta”	180
f) Desgravaciones personales y familiares	<u>-30</u>
g) Renta sujeta a impuesto (Renta imponible)	150

La cuestión que se plantea es determinar qué cuantía debe quedar exenta de impuesto, por ejemplo:

- 100 (línea *b*), dejando un importe gravable de 50;
- 90 (mitad de la línea *e*, conforme a la proporción existente entre la línea *b* y la línea *c*), dejando 60 (deduciendo totalmente la línea *f* de la renta de fuente nacional);
- 75 (mitad de la línea *g*, conforme a la proporción existente entre la línea *b* y la línea *c*) dejando 75;
- o cualquier otro importe.

42. Una comparación de las legislaciones y prácticas de los países miembros de la OCDE demuestra que el importe exento varía considerablemente de un país a otro. La solución adoptada por un Estado dependerá de su política y de su estructura tributaria. La intención de un Estado puede ser que sus residentes se beneficien siempre plenamente de las desgravaciones personales y familiares y de otras deducciones. En otros Estados estos importes exentos se reparten proporcionalmente. En muchos Estados las desgravaciones personales y

familiares forman parte de la tarifa progresiva, se conceden como deducción del impuesto o incluso no se conocen como tal y la situación familiar se tiene en cuenta aplicando tarifas distintas.

43. Considerando las diferencias existentes entre los Estados en sus políticas y técnicas tributarias relativas a la determinación del impuesto, y en particular en el ámbito de las deducciones, desgravaciones y beneficios similares, es preferible no proponer una solución explícita y uniforme en el Convenio, sino dejar a cada Estado la libertad de aplicar su legislación y técnica propias. Los Estados Contratantes que prefieran resolver en sus convenios estos problemas específicos tienen, naturalmente, libertad para hacerlo en sus negociaciones bilaterales. Finalmente, se llama la atención sobre el hecho de que el problema tiene igualmente importancia para los Estados que aplican el método de crédito de impuestos [...].

2. *Tratamiento de las pérdidas*

44. Al aplicar el Artículo 23A, varios Estados Contratantes tratan las pérdidas sufridas en el otro Estado de la misma manera que las rentas generadas en este Estado: como Estado de residencia (Estado R), no conceden deducción por las pérdidas incurridas en relación con bienes inmuebles o establecimientos permanentes situados en el otro Estado (E o S). Siempre que este otro Estado permita trasladar la pérdida a ejercicios futuros, el contribuyente no sufrirá perjuicio, en el sentido de que solo se le impide solicitar una doble deducción por la misma pérdida, en el Estado E (o S) y en el Estado R. Otros Estados pueden, como el Estado de residencia R, permitir la deducción de una pérdida sufrida en el Estado E (o S), contra la renta que ellos gravan. En tal supuesto, el Estado R tendrá libertad para limitar la exención que concede con acuerdo al apartado 1 del Artículo 23A, a los beneficios o rentas generados posteriormente en el otro Estado E (o S), deduciendo de esos beneficios o rentas posteriores el importe de las pérdidas anteriores que el contribuyente puede trasladar a ejercicios futuros en el Estado E (o S). Dado que la solución depende fundamentalmente de la legislación interna de los Estados Contratantes y que las legislaciones de los países miembros de la OCDE presentan diferencias sustanciales, no puede proponerse una solución válida en el propio Artículo. Si lo consideran necesario, los Estados Contratantes tienen libertad para clarificar la cuestión antes mencionada y los restantes problemas relacionados con las pérdidas en las negociaciones bilaterales, ya sea en el propio Artículo, o vía procedimiento de acuerdo mutuo (apartado 3 del Artículo 25).

3. *Imposición sobre las rentas restantes*

45. Independientemente de la aplicación de las tasas impositivas progresivas que se tratan ahora en el apartado 3 del Artículo [...], hay determinadas disposiciones de las legislaciones tributarias que pueden generar ciertos problemas. Así, ciertas legislaciones tributarias prevén, por ejemplo, que la imposición aplique únicamente a partir de un importe mínimo de renta imponible (umbral de exención). La renta total antes de la aplicación del Convenio puede exceder claramente de ese umbral de franquicia impositiva, pero en virtud de la exención resultante de la aplicación del Convenio que implica la deducción de la renta exenta de la renta imponible total, la renta imponible restante puede quedar reducida a un importe inferior al citado umbral. Por las razones mencionadas anteriormente en el párrafo 43 [*del Comentario a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio de la OCDE de 2017*] no pueden proponerse soluciones uniformes. Sin embargo, cabe señalar que el problema no se plantea si se adopta la redacción alternativa del apartado 1 del Artículo 23A [...].

46. Algunos Estados han introducido sistemas especiales para la imposición de las rentas corporativas [...]. En los Estados que apliquen el sistema de doble tasa impositiva en el impuesto a la renta corporativo [...], puede surgir un problema si la renta que va a dejarse exenta debe deducirse del beneficio no distribuido (al que se aplica la tasa normal), o del beneficio distribuido (al que se aplica una tasa reducida); o si la renta que va a dejarse exenta debe atribuirse en parte a los beneficios distribuidos y en parte a los no distribuidos. Cuando, en virtud de la legislación de un Estado que aplique el sistema de doble tasa en el impuesto a la renta corporativo, se exija un impuesto complementario al nivel de la sociedad matriz respecto de los dividendos que haya recibido de una sociedad subsidiaria, y que no redistribuye, (este impuesto complementario se justifica por el hecho de que se trata de una compensación de la ventaja que ha supuesto para la subsidiaria la aplicación de una tasa reducida en el impuesto sobre sus beneficios distribuidos), el problema que surge es determinar si este impuesto complementario puede exigirse cuando la subsidiaria pague sus dividendos con cargo a una renta exenta de impuesto en virtud del Convenio. Finalmente, un problema análogo puede surgir con relación con los impuestos a cuenta (*précompte*, *Advance Corporation Tax*) que se exigen sobre los beneficios distribuidos de una sociedad con el fin de cubrir el crédito fiscal atribuible

a los accionistas [...]. La cuestión es saber si estos impuestos especiales ligados a la distribución de beneficios pueden exigirse en la medida en que las distribuciones se realizan con cargo a beneficios exentos de impuestos. Corresponde a los Estados Contratantes regular estas cuestiones en sus negociaciones bilaterales.

Apartado 2

47. Según los Artículos 10 y 11 [*así como los Artículos 12, 12A y 12B*], el derecho a gravar los dividendos [*intereses, regalías, honorarios por servicios técnicos y rentas por servicios digitales automatizados*] está repartido entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente. En estos casos el Estado de residencia es libre de no gravar si lo desea [...] y de aplicar el método de exención también a los elementos de renta mencionados anteriormente. Sin embargo, cuando el Estado de residencia prefiere ejercer su derecho a gravar tales elementos de renta, no puede aplicar el método de exención para eliminar la doble imposición dado que renunciaría totalmente a su derecho a gravar la renta en cuestión. Para el Estado de residencia, la aplicación del método de crédito de impuestos generalmente proporcionará una solución adecuada. Además, como ya se ha indicado anteriormente en el párrafo 31 [*del Comentario a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], los Estados que en general utilizan el método de exención pueden desear aplicar el método del crédito de impuestos a determinados elementos de renta en lugar del de exención. Consecuentemente, el apartado está redactado de acuerdo con el método de crédito de impuestos ordinario. El Comentario al Artículo 23B que siguen son aplicables, mutatis mutandis, al apartado 2 de Artículo 23.

48. En los casos comprendidos en el apartado precedente se prevén determinados porcentajes máximos de imposición para el impuesto exigible por el Estado de la fuente. En tales casos la tasa impositiva en el Estado de residencia será muy frecuentemente más alta que en el Estado de la fuente. La limitación de la deducción, como se dispone en la segunda frase del apartado 2 y que es conforme con el método de crédito de impuestos ordinario, solo tendrá, por tanto, consecuencias en un número limitado de casos. Si en tales casos los Estados Contratantes prefieren renunciar a esta limitación y aplicar el método de crédito de impuestos pleno, pueden hacerlo suprimiendo la segunda frase del apartado 2.

Dividendos correspondientes a una participación sustancial poseída por una sociedad

49. De la combinación de los apartados 1 y 2 del Artículo 10 y del Artículo 23 (Artículos 23A o 23B, según los casos) resulta que el Estado de residencia del accionista está autorizado a gravar los dividendos procedentes del otro Estado, pero debe admitir como crédito contra su propio impuesto sobre tales dividendos el impuesto exigido a la tasa limitada por el apartado 2 del Artículo 10 en el Estado de donde proceden. Este régimen se aplica igualmente cuando el percceptor de los dividendos es una sociedad matriz que recibe dividendos de su subsidiaria; en tal caso, el impuesto retenido en el Estado de la subsidiaria, e imputado en el Estado de la sociedad matriz, está limitado al *[el porcentaje se acordará durante las negociaciones bilaterales]* por ciento del importe bruto de los dividendos en aplicación del Artículo 10, apartado 2, subapartado a).

50. Estas disposiciones evitan efectivamente una doble imposición jurídica de los dividendos; en cambio, no evitan la tributación corporativa recurrente sobre los beneficios distribuidos a la sociedad matriz: primero al nivel de la sociedad subsidiaria y de nuevo en el de la sociedad matriz. Esta imposición recurrente supone un obstáculo realmente importante para el desarrollo de las inversiones internacionales. Así lo han reconocido numerosos Estados, que han introducido disposiciones específicas para evitarlo en su legislación interna. Frecuentemente se incorporan en los convenios de doble imposición disposiciones tendientes a tal fin.

51. El Comité de Asuntos Fiscales *[de la OCDE]* ha considerado si fuera apropiado modificar el Artículo 23 del Convenio para dar solución a este problema. Aun cuando numerosos Estados se mostraron a favor de la inclusión de una disposición para tal fin en el Modelo de Convenio, esto plantea numerosas dificultades debido a la diversidad de planteamientos por los Estados y la multiplicidad de soluciones posibles. Algunos Estados, temerosos de la evasión fiscal, prefieren conservar su libertad y regular la cuestión únicamente en su legislación interna.

52. En definitiva, parece ser preferible dejar que los Estados tengan libertad para elegir su propia solución al problema. Para los Estados que deseen regular la cuestión en sus convenios, las soluciones se guiarán casi siempre por uno de los siguientes principios:

a) *Exención con progresividad*

El Estado del que la sociedad matriz sea residente deja exentos los dividendos que ésta reciba de su subsidiaria en el otro Estado; sin embargo, puede tener en cuenta tales dividendos para el cálculo del impuesto adeudado por la sociedad matriz sobre el resto de su renta (esta disposición será la habitualmente será favorecida por los Estados que apliquen el método de exención previsto en el Artículo 23A).

b) *Crédito por impuestos subyacentes*

En lo que se refiere a los dividendos recibidos de la subsidiaria, el Estado del que la sociedad matriz sea residente concede el crédito previsto en el apartado 2 del Artículo 23A o en el apartado 1 del Artículo 23B, según proceda, no solo para el impuesto que grava los dividendos como tal, sino también para el impuesto pagado por la subsidiaria sobre los beneficios distribuidos (esta norma habitualmente será favorecida por los Estados que apliquen como norma general el método de crédito de impuestos previsto en el Artículo 23B).

c) *Asimilación a una participación en una subsidiaria nacional*

Los dividendos que obtiene la sociedad matriz de su subsidiaria extranjera están sometidos, en el Estado de la sociedad matriz, al mismo régimen fiscal que los dividendos que provienen de una subsidiaria residente de este Estado.

53. Cuando el Estado de la sociedad matriz grava el capital, debería aplicarse una solución análoga en relación con tales impuestos.

54. Además, los Estados son libres para fijar los límites y modalidades de aplicación de estas disposiciones (definición y duración mínima de la tenencia de la participación, proporción de los dividendos que se estimen absorbidos por los gastos administrativos o financieros), o de subordinar la concesión de la desgravación otorgada en virtud del régimen especial a la condición de que la subsidiaria ejerza una actividad económica real en el Estado del que es residente, o a que obtenga en ese Estado la mayor parte de su renta, o a que esté sujeta en él a una imposición considerable sobre sus beneficios.

Apartado 3

55. El Proyecto de Convenio [*de la OCDE*] de 1963 reservaba expresamente la aplicación de la escala de tasas progresivas del impuesto al Estado de residencia (última oración del apartado 1 del Artículo 23A),

y la mayor parte de los convenios firmados entre países miembros de la OCDE que adoptan el método de exención siguen este principio. En los términos del apartado 3 del Artículo 23A, el Estado de residencia se reserva el derecho a tomar en consideración el importe de la renta o del capital exento para calcular el impuesto aplicable al resto de la renta o del capital. La regla se aplica incluso cuando las rentas (o los elementos de capital) exentos y las rentas (o los elementos de capital) imponibles los devengan aquellas personas (por ejemplo, marido y mujer) cuyas rentas (o elementos de capital) se gravan conjuntamente en virtud de la legislación interna. Esta regla de progresividad se aplica a la renta o al capital exento en virtud del apartado 1 del Artículo 23A, así como a las rentas o al capital que, en virtud de cualquier otra disposición del Convenio, “serán sometidos a imposición exclusivamente” en el otro Estado Contratante [...]. Este es el motivo por el que en el Modelo de Convenio Tributario de 1977 [*de la OCDE*] la regla de progresividad se transfirió desde el apartado 1 del Artículo 23A, al nuevo apartado 3 de este Artículo, en el que se añadió la mención a una exención “conforme a las disposiciones del Convenio”.

56. El apartado 3 del Artículo 23A no se refiere más que al Estado de residencia. El Artículo no condiciona la aplicación por el Estado de la fuente de las disposiciones de su legislación interna sobre la progresividad.

16. El párrafo 32.6 del Comentario sobre los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que se citó anteriormente en el párrafo 15, solo es aplicable en la medida en que el Estado fuente “aplique las disposiciones de este Convenio” para exentar un elemento de renta o de capital. Por lo tanto, es evidente que el párrafo 32.6 no es aplicable a los casos en los que, en ausencia de cualquier conflicto de calificación, la Convención otorga un derecho a tributar al Estado de la fuente, pero ese Estado, de conformidad con su derecho interno, no ejerce este derecho. Por ejemplo, cuando un país en desarrollo otorga incentivos fiscales especiales diseñados para promover el desarrollo económico de rentas específicas. En tales casos, el Estado de residencia debe seguir exentando las rentas de conformidad con las disposiciones del apartado 1 del Artículo 23A (véase el párrafo 34 del Comentario sobre los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado previamente en el apartado 15).

17. Con respecto al párrafo 35 del Comentario sobre los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que se citó anteriormente en el párrafo 15, cabe señalar que, en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, el derecho a gravar en el Estado de la fuente se extiende en muchos casos a las rentas que, según el Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, están sujetas a impuestos solo en el país de residencia. Como consecuencia, muchos Estados que adoptan el método de exención en sus convenios bilaterales pueden desear restringir la aplicación del apartado 1 del Artículo 23A, por ejemplo, limitando la exención de impuestos a las rentas efectivamente gravadas en el país fuente o aplicando a algunos elementos de renta el crédito fiscal previsto en el apartado 2 del Artículo 23A en lugar de la exención fiscal. Además, debido a que el apartado 1 del Artículo 23A del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas tiene un alcance mucho más amplio que la disposición correspondiente del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, debido a los derechos extendidos del Estado de la fuente, un Estado que generalmente elige el método de exención puede elegir el método de crédito de impuestos para rentas específicas no mencionadas en el apartado 2 del Artículo 23A.

18. El Comité considera que, sujeto a las explicaciones adicionales en los párrafos 19 a 24 a continuación, el siguiente Comentario al apartado 4 del Artículo 23A del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE es aplicable al apartado 4 del Artículo 23A de este Modelo (los modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido para proveer explicaciones adicionales o para las diferencias entre las provisiones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

56.1 El propósito de este apartado es evitar la doble imposición que resultaría de los desacuerdos entre el Estado de residencia y el de la fuente sobre los hechos referentes a un caso específico o sobre la interpretación de lo dispuesto en el Convenio. Se aplica cuando, por una parte, el Estado de la fuente interpreta los hechos de un caso o lo dispuesto en el Convenio de forma tal que un elemento de la renta o del capital entra en el campo de aplicación de una disposición del Convenio que suprime su derecho a gravar este elemento o que limita el impuesto al que le puede someter, mientras que por otra parte, el

Estado de residencia adopta otra interpretación de los hechos o de lo dispuesto en el Convenio y considera que este elemento puede someterse a imposición en el Estado de la fuente conforme a las disposiciones del Convenio, lo cual, en ausencia de este apartado, obligaría al Estado de residencia a conceder una exención en aplicación del apartado 1.

56.2 El apartado se aplica únicamente en la medida en que el Estado de la fuente, en aplicación de las disposiciones del Convenio, ha exonerado de impuesto un elemento de renta o de capital o ha aplicado las disposiciones del apartado 2 de los Artículos 10 [11, 12 o 12A o las disposiciones del Artículo 12B] a un elemento de renta. No se aplica, por lo tanto, en el caso de que el Estado de la fuente considere que puede gravar un elemento de renta o de capital conforme a lo dispuesto en el Convenio, pero en el que no llegue a pagarse efectivamente el impuesto sobre tal renta o capital en virtud de lo dispuesto por la legislación interna del Estado de la fuente. En tal caso, el Estado de residencia debe exonerar este elemento de renta en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, porque la exención en el Estado de la fuente no es consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el Convenio sino en su legislación interna (véase el anterior párrafo 34 [de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita antes en el párrafo 15 de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B de este Modelo]). De forma similar, cuando los Estados de la fuente y de residencia discrepen no solo en la calificación de la renta sino también en su cuantía, el apartado 4 se aplica únicamente a la parte de la renta que el Estado de la fuente exime de imposición en virtud del Convenio o a la que aplica el apartado 2 de los Artículos 10 [11, 12 o 12A, o las disposiciones del Artículo 12B].

56.3 Hay que distinguir entre los casos a los que se aplica el apartado y aquellos en los que la calificación de un elemento de renta según la legislación interna del Estado de la fuente interactúa con las disposiciones del Convenio para impedir que ese Estado grave un elemento de renta o de capital en circunstancias en las que la calificación de ese elemento según la legislación interna del Estado de residencia no hubiera conducido al mismo resultado. En estos casos, que se analizaron anteriormente en los párrafos 32.6 y 32.7 [del Comentario sobre los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se citó anteriormente en el párrafo 15 del Comentario sobre los Artículos 23A y 23B de este Modelo]), el apartado 1 no obliga al Estado de residencia a conceder la exención porque, conforme a lo

dispuesto en el Convenio, el elemento de renta no puede someterse a imposición en el Estado de la fuente. Dado que el apartado 1 no es aplicable, no son necesarias las disposiciones del apartado 4 para garantizar el derecho de gravamen del Estado de residencia.

19. El apartado 4 aplica cuando el Estado de la fuente interpreta los hechos de un caso o las disposiciones del Convenio de tal manera que un elemento de renta o capital está comprendido en una disposición del Convenio que no permite al Estado de la fuente gravar el elemento, mientras que el Estado de residencia adopta una interpretación diferente según la cual el elemento de renta o capital se enmarca en una disposición del Convenio que permite al Estado de la fuente gravar el mismo. Por ejemplo, por un lado, el Estado de la fuente considera que los servicios prestados por una empresa del Estado de residencia a través de empleados no se realizan dentro de su territorio por más de 183 días dentro de un periodo de doce meses y, por tanto, considera que, de acuerdo con los Artículos 5 y 7, no podrá gravar las rentas imputables a dichos servicios. Por otro lado, el Estado de residencia de la empresa considera que dichos servicios se realizan durante más de 183 días en el Estado fuente. El Estado de residencia considera, por tanto, que las rentas atribuibles a esos servicios están sujetas a imposición en el Estado fuente de conformidad con los Artículos 5 y 7. En ausencia del apartado 4, el Estado de residencia debería, según su interpretación del Convenio, eximir las rentas atribuibles a esos servicios de acuerdo con el apartado 1. En tal caso, en la medida en que la diferencia de puntos de vista no se resuelva a través del procedimiento de acuerdo mutuo (que es poco probable que el contribuyente lo inicie ya que se beneficia de esta diferencia de puntos de vista que da lugar a la no tributación), el apartado 4 permite al Estado de residencia no aplicar el apartado 1 evitando así la doble imposición.

20. El apartado 4 solo es aplicable en la medida en que el Estado de la fuente “aplique las disposiciones de este Convenio” para eximir un elemento de renta o para restringir su derecho a gravar en virtud del apartado 2 de los Artículos 10, 11, 12 o 12A o bajo las disposiciones del Artículo 12B. Por lo tanto, es evidente que el apartado 4 no se aplicará a los casos en que el Convenio otorgue un derecho ilimitado a tributar al Estado de la fuente, pero como consecuencia de su legislación interna, éste no ejerza este derecho. Por ejemplo, ambos Estados Contratantes consideran que los servicios se prestan durante más de

183 días en el Estado de la fuente y las rentas atribuibles a esos servicios están sometidas a imposición en el Estado de la fuente de conformidad con los Artículos 5 y 7. Sin embargo, con arreglo a la legislación interna del Estado de la fuente, los no residentes solo están sujetos a impuestos sobre los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente situado en el Estado y, por tanto, no se pagan impuestos sobre la renta. En tal caso, no puede decirse que el Estado de la fuente haya aplicado las disposiciones del Convenio para eximir las rentas, ya que estas disposiciones establecen claramente que las rentas pueden ser sometidas a imposición por ese Estado. Por lo tanto, el apartado 4 no se aplica y el Estado de residencia debe eximir las rentas de acuerdo con el apartado 1.

21. El apartado 4 también se aplica cuando el Estado de la fuente interpreta los hechos de un caso o las disposiciones del Convenio de tal manera que un elemento de renta está comprendida en las disposiciones del apartado 2 del Artículo 10, 11, 12 o 12A o las disposiciones del Artículo 12B, que establece una imposición limitada en el Estado de la fuente, mientras que el Estado de residencia adopta una interpretación diferente y considera que el Artículo está incluido en una disposición del Convenio que permite al Estado de la fuente gravar el Artículo sin ninguna limitación. Por ejemplo, por un lado, el Estado de la fuente considera que las regalías pagadas por uno de sus residentes y de un residente del otro Estado Contratante están sujetas a imposición a la tasa limitada prevista en el apartado 2 del Artículo 12. Por otro lado, el Estado de residencia del beneficiario efectivo considera que el derecho por el cual se pagan las regalías está efectivamente relacionado con un establecimiento permanente situado en el Estado de la fuente a través del cual el beneficiario efectivo realiza sus actividades. El Estado de residencia considera, por tanto, que las regalías están sujetas a imposición en el Estado de la fuente sin ninguna limitación de conformidad con el apartado 4 del Artículo 12 y están exentas de conformidad con las disposiciones del apartado 1 del Artículo 23A. En tal caso, en la medida en que la diferencia de opiniones no sea resuelta mediante el procedimiento de acuerdo mutuo, el apartado 4 permite al Estado de residencia no aplicar el apartado 1.

22. Cuando el Estado de la fuente aplique las disposiciones del apartado 2 del Artículo 10, 11, 12, o 12A o las disposiciones del Artículo 12B, el Estado de residencia, a fin de eliminar la doble

imposición, debe otorgar un crédito de conformidad con el apartado 2 de los Artículos 23A. Este debe ser el caso incluso si el Estado de residencia ha interpretado los hechos del caso o las disposiciones del Convenio de tal manera que el Estado de la fuente tenga un derecho ilimitado a gravar las rentas en virtud del Convenio, lo que significaría que el Estado de la residencia normalmente debería exentar esas rentas conforme a las disposiciones del apartado 1 del Artículo 23A. Aplicar el método de crédito de impuestos en ese caso es más eficiente que tratar de determinar, de conformidad con el procedimiento de acuerdo mutuo, cómo el tratado requiere que se elimine la doble imposición. La última parte del apartado 4, que no se encuentra en el Modelo de la OCDE, se ha agregado en aras de la claridad con el fin de hacer explícito ese punto. En el apartado 2 del Artículo 23A, algunos Estados pueden exigir que se otorgue un crédito por impuestos pagaderos en el otro Estado Contratante sujeto a las disposiciones de su legislación interna con respecto a la asignación de un crédito por impuestos extranjeros, pero sin afectar el principio general dispuesto en dicho apartado. En general, esa redacción permitiría la aplicación del crédito resultante del apartado 4. Sin embargo, cuando la referencia a la legislación interna no sea tan limitada, los Estados Contratantes deberían verificar durante las negociaciones que no exista incompatibilidad entre la legislación interna y las normas del tratado que puedan impedir la concesión del crédito (por ejemplo, la legislación interna del Estado de residencia puede no prever un crédito por impuestos extranjeros cuando un elemento de renta se grava según su legislación interna como un beneficio empresarial atribuible a un establecimiento permanente y no como una regalía).

23. Cuando el Estado de la fuente aplique las disposiciones del apartado 2 del Artículo 10, 11, 12, o 12A o las disposiciones del Artículo 12B, a un elemento de renta, algunos Estados pueden preferir no denegar la aplicación de las disposiciones del apartado 1 a pesar de que el Estado de la fuente debe limitar su impuesto sobre tales rentas. Esos Estados podrán limitar el alcance del apartado 4 a los casos en que el Estado de la fuente aplique las disposiciones del Convenio para exentar del impuesto una renta o capital y eliminar la parte que trata con los Artículos 10, 11, 12, 12A y 12B.

24. El citado párrafo 56.3 del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE a los Artículos 23A y 23B, citado anteriormente

en el párrafo 18, aclara que el apartado 1 no impone al Estado de residencia la obligación de otorgar exenciones en casos de conflictos de calificación y que, por lo tanto, el apartado 4 no está obligado a evitar la doble imposición en esos casos. Sin embargo, el Estado de residencia podría tener la obligación de conceder una exención en virtud del apartado 1 en casos de conflicto de clasificación, si ese Estado no está de acuerdo con la interpretación dada en los párrafos 32.6 y 32.7 del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se citaron anteriormente en el párrafo 15, a la frase “de conformidad con las disposiciones de este Convenio” en el apartado 1 del Artículo 23A o si la redacción del apartado 1 del Convenio bilateral pertinente era diferente de la utilizada en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas y no permite tal interpretación. En tales situaciones, el apartado 4 también asegura que el Estado de residencia no está obligado a eximir las rentas correspondientes.

25. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica las disposiciones del apartado 1 del Artículo 23B, es aplicable al apartado 1 del Artículo 23B de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario sobre el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han insertado para proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y los de este Modelo):

III. Comentario a las disposiciones del Artículo 23B (método de crédito de impuestos)

Apartado 1

A. Métodos

57. El Artículo 23B, basado en el principio de crédito fiscal, sigue el método de crédito de impuestos ordinario: el Estado de residencia(R) permite la deducción contra su propio impuesto sobre las rentas o el capital de sus residentes de una cantidad igual al impuesto pagado en el otro Estado E (o S) sobre la renta obtenida o el capital que se posee en ese otro Estado E (o S), pero la deducción se limita a la fracción correspondiente de su propio impuesto.

58. El método de crédito de impuestos ordinario se considera aplicable también en el caso de un Estado que siga el método de exención, pero deba conceder un crédito, de acuerdo con el apartado 2 del Artículo 23A, por el impuesto exigido a una tasa limitada en el otro Estado sobre dividendos e intereses (véase el anterior párrafo 47 [*del Comentario sobre los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 15 del Comentario a los Artículos 23A y 23B de este Modelo*]). La posibilidad de proceder a algunas modificaciones, tal como se indica en los párrafos 47 y 48 anteriores (crédito pleno), puede ser también relevante, lógicamente, en el caso de dividendos e intereses pagados a un residente de un Estado que ha adoptado el método de crédito de impuestos ordinario (ver también el párrafo 63 [*del Comentario sobre los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita abajo*]).

59. La obligación impuesta por el Artículo 23B al Estado R de conceder un crédito fiscal por el impuesto exigido en el otro Estado E (o S) sobre un elemento de renta o de capital depende de si el Estado E (o S) puede someter a imposición dicho elemento conforme a lo dispuesto en el Convenio [...]. Los elementos de renta que conforme al subapartado a) de los apartados 1 y 2 del Artículo 19 “sean sometidos a imposición exclusivamente” en el otro Estado están exentos de imposición en el Estado R desde el primer momento [...], y el Comentario al Artículo 23A son aplicables a estas rentas exentas. En cuanto a la progresividad, se hace referencia al apartado 2 del Artículo [...].

60. El Artículo 23B fija las reglas principales del método de crédito de impuestos, pero no establece reglas detalladas para el cálculo y aplicación del crédito. Esto está en línea con la estructura general del Convenio. La experiencia ha demostrado que pueden surgir muchos problemas; algunos de ellos se tratan en los apartados que siguen. La legislación interna de muchos Estados ya contiene reglas detalladas relativas al crédito de impuestos extranjeros. Esta es la razón por la que algunos convenios incluyen una referencia a la legislación interna de los Estados Contratantes y prevén, además, que tales normas internas no afecten al principio establecido en el Artículo 23B. Los Estados Contratantes que no utilicen en su legislación interna el método de crédito de impuestos deben establecer las reglas para la aplicación del Artículo 23B si fuera preciso, tras consultar a la autoridad competente del otro Estado Contratante (apartado 3 del Artículo 25).

61. El importe del impuesto extranjero por el que debe efectuarse el crédito es el impuesto efectivamente pagado en el otro Estado

Contratante con arreglo al Convenio (excluido el monto del impuesto pagado en ese otro Estado Contratante solamente porque la renta o capital es también renta obtenida por un residente de ese Estado o un capital poseído por un residente de ese Estado. Pueden surgir algunos problemas, por ejemplo, cuando este impuesto no se calcula sobre la renta del ejercicio en el que se exige, sino sobre la renta de un ejercicio anterior o la renta media de dos o más ejercicios previos. Pueden surgir otros problemas relacionados con los distintos métodos seguidos para determinar la renta o con las variaciones en los tipos de cambio (devaluación o revaluación). Sin embargo, estos problemas difícilmente pueden solventarse mediante una disposición al efecto en el Convenio.

62. Conforme a las disposiciones de la segunda oración del apartado 1 del Artículo 23B, la deducción que el Estado de residencia (R) debe permitir está limitada a la fracción del impuesto sobre la renta que corresponde a las rentas procedentes del Estado S o E (lo que se denomina “deducción máxima”). Esta deducción máxima puede calcularse, bien distribuyendo el impuesto total que grava las rentas totales en función de la proporción entre la renta que genera el crédito y la renta total, o aplicando la tasa impositiva correspondiente a la renta total a aquella que genera el crédito. De hecho, el método de crédito de impuestos surtirá el mismo efecto que el método de exención con progresividad en los casos en que el impuesto del Estado E (o S) sea igual o superior al impuesto correspondiente del Estado R. Asimismo, en la aplicación del método de crédito de impuestos pueden surgir problemas relativos al importe de las rentas, a la tasa impositiva, etc., similares a los citados en el Comentario referentes al Artículo 23A [...]. Por las mismas razones que las mencionadas previamente en los párrafos 42 y 43 [*de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 15 de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B de este Modelo*], es preferible no proponer una solución expresa y uniforme en el Convenio en relación con el método de crédito de impuestos, sino dejar a cada Estado la libertad de aplicar su legislación y práctica propias. Esto es igualmente válido en relación con otros problemas que se tratan más adelante.

63. La deducción máxima se calcula normalmente como el impuesto sobre la renta neta; es decir, sobre la renta del Estado E (o S) menos las deducciones admitidas (específicas o proporcionales) vinculadas a tales rentas [...]. Por esta razón, en muchos casos la deducción máxima puede ser inferior al impuesto efectivamente pagado

en el Estado E (o S). Esto puede ocurrir especialmente en el caso de que, por ejemplo, un residente del Estado R que perciba intereses del Estado S haya tomado prestados fondos de una tercera persona para financiar el préstamo que origina los intereses. Como los intereses debidos sobre los capitales prestados pueden compensarse contra los intereses generados en el Estado S, el importe de la renta neta sujeta a imposición en el Estado R puede ser muy pequeño, e incluso puede no existir renta neta [...] *[El problema puede ser solucionado por el Estado R, usando el método de crédito de impuestos pleno mencionado en el párrafo 48 anterior. Otra solución posible sería dejar los intereses exentos en el Estado S, como se propone en los Comentarios al respecto de los intereses sobre ventas a crédito y préstamos concedidos por bancos.]*

64. Si un residente del Estado R obtiene rentas de diferentes categorías del Estado S y si este último Estado, de acuerdo con su legislación tributaria, no grava más que una de esas rentas, la deducción máxima que concederá el Estado R será normalmente igual a la fracción de su impuesto que corresponda únicamente al elemento de la renta gravado en el Estado S. No obstante, otras soluciones son posibles, en particular a la vista del siguiente problema más general: el hecho de que el crédito debe admitirse, por ejemplo, para diversos elementos de renta gravados a tasas impositivas distintas en el Estado S, o para rentas procedentes de diversos Estados, con o sin Convenio, plantea la cuestión de saber si la deducción máxima o el crédito deben calcularse separadamente para cada elemento de renta, o para cada país, o para todas las rentas de fuente extranjera que dan derecho al crédito en virtud de la legislación interna y de los convenios. En un sistema de “crédito global” todas las rentas de fuente extranjera se aglutinan y el total de impuestos extranjeros se deduce del impuesto interno correspondiente a las rentas extranjeras totales.

65. En caso de pérdidas pueden surgir otros problemas. Un residente del Estado R que obtenga rentas del Estado E (o S) puede sufrir una pérdida en el Estado R, en el Estado E (o S) o en un tercer Estado. En términos generales, y a efectos del crédito de impuestos, las pérdidas sufridas en un determinado Estado se compensarán con otras rentas procedentes del mismo Estado. La cuestión de si una pérdida sufrida fuera del Estado R (por ejemplo, en un establecimiento permanente) puede deducirse de otras rentas que provengan o no del Estado R, depende de la legislación interna del Estado R. Pueden plantearse aquí problemas similares a los que se mencionan en el Comentario al Artículo 23A (párrafo 44 *[de los Comentarios a los Artículos 23A y*

23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 15 de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B de este Modelo]). Cuando las rentas totales proceden del extranjero y en el Estado R no hay renta sino una pérdida que no excede del importe de las rentas extranjeras, el impuesto total exigido en el Estado R será el que corresponda a la renta obtenida en el Estado S, y la deducción máxima que permitirá el Estado R será, por consiguiente, el impuesto exigido en el Estado R. Otras soluciones son posibles.

66. Los problemas planteados anteriormente dependen en gran medida de la legislación y prácticas nacionales y, por consiguiente, debe dejarse a cada Estado llegar a una solución. A este respecto, se observará que algunos Estados aplican el método de crédito de impuestos de manera muy liberal. Ciertos Estados están considerando también la posibilidad (o ya la han admitido) de trasladar a otros ejercicios los créditos por impuestos pagados pendientes de imputación. Naturalmente, los Estados Contratantes tienen libertad para modificar el Artículo en el curso de sus negociaciones bilaterales a fin de abordar cualquiera de los problemas enunciados anteriormente.

67. En las situaciones denominadas subcapitalización (*thin capitalization*), el Modelo de Convenio permite al Estado de la sociedad prestataria, en determinadas circunstancias, tratar un pago de intereses como distribución de dividendos, conforme a su legislación interna; la condición esencial es que el prestamista de los fondos comparta efectivamente los riesgos incurridos por la sociedad prestataria. Esto genera dos consecuencias:

- la imposición en la fuente de tales “intereses” a la tasa aplicable a los dividendos (apartado 2 del Artículo 10); y
- la inclusión de tales “intereses” en los beneficios imponibles de la sociedad prestamista.

68. Si se dan las condiciones requeridas, el Estado de residencia del prestamista estaría obligado a eliminar la doble imposición jurídica o económica sobre los intereses como si el pago fuera, de hecho, un dividendo. Por tanto, debería conceder un crédito por el impuesto efectivamente retenido sobre esos intereses en el Estado de residencia del prestatario a la tasa aplicable a los dividendos y, además, si el prestamista es la sociedad matriz de la sociedad prestataria, aplicar a tales “intereses” cualquier desgravación adicional que resulte de su régimen de sociedades matriz-subsidiaria. Esta obligación puede resultar:

- a) del propio texto del Artículo 23 del Convenio, cuando prevé la desgravación de las rentas definidas como dividendos en

el Artículo 10 o de los elementos de renta contemplados en el Artículo 10; o

- b) del contexto del Convenio; es decir, de la combinación de los Artículos 9, 10, 11 y 23 y, si fuera necesario, recurriendo al procedimiento de acuerdo mutuo:
- Cuando el Estado de residencia de la sociedad prestataria ha tratado los intereses como dividendos, en aplicación de reglas conformes con el apartado 1 del Artículo 9 o con el apartado 6 del Artículo 11 y cuando el Estado de residencia del prestamista esté de acuerdo en que el tratamiento es adecuado y esté dispuesto a efectuar un ajuste correlativo.
 - Cuando el Estado de residencia del prestamista aplica reglas similares de subcapitalización (*thin capitalization*) y tratara el pago como un dividendo en la situación recíproca; es decir, si el pago lo realizara una sociedad establecida en su territorio a un residente del otro Estado Contratante.
 - En todos los demás casos en que el Estado de residencia del prestamista reconoce como adecuada la asimilación de los intereses a dividendos practicada por el Estado de residencia del prestatario.

69. En lo que se refiere a los dividendos derivados de una participación sustancial que posee una sociedad, se remite a los párrafos anteriores 49 a 54 [del Comentario sobre los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 15 del Comentario sobre los Artículos 23A y 23B de este Modelo].

69.1 Pueden surgir algunos problemas cuando los Estados Contratantes aplican un tratamiento diferente a determinadas entidades tales como las asociaciones de personas (*partnerships*). Supongamos, por ejemplo, que el Estado en el que está establecida la asociación de personas la trata como si fuera una sociedad, mientras que el Estado de residencia de un socio la trata como si fuera fiscalmente transparente. El Estado de la asociación de personas puede, con sujeción a las disposiciones aplicables del Convenio, someterla a imposición por su renta cuando ésta sea obtenida efectivamente y, a reserva de los límites previstos en el apartado 2 del Artículo 10, puede gravar también la distribución de beneficios por la asociación de personas a sus socios no residentes. Sin embargo, el Estado de residencia del socio solo le exigirá el impuesto por la parte de la renta

de la sociedad que le corresponda cuando la asociación de personas obtenga efectivamente esa renta.

69.2 La primera cuestión que se plantea en este caso es saber si el Estado de residencia del socio, que somete a imposición su participación en la renta de la asociación de personas (*partnership*) está obligado por Convenio a conceder un crédito fiscal en concepto del impuesto exigido a la asociación de personas en el Estado en que está establecida y que la considera un sujeto pasivo independiente. La respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa en la medida en que el Estado de la asociación de personas puede gravar la renta conforme a las disposiciones del Convenio que permiten la imposición de esta renta en tanto que Estado de la fuente o Estado en el que está situado el establecimiento permanente [*o base fija*] al que puede atribuirse la renta (véanse también los anteriores párrafos 11.1 y 11.2 [*de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 15 de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B de este Modelo*]). En la medida en que el Estado de residencia del socio atribuya la renta de la asociación de personas al socio con el fin de someter a imposición a este último, dicho Estado debe adoptar un enfoque coherente e imputar al socio el impuesto pagado por esta sociedad (pero únicamente en la medida en que el impuesto se pague conforme a las disposiciones del Convenio que permiten la tributación en fuente) con el fin de eliminar la doble imposición que se origina con la tributación del socio. En otras palabras, si el Estado de residencia del socio ignora el estatus de asociación con personalidad independiente concedido a la asociación de personas con el fin de que el socio tribute por su parte de renta, debería ignorarse también a efectos del crédito fiscal por impuestos pagados en el extranjero.

69.3 Una segunda cuestión que se plantea en este caso es la medida en que el Estado de residencia del socio debe conceder un crédito por el impuesto exigido en el Estado en que está establecida la asociación de personas (*partnership*) sobre el beneficio distribuido, no sometido a imposición en el Estado de residencia. La respuesta a esta pregunta estriba en este último hecho. Como el beneficio distribuido no se grava en el Estado de residencia del socio, simplemente no existe imposición en dicho Estado contra la que imputar el impuesto exigido por razón de la distribución en el Estado en que está establecida la asociación de personas. Se ha de distinguir claramente entre la generación de beneficios y su distribución y no debe esperarse que el Estado de residencia permita la deducción del impuesto exigido

por razón de la distribución en el Estado de la asociación de personas contra su propio impuesto exigido al generarse estos (véase la primera frase del anterior párrafo 64 [*de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE 2017, como se citó anteriormente*]).

26. Sin embargo, con respecto al párrafo 69.2 de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que se cita antes en el párrafo 25, algunos miembros del Comité opinan que se requiere una regla especial en el Convenio para proporcionar tal resultado.

27. El Comité considera que la siguiente parte de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que proporciona explicaciones adicionales sobre la aplicación del apartado 1 del Artículo 23B en el caso de los impuestos sobre el capital, es aplicable al apartado 1 del Artículo 23B de este Modelo:

B. Observaciones relativas al impuesto sobre el capital

70. Tal como está redactado el apartado 1, el crédito por un impuesto sobre la renta solo puede deducirse de otro impuesto sobre la renta, y lo mismo ocurre en el caso del impuesto sobre el capital. Por consiguiente, únicamente podrá existir un crédito fiscal, bien en concepto de impuesto sobre el capital, bien deducible del impuesto sobre el capital, si los dos Estados Contratantes gravan el capital.

71. En el curso de negociaciones bilaterales, dos Estados Contratantes pueden convenir que la naturaleza de un impuesto denominado “impuesto sobre el capital” está estrechamente relacionada con un impuesto sobre la renta pudiendo, por consiguiente, permitir su imputación contra un impuesto sobre la renta, y viceversa. En algunos casos no existe la doble imposición sobre el capital bien porque un Estado no lo grava, bien porque los dos Estados no gravan más que el capital situado en su territorio. Es evidente que en estos casos puede suprimirse la referencia al impuesto sobre el capital. Además, los Estados pueden juzgar aconsejable, cualquiera que sea la naturaleza de los impuestos cubiertos por el Convenio, admitir la imputación del importe total de los impuestos del Estado de la fuente o de situación contra el importe total de los impuestos del Estado de residencia. Sin embargo, cuando un Convenio incluye a la vez impuestos sobre el capital propiamente dichos e impuestos así calificados, pero que son por naturaleza impuestos sobre la renta,

los Estados tal vez deseen permitir la imputación de solo estos últimos contra el impuesto sobre la renta. Siendo así, los Estados tienen libertad para modificar el Artículo propuesto con el fin de obtener el resultado deseado.

28. Sin perjuicio de las observaciones de los anteriores párrafos, 3 a 13, y de los siguientes párrafos 29 y 30, el Comité considera que la siguiente parte de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica el concepto del crédito ficticio derivado de un incentivo (*tax sparing*), es aplicable al Artículo 23B de este Modelo:

C. Créditos ficticios derivados de un incentivo (Tax sparing)

72. Algunos Estados conceden diferentes clases de incentivos fiscales a inversores extranjeros con el fin de atraer inversión extranjera. Cuando el Estado de residencia de un inversor extranjero aplica el método de crédito de impuestos, la ventaja del incentivo concedido por el Estado de la fuente puede verse reducida en la medida que el Estado de residencia, al gravar la renta que se ha beneficiado del incentivo, solo le permitirá la deducción por el impuesto efectivamente pagado en el Estado de la fuente. Asimismo, si el Estado de residencia aplica el método de exención, pero subordina la aplicación de este método a un cierto nivel de imposición en el Estado de la fuente, la concesión de una reducción en el impuesto por el Estado de la fuente puede tener como consecuencia que al inversor se le deniegue la aplicación del método de exención en su Estado de residencia.

73. Para evitar tal efecto en el Estado de residencia, algunos de los Estados que hayan adoptado planes de incentivos fiscales optarán por incluir en sus Convenios unas disposiciones generalmente denominadas créditos ficticios derivados de un incentivo (*tax sparing*). El objeto de dichas disposiciones es permitir que los no residentes obtengan un crédito fiscal por los impuestos no pagados efectivamente en virtud del plan de incentivos fiscales del Estado de la fuente, o garantizar que se tengan en cuenta dichos impuestos para aplicar ciertas condiciones asociadas a los sistemas de exención.

74. Las cláusulas de créditos ficticios derivados de un incentivo (*tax sparing*) constituyen una desviación de las de los Artículos 23A y 23B y pueden adoptar distintas formas, como, por ejemplo:

- a) el Estado de residencia permitirá como deducción la cuantía del impuesto que el Estado de la fuente podría haber exigido

conforme a su legislación general, o del importe reducido conforme a las disposiciones del Convenio (por ejemplo, la limitación de tasas prevista en los Artículos 10 y 11 para dividendos e intereses), incluso si el Estado de la fuente ha renunciado a todo o parte del impuesto en virtud de disposiciones especiales para estimular su desarrollo económico;

- b) como contrapartida por la reducción del impuesto aceptada por el Estado de la fuente, el Estado de residencia acepta permitir la deducción contra su propio impuesto de un importe (en parte ficticio) determinado aplicando una tasa más elevada;
- c) el Estado de residencia deja exentas las rentas que se han beneficiado de incentivos fiscales en el Estado de la fuente.

29. Los Estados Contratantes son libres de idear otras fórmulas de créditos ficticios derivados de incentivos (*tax sparing*) en el curso de las negociaciones bilaterales. El Comité considera que los siguientes párrafos de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 1998, siguen siendo relevantes al respecto (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han insertado con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

76. Si un Estado Contratante acuerda estimular especialmente las inversiones en el otro Estado siendo éste un país en desarrollo, las disposiciones anteriores generalmente irán acompañadas de garantías para los inversores, es decir, la convención limitará la tasa impositiva que se puede imponer en el Estado de la fuente sobre dividendos, intereses y regalías.

77. Además, se pueden establecer restricciones de tiempo o límites de tiempo para la aplicación de las ventajas mencionadas en a), y posiblemente c), [descrito en el párrafo 74 de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 28 de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B de este Modelo] el crédito otorgado (o la exención) puede otorgarse solo con respecto a los incentivos aplicados temporalmente en países, o solo para inversiones realizadas o contratos celebrados en el futuro (por ejemplo, desde la fecha de entrada en vigor de la convención) o por un período de tiempo determinado.

78. Por tanto, existe un número considerable de soluciones a este problema. De hecho, los efectos concretos de las disposiciones en cuestión también pueden variar como resultado de otros factores, como la cantidad a incluir en la base imponible en el Estado de residencia (*fórmulas a) y b)* [descrito en el párrafo 74 de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 28 de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B de este Modelo)]; puede ser la renta neta obtenida (después de la deducción del impuesto efectivamente pagado en el Estado de fuente), o la renta neta bruta por un monto igual al impuesto efectivamente pagado en el Estado de fuente, o al impuesto que podría haber sido recaudado de conformidad con el convenio (tasas previstas en los Artículos 10 y 11) o con el impuesto que el Estado de residencia conviene en permitir como deducción.

30. El Comité también considera que la siguiente parte de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable al caso del crédito ficticio derivado de un incentivo tributario (*tax sparing*) (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario sobre el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han insertado para proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

75. Un informe de 1998 del Comité de Asuntos Fiscales, denominado “Créditos ficticios derivados de incentivos: una revisión” (*Tax sparing: Reconsideration*),¹ analiza las consideraciones de política fiscal que subyacen a las cláusulas de créditos ficticios derivados de un incentivo (*tax sparing*), así como su redacción. El informe identifica una serie de preocupaciones que cuestionan la utilidad general de la concesión de los beneficios de los créditos ficticios derivados de un incentivo. Estas preocupaciones se refieren, en particular, a:

- la posibilidad de abusos que presenta el crédito ficticio derivado de incentivos (*tax sparing*);
- la eficacia del crédito ficticio derivado de incentivos (*tax sparing*) como instrumento de ayuda exterior para promover el desarrollo económico del país de la fuente; y
- preocupaciones generales sobre la forma en que el crédito ficticio derivado de incentivos (*tax sparing*) puede alentar a los Estados a utilizar incentivos fiscales.

-
- 1 Reproducido en el Volumen II de la versión completa del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 en la página R(14)-1 [disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page2039, consultado el 10 de mayo de 2021].

31. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario a los Artículos 23A y 23B del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica las disposiciones del apartado 2 del Artículo 23B, es aplicable al apartado 2 del Artículo 23B de este Modelo:

Apartado 2

79. Este apartado se ha añadido para permitir que el Estado de residencia conserve el derecho a considerar el importe de la renta o del capital exento en ese Estado al calcular el impuesto aplicable al resto de las rentas o del capital. Este derecho se extiende a las rentas o al capital que sean “sometidas a imposición exclusivamente” en el otro Estado. El principio de progresividad se preserva así para el Estado de residencia, no solo en relación con las rentas o el capital que “pueden someterse a imposición” en el otro Estado, sino también en relación con las rentas y el capital que sean “sometidas a imposición exclusivamente” en ese otro Estado. El Comentario al apartado 3 del Artículo 23A, relativos al Estado de la fuente, se aplican igualmente al apartado 2 del Artículo 23B.

Comentario al Capítulo VI

DISPOSICIONES ESPECIALES

Artículo 24

NO DISCRIMINACIÓN

1. El Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce el Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, salvo por la lista de excepciones mencionadas en el apartado 4 del Artículo. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que incluye observaciones generales sobre el Artículo, es aplicable al Artículo 24 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido con el fin de proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las del presente Modelo):

1. Este Artículo versa sobre la eliminación de la discriminación Tributaria en determinadas circunstancias concretas. Todos los regímenes tributarios incorporan legítimas diferencias basadas, por ejemplo, en las distintas obligaciones tributarias o la capacidad de pago. Las disposiciones de este Artículo para evitar la discriminación intentan equilibrar la necesidad de impedir una discriminación injustificada con la necesidad de tomar en consideración estas diferencias legítimas. Por esa razón, el Artículo no debe extenderse indebidamente para incluir la denominada discriminación “indirecta”. Por ejemplo, aun cuando el apartado 1, que trata sobre la discriminación en función de la nacionalidad, impediría que se aplicara un tratamiento diferenciado que encubra realmente una forma de discriminación basada en la nacionalidad, como por ejemplo un tratamiento discriminatorio de las personas naturales dependiendo de si tienen o no pasaporte emitido por el Estado, o de si tienen o no derecho a tenerlo, no cabe argumentar que los no residentes de un Estado determinado comprenden mayoritariamente a personas no nacionales de ese Estado para concluir que, para los efectos de ese

apartado, un régimen distinto basado en la residencia constituye una discriminación indirecta en función de la nacionalidad.

2. De igual manera, las disposiciones del Artículo no pueden interpretarse en el sentido de exigir el tratamiento de nación más favorecida. Cuando un Estado haya suscrito un convenio bilateral o multilateral que proporcione beneficios fiscales para los nacionales o residentes del otro u otros Estados Contratantes que sean parte del convenio, los nacionales o residentes de un tercer Estado que no sea uno de los Estados Contratantes signatarios del convenio no podrán reclamar esos beneficios por razón de una cláusula similar sobre no discriminación contenida en el convenio de doble imposición suscrito entre el tercer Estado y el Estado mencionado en primer lugar. En virtud de que los convenios tributarios están basados en el principio de reciprocidad, el tratamiento tributario otorgado por uno de los Estados Contratantes al amparo de un convenio bilateral o multilateral a un residente o nacional de otro Estado Contratante que sea parte de ese convenio por razón de la relación económica concreta entre ambos Estados Contratantes, no puede extenderse a un residente o nacional de un tercer Estado al amparo de la cláusula de no discriminación del convenio tributario entre el primer y el tercer Estado.

3. Las diversas disposiciones del Artículo 24 impiden las diferencias en el tratamiento fiscal basadas exclusivamente en ciertos motivos concretos (por ejemplo, la nacionalidad en el caso del apartado 1). Por lo tanto, para que estos apartados resulten aplicables, otros aspectos relevantes deben coincidir. Las diversas disposiciones del Artículo 24 utilizan diferentes expresiones para lograr ese resultado (por ejemplo, “en las mismas condiciones” en los apartados 1 y 2; “que realicen las mismas actividades” en el apartado 3; “empresas similares” en el apartado 5). Asimismo, si bien el Artículo busca eliminar las distinciones basadas exclusivamente en ciertos hechos, no pretende conceder a los nacionales extranjeros, no residentes, que sean empresas de otros Estados o empresas nacionales que posean o controlen no residentes, un tratamiento tributario más favorable que el concedido a los nacionales, residentes o empresas nacionales que posean o controlen los residentes (véase, por ejemplo, el párrafo 34 [del Comentario al Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita posteriormente en el apartado 2 del Comentario al Artículo 24 de este Modelo]).

4. Finalmente, como se ilustra en el párrafo 79 [del Comentario al Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita más adelante en el apartado 2 del Comentario al

Artículo 24 de este Modelo], las disposiciones del Artículo deben interpretarse en el contexto de los restantes Artículos del Convenio, de forma que no quepa considerar que las normas impuestas o expresamente autorizadas por las disposiciones del articulado del Convenio infringen lo dispuesto en este Artículo, aun cuando se apliquen únicamente, por ejemplo, en relación con pagos a no residentes. A la inversa, sin embargo, el hecho de que una medida concreta no contravenga las disposiciones del Artículo no significa que sea autorizada por el Convenio, dado que esa medida puede contravenir otros Artículos del Convenio.

Apartados 1 a 4

2. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, la cual aborda los apartados 1 a 4 del Artículo, resulta aplicable a los apartados 1 a 4 del Artículo 24 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, las cuales no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el objeto de proporcionar explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE con las de este Modelo):

Apartado 1

5. Este apartado establece el principio de que, en materia tributaria, está prohibida la discriminación debido a la nacionalidad y que, si hay reciprocidad, los nacionales de un Estado Contratante no pueden recibir en el otro Estado Contratante un trato menos favorable que el aplicado a los nacionales de este último Estado que se encuentren en las mismas circunstancias.

6. Es importante destacar que el principio de no discriminación, bajo denominaciones diferentes y ámbitos más o menos amplios, venía aplicándose en las relaciones fiscales internacionales mucho antes de la aparición, a fines del siglo XIX, de los convenios clásicos de doble imposición. Dicho principio aparece en numerosos acuerdos de diferente naturaleza (convenios consulares o de establecimiento, tratados de amistad, de comercio, etc.) suscritos por los Estados, sobre todo en el siglo XIX, para efecto de reforzar o extender la protección diplomática de sus nacionales, allí donde residiesen, mediante cláusulas por las que cada Estado Contratante asumía el compromiso de procurar a

los nacionales del otro Estado igualdad de trato respecto a sus propios nacionales. El hecho de que estas cláusulas llegaran a incorporarse en los convenios de doble imposición no modificó en absoluto su razón de ser ni su ámbito de aplicación. El texto del apartado 1 prevé que su ámbito de aplicación no está limitado por el Artículo 1, únicamente a los nacionales residentes de un Estado Contratante, sino que, por el contrario, se extiende a todos los nacionales de cada uno de los Estados Contratantes, sean o no residentes de uno de ellos. En otras palabras, todos los nacionales de un Estado Contratante tienen el derecho de invocar, frente al otro Estado Contratante, el beneficio de esta disposición. Esto es especialmente válido para los nacionales de los Estados Contratantes que no son residentes de ninguno de ellos, sino de un tercer Estado.

7. La expresión “en las mismas condiciones” se refiere a los contribuyentes (personas naturales, personas jurídicas, asociaciones de personas (*partnerships*) y asociaciones) que se encuentren en condiciones de derecho y hecho sustancialmente similares en relación con la aplicación de la legislación y reglamentación tributaria ordinaria. La expresión “en particular con respecto a la residencia” aclara que la residencia del contribuyente es uno de los factores relevantes para determinar si los contribuyentes se encuentran en condiciones similares. La expresión “en las mismas condiciones” permitiría por sí sola concluir que no se encuentran en las mismas condiciones un contribuyente residente y otro no residente de un mismo Estado Contratante. De hecho, aunque la expresión “en particular con respecto a la residencia” no figuraba ni en el Proyecto de Convenio [*de la OCDE*] de 1963, ni en el Modelo de Convenio [*de la OCDE*] de 1977, los países miembros, al aplicar e interpretar la expresión “que se encuentren en las mismas condiciones” han considerado, sistemáticamente, que la residencia del contribuyente debe tenerse en cuenta. No obstante, al revisar el Modelo de Convenio [*de la OCDE*], el Comité de Asuntos Fiscales [*de la OCDE*] consideró que hacer referencia específica a la residencia de los contribuyentes sería una aclaración útil pues evitaría cualquier posible duda en cuanto a la interpretación que se ha de dar, a este respecto, a la expresión “que se encuentren en las mismas condiciones”.

8. Por lo tanto, al aplicar el apartado 1, la cuestión subyacente es determinar si se trata de forma distinta a dos personas residentes en el mismo Estado solo por tener una nacionalidad diferente. Por consiguiente, si un Estado Contratante, al conceder exenciones por razón de responsabilidades familiares, distingue entre sus propios

nacionales en función de que residan o no en su territorio, no puede obligarse a ese Estado a conceder a los nacionales del otro Estado no residentes de su territorio el trato reservado para sus nacionales residentes, pero debe concederles el mismo régimen del que se benefician sus nacionales residentes del otro Estado. Del mismo modo, el apartado 1 no resulta aplicable cuando un nacional de un Estado Contratante (Estado R) que es, además, residente de dicho Estado R, está sometido a imposición en el otro Estado Contratante (Estado S) de forma menos favorable que un nacional del Estado S residente de un tercer Estado (por ejemplo, como resultado de la aplicación de disposiciones destinadas a desincentivar la utilización de paraísos fiscales) puesto que estas dos personas no se encuentran en las mismas condiciones con respecto a su residencia.

9. La expresión “en las mismas condiciones” puede referirse, en ciertos casos, a la situación fiscal de una persona. Sería el caso, por ejemplo, cuando un país sometiera a sus nacionales, o a parte de ellos, a obligaciones fiscales más amplias que a los no nacionales (característica propia de, por ejemplo, el régimen fiscal de los Estados Unidos). En tanto que ese régimen no constituya en sí mismo una contravención del apartado 1, no cabe argumentar que los no nacionales de ese Estado se encuentran en las mismas circunstancias que sus nacionales para los efectos de la aplicación de las restantes disposiciones de la legislación tributaria interna de ese Estado, en relación con las que la responsabilidad amplia o limitada de un contribuyente sería determinante (por ejemplo, para el otorgamiento de exenciones personales).

10. Asimismo, las disposiciones del apartado 1 no deben interpretarse en el sentido de obligar a un Estado, que concede beneficios fiscales especiales a sus propios organismos o servicios públicos debido a su naturaleza, a extender esos mismos beneficios a los organismos y servicios públicos del otro Estado.

11. Tampoco deben interpretarse en el sentido de obligar a un Estado que concede beneficios fiscales especiales a instituciones privadas sin ánimo de lucro que realizan actividades de beneficio público propias de ese Estado, a extender dichos beneficios a instituciones similares cuyas actividades no redunden a favor del mismo.

12. En el primero de estos dos casos, la exención fiscal que un Estado otorga a sus propios organismos y servicios públicos se justifica por el hecho de que estos organismos y servicios constituyen partes integrantes del mismo Estado y, su condición, no puede resultar comparable a la de los organismos y servicios públicos del otro

Estado. Sin embargo, esta reserva no pretende ser aplicada a sociedades del Estado que efectúan tareas lucrativas. En la medida que estas sean asimilables a empresas mercantiles de derecho privado, se les aplicarán las disposiciones del apartado 1.

13. En el segundo caso, los beneficios fiscales que un Estado otorgue a ciertas instituciones privadas sin ánimo de lucro se justifican evidentemente en la propia naturaleza de la actividad ejercida por estas instituciones y en el beneficio que le proporcionan a este Estado y a sus nacionales.

14. Además, el apartado 1 se ha redactado deliberadamente de forma negativa. Al establecer que los nacionales de un Estado Contratante no podrán estar sujetos en el otro Estado Contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exija o que sea más gravoso que aquellos impuestos a los que estén o puedan estar sujetos los nacionales del otro Estado Contratante que se encuentren en las mismas condiciones, este apartado tiene el mismo carácter obligatorio en el sentido de ordenar a los Estados Contratantes a otorgar el mismo trato a sus respectivos nacionales. Pero siendo el objeto principal de esta cláusula el prohibir que un Estado discrimine en contra de los nacionales del otro Estado, nada se opone a que el primer Estado otorgue ciertas concesiones o facilidades a extranjeros que no se apliquen a sus propios nacionales, para efecto de cumplir, por consideraciones particulares a alguna cláusula estipulada en un convenio de doble imposición, como el requisito de que la imposición de las utilidades de los establecimientos permanentes se realice de conformidad con el Artículo 7. Tal como está redactado el apartado 1 no prohíbe esto.

15. Sin perjuicio de la observación anterior, la expresión "... no estarán sujetos ... a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exija o que sea más gravoso ..." significa que el impuesto aplicado a nacionales y extranjeros que se encuentren en las mismas condiciones debe ser el mismo tanto por lo que respecta a la base para el cobro, como al método para su determinación, a la tasa y, finalmente, a que las formalidades de su exacción (declaraciones, pago, plazos, etcétera) no deban ser más gravosas para los extranjeros que para los nacionales.

16. Debido a la relación jurídica creada entre la sociedad y el Estado conforme a cuyas normas se encuentra constituida, la cual, desde diversas perspectivas, se asemeja mucho a la relación de nacionalidad en el caso de personas naturales, se ha considerado justificable

no tratar a las personas jurídicas, asociaciones de personas (*partnerships*) y asociaciones en una disposición especial, sino asimilarlas a las personas naturales bajo el apartado 1. Este resultado se logra a través de la definición del término “nacional” en el subapartado [(f)] del apartado 1 del Artículo 3.

17. En virtud de esa definición, en el caso de personas jurídicas tales como una sociedad, la expresión “nacional de un Estado Contratante” significa una persona jurídica “cuya condición como tal derive de la legislación vigente en ese Estado Contratante”. La condición de una sociedad normalmente derivará como tal de la legislación vigente en el Estado en el que se ha constituido o registrado. Sin embargo, de acuerdo con la legislación interna de varios países, la constitución o el registro constituyen el criterio, o uno de los criterios, para determinar la residencia de las sociedades para los efectos del Artículo 4. Considerando que el apartado 1 del Artículo 24 impide un tratamiento diferenciado en función de la nacionalidad, pero únicamente en relación con las personas o entidades que estén “en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia”, es importante entonces distinguir, para los efectos de ese apartado, un tratamiento diferenciado en función únicamente de la nacionalidad de otro que esté relacionado con otras circunstancias como, en concreto, la residencia. Como se explica en los apartados 7 y 8 [*del Comentario al Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, tal como se citó anteriormente*], el apartado 1 prohíbe la discriminación basada en la nacionalidad y exige que los restantes factores pertinentes, incluyendo la residencia de la entidad, coincidan. La diferenciación en el trato entre residentes y no residentes es una característica esencial de los regímenes tributarios internos y de los convenios tributarios; cuando el Artículo 24 se interpreta bajo el contexto de los restantes Artículos del Convenio, la mayoría de los cuales establecen regímenes distintos para los residentes y los no residentes, resulta evidente que dos sociedades que no residen en el mismo Estado para los efectos del Convenio (bajo lo dispuesto por el Artículo 4) normalmente no están en las mismas condiciones para los efectos del apartado 1.

18. Mientras que los residentes y no residentes normalmente no están en las mismas condiciones para los efectos del apartado 1, resulta claro, sin embargo, que este no es el caso en el que la residencia no tiene relevancia alguna con respecto al tratamiento diferenciado que nos ocupa.

19. Los siguientes ejemplos ilustran estos principios.

20. Ejemplo 1: De conformidad con las leyes internas del impuesto sobre la renta del Estado A, las sociedades constituidas en ese Estado o que tengan su sede de dirección efectiva en ese Estado, son residentes del mismo. De conformidad con las leyes internas del impuesto sobre la renta del Estado B, solo las sociedades que tienen su sede de dirección efectiva en ese Estado son residentes del mismo. El convenio tributario celebrado entre el Estado A y el Estado B es idéntico al Modelo de Convenio Tributario [*de la OCDE*]. La legislación fiscal interna del Estado A dispone que los dividendos pagados a una sociedad constituida en ese país por otra sociedad constituida en ese país están exentos de imposición. Dado que una sociedad constituida en el Estado B que tuviera su sede de dirección efectiva en el Estado A sería residente del Estado A para los efectos del Convenio celebrado entre los Estados A y B, el hecho de que los dividendos pagados a dicha sociedad por una sociedad constituida en el Estado A no pueda optar por esta exención, a pesar de que la sociedad perceptora de los mismos esté en las mismas condiciones que una sociedad constituida en el Estado A por lo que respecta a la residencia, contravendría el apartado 1 en ausencia de otras condiciones diferentes relevantes.

21. Ejemplo 2: De conformidad con las leyes internas del impuesto sobre la renta del Estado A, las sociedades constituidas en ese Estado son residentes del mismo y las constituidas en el extranjero son no residentes. El Convenio suscrito entre el Estado A y el Estado B es idéntico al Modelo de Convenio [*de la OCDE*] salvo en que el apartado 3 del Artículo 4 dispone que si una persona jurídica es residente de ambos Estados en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de ese Artículo, se considerará que esa persona jurídica es residente del Estado en el que se haya constituido. La legislación fiscal del Estado A dispone que los dividendos pagados a una sociedad constituida en ese país por otra sociedad constituida en ese país están exentos de imposición. El apartado 1 no hace extensivo ese tratamiento a los dividendos pagados a una sociedad constituida en el Estado B. Aunque una sociedad constituida en el Estado A y una sociedad constituida en el Estado B que perciba dichos dividendos reciban un trato distinto, estas sociedades no están en las mismas condiciones por lo que respecta a su residencia, siendo la residencia un factor determinante en este caso (como puede concluirse, por ejemplo, del apartado 5 del Artículo 10, que impediría la imposición subsecuente de los dividendos pagados por una sociedad no residente, pero no los pagados por una sociedad residente).

22. Ejemplo 3: De conformidad con las leyes internas del impuesto sobre la renta del Estado A, las sociedades constituidas en ese Estado son residentes del mismo. De conformidad con las leyes internas del impuesto sobre la renta del Estado B, las sociedades que tengan su sede de dirección efectiva en ese Estado son residentes del mismo. El convenio tributario entre el Estado A y el Estado B es idéntico al Modelo de Convenio Tributario [*de la OCDE*]. La legislación fiscal interna del Estado A prevé que una sociedad no residente, que resida en un Estado con el que el Estado A no tenga un convenio tributario que permita el intercambio de información en materia tributaria, está sujeta a un impuesto anual del 3 por ciento sobre el valor de sus bienes inmuebles, en lugar de estar sujeta a un impuesto sobre la renta neta que provenga de dichos bienes. Una sociedad constituida en el Estado B, que sea residente de un Estado con el que el Estado A no tenga un convenio tributario que permita el intercambio de información tributaria, no puede argumentar que el apartado 1 impide la aplicación del impuesto del 3 por ciento exigido por el Estado A al aplicársele un trato distinto del otorgado a una sociedad constituida en el Estado A. En ese caso, por lo que a la residencia se refiere, tal sociedad no estará en las mismas condiciones que una sociedad constituida en el Estado A, siendo la residencia un factor relevante (por ejemplo, para los efectos de acceder a la información necesaria para comprobar la renta neta procedente del bien inmueble que obtiene un contribuyente no residente).

23. Ejemplo 4: De conformidad con las leyes internas del impuesto sobre la renta del Estado A, las sociedades constituidas en ese Estado son residentes del Estado A y las sociedades constituidas en el extranjero son no residentes. El convenio tributario suscrito entre el Estado A y el Estado B es idéntico al Modelo de Convenio Tributario [*de la OCDE*], excepto porque el apartado 3 del Artículo 4 establece que, si una persona jurídica es residente de ambos Estados en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de ese Artículo, se considerará que dicha persona jurídica es residente del Estado en el que se haya constituido. De conformidad con la ley fiscal aplicable a las nóminas del Estado A, todas las sociedades que emplean a trabajadores residentes están sujetas al impuesto sobre nóminas, sin hacer distinción en función de la residencia del empleador, pero prevé que únicamente las sociedades constituidas en el Estado A pueden beneficiarse de una menor tasa del impuesto. En ese caso, el hecho de que una sociedad constituida en el Estado B no tenga la misma residencia que una sociedad constituida en el Estado A para los efectos del convenio suscrito entre los Estados A y B, no tiene importancia alguna respecto del

tratamiento distinto aplicado bajo la ley del impuesto sobre nóminas y, por lo tanto, esa diferencia de trato contravendría el apartado 1 en ausencia de otras condiciones diferentes relevantes.

24. Ejemplo 5: De conformidad con las leyes internas del impuesto sobre la renta del Estado A, las sociedades constituidas en ese Estado o que tengan su sede de dirección efectiva en ese Estado, son residentes del mismo y las sociedades que no satisfagan alguna de estas dos condiciones son no residentes. De conformidad con las leyes internas del impuesto sobre la renta del Estado B, las sociedades constituidas en ese Estado son residentes del mismo. El convenio tributario suscrito entre el Estado A y el Estado B es idéntico al Modelo de Convenio Tributario [*de la OCDE*], excepto en que el apartado 3 del Artículo 4 dispone que si una persona jurídica es residente de ambos Estados en virtud del apartado 1 de ese Artículo, se considerará que esa persona jurídica es residente únicamente del Estado en que se haya constituido. La legislación fiscal interna del Estado A establece además que las empresas que se hayan constituido y que tengan su sede de dirección efectiva en ese Estado tienen derecho a consolidar su renta con fines tributarios si forman parte de un grupo de sociedades con accionistas comunes. La sociedad X, constituida en el Estado B, pertenece al mismo grupo que dos sociedades constituidas en el Estado A y todas ellas tienen su sede de dirección efectiva en el Estado A. Dado que no se constituyó en el Estado A, la sociedad X no puede consolidar su renta con la de las otras dos sociedades.

25. En este caso, incluso si la sociedad X es residente del Estado A conforme a su legislación fiscal interna, no lo es para los efectos del Convenio en virtud del apartado 3 del Artículo 4. Por tanto, no estará en las mismas condiciones que las otras sociedades del grupo por lo que respecta a su residencia y el apartado 1 no le permitirá obtener los beneficios de la consolidación aun y cuando la diferencia en el trato proviene del hecho de que la sociedad X no se ha constituido en el Estado A. Es claro que la residencia de la sociedad X es importante en relación con los beneficios de la consolidación, dado que ciertas disposiciones del Convenio, como lo son los Artículos 7 y 10, impedirían al Estado A gravar ciertos tipos de rentas obtenidas por la sociedad X.

Apartado 2

26. El 28 de septiembre de 1954, un cierto número de Estados suscribió en Nueva York un Convenio sobre la condición de los apátridas. Conforme a su Artículo 29, estos deben recibir el trato de nacionales.

Entre los firmantes del Convenio se encuentran diversos países miembros de la OCDE.

27. Sin embargo, debe reconocerse que las disposiciones del apartado 2 permitirán, en un convenio bilateral, extender el tratamiento de nacionales a los apátridas que, por encontrarse en una de las situaciones previstas en el apartado 2 del Artículo 1 del citado Convenio del 28 de septiembre de 1954, no están comprendidos por ese Convenio. Este es principalmente el caso, por un lado, de las personas beneficiarias, en el momento de la firma del citado Convenio, de protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, y, por otro lado, de las personas residentes de un país titulares de los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de ese país.

28. El objeto del apartado 2 es limitar el ámbito de la cláusula de igualdad de trato con los nacionales de un Estado Contratante exclusivamente a los apátridas que son residentes de ese o del otro Estado Contratante.

29. Al excluir a los apátridas que no son residentes de ninguno de los Estados Contratantes, esa cláusula evita que se privilegie a estas personas en un Estado en comparación con los nacionales del otro Estado.

30. Sin embargo, si los Estados consideraran deseable en sus relaciones bilaterales extender el alcance del apartado 2 a todos los apátridas, sean o no residentes de un Estado Contratante, de manera que estas personas se beneficien en todo caso del trato más favorable otorgado a los nacionales del referido Estado, bastará adoptar para ello el texto siguiente, que no implica la condición de residente de un Estado Contratante:

No obstante lo dispuesto en el Artículo 1, los apátridas no estarán sujetos en un Estado Contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exija o que sea más gravoso que aquellos a los que estén o puedan estar sujetos los nacionales de ese Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia.

31. Algunos Estados podrían considerar excesivamente liberales las disposiciones del apartado 2 en la medida en que legitiman a los apátridas residentes de un Estado para reclamar igualdad de trato no solo en el otro Estado, sino también en el Estado de residencia,

beneficiándose así particularmente en ese último Estado de las disposiciones de los convenios de doble imposición suscritos con terceros Estados. Los Estados que deseen evitar esta última consecuencia, son libres de modificar el apartado 2 para quedar como sigue:

Los apátridas residentes de un Estado Contratante no estarán sujetos en el otro Estado Contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exija o que sea más gravoso que aquellos a los que estén o puedan estar sujetos los nacionales de ese Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia.

32. Finalmente, debe entenderse que la definición del término “apátrida” utilizada para efectos de esa cláusula solo puede ser la establecida en el apartado 1 del Artículo 1 del Convenio del 28 de septiembre de 1954, que lo define como “una persona que no sea considerada como nacional por ningún Estado, conforme a su legislación”.

Apartado 3

33. En estricto sentido, el tipo de discriminación que pretende eliminar este apartado es aquella que no se basa propiamente en el concepto de nacionalidad, sino en el lugar donde está realmente establecida una empresa. Afecta, por tanto, sin distinción y cualquiera que sea su nacionalidad, a todos los residentes de un Estado Contratante que tengan un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante.

34. En primer lugar, se estima necesario aclarar que la redacción de la primera oración del apartado 3 debe interpretarse en el sentido de que no constituye discriminación someter a imposición, por razones de orden práctico, a las personas no residentes de manera diferente de las personas residentes, siempre que esto no determine una imposición más gravosa para las primeras que para las segundas. Por la forma negativa en cómo se ha redactado la disposición que nos ocupa, lo único que cuenta es el resultado, siendo posible adaptar las modalidades de imposición a las condiciones particulares en que se aplique el impuesto. Por ejemplo, el apartado 3 no impide la aplicación de mecanismos específicos con el objeto de determinar las utilidades atribuibles a un establecimiento permanente. El apartado debe interpretarse bajo el contexto del Convenio y, en concreto, del apartado 2 del Artículo 7 *[del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, el cual establece que los beneficios atribuibles al establecimiento permanente son aquellos que se esperaría que el*

establecimiento permanente obtenga si se tratara de una empresa distinta y separada que realice las mismas o similares actividades en las mismas o similares condiciones y que trate de manera totalmente independiente con la empresa de la que es establecimiento permanente]. Evidentemente, no podrá considerarse que las normas o prácticas administrativas tendientes a determinar las utilidades atribuibles a un establecimiento permanente en términos de lo ordenado por el apartado 2 del Artículo 7 [*de este Modelo*], contravienen el apartado 3, el cual está basado en el mismo principio, dado que éste exige que la imposición al establecimiento permanente no sea menos favorable que la imposición a una empresa local que realice actividades similares.

35. En los términos del primer enunciado del apartado 3, la imposición a un establecimiento permanente no debe resultar menos favorable en el Estado que nos ocupa que la exigida a las empresas de ese Estado que realicen las mismas actividades. El objeto de esta disposición es eliminar toda discriminación en el trato de los establecimientos permanentes en comparación con las empresas residentes que pertenezcan al mismo sector de actividades, en relación con impuestos que se basen en actividades empresariales y, especialmente, con impuestos sobre los beneficios empresariales que resulten de dichas actividades.

36. Sin embargo, la segunda oración del apartado 3 especifica las condiciones bajo las cuales el principio de igualdad de trato establecido en el primer enunciado debe aplicarse a las personas físicas residentes de un Estado Contratante que tengan un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante. Pretende, sobre todo, que esas personas no obtengan ventajas superiores a las de los residentes, a través de su derecho a deducciones personales y exenciones por responsabilidades familiares que se les concederían tanto en el Estado del que son residentes, por aplicación de la ley interna, como en el otro Estado en virtud del principio de igualdad de trato. En consecuencia, deja al Estado en que está situado el establecimiento permanente la facultad de otorgar o no, a las personas que nos ocupan, las deducciones personales y exenciones en la proporción que el importe de las utilidades del establecimiento permanente guarde con las rentas imponibles en el otro Estado.

37. También es evidente que, para los efectos del apartado 3, el tratamiento tributario otorgado por un Estado Contratante a un establecimiento permanente de una empresa del otro Estado Contratante

deberá compararse al de una empresa del Estado mencionado en primer lugar que tenga una estructura jurídica similar a la de la empresa a la que pertenece el establecimiento permanente. Así, por ejemplo, el apartado 3 no exige a un Estado aplicar a las utilidades del establecimiento permanente de una empresa explotada por una persona natural no residente, la misma tasa impositiva que resulte aplicable a una empresa de ese Estado explotada por una sociedad residente.

38. Del mismo modo, las actividades reguladas y no reguladas no constituyen, en términos generales, “las mismas actividades” para los efectos del apartado 3. Así, por ejemplo, el apartado 3 no requeriría que la imposición de un establecimiento permanente cuyas actividades comprendan la obtención y otorgamiento de préstamos de dinero, pero que no está registrado como un banco, no sea menos favorable que la de los bancos de ese Estado, dado que el establecimiento permanente no realiza las mismas actividades. Otro ejemplo lo constituirían las actividades desarrolladas por un Estado o por sus organismos públicos que, al estar controladas por el Estado, no pueden considerarse, para los efectos del apartado 3, similares a las actividades realizadas por una empresa del otro Estado a través de un establecimiento permanente.

39. En relación con la primera oración, la experiencia ha demostrado que es muy difícil definir de modo claro y completo la esencia del principio de igualdad de trato, lo que ha llevado a amplias diferencias de opinión con respecto a las múltiples implicaciones que entraña este principio. El principal motivo de tales dificultades parece residir en la propia naturaleza del establecimiento permanente, el cual no es una entidad jurídica distinta, sino una parte de una empresa que tiene su sede principal en otro Estado. La situación del establecimiento permanente es diferente de la de una empresa local constituida por una sola entidad cuyas actividades e implicaciones fiscales están totalmente circunscritas al ámbito del Estado donde tiene su sede principal. Abajo se examinan las implicaciones de la cláusula de igualdad de trato respecto de varios aspectos de la imposición tributaria.

A. Determinación del impuesto

40. Respecto a la base para el cálculo del impuesto, el principio de igualdad de trato normalmente tiene las siguientes implicaciones:

- a) A los establecimientos permanentes debe otorgárseles el mismo derecho que la legislación tributaria le confiere a las empresas

residentes para la deducción de gastos operativos de las utilidades sujetas a imposición. Estas deducciones deben permitirse sin mayores restricciones que las impuestas a las empresas residentes [...].

- b) A los establecimientos permanentes deben otorgárseles las mismas facilidades en materia de depreciación y reservas. Deben tener derecho a beneficiarse sin restricción alguna no solo de la depreciación conferida normalmente a las empresas (depreciación lineal y decreciente), sino también de los regímenes especiales existentes en cierto número de países (depreciación masiva, depreciación acelerada, etc.). Tratándose de reservas, hay que destacar que a menudo se autorizan para fines distintos de la compensación— de acuerdo con los principios de la contabilidad comercial— de depreciaciones de activos, gastos o pérdidas que aún no han ocurrido, pero que las circunstancias harán que muy probablemente ocurran en un futuro próximo. Así, en algunos países las empresas tienen derecho a constituir, por fuera de las utilidades gravables, provisiones o “reservas” para inversión. Cuando este derecho es ejercido por todas las empresas, o por todas las de un mismo sector de actividades, el mismo también debe ser ejercido, bajo las mismas condiciones, por empresas no residentes con respecto a sus establecimientos permanentes situados en el Estado que concierne, en la medida en que estén sujetas a imposición en ese Estado, al igual que las actividades a las que correspondan esas provisiones o reservas.
 - c) Los establecimientos permanentes también deberán tener la opción que está disponible en la mayoría de los países para empresas residentes de amortizar las pérdidas existentes al cierre de un año fiscal dentro de un cierto período de tiempo (por ejemplo, 5 años). No es necesario especificar que, en el caso de establecimientos permanentes, son las pérdidas generadas en su propia actividad económica las que reunirán las condiciones para su amortización.
 - d) A los establecimientos permanentes deberán aplicárseles las mismas reglas que a las empresas residentes en lo que se refiere a la imposición de las ganancias de capital obtenidas por la enajenación de activos, ya sea durante o al cese de su actividad.
41. Como se señaló claramente en el subapartado c) anterior, el principio de igualdad de trato del apartado 3 únicamente aplica a la imposición de la actividad propia del establecimiento permanente. Por lo tanto, ese principio se limita a una comparación entre las

normas que rigen la imposición de la actividad propia del establecimiento permanente y aquellas que resulten aplicables a las actividades empresariales similares que realice una empresa independiente que sea residente. El mismo no es extensivo a las normas que tengan en cuenta la relación entre una empresa y otras (por ejemplo, aquellas que permiten la consolidación, la transferencia de pérdidas o de propiedades libres de impuestos entre empresas del mismo grupo que pertenezcan a los mismos accionistas) ya que estas últimas no se centran en la imposición de la actividad propia de la empresa que sea similar a la del establecimiento permanente, sino en la imposición a una empresa residente que forme parte de un grupo de empresas asociadas. Estas normas generalmente operan para garantizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y administrativas dentro de un grupo doméstico. Por lo tanto, de ahí se concluye que no resulta aplicable el principio de igualdad de trato. Por el mismo motivo, las normas relacionadas con la distribución de las utilidades de una empresa residente no pueden extenderse a un establecimiento permanente en términos del apartado 3, dado que no tienen relación con la actividad empresarial del establecimiento permanente (véase el párrafo 59 [del Comentario al Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita más abajo]).

42. Adicionalmente, es claro que la aplicación de las normas sobre precios de transferencia, basadas en el principio de plena competencia (*arm's length standard*), a las transferencias realizadas desde el establecimiento permanente a su sede central (o viceversa) no puede considerarse una contravención al apartado 3, aun cuando dichas normas no apliquen a las transferencias internas de una empresa del Estado Contratante en el que está situado el establecimiento permanente. Ciertamente, el apartado 2 del Artículo 7 [de este Modelo] regula la aplicación del principio de plena competencia para la determinación de las utilidades atribuibles al establecimiento permanente, y ese apartado forma parte del contexto en el que debe interpretarse el apartado 3 del Artículo 24; asimismo, dado que el Artículo 9 autorizaría la aplicación del principio de plena competencia a las transferencias entre una empresa local y una empresa extranjera relacionada con ella, no puede considerarse que su aplicación en el caso de un establecimiento permanente resulte en una tributación menos favorable que la impuesta a una empresa del Estado Contratante en el que está situado el establecimiento permanente.

43. No obstante que las reglas generales mencionadas arriba rara vez presentan dificultades en relación con el principio de no

discriminación, no constituyen un listado exhaustivo de las posibles consecuencias derivadas de ese principio en relación con la determinación de la base imponible. La aplicación de ese principio puede resultar menos clara en el caso de los incentivos fiscales que han otorgado la mayoría de los países afectados por problemas de descentralización industrial, por desarrollo de regiones económicamente más atrasadas o por promoción de nuevas actividades necesarias para la expansión de la economía, a fin de solventar estos problemas por medio de exenciones, reducciones u otras ventajas fiscales concedidas a empresas cuyas inversiones se ajustan a los objetivos oficiales.

44. Como tales medidas responden a objetivos directamente vinculados con la actividad económica del Estado que concierne, es correcto que extienda sus beneficios a los establecimientos permanentes de las empresas del otro Estado, ligado con el Estado mencionado en primer lugar mediante un Convenio de doble imposición que contenga las disposiciones del Artículo 24, desde el momento en que se le reconoce el derecho a ejercer una actividad empresarial en ese Estado, en virtud ya sea de su legislación, o de un acuerdo internacional (tratado de comercio, de establecimiento, etc.) celebrado entre los dos Estados.

45. Debe resaltarse que, aunque las empresas no residentes tengan el derecho a reclamar en el Estado que concierne los citados beneficios fiscales, deben de cumplir las mismas condiciones y requisitos que las empresas residentes. Por tanto, pudieran verse privadas de tales ventajas si sus establecimientos permanentes no estuvieran dispuestos o rechazaran cumplir las condiciones y requisitos especiales determinantes para su concesión.

46. Además, es indudable que las empresas no residentes no tienen derecho a los beneficios fiscales ligados a actividades cuyo ejercicio está estrictamente reservado, por razones de interés nacional, defensa, protección de la economía nacional, etc., a empresas nacionales, toda vez que las empresas no residentes no están autorizadas para ejercer tales actividades.

47. Finalmente, no debe interpretarse a las disposiciones del apartado 3 en el sentido de obligar a un Estado que concede privilegios fiscales especiales a instituciones sin ánimo de lucro que realizan actividades de utilidad pública propias de ese Estado, a tener que extender dichos privilegios a los establecimientos permanentes de instituciones similares del otro Estado cuyas actividades no redunden exclusivamente en beneficio público del Estado mencionado en primer lugar.

B. Régimen especial para los dividendos percibidos respecto a participaciones de las que sean propietarios los establecimientos permanentes

48. En varios países existen reglas especiales para someter a imposición los dividendos distribuidos entre sociedades (régimen de sociedades matrices y subsidiarias, *Schachtelprivileg*, *regla non bis in idem*). La cuestión que se plantea es si los establecimientos permanentes pueden acogerse igualmente a ese régimen, por aplicación de las disposiciones del apartado 3, respecto de los dividendos de participaciones que formen parte de sus activos.

49. En este punto las opiniones difieren. Algunos Estados consideran que este régimen especial debe extenderse a los establecimientos permanentes. En su opinión, este régimen especial se legisló para evitar la doble imposición de las utilidades generadas por una subsidiaria y distribuidas a su casa matriz. En principio, el impuesto sobre las utilidades debe exigirse una vez, al nivel de la subsidiaria cuya actividad las genera. La sociedad matriz debería estar exenta del impuesto sobre esas utilidades cuando las reciba de su subsidiaria o, en aplicación del método de crédito indirecto, debería poder beneficiarse de una exención correspondiente a la imposición soportada por la subsidiaria. En los casos en que un establecimiento permanente posea acciones como inversión directa, este principio implica que ese establecimiento permanente receptor de los dividendos provenientes de la subsidiaria debe beneficiarse igualmente del régimen especial debido a que la subsidiaria ya ha tributado por las utilidades. Por otra parte, resulta difícil concebir, siguiendo esta línea de pensamiento, que sea el Estado donde está situada la sede central de la sociedad matriz el que deba eliminar la doble imposición ocasionada por un segundo impuesto en el Estado donde esté situado el establecimiento permanente. El Estado de la sociedad matriz, en el que no se ha llevado a cabo ninguna de las actividades generadoras de las utilidades sometidas a doble imposición, normalmente dejará exentas esas utilidades o las someterá a imposición con un impuesto insuficiente para soportar un crédito doble (es decir, del impuesto sobre las utilidades exigido a la subsidiaria y del aplicado al establecimiento permanente). Todo esto supone que las participaciones que posee el establecimiento permanente están vinculadas efectivamente a su actividad. Además de ello, otra condición evidente sería que las utilidades con cargo a los que se distribuyen los dividendos deben haber soportado un impuesto sobre las utilidades.

50. Por el contrario, otros Estados consideran que la asimilación de los establecimientos permanentes a sus propias empresas no implica la obligación de otorgarles este régimen especial y justifican su postura con diversas razones. El objeto de dicho régimen especial es evitar la doble imposición económica de los dividendos, y corresponde al Estado de residencia de la sociedad beneficiaria y no al Estado del establecimiento permanente soportar su costo ya que aquel es el más interesado en el objetivo que se persigue. Otra de las razones planteadas se refiere a la distribución de las rentas tributarias entre los Estados. La pérdida de rentas tributarias que implica para un Estado la aplicación de este régimen especial se compensa parcialmente con el impuesto sobre los dividendos en el momento de su redistribución por la sociedad matriz que ha disfrutado de ese régimen (impuesto sobre los dividendos retenido en la fuente, impuesto del accionista). Un Estado que otorga el citado régimen a los establecimientos permanentes no se beneficiaría de tal remuneración. Otro argumento formulado es que, cuando la aplicación de este régimen se subordina a una redistribución de los dividendos, su extensión a los establecimientos permanentes no estaría justificada, ya que, en tal caso, el establecimiento permanente, que solo es una parte de una sociedad de otro Estado y no distribuye dividendos, tendrá un régimen más favorable que una sociedad residente. Por último, los Estados que opinan que el apartado 3 no implica la obligación de extender ese régimen especial a los establecimientos permanentes sostienen que existe el riesgo de que las sociedades de un Estado puedan transferir sus participaciones en sociedades de otro Estado a sus establecimientos permanentes en ese otro Estado con el único fin de beneficiarse de ese régimen especial.

51. Eso no quita que puede haber razones válidas para que un establecimiento permanente, en lugar de la sede central de la sociedad, sea el propietario y gestor de la participación, a saber:

- razones de necesidad originadas principalmente por una obligación legal o reglamentaria que exija a los bancos e instituciones financieras y a las sociedades aseguradoras mantener en depósito una cierta cantidad de activos en los países donde ejercen sus actividades, especialmente de acciones, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones; o
- razones de conveniencia, cuando las participaciones sean de sociedades que mantienen relaciones de negocios con el establecimiento permanente o cuyas sedes centrales estén situadas en el mismo país que éste; o

- simples razones de conveniencia práctica, en línea con la tendencia actual de descentralización de las funciones de gestión en las grandes empresas.

52. En vista de estas diferencias, así como de la existencia de las situaciones descritas, sería recomendable para los Estados que, al celebrar convenios bilaterales, precisen la interpretación que den al primer enunciado del apartado 3. Si así lo desean, pueden explicar su postura o modificarla respecto a su práctica anterior, en un protocolo o en cualquier otro documento anexo al convenio.

53. En tal documento podría también preverse una solución a la objeción mencionada anteriormente, respecto de que la extensión en un Estado (A) del régimen de participaciones a los establecimientos permanentes de sociedades residentes de otro Estado (B) favorecería indebidamente a estas sociedades con un régimen privilegiado en comparación a las demás sociedades que son residentes del mismo Estado y cuyas sedes centrales tienen participación en el capital de sociedades residentes del Estado A, pues mientras las primeras pueden repatriar los dividendos sobre sus participaciones sin soportar retención en la fuente, el impuesto se exige sobre los dividendos distribuidos a las segundas a las tasas *[previstas en el apartado 2 a) o b) del Artículo 10 del Convenio correspondiente]* según el caso. La neutralidad del impuesto y la igualdad de las cargas fiscales entre establecimientos permanentes y sociedades subsidiarias invocadas por los Estados que conciernen podrían garantizarse adaptando, en el marco de un convenio bilateral entre los Estados A y B, las disposiciones de los apartados 2 y 4 del Artículo 10, de manera que pudiera retenerse en el Estado A el impuesto en la fuente sobre los dividendos pagados por las sociedades residentes de ese Estado a los establecimientos permanentes de sociedades residentes del Estado B en las mismas condiciones que si los hubieran recibido directamente por sus sedes centrales, y a las tasas *[previstas en el apartado 2 del Artículo 10 de ese convenio]*.

54. En el supuesto de que no pudiera aplicarse la retención en la fuente sobre los dividendos pagados a los establecimientos permanentes por falta de disposiciones apropiadas en la legislación interna del Estado que concierne, podría extenderse a tales establecimientos permanentes el régimen reservado para la distribución de dividendos inter compañías o, siempre que se limite su aplicación de tal manera que el impuesto exigido por el Estado de la fuente de los dividendos sea el mismo si los dividendos los percibe el establecimiento permanente de una sociedad residente del otro Estado o si los percibe directamente esta sociedad.

C. Estructura y tasa del impuesto

55. En países en los que las empresas, principalmente sociedades, están sujetas a un impuesto específico por sus utilidades, las disposiciones del apartado 3 originan, en relación con la tasa aplicable a los establecimientos permanentes, ciertos problemas específicos relacionados con el hecho de que el establecimiento permanente es solo una parte de una entidad jurídica la cual no está sometida a la jurisdicción del Estado donde el establecimiento permanente está situado.

56. Cuando la imposición de las utilidades de sociedades residentes en un Estado se calcule de conformidad a una escala progresiva de tasas, esta escala, en principio, deberá aplicarse a los establecimientos permanentes situados en ese Estado. Si al aplicar la escala progresiva de tasas el Estado donde se ubica el establecimiento permanente toma en cuenta las utilidades de toda la sociedad a la que pertenece dicho establecimiento permanente, dicha norma no parecería ir en contra del principio de igualdad de trato, dado que las sociedades residentes están, de hecho, sujetas al mismo régimen (véase los párrafos 55, 56 y 79 de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en los párrafos 15 y 31 de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B de este Modelo*]). Los Estados que gravan a sus sociedades de esta forma, podrían entonces precisar el régimen aplicable a los establecimientos permanentes en sus convenios bilaterales.

57. Cuando un régimen de tributación basado en una escala progresiva de tasas incluya una regla conforme a la que a los establecimientos permanentes se les aplique una tasa mínima, no puede decirse a priori que esa regla sea incompatible con el principio de igualdad de trato. Las utilidades de la totalidad de la empresa a la que pertenece el establecimiento permanente deben tomarse en cuenta para determinar la tasa aplicable según la escala de tasas progresiva. Únicamente no se estarían observando las disposiciones del primer enunciado del apartado 3, si la tasa mínima fuera más elevada.

58. No obstante, aun cuando las utilidades de la totalidad de la empresa a la que pertenece el establecimiento permanente sean tomadas en cuenta al aplicar, ya sea una escala de tasas progresiva o una tasa mínima, ello no debe contravenir el principio [*de empresa distinta e independiente*], conforme a que las utilidades del establecimiento permanente deben calcularse en términos de lo dispuesto por el apartado 2 del Artículo 7 [*de este Modelo*]. La cantidad mínima del impuesto exigido en el Estado donde se ubica el establecimiento

permanente es, por consiguiente, la que se hubiera exigido si fuera [una empresa distinta e independiente] sin hacerse referencia a las utilidades de la totalidad de la empresa al que pertenece. Por tanto, el Estado en el que se encuentra el establecimiento permanente está justificado para aplicar la escala progresiva correspondiente a las empresas residentes únicamente a las utilidades del establecimiento permanente, sin considerar las utilidades de la totalidad de la empresa en caso de que éstas fuesen menores que las del establecimiento permanente. Asimismo, este Estado podría someter a imposición las utilidades del establecimiento permanente a una tasa mínima, siempre que esa tasa mínima se aplique igualmente a las empresas residentes, incluso si al tener en cuenta las utilidades de la totalidad de la empresa a la que pertenece, la imposición fuera menor o nula.

59. Dado que un establecimiento permanente, por su propia naturaleza, no distribuye dividendos, el tratamiento tributario de las distribuciones efectuadas por la empresa a la que pertenece el establecimiento permanente queda fuera del ámbito de aplicación del apartado 3. El apartado 3 se limita a la imposición de las utilidades procedentes de las actividades del propio establecimiento permanente y no abarca la tributación de la totalidad de la empresa. Esto lo confirma el segundo enunciado del apartado, que precisa que los aspectos tributarios relacionados con el contribuyente al que pertenece el establecimiento permanente, tales como las exenciones personales y las deducciones, quedan fuera del ámbito de aplicación del apartado. Así, las cuestiones relacionadas con los distintos métodos para la integración de los impuestos aplicables a la empresa y a los accionistas (por ejemplo, el impuesto corporativo en avanzada, *précompte mobilier*, el cálculo del ingreso franqueado por el que se haya pagado previamente el impuesto y los respectivos acreditamientos por impuestos pagados sobre los dividendos) quedan fuera del ámbito de aplicación del apartado.

60. En algunos Estados, las utilidades de un establecimiento permanente de una empresa de otro Estado Contratante están sujetas a imposición a una tasa más elevada que las utilidades de las empresas de ese Estado. Este impuesto adicional, denominado en ocasiones “impuesto sobre sucursales”, puede explicarse por el hecho de que, si una subsidiaria de una empresa extranjera obtuviera las mismas utilidades que el establecimiento permanente y, posteriormente, los distribuyera como dividendos, se aplicaría un impuesto adicional sobre los mismos conforme al apartado 2 del Artículo 10. Cuando tal impuesto se aplica simplemente como un impuesto adicional pagadero por razón de las utilidades del establecimiento permanente,

debe considerarse como un impuesto aplicado sobre las utilidades de las actividades del propio establecimiento permanente y no como un impuesto exigido a la empresa en su calidad de propietaria del establecimiento permanente. Un impuesto de esa naturaleza contravendría lo dispuesto en el apartado 3. *[Sin embargo, la cuestión de los impuestos sobre las ganancias de las sucursales se aborda en los párrafos 24 a 30 del Comentario al Artículo 10 de este Modelo y estos párrafos incluyen una disposición opcional que es sugerida y que garantizaría que los impuestos sobre las ganancias de las sucursales puedan ser aplicados no obstante las demás disposiciones del Convenio, incluyendo las disposiciones del Artículo 24].*

61. No obstante, debe distinguirse esta situación de aquella en la que se aplicaría un impuesto sobre cantidades deducidas, por ejemplo, en concepto de intereses, al calcular las utilidades del establecimiento permanente (por ejemplo, un impuesto sobre intereses aplicado a sucursales); en ese caso, el impuesto no se exigiría al propio establecimiento permanente, sino a la empresa a la que se considera que se han pagado los intereses, quedando por consiguiente fuera del ámbito de aplicación del apartado 3 (no obstante, dependiendo de las circunstancias, otras disposiciones como las de los Artículos 7 y 11 pueden resultar relevantes para determinar si el Convenio permite la aplicación de tal impuesto; véase la última oración del apartado 4 *[del Comentario al Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se citó anteriormente en el apartado 1]*).

D. Retención en la fuente sobre dividendos, intereses [regalías, honorarios por servicios técnicos o rentas derivadas de servicios digitales automatizados] percibidos por un establecimiento permanente

62. Cuando los establecimientos permanentes reciban dividendos, intereses *[regalías, honorarios por servicios técnicos o rentas procedentes de servicios digitales automatizados]*, conforme al *[apartado 4 de los Artículos 10, 11 y 12, el apartado 5 del Artículo 12A y el apartado 8 del Artículo 12B]*, respectivamente, esas *[categorías de]* rentas encuadran en las disposiciones del Artículo 7 y, por consiguiente, están sujetas a las observaciones formuladas en el párrafo 53 *[del Comentario al Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se citó antes]* por lo que se refiere a los dividendos percibidos sobre las participaciones en el establecimiento permanente, esas rentas deben incluirse en las ganancias imponibles de dichos establecimientos permanentes [...].

63. De conformidad con los Comentarios referentes a las disposiciones citadas anteriormente de los Artículos 10, 11 [12, 12A y 12B], estas disposiciones liberan al Estado de la fuente de los dividendos, intereses [*regalías, honorarios por servicios técnicos o rentas derivadas de servicios digitales automatizados*] percibidos por el establecimiento permanente de aplicar las limitaciones previstas en dichos Artículos; lo que significa—y tal es la interpretación generalmente aceptada—que quedan intactos los derechos del Estado de la fuente, donde el establecimiento permanente está situado, para aplicar su retención a la tasa máxima del impuesto.

64. Si bien este enfoque no origina problemas respecto a las disposiciones del apartado 3 del Artículo 24 en el caso de países en los que se aplica la retención en fuente sobre la referida renta, independientemente de que esa renta se haya pagado a residentes (cuando se permita a los establecimientos permanentes como a las empresas residentes, acreditar esa retención contra el impuesto sobre las utilidades devengado en términos del Artículo 7) o a no residentes (sin perjuicio de las limitaciones previstas en los Artículos 10, 11 [12, 12A y 12B]), la postura varía cuando la retención se aplica exclusivamente a la renta pagada a los no residentes.

65. En este último caso, de hecho, la imposición de la retención es difícilmente conciliable con el principio establecido en el apartado 3, según el cual los establecimientos permanentes deben ser tratados como empresas residentes para los efectos de someter a imposición la renta obtenida por su actividad, o normalmente asociada con ella (lo que se reconoce en el caso de los dividendos, intereses [*regalías, honorarios por servicios técnicos o rentas por servicios digitales automatizados comprendidos en el apartado 4 de los Artículos 10, 11 y 12, en el apartado 5 del Artículo 12A y apartado 8 del Artículo 12B*]), y, por consiguiente, estar sujetos exclusivamente al impuesto sobre las utilidades en relación con dicha renta.

66. En cualquier caso, corresponde a los Estados Contratantes que se enfrenten a esas dificultades resolverlas en el marco de negociaciones bilaterales, a la luz de sus circunstancias específicas.

E. Crédito por impuesto extranjero

67. En un contexto afín, cuando las utilidades atribuibles a un establecimiento permanente comprendan renta generada en el extranjero es correcto que, en virtud del mismo principio, se otorgue al establecimiento permanente un crédito por el impuesto pagado en el

extranjero respecto de dicha renta si la legislación interna otorga tal crédito a las empresas residentes.

68. Si en un Estado Contratante (A), en el que está situado un establecimiento permanente de una empresa del otro Estado Contratante (B), se pueden acreditar los impuestos exigidos en un tercer Estado (C) en virtud de un Convenio, se origina entonces el problema más general de la extensión a los establecimientos permanentes del beneficio de las disposiciones que prevén el acreditamiento en los convenios tributarios celebrados con terceros Estados. Si bien el establecimiento permanente no tiene calidad de persona y, por tanto, no tiene derecho a los beneficios de dichos convenios tributarios, esta cuestión sí tiene relevancia respecto a la tributación de los establecimientos permanentes; circunstancia que se examina más adelante [...].

F. Extensión a los establecimientos permanentes del beneficio de las disposiciones que prevén el acreditamiento en los convenios de doble imposición celebrados con terceros Estados

69. Cuando un establecimiento permanente situado en un Estado Contratante de una empresa residente de otro Estado Contratante recibe dividendos [,] intereses [*regalías, honorarios por servicios técnicos o rentas derivadas de servicios digitales automatizados*] procedentes de un tercer Estado, se origina entonces la cuestión de si, y en qué medida, el Estado Contratante en el que está situado el establecimiento permanente debe permitir el acreditamiento del impuesto que no podrá ser recuperable del tercer Estado.

70. Existe consenso en el sentido de que en estas situaciones se produce una doble imposición y debe encontrarse un método para eliminarla. La mayoría de los países miembros están dispuestos a otorgar el acreditamiento en estos casos, ya sea en virtud de su legislación interna o en aplicación del apartado 3. Los Estados que no puedan otorgar el acreditamiento de esta manera o que quieran aclarar la situación, podrían estar interesados en complementar esta disposición en su Convenio con el Estado Contratante del que la empresa es residente, mediante una redacción que permita que el Estado en el que está situado el establecimiento permanente acredite el impuesto del Estado en el que se origine la renta, en una cuantía que no exceda de aquella que las empresas residentes del Estado en el que está situado el establecimiento permanente puedan acreditar conforme al convenio entre ese Estado y el tercer Estado. Si el impuesto que no pueda

recuperarse conforme el convenio entre el tercer Estado y el Estado de residencia de la empresa que tiene un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante, es menor que el correspondiente según el convenio entre ese tercer Estado y el Estado Contratante en el que está situado el establecimiento permanente, entonces solamente se permitirá el acreditamiento del impuesto más bajo sometido a imposición en el tercer Estado. Este resultado podrá lograrse añadiendo la siguiente redacción después del primer enunciado del apartado 3:

Cuando un establecimiento permanente situado en un Estado Contratante de una empresa del otro Estado Contratante reciba dividendos, intereses [*regalías, honorarios por servicios técnicos o rentas derivadas de servicios digitales automatizados*] de un tercer Estado y:

- a) la participación [,] el crédito [*derecho o propiedad*] respecto del cual se pagan los dividendos, intereses o regalías o,
- b) *los honorarios por servicios técnicos o rentas derivadas de servicios digitales automatizados,*

según sea el caso, estén efectivamente conectado

- c) *con dicho establecimiento permanente, o*
- d) *para el caso del reclamo de crédito, derecho o propiedad, honorarios por servicios técnicos o rentas derivadas de servicios digitales automatizados, con las actividades empresariales referidas en el inciso (c), del apartado 1 del Artículo 7.]*

el Estado mencionado en primer lugar otorgará un crédito fiscal respecto del impuesto pagado en el tercer Estado sobre los dividendos, intereses [*regalías, honorarios por servicios técnicos o rentas derivadas de servicios digitales automatizados*] según corresponda, aplicando la tasa impositiva prevista en el convenio relativo a los impuestos sobre la renta y el capital entre el Estado del que la empresa es residente y el tercer Estado. No obstante, la cuantía del crédito no podrá exceder de aquella que una empresa residente del Estado mencionado en primer lugar pudiera reclamar al amparo del convenio sobre la renta y capital entre ese Estado y el tercer Estado.

Si el convenio además estableciera otras categorías de rentas que puedan ser sometidas a imposición en el Estado en que se originen y por las cuales se otorgue el acreditamiento [...], la disposición precedente deberá ser ajustada para incluir esas categorías.

71. Cuando un establecimiento permanente situado en un Estado Contratante de una empresa residente del otro Estado Contratante (el Estado de residencia) reciba dividendos, intereses [*regalías, honorarios por servicios técnicos o rentas derivadas de servicios digitales automatizados*] de un tercer Estado (el Estado de la fuente) y, de conformidad con el procedimiento acordado entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente, éste último requiere de un certificado de residencia para la aplicación de la retención del impuesto a la tasa prevista en el convenio celebrado entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia, este certificado deberá ser expedido por este último Estado. Aunque este procedimiento puede ser útil cuando el Estado de residencia emplea el método del crédito del impuesto, parece ser poco útil cuando dicho Estado utiliza el método de exención ya que la renta procedente del tercer Estado no está sujeta a imposición en el Estado de residencia de la empresa. Por otra parte, el Estado donde está situado el establecimiento permanente podría beneficiarse de ser incluido en el proceso de certificación en la medida en que podrá obtener información útil para efectos de fiscalización. Otra cuestión que surge en relación con los casos triangulares es la de los abusos. Por ejemplo, si un Estado Contratante aplica el método de exención previsto en el Artículo 23A a las utilidades atribuibles a un establecimiento permanente situado en un tercer Estado que no aplica impuestos a las rentas pasivas procedentes del otro Estado Contratante, pero que sí son atribuibles a dicho establecimiento permanente, existe el riesgo de que dicha renta no sea sometida a imposición en ninguno de los tres Estados. El apartado 8 del Artículo 29 aborda esta cuestión.

72. Aunado al típico caso triangular aquí considerado, pueden originarse otros casos triangulares, especialmente aquellos en los que el Estado de la empresa es, al mismo tiempo, el Estado del que proceden las rentas atribuidas al establecimiento permanente situado en el otro Estado (véase adicionalmente el apartado 5 del Comentario al Artículo 21 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 4 del Comentario al Artículo 21 de este Modelo*] y los párrafos 9 y 9.1 de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 15 de los Comentarios a los Artículos 23A y 23B de este Modelo*]). Los Estados pueden resolver estas cuestiones mediante negociaciones bilaterales.

Apartado 4

73. Este apartado está diseñado para eliminar una forma particular de discriminación resultante del hecho de que en ciertos países la

deducción de intereses, regalías [*honorarios por servicios técnicos o rentas derivadas de servicios digitales automatizados*] y otros gastos está permitida sin restricciones cuando el beneficiario es un residente, y está limitada o incluso prohibida cuando éste último es un no residente. La misma situación puede observarse en el ámbito del impuesto sobre el capital, en relación con las deudas contraídas con un no residente. Sin embargo, los Estados Contratantes podrán modificar esta disposición en los convenios bilaterales para evitar su uso con fines de elusión fiscal.

74. El apartado 4 no prohíbe al país del prestatario aplicar sus normas internas sobre subcapitalización (*thin capitalization*), en la medida en que éstas sean compatibles con el apartado 1 del Artículo 9 o con el apartado 6 del Artículo 11. No obstante, si dicho tratamiento resulta de normas que no son compatibles con los Artículos mencionados y que se aplican solamente a los acreedores no residentes (con exclusión de los acreedores residentes), entonces la aplicación de este tratamiento está prohibida por el apartado 4.

75. De igual forma, el apartado 4 no prohíbe los requerimientos de información adicional en relación con los pagos efectuados a no residentes, dado que la intención de dichos requerimientos es la de garantizar niveles similares de cumplimiento y de comprobación en el caso de pagos efectuados a residentes y a no residentes.

3. Cuando el apartado 4 del Artículo 24 fue revisado por el anterior Grupo de Expertos en el contexto de la revisión del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas en 1999, surgió la interrogante de si dicho apartado era apto para ser incluido en un tratado tributario entre países desarrollados y países en desarrollo. Al respecto, se sugirió que ese apartado no sería aceptable para aquellos países que sujetaran la deducibilidad de gastos efectuados en el extranjero por sociedades extranjeras a la condición de que el beneficiario o receptor fuera sometido a imposición en dichos países. Después de un importante debate, el sentimiento del Grupo fue que las condiciones mencionadas arriba no debieran ser la base de los Artículos del tratado de aplicación general, sino que en aquellos casos en que fuesen a crear una controversia debieran ser abordadas en negociaciones bilaterales.

Apartado 5

4. Dado que el apartado 5 del Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidad reproduce el apartado 5 del

Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, el Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable al apartado 5 del Artículo 24 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte de los comentarios al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido incluidas con la finalidad de proporcionar explicaciones adicionales o reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

76. Este apartado prohíbe a un Estado Contratante tratar de manera menos favorable a una empresa residente cuyo capital sea propiedad o esté bajo el control, total o parcialmente, directa o indirectamente, de uno o varios residentes del otro Estado Contratante. Esta disposición, y la discriminación que elimina, se refiere únicamente a la imposición de las empresas y no a la de las personas propietarias o que controlen su capital. Su objeto es, en consecuencia, garantizar el mismo trato a los contribuyentes residentes de un mismo Estado y no someter a los capitales extranjeros, en manos de socios o accionistas, a un tratamiento idéntico al que se aplica a los capitales internos.

77. Dado que el apartado se refiere únicamente a la tributación de las empresas residentes y no a la de las personas que poseen o controlan su capital, se desprende que no puede interpretarse como una extensión de los beneficios de normas que tienen en cuenta la relación entre una empresa residente y otras empresas residentes (por ejemplo, normas que permiten la consolidación, la transferencia de pérdidas o las transmisiones de inmuebles libres de impuestos entre empresas que pertenezcan a los mismos propietarios). Por ejemplo, si la legislación fiscal interna de un Estado permite a una sociedad residente consolidar su renta con la de la sociedad matriz residente, el apartado 5 no puede tener el efecto de obligar al Estado a permitir tal consolidación entre una sociedad residente y una sociedad matriz no residente. Esto requeriría de una comparación entre el tratamiento combinado de una sociedad residente y de su propietario no residente, con el de una empresa residente y su propietario residente del mismo Estado, lo cual iría más allá de la tributación de la empresa residente por sí sola.

78. Igualmente, dado que el apartado 5 está dirigido a garantizar el mismo tratamiento a todas las sociedades residentes con independencia de quienes sean sus propietarios o controlen su capital, y no busca la igualdad de trato en las distribuciones a residentes y no residentes

(véase el párrafo 76 [del Comentario al Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita antes]), se desprende que la obligación de retener el impuesto que recae sobre una sociedad residente en relación con los dividendos pagados a los accionistas no residentes, pero no en relación con los pagados a los residentes, no puede considerarse que contravenga el apartado 5. En ese caso, el trato diferenciado no depende del hecho de que los propietarios o quienes controlen el capital de la sociedad sean no residentes, sino de que los dividendos pagados a no residentes se gravan de forma distinta. Un ejemplo similar sería el de un Estado que grava un impuesto a las sociedades residentes que efectúan distribuciones a sus accionistas, con independencia de que estos sean o no residentes, pero que, a fin de evitar una aplicación múltiple de ese impuesto, no lo exija respecto de las distribuciones efectuadas a empresas relacionadas residentes que estén sujetas al impuesto por sus propias distribuciones. El hecho de que esta última exención no sea aplicable a las distribuciones efectuadas a sociedades no residentes no debe considerarse una contravención al apartado 5. En ese caso, la diferencia en el tratamiento no deriva del hecho de que los propietarios o quienes controlan el capital sean no residentes, sino de que las receptoras de la distribución son sociedades que, en virtud de las disposiciones del convenio, no pueden ser sometidas al mismo impuesto cuando redistribuyan los dividendos que han recibido de esa sociedad residente. En este ejemplo, todas las sociedades residentes reciben el mismo trato con independencia de quién sea su propietario o de quién controle su capital, y la diferencia de trato sea restringida a aquellos casos en los que las distribuciones se efectúan en circunstancias tales que cabría la posibilidad de evitarse el impuesto.

79. Dado que el apartado previene la discriminación de una empresa residente basada exclusivamente en quién es su titular o quién controla su capital, este no sería *prima facie* relevante respecto a normas que dispongan un tratamiento distinto de una empresa en función de si paga intereses a acreedores residentes o a acreedores no residentes. El apartado no se ocupa de las normas basadas en la relación acreedor-deudor, siempre y cuando el tratamiento distinto resultante de esas normas no se base en si los propietarios o quienes controlan, total o parcialmente, directa o indirectamente, el capital de la empresa, son residentes o no. Por ejemplo, si conforme a las normas internas sobre la subcapitalización (*thin capitalization*) de un Estado una empresa residente no está facultada a deducir los intereses pagados a una empresa relacionada no residente, esa norma no contravenirá el apartado 5, aun cuando se aplicara al pago de intereses a un

acreedor que fuera propietario o controlara el capital de la empresa, siempre que el tratamiento fuera el mismo si los intereses se hubieran pagado a una empresa relacionada no residente que no fuera propietaria o controlara alguna parte del capital de la empresa pagadora. No obstante, claramente esta norma interna podría contravenir el apartado 4 en la medida en que se aplicarían condiciones distintas para la deducción de los intereses pagados a residentes y no residentes, por lo que sería importante determinar, para los efectos de ese apartado, si la aplicación de la norma es compatible con las disposiciones del apartado 1 del Artículo 9 o del apartado 6 del Artículo 11 (véase el párrafo 74 [*del Comentario al Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se citó antes en el apartado 2 del Comentario al Artículo 24 de este Modelo*]). También sería importante para los efectos del apartado 5 en el caso de existir normas sobre subcapitalización que se aplicarían únicamente a las empresas de un Estado Contratante cuyo capital fuera propiedad o estuviera bajo el control, total o parcialmente, directa o indirectamente, de no residentes. De hecho, dado que las disposiciones del apartado 1 del Artículo 9 o del apartado 6 del Artículo 11 forman parte del contexto en que debe interpretarse el apartado 5 (como exige el Artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*), no podría considerarse que los ajustes que resulten compatibles con estas disposiciones contravienen las disposiciones del apartado 5.

80. En el caso de investigaciones efectuadas en materia de precios de transferencia, casi todos los países miembros de la OCDE consideran que los requerimientos adicionales de información que fueran más estrictos que aquellos que normalmente se imponen, o que pudieran revertir la carga de la prueba a este respecto, no provocarían una discriminación en el sentido del Artículo.

5. Cuando el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas fue revisado en 1999, algunos miembros de países en desarrollo propusieron que las medidas especiales aplicables a empresas extranjeras no fueran interpretadas como originadoras de una discriminación prohibida siempre que todas las empresas extranjeras recibieran un trato igual. Argumentaron que, a pesar de que dicho cambio representaba una desviación importante del principio general de imposición a personas extranjeras sobre las mismas bases que las nacionales, los problemas de cumplimiento fiscal en casos en los que se involucrara participación extranjera y la postura política de las empresas extranjeras en los países en desarrollo garantizaran el cambio. Por

consiguiente, propusieron que el apartado 5 del Artículo 24 fuera modificado para quedar de la siguiente forma:

5. Las empresas de un Estado Contratante cuyo capital sea total o parcialmente propiedad o esté bajo el control, directo o indirecto, de uno o varios residentes del otro Estado Contratante, no estarán sujetas en el Estado mencionado en primer lugar a ningún impuesto u obligación relacionada con el mismo, que no sea exigible o resulte más gravoso que aquellos a los que estén o puedan estar sujetas otras empresas cuyo capital sea total o parcialmente propiedad o esté bajo el control, directo o indirecto, de residentes de terceros Estados.

De la misma forma, resaltaron que el cambio propuesto al apartado 5 había sido incluido en diversos tratados tributarios en los que países desarrollados formaban parte. Algunos miembros de países desarrollados señalaron que dicha propuesta limitaría los efectos del Artículo de no discriminación frente a la prevención de la discriminación entre empresas que son propiedad de no residentes, dejando así la puerta abierta a la discriminación contra la categoría de empresas propiedad de no residentes.

6. Varios de los miembros de los países desarrollados manifestaron reservas concernientes al cambio propuesto, argumentando que ellos consideraban al Artículo de no discriminación de la OCDE como el pilar del Convenio. Dichos miembros recordaron que los antecedentes del Artículo de no discriminación, tal como aparece en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, datan del siglo diecinueve. Por lo que consideraban que, si ese principio fundamental fuese alterado, tendría un importante efecto en las relaciones tributarias internacionales a nivel general. Adicionalmente, dado que el cambio propuesto estaba motivado en parte por los problemas relacionados con el cumplimiento fiscal cuando se involucra participación extranjera — esencialmente por los problemas de precios de transferencia — se recomendaba que el problema fuera resuelto más apropiadamente en otras partes del Modelo de Convenio, como por ejemplo en el Artículo 9 que versa sobre empresas relacionadas.

7. Algunos de los miembros de países en desarrollo indicaron que, si bien reconocían la importancia y la necesidad del Artículo sobre la no discriminación, algunos países pudieran desear modificar ciertos

apartados de ese Artículo en negociaciones bilaterales. Por ejemplo, se sugirió que, debido a las dificultades inmersas para la determinación de los montos que serían razonables en el caso de transferencia de pagos por concepto de regalías, honorarios por servicios técnicos, gastos de la sede central, etc., alguno de los países podría desear el negar las deducciones de dichos pagos, o bien, realizar el cálculo del monto de la deducción de conformidad con su ley interna cuando dichos pagos se efectúen por una empresa situada dentro de sus territorio a una empresa controladora en el extranjero, si esa sociedad controladora fuese una empresa residente en el otro Estado Contratante o de un tercer país. Otro ejemplo citado fue el de un país que, con el fin de alcanzar ciertos objetivos nacionales, tuviera el deseo de otorgar ventajas fiscales condicionando un dado porcentaje de participación local de la empresa involucrada, para el otorgamiento de esas ventajas fiscales. El Grupo reconoció que esas situaciones especiales como la del referido ejemplo deberían ser resueltas mediante negociaciones bilaterales.

Apartado 6

8. Dado que el apartado 6 del Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de Naciones Unidas reproduce el apartado 6 del Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, el Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable al apartado 6 del Artículo 24 de este Modelo:

81. Este apartado establece que el ámbito de aplicación del Artículo no está restringido por las disposiciones del Artículo 2. Por consiguiente, el Artículo aplica a todos los impuestos, cualquiera que sea su naturaleza y denominación, exigidos por, o por cuenta de, un Estado, sus subdivisiones políticas o administraciones locales.

Artículo 25

PROCEDIMIENTO DE ACUERDO MUTUO

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas ofrece dos alternativas para el Artículo 25. La Alternativa A reproduce el Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE con el agregado de una segunda oración en el apartado 4, pero excluye al arbitraje previsto en el apartado 5 del Modelo de Convenio de la OCDE. La Alternativa B reproduce el Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE con el agregado de la segunda oración en el apartado 4 e incluye el arbitraje obligatorio previsto en el apartado 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, pero con cuatro diferencias. Primero, el apartado 5 dispone que el arbitraje puede iniciarse si las autoridades competentes no pueden alcanzar un acuerdo respecto de un caso luego de transcurridos tres años desde su presentación, en vez de los dos años contemplados en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Segundo, mientras el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE prevé que el arbitraje debe ser solicitado por la persona que inició el caso, el apartado 5 establece que el arbitraje debe ser requerido por la autoridad competente de uno de los Estados Contratantes (lo que implica que un caso no puede someterse a arbitraje si las autoridades competentes de ambos Estados Contratantes consideran que dicho caso no se presta al arbitraje y ninguna de ellas lo exige). Tercero, el apartado 5 permite, a diferencia de la respectiva disposición del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, que las autoridades competentes se aparten de la decisión arbitral si así lo acuerdan dentro de los seis meses de haber sido notificadas de ella. Cuarto, mientras el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE prevé que el período de dos años comienza una vez que se haya suministrado toda la información requerida por las autoridades competentes para abordar el caso sometido al procedimiento de acuerdo mutuo, el apartado 5 dispone que el período de tres años comienza a contar a partir de la presentación, del caso sometido al procedimiento de acuerdo mutuo, ante la autoridad competente del Estado que no recibió originalmente el caso.

2. El procedimiento de acuerdo mutuo ha sido diseñado para, por un lado, proporcionar un medio tendiente a resolver dudas vinculadas con la interpretación y aplicación del Convenio y, por el otro, ofrecer (a) un foro ante el cual los residentes de los Estados involucrados pudieran recurrir las acciones contrarias al Convenio y (b) un mecanismo para eliminar la doble imposición en los casos no previstos en el Convenio.

3. Muchos países en desarrollo tiene poca o nula experiencia con la aplicación práctica del procedimiento de acuerdo mutuo. La Sección C a continuación, que aborda varios aspectos del procedimiento de acuerdo mutuo, puede resultar de particular utilidad para estos países. Asimismo, el *Manual de las Naciones Unidas sobre Prevención y Resolución de Controversias Fiscales*,⁸⁴ el cual apunta, principalmente, a la prevención y resolución de controversias tributarias desde la perspectiva de los países en desarrollo, e incluye una orientación práctica adicional sobre el procedimiento de acuerdo mutuo.

4. El procedimiento de acuerdo mutuo se aplica con relación a todos los Artículos del Convenio y, en particular, con respecto al Artículo 7 (Beneficios Empresariales), al Artículo 9 (Empresas Asociadas), al Artículo 10 (Dividendos), al Artículo 11 (Intereses), al Artículo 12 (Regalías) y al Artículo 23 (Métodos para Eliminar la Doble Imposición). Aun cuando un convenio bilateral no contiene el segundo apartado del Artículo 9, la inclusión del primer apartado del Artículo 9 resulta suficiente para indicar que la intención de los Estados Contratantes fue la de que el convenio alcance la doble imposición económica. Por lo tanto, muchos países consideran que, en ausencia de reglas similares a las del segundo apartado del Artículo 9, la doble imposición económica resultante de los ajustes efectuados a los beneficios, atento los precios de transferencia, se encuentra dentro del ámbito de aplicación del procedimiento de acuerdo mutuo instituido en el Artículo 25 (ver el párrafo 11 del Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, tal como se cita en el párrafo 12 más adelante). Sin embargo, algunos países consideran que,

84 Publicación de 2021 de las Naciones Unidas, disponible en <https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2021-06/handbook-dispute-avoidance-resolution-2021.pdf>, consultada el 10 de mayo de 2021.

en ausencia de reglas similares a las del apartado 2 del Artículo 9, la doble imposición económica originada por los ajustes en materia de precios de transferencia no entra dentro del ámbito de aplicación del procedimiento de acuerdo mutuo previsto en los apartados 1 y 2 del Artículo 25. Los Estados Contratantes que no incluyan en un convenio el segundo apartado del Artículo 9 deberían, por lo tanto, aclarar durante las negociaciones las consecuencias de la ausencia del apartado 2 con relación al alcance del procedimiento de acuerdo mutuo.

5. El Artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas contiene un apartado 3 que prevé que las disposiciones del apartado 2 no resultarán de aplicación cuando una empresa haya sido sancionada por fraude, negligencia u omisión culposa, con relación al ajuste efectuado sobre sus beneficios en virtud del apartado 1 del Artículo 9. Cuando se cumplen las condiciones previstas en el apartado 3, no hay obligación alguna para un Estado Contratante de efectuar el ajuste correlativo dispuesto en el apartado 2 y el contribuyente no puede iniciar el procedimiento de acuerdo mutuo en el marco del apartado 1 del Artículo 25 a los fines de requerir el ajuste correlativo. No obstante, el contribuyente puede iniciar el procedimiento de acuerdo mutuo cuando considere que no se cumplieron todas las condiciones estipuladas en el apartado 3 o que el ajuste sobre los beneficios no se efectuó de conformidad con el apartado 1.

6. La decisión acerca de acordar en un convenio bilateral, un procedimiento de acuerdo mutuo sin arbitraje obligatorio tal como en la Alternativa A, o con arbitraje obligatorio tal como en la Alternativa B, dependerá de las consideraciones de carácter político y administrativo de cada Estado Contratante, como así también de la experiencia de ese Estado en el marco de los procedimientos de acuerdo mutuo. Los países deberían analizar las ventajas y desventajas del arbitraje obligatorio o voluntario (véase más adelante el párrafo 18) y evaluar si el arbitraje resulta, o no, adecuado para ellos. Los países con experiencia limitada en cuanto a los procedimientos de acuerdo mutuo podrían encontrar dificultades para determinar las consecuencias de incorporar el arbitraje en un procedimiento de acuerdo mutuo. Estos países podrían simplemente decidir el rechazo del arbitraje en ese momento. No obstante, tales países podrían incluir el arbitraje, aunque posponiendo su entrada en vigor hasta en tanto cada país hubiere notificado de

manera recíproca que la disposición debería surtir efectos. Asimismo, y a pesar de su falta de experiencia, tales países podrían decidir que se encuentran interesados en incluir el arbitraje en un procedimiento de acuerdo mutuo a los fines de brindar certeza a los contribuyentes de que un caso presentado en los términos del apartado 1 del Artículo 25 se resolverá a través del procedimiento, a no ser que el contribuyente rechace el acuerdo mutuo alcanzado.

7. Los miembros del Comité que favorecen la Alternativa A esgrimieron, principalmente, los siguientes argumentos y consideraciones:

- solo un pequeño número de casos se someten al procedimiento de acuerdo mutuo en los términos de los apartados 1 y 2 del Artículo 25 y, de ellos, muy pocos permanecen sin solución.
- los recursos previstos en la legislación interna pueden solucionar los pocos casos que las autoridades competentes no logran resolver a través del procedimiento de acuerdo mutuo.
- debido a la falta de experiencia, con respecto al procedimiento de acuerdo mutuo, en varios países en desarrollo, el arbitraje podría resultar injusto para esos países cuando las controversias se susciten con respecto a países más experimentados.
- Los árbitros privados en materia tributaria difícilmente podrían salvaguardar los intereses de los países, los cuales revisten un carácter fundamental para sus políticas públicas; no puede pretenderse que los árbitros compensen la falta de experiencia de varios países en desarrollo.
- parece difícil garantizar la neutralidad e independencia de los posibles árbitros.
- resulta muy difícil encontrar árbitros experimentados.
- el arbitraje obligatorio resulta costoso y, por lo tanto, no es adecuado para los países en desarrollo y países en transición.
- no resulta en el interés de los Estados limitar su soberanía en materia tributaria a través del arbitraje obligatorio.

8. Los miembros del Comité a favor de la Alternativa B formularon, principalmente, los siguientes argumentos y consideraciones:

- a pesar del hecho de que solo un número pequeño de casos permanecen sin solución, cada uno de ellos representa una

situación en la que no hay resolución para un caso en el que una autoridad competente considera que existe imposición no conforme al Convenio y en el que puede haber una significativa doble imposición.

- el arbitraje brinda mayor certidumbre a los contribuyentes respecto de que sus casos pueden resolverse en el marco del procedimiento de acuerdo mutuo, lo cual promueve la inversión transfronteriza.
 - los recursos de la legislación interna pueden no resolver adecuadamente y de manera rápida las controversias referidas a la aplicación de los convenios bilaterales (existiendo el riesgo de una inconsistencia entre las decisiones judiciales de ambos países o de una interpretación del Convenio a la luz de la legislación interna).
 - la obligación de someter a arbitraje los casos no resueltos luego de un determinado período de tiempo puede facilitar el esfuerzo de las autoridades competentes para alcanzar un acuerdo dentro de ese período de tiempo.
 - en virtud de la experiencia adquirida en el marco de la Convención sobre Arbitraje de la Unión Europea, el recurso efectivo al arbitraje obligatorio debería resultar inusual y los costos relacionados con ese mecanismo deberían ser bajos; más aún, como el arbitraje brinda mayor certidumbre a los contribuyentes, reduce el número de costosas apelaciones “cautelares” y de procedimientos internos con resultados inciertos.
 - los árbitros deben adoptar una decisión muy bien fundada e imparcial; por consiguiente, pueden adaptarse al nivel de experiencia de los países y sobrellevar la posible falta de experiencia de algunos de ellos.
 - existen árbitros capaces e imparciales de variada procedencia (funcionarios gubernamentales, jueces, académicos y profesionales) y de varias regiones (incluso de países en desarrollo).
 - resulta en interés de un Estado limitar su soberanía en materia tributaria a través del arbitraje obligatorio.
9. En algunos países, impedimentos de naturaleza constitucional o legal pueden restringir la facultad de las autoridades competentes

para, en ciertos casos, alcanzar una solución a través del procedimiento y acuerdo mutuo. Los negociadores de los convenios deberían discutir acerca de los impedimentos sobre los que tienen conocimiento. No obstante, en virtud de la Alternativa A, la presencia de tales impedimentos no debería conducir a la modificación del Artículo cuyo alcance se viera restringido (en especial, si en el futuro se eliminasen tales impedimentos): el requisito de que las autoridades competentes “deberán hacer lo posible” para resolver el caso no implica una obligación de alcanzar una solución y reconoce que ciertos factores pueden afectar la capacidad de las autoridades competentes para alcanzar un acuerdo mutuo o brindar una solución. Sin embargo, en el marco de la Alternativa B, los negociadores deberían asegurarse de que el alcance del apartado 5, que establece el arbitraje obligatorio, se vea limitado a los fines de tener en cuenta tales restricciones y, de esa manera, evitar situaciones en que la decisión arbitral vinculante no pueda implementarse como consecuencia de tales impedimentos.

10. En virtud de la Alternativa B, sin embargo, el ámbito de aplicación del apartado 5 ya se ha visto restringido, a los fines de tener en cuenta algunos impedimentos de carácter constitucional o legal. En algunos Estados, cuando uno de sus tribunales judiciales o administrativos ya ha dictado sentencia sobre cuestiones sometidas al procedimiento de acuerdo mutuo, la legislación doméstica ya no permite que se alcance un acuerdo mutuo sobre las mismas cuestiones. Para tener en cuenta esta situación, el apartado 5 establece que las cuestiones pendientes de resolución no se someterán al arbitraje si un tribunal judicial o administrativo de cualquiera de los Estados ya ha dictado sentencia al respecto. Los Estados que tienen la posibilidad, en casos particulares, de desviarse de las sentencias judiciales, pueden suprimir esa oración. Asimismo, la legislación doméstica de varios Estados prevé que nadie puede ser privado de los recursos judiciales disponibles bajo esa legislación doméstica. Por lo tanto, en virtud del apartado 5, el mecanismo de arbitraje resulta aplicable con independencia de los recursos previstos en la legislación doméstica de los Estados Contratantes y las personas directamente afectadas por el caso tienen la posibilidad de rechazar el acuerdo mutuo que implementa la decisión arbitral y de proseguir con cualquier recurso disponible a nivel doméstico.

B. COMENTARIO A LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 25

Apartados 1 y 2 del Artículo 25 (Alternativas A y B)

11. Estos apartados reproducen plenamente el texto de los apartados 1 y 2 del Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE con una excepción: a diferencia del apartado 1 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, el apartado 1 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE permite que un caso se presente ante la autoridad competente de cualquiera de los dos Estados. En cuanto a la última oración del apartado 1, no obstante, algunos miembros del Comité han señalado que, en negociaciones bilaterales, los Estados tal vez deseen acordar un límite de tiempo diferente para la presentación del caso ante la autoridad competente de un Estado Contratante.

12. El Comité considera que las siguientes partes del Comentario a los apartados 1 y 2 del Artículo 25 de la versión 2017 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE (y, en algunos casos, de la versión 2014 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE) resultan aplicables a los correspondientes apartados de ambas alternativas, A y B del Artículo 25 de este Modelo (los comentarios adicionales que aparecen entre corchetes y en cursivas, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertados a los efectos de reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas del presente Modelo e identifican los apartados que provienen de la versión 2014 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE en vez de la versión 2017 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE):

5.1 El compromiso de resolver de mutuo acuerdo los casos de imposición no conforme con el Convenio es parte de las obligaciones asumidas por un Estado Contratante al suscribir un convenio fiscal, y debe llevarse a cabo de buena fe. En concreto, la obligación contenida en el apartado 2 en virtud de la que la autoridad competente “hará lo posible” por resolver el caso de mutuo acuerdo con la autoridad competente del otro Estado Contratante significa que las autoridades competentes están obligadas a intentar resolver el caso de forma justa y objetiva, individualmente y conforme a lo dispuesto en el Convenio y en los principios de derecho internacional aplicables a la interpretación de los convenios. *[Debe enfatizarse, sin embargo, que la obligación*

de “hacer lo posible para resolver” un caso no es una obligación de alcanzar una solución: en algunos casos poco comunes, es posible que las autoridades competentes no estén en condiciones de alcanzar un acuerdo a pesar de todos sus esfuerzos para resolver el caso.]

[...]

6.1 Mediante el Artículo 25, los Estados Contratantes han delegado en las autoridades competentes amplios poderes relativos a la aplicación e interpretación de las disposiciones del Convenio. El apartado 2 faculta a las autoridades a resolver de mutuo acuerdo los casos planteados por los contribuyentes a fin de evitar una imposición que, si bien resulta de la legislación interna, no se ajusta al Convenio. De forma similar, el apartado 3 faculta a las autoridades competentes para resolver mediante acuerdo mutuo las dificultades o dudas que planteen la interpretación o aplicación del Convenio, tanto en casos particulares (por ejemplo, los referidos a un único contribuyente), como de forma más general (por ejemplo, mediante la interpretación conjunta de una disposición del convenio aplicable a un gran número de contribuyentes). En virtud del apartado 3, las autoridades competentes podrán, en particular, llegar a acuerdos mutuos para definir un término no definido en el Convenio, o para completar o aclarar la definición de un término ya definido, cuando tal acuerdo permita resolver dificultades o dudas que plantee la interpretación o aplicación del Convenio. Estas circunstancias pueden producirse, por ejemplo, cuando una discrepancia en el significado según las legislaciones internas de los dos Estados genere dificultades o lleve a un resultado no deseado o absurdo. [...] *[Para asegurar una adecuada resolución de tales casos, los acuerdos alcanzados en aplicación del apartado 3 en relación con el significado de un término utilizado en el Convenio prevalecerán sobre el significado que le atribuya la legislación interna de los Estados.]*

6.2 De manera general, si bien el rango jurídico de un acuerdo mutuo alcanzado en virtud del Artículo 25 puede variar en función del Estado de que se trate, es evidente que los principios del derecho internacional relativos a la interpretación de los tratados, como se enuncian en los Artículos 31 y 32 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, permite a los tribunales domésticos tener en cuenta dicho acuerdo. El Artículo 25 tiene por objeto promover, mediante consultas y acuerdos mutuos entre las autoridades competentes, el tratamiento homogéneo de los casos particulares y la misma interpretación y/o aplicación de las disposiciones del Convenio en

ambos Estados. El Artículo 25 faculta también a las autoridades competentes para resolver, de mutuo acuerdo, las dificultades o dudas que plantee la interpretación o aplicación del Convenio; tales acuerdos mutuos, concluidos en virtud del mandato expresamente conferido en el apartado 3 del Artículo, constituyen la prueba objetiva de que las autoridades competentes interpretan del mismo modo el significado del Convenio y sus términos. Es por todas estas razones que los acuerdos alcanzados por las autoridades competentes en virtud del Artículo 25 [*deben tenerse particularmente*] en cuenta a los efectos de interpretar del Convenio.

6.3. [*Sin embargo, e*]xisten además algunos casos en los Estados Contratantes han delegado expresamente la aplicación de ciertas disposiciones del Convenio a las autoridades competentes y los acuerdos que éstas alcancen en estas cuestiones rigen la aplicación de dichas disposiciones. Por ejemplo, el subapartado *d*) del apartado 2 del Artículo 4 prevé que las autoridades competentes resolverán de mutuo acuerdo ciertos casos en los que una persona natural sea residente de ambos Estados Contratantes en virtud del apartado 1 de ese Artículo. De forma similar, algunos convenios delegan en las autoridades competentes la facultad para determinar conjuntamente el estatus de ciertas entidades o instrumentos a los efectos de ciertas disposiciones del convenio (véase, por ejemplo, el literal (i) del subapartado *b*) de la disposición que se sugiere en el párrafo 35 del Comentario al Artículo 1 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y en el párrafo 21 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo*]), o la capacidad para completar o modificar las listas de entidades, acuerdos o disposiciones de la legislación nacional que se mencionan en estos convenios.

[...]

7. Las reglas enunciadas en los apartados 1 y 2 prevén la eliminación, en casos particulares, de la imposición no conforme con el Convenio. Como es sabido, en tales casos los contribuyentes tienen normalmente la posibilidad de interponer recurso ante los tribunales con competencia en asuntos fiscales, ya sea inmediatamente o una vez las autoridades fiscales han denegado su reclamo. Cuando imposición no conforme con el Convenio resulte de su incorrecta aplicación en ambos Estados, los contribuyentes están obligados a litigar en cada Estado, con todos los inconvenientes e incertidumbre que conlleva tal situación. De este modo, el apartado 1 pone a disposición de los contribuyentes afectados, sin privarlos de su derecho a hacer uso de los recursos ordinarios previstos legalmente, un procedimiento denominado de acuerdo mutuo ya que tiende, en su segunda fase, a resolver

la controversia de forma consensuada, es decir por acuerdo entre las autoridades competentes; la primera fase del procedimiento se desarrolla únicamente en [el Estado de residencia (excepto cuando el procedimiento, con relación a la aplicación del apartado 1 del Artículo 24, se inicia en el Estado del cual el contribuyente sea nacional)] desde la interposición del reclamo hasta la adopción de una decisión al respecto por la autoridad competente.

8. De cualquier forma, el procedimiento de acuerdo mutuo es claramente un recurso especial fuera del derecho interno. Esto determina que únicamente pueda incoarse en los casos previstos en el apartado 1, es decir, en los supuestos en los que la imposición se haya aplicado o vaya a aplicarse en contra de las disposiciones del Convenio. Así, cuando se haya exigido un impuesto contrario al Convenio y al derecho interno, el caso es susceptible de procedimiento mutuo únicamente en la medida en que el Convenio resulte afectado, a menos que exista una conexión entre las reglas del Convenio y las del derecho interno que se han aplicado incorrectamente.

9. En la práctica, el procedimiento se aplica en los casos—por lejos, los más numerosos—en los que la medida adoptada provoca una doble imposición, situación que precisamente el Convenio pretende evitar. Entre los casos más comunes, deben mencionarse los siguientes:

- los referidos a la atribución de beneficios a un establecimiento permanente en aplicación del apartado 2 del Artículo 7.
- la imposición en el Estado del deudor, en el caso de relaciones especiales entre el deudor y el beneficiario efectivo, de la parte en exceso de intereses y regalías en aplicación de las disposiciones del Artículo 9, del apartado 6 del Artículo 11 [apartado 6 del Artículo 12, apartado 7 del Artículo 12A o apartado 11 del Artículo 12B de este Modelo].
- los casos de aplicación de legislación referente a la subcapitalización (*thin capitalization*) cuando el Estado de la sociedad deudora ha considerado los intereses como dividendos, en la medida en que este régimen esté basado en cláusulas de un convenio equivalentes, por ejemplo, al Artículo 9 o al apartado 6 del Artículo 11.
- los casos en que la falta de información sobre la situación de hecho del contribuyente conduce a una aplicación inadecuada del Convenio, especialmente en lo que se refiere a la determinación de la residencia (apartado 2 del Artículo 4), a la existencia

de un establecimiento permanente (Artículo 5) o al carácter temporal de los servicios prestados por un empleado (apartado 2 del Artículo 15).

10. El Artículo 25 proporciona a las autoridades competentes un mecanismo que les permite consultarse entre sí con la finalidad de resolver, en el contexto de los precios de transferencia, no solamente los problemas de doble imposición jurídica sino también los de doble imposición económica, en particular los resultantes de la inclusión de beneficios de empresas asociadas conforme al apartado 1 del Artículo 9; los ajustes correlativos que deben efectuarse en virtud del apartado 2 del mismo Artículo caen, en consecuencia, dentro del ámbito de aplicación del procedimiento de acuerdo mutuo, tanto en lo que se refiere a la apreciación de su fundamento como en lo que respecta a su cuantía.

11. En efecto, esto está implícito en la redacción del apartado 2 del Artículo 9 cuando el convenio bilateral en cuestión contiene una cláusula de este tipo. Cuando el convenio bilateral no contenga reglas similares a las que se señalan en el apartado 2 del Artículo 9 (como normalmente ocurre en los convenios firmados antes de 1977), el mero hecho de insertar el Artículo 9, limitado al apartado 1 — que, por lo general, solamente confirma las reglas más o menos similares previstas en las legislaciones internas — es indicativo de que la intención de los Estados Contratantes era que la doble imposición económica estuviera alcanzada por el Convenio. En consecuencia, la mayor parte de los países miembros considera que la doble imposición económica resultante de los ajustes realizados a los beneficios como consecuencia de precios de transferencia no es acorde, al menos, con el espíritu del convenio y, en consecuencia, cae en el ámbito de aplicación del procedimiento de acuerdo mutuo previsto en el Artículo 25.

12. Si bien el procedimiento de acuerdo mutuo desempeña un papel importante en el tratamiento de cuestiones tales como los ajustes a los que se refiere el apartado 2 del Artículo 9, es obvio que, incluso en ausencia de tal disposición, los Estados deberían buscar evitar la doble imposición, incluso otorgando los ajustes correlativos en casos tales como los contemplados en el apartado 2. Aun cuando puedan plantearse distintos puntos de vista, los Estados deberán, por lo tanto, considerar, en términos generales, que los procedimientos de acuerdo mutuo iniciados a instancia del contribuyente, basados en una doble imposición económica contraria a los términos del Artículo 9, implican tener que considerar si debiera haberse practicado el ajuste correlativo, incluso en ausencia de una disposición similar a la contenida

en el apartado 2 del Artículo 9. Los Estados que no compartan esta opinión acaban, sin embargo, encontrando en la práctica los medios para remediar, en la mayor parte de los casos, los supuestos de doble imposición económica que afectan a empresas de buena fe, haciendo uso de las disposiciones de su legislación interna.

13. El procedimiento de acuerdo mutuo es también aplicable en ausencia de doble imposición contraria al Convenio, cuando la imposición controvertida contravenga directamente una regla del Convenio. Tal es el caso cuando un Estado grava un tipo particular de renta respecto del cual el Convenio atribuye un derecho exclusivo de imposición al otro Estado, aun en el supuesto en que este último no pudiera ejercerlo a causa de una laguna en su legislación interna. Otro tipo de casos concierne a las personas que, siendo nacionales de un Estado Contratante, pero residentes del otro Estado, están sometidas en este último Estado a un régimen fiscal que resulte discriminatorio en los términos de las disposiciones del apartado 1 del Artículo 24, es discriminatorio.

14. Debe observarse que el procedimiento de acuerdo mutuo, diferencia de los mecanismos de resolución de controversias previstos en la legislación interna, puede ser iniciado por un contribuyente sin esperar a que la imposición, que considere “no conforme a las disposiciones del Convenio”, se le haya liquidado o notificado. Para que el contribuyente pueda iniciar tal procedimiento, es necesario y suficiente que demuestre que “las acciones de uno o ambos Estados” darán lugar a esa imposición, la cual se plantea como un riesgo no solo posible, sino probable. Estas “acciones” abarcan todos los actos o decisiones de índole legislativa o reglamentaria, aplicables de forma general o particular, que tengan como consecuencia directa y necesaria la exacción de un impuesto a cargo del contribuyente que plantea el caso, no conforme a las disposiciones del Convenio. Así, por ejemplo, si una modificación en la legislación impositiva de un Estado Contratante puede dar lugar, para una persona que obtenga un determinado tipo de renta, a una imposición no conforme al Convenio, dicha persona puede iniciar el procedimiento de acuerdo mutuo a partir del momento en que la legislación ha sido modificada y ha obtenido la renta en cuestión o sea probable que la obtenga. Otros ejemplos comprenden la presentación de una declaración de impuestos en la modalidad de autodeclaración o una examinación en curso de la posición reportada por un contribuyente en particular, en el curso de una inspección, en la medida en que cualquiera de estas circunstancias genere la probabilidad de que haya una imposición no conforme

al Convenio (por ejemplo, cuando el contribuyente esté obligado a presentar una autodeclaración con arreglo al Derecho interno de un Estado contratante, si dicho Estado lo propone como una evaluación en un régimen de autodeclaración, dará lugar a la probabilidad de imposición no conforme con el Convenio, o cuando el criterio interpretativo publicado por el Estado Contratante o su práctica fiscalizadora generen una probabilidad significativa de que la evaluación de una autodeclaración específica del contribuyente conduzca a una propuesta de determinación que entrañe una probabilidad de imposición no conforme al Convenio). Otro ejemplo podría constituirlo el caso en el que la legislación en materia de precios de transferencia aplicable en un Estado Contratante exija, a fin de satisfacer el principio de plena competencia (*at arm's length*), que el contribuyente declare rentas imponibles en mayor cuantía a la que resulta de los precios efectivamente utilizados en sus operaciones con partes relacionadas, y existan dudas importantes respecto de si la parte relacionada con el contribuyente estaría en condiciones de obtener un ajuste correlativo en el otro Estado Contratante en caso de no instarse un procedimiento de acuerdo mutuo. [...] Como se indica al inicio del apartado 1, el hecho de que las acciones de uno o de ambos Estados Contratantes resultan o puedan resultar en una imposición no conforme al Convenio debe determinarse desde la perspectiva del contribuyente. Atento que la convicción del contribuyente, acerca de que esa imposición tendrá lugar, debe ser razonable y fundarse en hechos demostrables, las autoridades fiscales no deberían rechazar una solicitud de inicio de un procedimiento instado en virtud del apartado 1, meramente por entender que no se ha demostrado (por ejemplo, atendiendo a los estándares probatorios previstos en la legislación interna respecto del sopeso de las probabilidades) que vaya a darse dicha imposición.

15. Dado que los primeros pasos de un procedimiento de acuerdo mutuo pueden llevarse a cabo desde una fase muy temprana, sobre la base de la mera probabilidad de que ocurra una imposición no conforme al Convenio, la [*presentación de este tipo de casos ante la autoridad competente*] no se considerará como el inicio del procedimiento, a los efectos de determinar el [*comienzo*] del período de los [*tres*] años al que se hace referencia en el apartado 5 de [*la Alternativa B de este Artículo; véase el apartado 8 del Anexo a este Comentario*]. [...]

16. Para que resulten admisibles, los reclamos presentados en virtud del apartado 1, deben responder a una doble exigencia expresamente formulada en ese apartado: [*en principio*], deben presentarse

ante la autoridad competente del [Estado de residencia del contribuyente (excepto cuando el procedimiento, con relación a la aplicación del apartado 1 del Artículo 24, es iniciado en el Estado Contratante del cual el contribuyente sea nacional)] y debe hacerse en el plazo de los tres años siguientes a la primera notificación de la acción que implique una imposición no conforme al Convenio. El Convenio no establece ninguna regla especial en cuanto a la forma de los reclamos. Las autoridades competentes pueden preestablecer los procedimientos especiales que consideren apropiados [los párrafos 22 y siguientes, bajo el epígrafe “Cooperación necesaria de la persona que formula la solicitud” contienen una serie de sugerencias relativas a tales procedimientos especiales]. Si no se han preestablecido tales procedimientos, los reclamos pueden presentarse de la misma manera en que se presentan las objeciones de carácter fiscal ante las autoridades tributarias del respectivo Estado.

17. [Esta cita al párrafo 17 proviene del Comentario al Artículo 25 de la versión 2014 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE] La obligación del contribuyente de presentar su caso ante la autoridad competente del Estado del cual sea residente (excepto cuando el procedimiento, con relación a la aplicación del apartado 1 del Artículo 24, lo inicie el contribuyente en el Estado del que sea nacional), es de aplicación general, con independencia de que la tributación objetada se haya exigido en éste o en el otro Estado y de que haya producido o no una doble imposición. No obstante, si con posterioridad a la acción o tributación objetada, el contribuyente hubiere trasladado su residencia al otro Estado Contratante, deberá dirigir su reclamo ante la autoridad competente del Estado del que fuera residente durante el año en el cual esa tributación fue o vaya a ser exigida.

18. [Esta cita al párrafo 18 proviene del Comentario al Artículo 25 de la versión 2014 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE] Sin embargo, en el caso ya indicado en que una persona que es nacional de un Estado pero residente del otro, considere que ha Estado sujeto en este otro Estado, a una acción o imposición discriminatoria según el apartado 1 del Artículo 24, parece más adecuado que, por razones evidentes, presente su reclamo, como vía de excepción a la regla general enunciada anteriormente, ante la autoridad competente del Estado Contratante del que sea nacional. Por último, una persona que, sin ser residente de un Estado Contratante, sea nacional de un Estado Contratante, debe presentar el reclamo ante la misma autoridad competente cuando su caso quede comprendido en el apartado 1 del Artículo 24.

19. *[Esta cita al párrafo 19 proviene del Comentario al Artículo 25 de la versión 2014 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE]* Por otra parte, los Estados Contratantes pueden, si lo consideran preferible, conceder a los contribuyentes la opción de presentar sus casos ante la autoridad competente de cualquiera de los Estados. En tal caso, el apartado 1 deberá modificarse como sigue:

1. Cuando una persona considere que las acciones de uno o ambos Estados Contratantes resultan o pueden resultar para esa persona en una imposición no conforme a las disposiciones de este Convenio, esa persona puede, con independencia de los recursos previstos en la legislación interna de esos Estados, someter su caso ante la autoridad competente de cualquiera de los Estados Contratantes. El caso debe presentarse dentro de los tres años desde la primera notificación de la acción que resulta en una imposición no conforme a las disposiciones del Convenio.

20. El plazo de tres años, establecido en la segunda oración del apartado 1 para la presentación de los reclamos, tiene la intención de proteger a las administraciones contra los reclamos tardíos. Este plazo debe considerarse como un mínimo, de forma que los Estados Contratantes son libres de concertar en sus convenios bilaterales un plazo más largo en favor de los contribuyentes, por ejemplo, análogos a los plazos previstos en sus respectivas normativas internas en materia de convenios tributarios. Los Estados Contratantes pueden omitir la segunda oración del apartado 1 si están de acuerdo en considerar que sus respectivas normativas internas son aplicables automáticamente a tales reclamos y tienen consecuencias más favorables para los contribuyentes afectados, bien porque establecen plazos más amplios para la presentación de reclamos, o por no fijar plazo alguno a tal efecto.

21. La disposición que fija el inicio del plazo de tres años, el día de la “primera notificación de la acción que resulta en una imposición no conforme a las disposiciones del Convenio” debe interpretarse de la manera más favorable posible para el contribuyente. Así, incluso en el supuesto de que tal imposición resultara directamente de la ejecución de una acción o decisión administrativa de alcance general, el plazo solo comienza a computarse a partir de la fecha de la notificación de la medida individual que determina esa imposición; es decir, basándose en la interpretación más favorable, desde el acto de imposición propiamente dicho, materializado por la notificación de una liquidación o determinación, el requerimiento oficial de pago o de

otro medio cualquiera de recaudación o exacción del impuesto. Dado que el contribuyente tiene el derecho a presentar su caso tan pronto como considere que la imposición resultará no conforme a las disposiciones del Convenio, mientras que el plazo de tres años empieza a contarse únicamente desde el momento en que se materializa ese resultado, habrá casos en los que el contribuyente tenga el derecho a iniciar el procedimiento de acuerdo mutuo antes de que el plazo de tres años comience (véanse ejemplos ilustrativos de esta situación en el párrafo 14 *[del Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado anteriormente]*).

22. En la mayoría de los casos, será evidente cuál es el instrumento que constituye la notificación de liquidación o determinación, el requerimiento oficial de pago o de otro medio cualquiera de recaudación o exacción de impuesto, y la legislación interna normalmente contendrá reglas relativas al momento en que se considera que la notificación se ha “efectuado”. Dicha legislación interna se referirá normalmente a la fecha de envío de la notificación (fecha de remisión), a un cierto número de días posteriores a su remisión, a la fecha en la que se espera que llegue a la dirección remitida (constituyendo, ambas, fechas de presunta recepción física de la notificación), o al momento en que, de hecho, se recibe físicamente (fecha de notificación física efectiva). En ausencia de tales reglas, se considerará que la notificación se ha efectuado en el momento de la percepción física efectiva o, cuando ello no pueda documentarse fehacientemente, el momento en que cabe esperar, en condiciones normales, que la notificación llegue a la dirección remitida. Debe tenerse en cuenta que esta disposición se interpretará de la forma que resulte más favorable para el contribuyente.

23. Por lo que respecta a los casos de autodeclaración, es frecuente que exista alguna notificación que dé efectos a dicha declaración (por ejemplo, una notificación de una deuda, o de una denegación o de ajuste, de una solicitud de devolución), y generalmente la fecha en que ocurre esta notificación se considerará como la fecha de inicio del plazo de tres años, y no el momento en que el contribuyente hubiere presentado la autoliquidación. Sin embargo, pueden darse casos en los que no exista una notificación de deuda u otra notificación similar. En tales casos, la fecha de “notificación” para tener en cuenta será aquélla en la que el contribuyente, en circunstancias normales, hubiera sido advertido acerca de la imposición no conforme al Convenio. Ésta sería, por ejemplo, aquella en que, por primera vez, se ponga a disposición del contribuyente la información mediante la

cual se registre la transferencia de los fondos, tal como un extracto bancario. El plazo empieza a transcurrir con independencia de que el contribuyente considere o no, en ese momento, que la imposición es contraria al Convenio, siempre que, estando en la situación del contribuyente, hubiera sido posible, en esa instancia, concluir, con razonable prudencia, que la imposición resultaba no conforme al Convenio. En tales casos, resultará suficiente la notificación de la imposición en cuestión. No obstante, cuando es únicamente a partir de la combinación de la autodeterminación con alguna otra circunstancia, que, con razonable prudencia, pudiera concluirse, estando en la situación del contribuyente, que la imposición resultaba contraria al Convenio (por ejemplo una sentencia judicial en la que se determine que la imposición, en un caso similar al del contribuyente, resulta contraria a las disposiciones del Convenio), el plazo empieza a contarse únicamente cuando se materialice la última de estas circunstancias.

24. Si el impuesto se ha retenido en la fuente, el plazo comienza a computarse a partir del momento en que se pagó la renta; sin embargo, si el contribuyente prueba que tuvo conocimiento de esa retención en una fecha posterior, el plazo comenzará a computarse desde esta última fecha. Cuando la imposición no conforme al Convenio resulte del efecto combinado de decisiones o acciones adoptadas en ambos Estados Contratantes, el plazo comenzará a computarse únicamente desde la primera notificación de la decisión o acción más reciente. Esto significa que, por ejemplo, cuando un Estado Contratante exige un impuesto que resulta contrario al Convenio, pero el otro Estado admite la desgravación de dicho impuesto conforme al Artículo 23A o al Artículo 23B, de forma que no exista doble imposición, lo más frecuente es que, en la práctica, el contribuyente no inicie el procedimiento de acuerdo mutuo con respecto a la acción del primer Estado. No obstante, si posteriormente el otro Estado notificara al contribuyente la denegación de la desgravación, de forma que ahora si se diera una doble imposición, un nuevo plazo empezará a contarse a partir de esa notificación, toda vez que las acciones combinadas de ambos Estados Contratantes provocarían, entonces, que el contribuyente esté sometido a una doble imposición contraria a las disposiciones del Convenio. En ciertos casos, especialmente los de este tipo, es posible que, de conformidad con la práctica habitual de uno o ambos Estados, los registros de las autoridades tributarias se destruyan de manera rutinaria antes de que concluya el plazo establecido. Las obligaciones contraídas en virtud del Convenio no impiden tal destrucción, ni exigen a las autoridades competentes que acepten la declaración del contribuyente sin pruebas documentales, pero en esas circunstancias

deberá darse al contribuyente, en la medida en que lo permita la legislación interna y mientras continúe el procedimiento de acuerdo mutuo, la oportunidad de suplir la falta de pruebas. En algunos casos, el otro Estado Contratante podrá aportar pruebas suficientes de conformidad con el Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario. Naturalmente, lo deseable es que las autoridades tributarias conserven la documentación hasta que haya transcurrido el plazo en que un contribuyente puede iniciar un procedimiento de acuerdo mutuo en relación con una cuestión en particular.

25. El plazo de tres años no se interrumpe durante los procesos (comprendidos los administrativos) iniciados en virtud de la legislación interna (por ejemplo, un recurso de apelación). Esto puede provocar dificultades, en efecto, al obligar al contribuyente a optar entre los recursos previstos en la legislación interna o el procedimiento de acuerdo mutuo. Algunos contribuyentes pueden confiar solamente en el procedimiento de acuerdo mutuo, mientras que muchos otros intentarán canalizar su caso a través del procedimiento de acuerdo mutuo e interponiendo, en simultáneo, una acción conforme la legislación interna, aun cuando no se continúe activamente con el proceso previsto en la legislación interna. Esta circunstancia puede conducir a una aplicación ineficiente de los recursos de procedimiento de acuerdo mutuo. En la medida en que lo permita su legislación interna, algunos Estados pueden desear abordar esta situación permitiendo la suspensión del período de tres años (o mayor) durante el transcurso de los procesos seguidos conforme la legislación doméstica. Se plantean dos posibles criterios, ambos consistentes con lo dispuesto en el Artículo 25: por un lado, exigir que el contribuyente inicie el procedimiento de acuerdo mutuo, sin suspensión del plazo durante el transcurso del proceso previsto en la legislación interna, pero sin que las autoridades competentes comiencen oficialmente a discutir el asunto hasta que se resuelva el proceso previsto en la legislación doméstica; o, por otro lado, permitir que las autoridades competentes comiencen a discutir el asunto pero sin finalmente llegar a un acuerdo hasta que el contribuyente acceda a retirar la acción incoada conforme la legislación interna. Esta segunda posibilidad se analiza en el párrafo 42 del *[Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado posteriormente]*. En cualquiera de estos casos, el contribuyente debe ser informado acerca del criterio adoptado. Con independencia de que un contribuyente considere que existe o no la necesidad de presentar un recurso “de protección” conforme la legislación interna (por ejemplo, debido a limitaciones en la legislación interna para incoar acciones ante la jurisdicción doméstica) el

criterio que normalmente prefieren las partes es que el procedimiento de acuerdo mutuo sea la vía inicial para resolver la cuestión planteada por el contribuyente, y hacerlo a nivel bilateral.

26. Algunos Estados pueden denegar al contribuyente la capacidad de iniciar un procedimiento de acuerdo previsto en el apartado 1 del Artículo 25 en aquellos casos en que se consideren abusivas las operaciones con cuales el reclamo está relacionado. Esta cuestión se encuentra íntimamente ligada con aquella acerca del “uso inadecuado del Convenio” que se analiza en el [párrafos 33 y siguientes del Comentario al Artículo 1 de este Modelo]. Sin embargo, en ausencia de una disposición específica, no existe una norma general que impida que las operaciones consideradas abusivas puedan acceder al procedimiento de acuerdo mutuo. El mero hecho de que se exija un impuesto en virtud de una cláusula antielusión prevista en la legislación interna no debería constituir una razón para denegar el acceso al procedimiento de acuerdo mutuo. Sin embargo, cuando se trate de infracciones graves contra la legislación interna que entrañen sanciones significativas, algunos Estados pueden desear denegar el acceso al procedimiento de acuerdo mutuo. Las circunstancias en las que los Estados pueden denegar el acceso al procedimiento de acuerdo mutuo deben especificarse en el Convenio. ^[85]

27. Por razón de requisitos constitucionales, otras disposiciones de derecho interno o decisiones jurisprudenciales, algunos Estados consideran que ciertas cuestiones no son susceptibles de resolución mediante procedimientos de acuerdo mutuo de alcance general, o al menos aquellos iniciados por el propio contribuyente. Un ejemplo de ello sería un caso en el que la concesión de un beneficio fiscal al contribuyente fuese contrario a una sentencia judicial firme respecto de la cual la autoridad fiscal está obligada a adherirse en virtud de la constitución de ese Estado. Sin embargo, el principio general admitido para los convenios tributarios o de otra naturaleza, es que no puede justificarse el incumplimiento de las obligaciones en ellos contraídas sobre la base de la legislación interna, incluso del derecho constitucional interno. El Artículo 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* recepta este principio general. Por tanto, toda justificación para lo que de otro modo constituiría un

85 [Véase también el anterior apartado 5 referido al acceso al procedimiento de acuerdo mutuo en los casos en que un Convenio incluye el apartado 3 del Artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas.]

incumplimiento del Convenio, necesita basarse en los términos del propio Convenio, interpretado conforme a los principios aceptados sobre interpretación de tratados tributarios. Una justificación de esa naturaleza sería excepcional, dado que no atañería meramente a la forma de tratar una cuestión por parte de los dos Estados una vez que esta esté en el marco del procedimiento de acuerdo mutuo, sino que incluso impediría que la cuestión pudiera elevarse a la fase en que es sometida a la consideración de ambos Estados. Dado que, en la práctica, un Estado puede llegar a esa determinación sin consultar al otro, y que puede haber una solución bilateral que, por tanto, no se llega a considerar, la decisión acerca de que una cuestión no es susceptible del procedimiento de acuerdo mutuo instado por el contribuyente, no puede tomarse a la ligera, sino que necesita fundamentarse en los términos negociados del Convenio. Una autoridad competente que se base en un impedimento previsto en la legislación interna como razón para no permitir que un contribuyente inicie el procedimiento de acuerdo mutuo debería informar a la otra autoridad competente de ello y exponer debidamente el fundamento jurídico de la decisión adoptada. Normalmente, los impedimentos previstos en la legislación interna no impedirán que un caso pueda acogerse al procedimiento de acuerdo mutuo, pero si impedirían de forma clara e inequívoca la posibilidad de que una autoridad competente lo resuelva de manera que evite la imposición al contribuyente que resulta no conforme al Convenio, y no hubiera posibilidad real de que el otro Estado resuelva la situación del contribuyente, esta cuestión debe darse a conocer a los contribuyentes, a los efectos de que no se generen falsas expectativas sobre los resultados que puedan derivarse del procedimiento.

28. En otros casos puede estar permitido el inicio del procedimiento de acuerdo mutuo, pero determinados aspectos de la legislación interna adoptados luego de la negociación del Convenio pueden impedir que una autoridad competente resuelva, aunque sea parcialmente, la cuestión planteada por el contribuyente. Cuando los cambios en la legislación interna tengan efectos jurídicos que limiten a la autoridad competente, de forma que resulte evidente que no pueda resolverse la cuestión a través de discusiones bilaterales, la mayoría de los Estados admitiría que este cambio en las circunstancias es suficiente como para permitir a esa autoridad competente retirarse del procedimiento. En algunos casos, sin embargo, la dificultad puede ser solamente de naturaleza temporal; por ejemplo, mientras se aprueba una norma rectificativa, en cuyo caso, el procedimiento debe suspenderse en lugar de concluirse. Ambas autoridades competentes tendrán que abordar la dificultad y su posible efecto sobre el procedimiento de

acuerdo mutuo. También se darán situaciones en las que una decisión total o parcialmente favorable al contribuyente tenga carácter vinculante y una de las autoridades competentes deba adherirse a ella, pero que aún quede cierto margen para discusiones en el marco del acuerdo mutuo, por ejemplo, para que una autoridad competente demuestre a la otra que esta última debe conceder la desgravación.

29. Es menos justificable basarse en la normativa interna para negar la aplicación de un acuerdo alcanzado durante un procedimiento de acuerdo mutuo basándose en la normativa interna. La obligación de aplicar tales acuerdos se expresa inequívocamente en la última oración del apartado 2, por lo que cuando existan obstáculos para su aplicación, éstos deberán contemplarse en los términos del propio acuerdo. Dado que los convenios tributarios se negocian en el cambiante entorno de las legislaciones internas, en ocasiones difícilmente previsible, y dado que ambas partes son conscientes de esta circunstancia durante la negociación del Convenio original y de aquellas conducentes a los acuerdos mutuos, por lo general se considerará que los cambios inesperados que alteren la base fundamental de un acuerdo mutuo exigirán una revisión del acuerdo en la medida que sea necesaria. Obviamente, cuando se producen modificaciones de esta naturaleza en la legislación interna, lo que debería suceder en muy raras ocasiones, la buena fe obliga a que se notifiquen tan pronto como sea posible, debiendo realizarse un sincero esfuerzo para revisar el acuerdo o alcanzar uno nuevo, en la medida en que lo permita la legislación interna. En estos casos, debe considerarse que la solicitud del contribuyente todavía se encuentra vigente, en lugar de exigirle que presente una nueva.

30. Por lo que respecta al procedimiento propiamente dicho, resulta necesario analizar brevemente las dos fases diferentes en que se divide (véase el apartado 7 [*del Comentario al Artículo 25 de la versión 2017 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE citado antes*]).

31. En la primera fase, que se inicia con la presentación del reclamo por parte del contribuyente, el procedimiento se sitúa exclusivamente en el plano de las relaciones entre éste y la autoridad competente del Estado [*de residencia del contribuyente (excepto cuando el procedimiento, con relación a la aplicación del apartado 1 del Artículo 24, se inicia en el Estado del cual el contribuyente sea nacional)*]. Las disposiciones del apartado 1 reconocen al contribuyente en cuestión el derecho a dirigirse ante la autoridad competente [del Estado del cual sea residente], haya o no agotado las vías de los recursos que tenga a su disposición en virtud de la legislación interna de cada

uno de los Estados. Por otra parte, la autoridad competente tiene la obligación de considerar si el reclamo resulta justificado y, si parece resultar justificado, adoptar una de las dos medidas previstas en el apartado 2.

[...]

32. Si la autoridad competente a la que debidamente se ha planteado el caso estima que el reclamo resulta justificado y considera que la imposición impugnada obedece, en todo o parte, a una medida adoptada en ese Estado, éste debe dar satisfacción al reclamo lo más pronto posible, efectuando los ajustes o permitiendo las desgravaciones que resulten necesarios. En este caso, la cuestión puede resolverse dentro de la primera etapa (unilateral) del procedimiento de acuerdo mutuo. Por otro lado, puede estimarse de utilidad intercambiar opiniones e información con la autoridad competente del otro Estado Contratante a los fines de, por ejemplo, confirmar una determinada interpretación del Convenio.

33. No obstante, si esa autoridad competente estima que la imposición impugnada obedece, en todo o en parte, a una medida adoptada en el otro Estado, le corresponde, de hecho, es su obligación -como claramente se desprende de los términos del apartado 2- promover la segunda etapa (bilateral) del procedimiento de acuerdo mutuo. Es importante que la autoridad competente en cuestión cumpla con esta obligación lo más rápidamente posible, en especial en aquellos casos en los que se hayan ajustado los beneficios de empresas asociadas como consecuencia de ajustes a los precios de transferencia.

34. Un contribuyente tiene derecho a presentar su caso en virtud del apartado 1, ante la autoridad competente *[del Estado en el cual reside]*, haya o no reclamado o iniciado litigio de conformidad con el derecho interno de *[ese Estado]*. Si el litigio está pendiente de resolución [...], la autoridad competente *[del Estado de residencia]* no debería esperar la decisión judicial definitiva, sino que debería definir si considera que el caso es adecuado para el procedimiento de acuerdo mutuo. Si así lo considera, debe determinar si se encuentra en condiciones de alcanzar una solución satisfactoria por sí mismo, o si el caso debe someterse ante la autoridad competente del otro Estado Contratante. La solicitud de inicio de un procedimiento de acuerdo mutuo planteada por un contribuyente no debe rechazarse sin un motivo válido.

35. Aun cuando un tribunal *[del Estado de residencia]* haya resuelto definitivamente su caso, el contribuyente puede desear presentar su

reclamo en el marco del procedimiento de acuerdo mutuo. En algunos Estados, la autoridad competente puede estar habilitada para llegar a una solución satisfactoria distinta de la decisión judicial. En otros Estados, la autoridad competente está obligada a atenerse a la decisión judicial [...]. Sin embargo, el contribuyente puede someter el caso a la autoridad competente del otro Estado Contratante solicitando que adopte las medidas necesarias para evitar la doble imposición.

36. En su segunda fase — que se inicia con el contacto de la autoridad competente a la que se ha dirigido el contribuyente con la autoridad competente del otro Estado — el procedimiento se sitúa, de aquí en adelante, a nivel de las interacciones entre los Estados, como si hubiera habido, por así decirlo, un respaldo por parte del Estado al que se presentó el reclamo. Pero aun cuando este procedimiento es incuestionablemente un procedimiento entre Estados, puede suscitarse la siguiente cuestión:

- si, tal como sugieren el título del Artículo y los términos utilizados en la primera oración del apartado 2, se trata solo de un simple procedimiento de acuerdo mutuo, o constituye la puesta en marcha de un *pactum de contrahendo* que comporta para las partes la mera obligación de negociar, pero de ninguna manera, la de llegar a un acuerdo;
- o si, por el contrario, debe considerarse (sobre la base de la existencia del procedimiento arbitral previsto en el apartado 5 [*de la Alternativa B del Artículo 25*] para tratar los casos no resueltos, o sobre la hipótesis de que el procedimiento se desarrolla en el marco de una comisión mixta) como un procedimiento de naturaleza jurisdiccional que exige a las partes resolver la controversia.

37. El apartado 2 comporta, sin duda, la obligación de negociar; pero, por lo que respecta a la consecución de un acuerdo mutuo a través del procedimiento, las autoridades competentes se encuentran meramente bajo la obligación de diligencia y no de conseguir un resultado. El apartado 5 [*de la Alternativa B del Artículo 25*], no obstante, prevé un mecanismo que permitirá la consecución de un acuerdo aun cuando hayan surgido cuestiones que las autoridades competentes no han podido conciliar en sus negociaciones.

38. En la búsqueda de un acuerdo mutuo, las autoridades competentes deben ciertamente precisar, en primer lugar, su posición a la luz de sus respectivas legislaciones tributarias y de las disposiciones del Convenio, las cuales les resultan vinculantes tanto a ellas como a los

contribuyentes. En el caso de que la estricta aplicación de estas reglas o disposiciones impida llegar a un acuerdo, puede admitirse razonablemente que las autoridades competentes tienen, como en el ámbito del arbitraje internacional, la posibilidad de basarse, a título subsidiario, en consideraciones de equidad a fin de satisfacer al contribuyente.

38.1 La conjunción de los convenios tributarios bilaterales celebrados entre varios Estados puede permitir a las autoridades competentes de estos Estados resolver casos de carácter multilateral mediante acuerdo mutuo en virtud de los apartados 1 y 2 del Artículo 25 de tales Convenios. Puede llegarse a un acuerdo mutuo multilateral bien a través de la negociación de un único acuerdo entre todas las autoridades competentes de los Estados involucrados o bien a través de la negociación, en forma separada, de acuerdos mutuos bilaterales, pero consistentes entre sí.

38.2 Puede procederse así, por ejemplo, para determinar la adecuada atribución de beneficios entre los establecimientos permanentes que una empresa posee en dos Estados distintos con los cuales el Estado de la empresa tiene convenios tributarios. En tal caso, un ajuste realizado respecto de las operaciones efectuadas entre ambos establecimientos permanentes puede afectar a la imposición de la empresa en el Estado de residencia. Sobre la base de los apartados 1 y 2 del Artículo 25 de los convenios tributarios concluidos entre el Estado de la empresa y los Estados en los cuales están situados los establecimientos permanentes, la autoridad competente del Estado de la empresa está claramente facultada para hacer todo lo posible para resolver el caso mediante un acuerdo mutuo, con las autoridades competentes de los Estados en los cuales están situados los establecimientos permanentes, y para determinar la correcta atribución de los beneficios a los establecimientos permanentes que posee su residente, de conformidad con ambos convenios tributarios. Cuando los convenios tributarios entre el Estado de la empresa y los Estados en los cuales están situados los establecimientos permanentes contengan versiones distintas del Artículo 7 (por ejemplo, la versión incluida en [el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017] en un convenio, y la versión [...] del Artículo 7 [*del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas*], en el otro convenio), las autoridades competentes pueden basarse en consideraciones de equidad, tal como se indica en el párrafo 38 [*del Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado antes*], a fin de encontrar una solución adecuada que permita asegurar una imposición conforme a las disposiciones de los convenios aplicables.

38.3 Este puede también ser el caso, por ejemplo, cuando un número de empresas asociadas de distintos Estados, participen en una serie de operaciones controladas integradas y existan convenios tributarios bilaterales entre los Estados de todas las empresas. Esta serie de operaciones controladas integradas puede darse, por ejemplo, cuando se cede un derecho sobre la propiedad intelectual en una operación controlada entre dos miembros de un grupo empresarial multinacional, el cual la licenciataria luego utiliza para fabricar los bienes que vende a otros miembros del grupo empresarial multinacional. En virtud de los apartados 1 y 2 del Artículo 25 de estos convenios tributarios, las autoridades competentes de los Estados de estas empresas están claramente facultadas para hacer lo posible para determinar los precios de transferencia de plena competencia (*arm's length prices*) relativos a las operaciones controladas en virtud del principio de plena competencia (*arm's length principle*) del Artículo 9.

38.4 Tal como se reconoce en el párrafo 55 [*del Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado después*], en el caso multilateral descrito en el párrafo 38.2 [*anterior*], el apartado 3 del Artículo 25 del convenio tributario entre los Estados en los cuales estén situados los establecimientos permanentes permite a estos Estados consultarse entre sí a fin de asegurar que el Convenio aplique de manera eficiente y que la doble imposición que pueda surgir en esa situación se elimine correctamente.

38.5 El deseo de certidumbre puede llevar a los contribuyentes a intentar obtener acuerdos anticipados de precios (APA, por sus siglas en inglés) multilaterales para determinar, por adelantado, los precios de transferencia en operaciones controladas entre empresas asociadas de diversos Estados. Cuando existan convenios tributarios bilaterales entre todos estos Estados y parezca que las acciones adoptadas por al menos uno de esos Estados pudieren resultar para el contribuyente en una imposición no conforme a las disposiciones de un convenio, el Artículo 25 de esos convenios permite, a las autoridades competentes de esos Estados, negociar de forma multilateral un conjunto de criterios adecuados para determinar los precios de transferencia de las operaciones controladas. Es posible llegar a un APA multilateral, bien negociando un único acuerdo entre todas las autoridades competentes de los Estados involucrados, o bien negociando, en forma separada, acuerdos mutuos bilaterales, pero consistentes entre sí.

39. La última frase del apartado 2 tiene por objeto permitir, a los países cuya legislación interna prevé plazos para practicar ajustes a las determinaciones y para devolver impuestos, hacer efectivo el acuerdo

alcanzado a pesar de la existencia de tales plazos. Sin embargo, esta disposición no impide que tales Estados que, por motivos constitucionales u otras razones jurídicas, no puedan anular los plazos establecidos en su derecho interno, establezcan en el propio procedimiento de acuerdo mutuo, plazos adaptados a su propia legislación en materia de prescripción [...]. En ciertos casos extremos, un Estado Contratante puede preferir no alcanzar un acuerdo mutuo cuya implementación requeriría hacer caso omiso de los plazos de prescripción previstos en su legislación interna [...]. Además de dichos límites en los plazos, existen otros obstáculos, tales como “las sentencias judiciales firmes” que pueden impedir la puesta en práctica de un acuerdo. Los Estados Contratantes pueden convenir libremente las disposiciones necesarias para remover tales obstáculos. Por lo que respecta a la puesta en práctica del procedimiento, se recomienda de manera general que las administraciones tributarias se esfuercen por todos los medios para asegurar, en la medida de lo posible, que el procedimiento de acuerdo mutuo no fracase debido a retrasos en la ejecución o, cuando estén en juego los plazos de prescripción, por el efecto combinado de dichos plazos y de los retrasos en la ejecución.

40. El Comité de Asuntos Fiscales [*de la OCDE*] formuló una serie de recomendaciones sobre los problemas planteados con motivo de los ajustes correlativos de beneficios que siguen a los ajustes de precios de transferencia (aplicación de los apartados 1 y 2 del Artículo 9), así como por las dificultades relativas a la aplicación del procedimiento de acuerdo mutuo en tales situaciones:

- a) Las autoridades fiscales deberían notificar a los contribuyentes, tan pronto como sea posible, su intención de efectuar un ajuste a los precios de transferencia (y, cuando la fecha de tal notificación pueda ser de importancia, asegurarse de que se efectúe lo antes posible una clara notificación formal) toda vez que, sin duda, resulta particularmente útil asegurar, de la manera más completa y tan pronto como sea posible, la realización de contactos sobre todas las cuestiones pertinentes entre las autoridades fiscales y los contribuyentes dentro de la misma jurisdicción y, más allá de las fronteras nacionales, entre las empresas asociadas y las autoridades fiscales a las que afecta.
- b) Las autoridades competentes deberían establecer una comunicación entre sí sobre estas cuestiones de la manera más flexible posible, eligiendo la manera más apropiada, ya sea por escrito, por teléfono, cara a cara, o conversaciones de grupo, y deberían esforzarse por encontrar el medio más eficaz para resolver

las cuestiones pertinentes. Debería fomentarse la utilización de las disposiciones del Artículo 26, referentes al intercambio de información, para ayudar a las autoridades competentes a contar con información bien desarrollada sobre los hechos sobre la cual basar su decisión.

- c) Durante el desarrollo de un procedimiento de acuerdo mutuo sobre cuestiones de precios de transferencia, debe darse al contribuyente afectado la oportunidad, en la medida de lo razonable, de exponer a las autoridades competentes, por escrito o verbalmente, los hechos y argumentos pertinentes.

41. Por lo que respecta al procedimiento de acuerdo mutuo en general, el Comité recomendó que:

- a) Las formalidades inherentes al inicio y desarrollo de un procedimiento de acuerdo mutuo deberían reducirse al mínimo y eliminarse toda formalidad innecesaria.
- b) Los casos tratados en los procedimientos de acuerdo mutuo deberían resolverse en función de sus propias circunstancias y no por referencia al balance de los resultados obtenidos en otros casos.
- c) Cuando sea oportuno, las autoridades competentes deberían formular y hacer públicas sus reglas, directrices y procedimientos internos referentes a la utilización del procedimiento de acuerdo mutuo.

42. Puede suceder que se concluya un acuerdo mutuo respecto a un contribuyente aun cuando se encuentre todavía pendiente un reclamo interpuesto por dicho contribuyente, por la misma materia, ante el tribunal competente de cualquiera de los Estados Contratantes. En tal caso, no habrá razón para rechazar la solicitud de un contribuyente para diferir su aceptación respecto de la solución convenida como consecuencia del procedimiento de acuerdo mutuo, hasta en tanto el tribunal haya tomado una decisión respecto a la causa^[86]. [Un

86 *[Sin embargo, tal como se indicará en el párrafo 45 del Comentario al Artículo 25 de la versión 2017 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE citado más adelante, en la mayoría de los países, un procedimiento de acuerdo mutuo no puede finalizarse antes de que el contribuyente haya aceptado la solución convenida y renunciado a los recursos previstos en la legislación interna. Si el contribuyente elige esperar hasta que concluyan los procesos judiciales previstos en la legislación interna, se corre el riesgo de que la decisión judicial impida a las autoridades competentes*

miembro del Comité consideró, no obstante, que no debería diferirse la aceptación del contribuyente respecto de la solución convenida como consecuencia del procedimiento de acuerdo mutuo, hasta en tanto el tribunal haya tomado una decisión respecto a la causa. Una vez que las autoridades competentes hubieren alcanzado un acuerdo, el contribuyente debería decidir, dentro de un plazo razonable, si acepta o no ese acuerdo.] Otra posición que razonablemente pueden adoptar las autoridades competentes, mientras la causa del contribuyente siga su curso en el tribunal, consiste en diferir las discusiones pormenorizadas de las cuestiones particulares respecto de las que ese mismo contribuyente ha solicitado el procedimiento de acuerdo mutuo, hasta en tanto se emita el pronunciamiento del tribunal. Si la solicitud de inicio de un procedimiento de acuerdo mutuo presentada por el contribuyente afecta a años fiscales distintos de los que son objeto del recurso judicial, pero es coincidente en lo que respecta a las cuestiones de hecho y de derecho, de forma que pueda inferirse que la decisión del tribunal afectará al tratamiento del contribuyente en relación con períodos no incluidos específicamente en el recurso, podrá adoptarse, en la práctica, la misma postura que en los escenarios descritos precedentemente. Ambas circunstancias, a saber: la abstención hasta el pronunciamiento del tribunal, o la suspensión del procedimiento de acuerdo mutuo durante el tiempo que dure el proceso del recurso interno, no vulnerarán ni extinguirán el plazo de [tres años] recogido en el apartado 5 [de la Alternativa B del Artículo]. Naturalmente, si las autoridades competentes consideran, en alguna de estas circunstancias, que el caso puede resolverse independientemente de los procesos previstos en la legislación interna (debido, por ejemplo, a que la autoridad competente del Estado en el que se ha iniciado el proceso judicial no estará legalmente obligada o limitada por la sentencia judicial), entonces el procedimiento de acuerdo mutuo puede seguir su trámite habitual [...].

43. La situación también es distinta cuando exista un reclamo judicial pendiente sobre una cuestión determinada, pero presentado por un contribuyente distinto del que ha solicitado el inicio del procedimiento de acuerdo mutuo. En principio, si el caso del contribuyente que pretende el inicio del procedimiento de acuerdo mutuo necesita que una o ambas autoridades competentes intervengan para impedir

que implementen el acuerdo propuesto y no se le garantice al contribuyente que el acuerdo propuesto se encontrará disponible al momento de concluirse los procesos judiciales].

una imposición no conforme al Convenio, esta intervención no debe retrasarse injustificadamente a la espera de una aclaración general de la norma regulada a instancia de otro contribuyente, aun cuando el contribuyente que ha solicitado el procedimiento de acuerdo mutuo pueda consentir tal retraso si es probable que tal interpretación favorezca sus intereses. En otros casos, las circunstancias pueden justificar el retraso de las discusiones entre las autoridades competentes enmarcadas en un procedimiento de acuerdo mutuo, pero las autoridades competentes deberían tener en cuenta las restricciones de plazo previstas por el apartado 5 [*de la Alternativa B del Artículo 25*] y deberían intentar evitar, en la medida de lo posible, poner en situación de desventaja al contribuyente que ha solicitado el inicio del procedimiento de acuerdo mutuo. Esto es posible, cuando la legislación interna así lo permita, difiriendo el pago del importe pendiente mientras transcurre el retraso, o al menos durante aquella parte del retraso que no sea imputable al contribuyente.

44. Dependiendo de los procedimientos internos, es el contribuyente quien normalmente opta por la reparación y, en la mayoría de los casos, los procedimientos internos tales como apelaciones o recursos ante los tribunales quedan en suspenso a favor del procedimiento de acuerdo mutuo, que es menos formal y de naturaleza bilateral.

45. Como se señaló antes, puede estar pendiente un recurso iniciado por el contribuyente sobre una cuestión determinada, o éste puede haberse reservado el derecho a optar por tal recurso previsto en la legislación interna y, a pesar de ello, las autoridades competentes deberían considerar la posibilidad de alcanzar un acuerdo. En tales casos, no obstante, es necesario tener en cuenta la preocupación de una autoridad competente en particular por evitar cualquier discrepancia o contradicción entre la decisión de un tribunal y el acuerdo mutuo que intenta alcanzarse, con las dificultades o riesgo de abuso que ello pueda suponer. Por ello, en definitiva, la implementación de tal acuerdo mutuo normalmente está subordinada:

- a la aceptación de este acuerdo mutuo por el contribuyente; y
- al desistimiento del contribuyente en cuanto al reclamo judicial en relación con los puntos resueltos en el procedimiento de acuerdo mutuo.

[...]

46. El criterio seguido en algunos Estados consiste en que el contribuyente no puede iniciar el procedimiento de acuerdo mutuo hasta haber pagado la deuda tributaria en litigio, en su totalidad o una

porción específica de ésta. En su opinión, la condición del pago del impuesto debido, que podrá devolverse total o parcialmente en función del resultado del procedimiento, es un requisito procedimental esencial no regulado por el Artículo 25 y, por tanto, compatible con él. Un punto de vista opuesto, adoptado por muchos Estados, consiste en que el Artículo 25 indica todo lo que un contribuyente debe hacer antes de iniciar el procedimiento, y éste no obliga al cumplimiento de tal requisito. Estos Estados fundamentan su criterio en el hecho de que el procedimiento puede ponerse en práctica incluso antes de haberse sometido a imposición al contribuyente, o de que se le haya notificado la obligación (como se señala en el párrafo 14 [*del Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado anteriormente*]), y en la aceptación de la inexistencia de tal requerimiento para los procedimientos iniciados por una autoridad competente en virtud del apartado 3.

47. El Artículo 25 no ofrece una respuesta absolutamente clara acerca de si un procedimiento de acuerdo mutuo instado por un contribuyente puede denegarse sobre la base de la inexistencia del pago necesario, íntegro o parcial, del impuesto objeto de controversia. Sin embargo, con independencia del punto de vista que se adopte sobre esta cuestión, al aplicar el Artículo debe admitirse que el procedimiento de acuerdo mutuo ratifica las disposiciones sustantivas del Convenio y que, por tanto, el texto del Artículo 25 debe interpretarse en este contexto y a la luz del objeto y fin del Convenio, comprendido el evitar la doble imposición y la prevención de la elusión y evasión fiscales.

47.1 A diferencia de las controversias que atañen exclusivamente la aplicación de la legislación interna de un Estado Contratante, aquellas que se abordan mediante el procedimiento de acuerdo mutuo involucrarán, en la mayoría de los casos, la doble imposición. Por tanto, los Estados deben tener en cuenta, en la medida de lo posible, los problemas de liquidez al requerir pagos anticipados de un importe que el contribuyente considera, al menos en parte, contrario a las disposiciones del Convenio pertinente. Incluso, si un procedimiento de acuerdo mutuo concluye finalmente con la eliminación de la doble imposición u otra imposición no conforme al Convenio, la exigencia del pago del impuesto, con carácter previo a la conclusión del procedimiento de acuerdo mutuo, puede suponer un costo financiero para el contribuyente en relación con el importe indebidamente exigido, durante el tiempo que transcurra hasta la resolución del procedimiento de acuerdo mutuo, al menos en el frecuente caso en que la

política de pago de intereses de los respectivos Estados Contratantes no compensen íntegramente al contribuyente por dicho costo. Esto significa, por tanto, que en tales casos el procedimiento de acuerdo mutuo no lograría el objetivo de eliminar complemente, en términos económicos, la carga de la doble imposición u otra imposición no conforme al Convenio. Además, aun cuando, en última instancia, se eliminará esa carga económica, la exigencia de que el contribuyente pague impuestos en dos Estados Contratantes sobre una misma renta, puede suponerle dificultades en la gestión de efectivo incompatibles con los objetivos del convenio, consistentes en la eliminación de obstáculos para el comercio y la inversión transfronteriza. Como mínimo, el pago de los impuestos pendientes no debe constituir un requisito para iniciar el procedimiento de acuerdo mutuo si no lo es para iniciar un recurso en virtud de la legislación interna. Los Estados pueden preferir preverlo de manera expresa en el Convenio añadiendo el siguiente texto al final del apartado 2:

La suspensión de los procedimientos de determinación y recaudación durante la resolución del procedimiento de acuerdo mutuo será aplicable en las mismas condiciones que rigen para las personas que insten procedimientos judiciales o administrativos domésticos.

Resultará también, como mínimo, que si el procedimiento de acuerdo mutuo se inicia antes de que se le exija el impuesto al contribuyente (por ejemplo, mediante una determinación), el pago podrá requerirse únicamente una vez que el impuesto se haya exigido.

48. Por las razones descritas en el apartado precedente la suspensión de la recaudación del impuesto mientras esté pendiente la resolución de un procedimiento de acuerdo mutuo, se puede considerar como una política deseable. Además, toda exigencia de pago de una determinación impositiva como condición necesaria para poder acceder al procedimiento de acuerdo mutuo, orientado a obtener la desgravación de ese mismo impuesto, resulta, en términos generales, incoherente con el principio de que el procedimiento de acuerdo mutuo constituya un recurso ampliamente disponible para resolver tales controversias. Otra desafortunada complicación que se deriva de esta exigencia puede consistir en la demora en la resolución de los casos cuando uno de los países sea más reticente a comenzar las discusiones de buena fe que conforman el procedimiento de acuerdo mutuo en aquellos casos en que probablemente el resultado sea la devolución de impuestos efectivamente recaudados. En muchos Estados, la suspensión de los procedimientos de determinación/

recaudación de impuestos, mientras se encuentre pendiente la resolución del procedimiento de acuerdo mutuo, puede requerir cambios legislativos para poder ponerla en práctica. Los Estados que deseen prever expresamente en el Convenio la suspensión de los procedimientos de determinación y recaudación, pueden hacerlo añadiendo el siguiente texto al final del apartado 2:

Durante el procedimiento de acuerdo mutuo se suspenderán los procedimientos de determinación y recaudación.

En relación con la suspensión de la recaudación de los impuestos hasta la resolución del procedimiento de acuerdo mutuo, es importante recordar la posibilidad de adoptar medidas cautelares conforme a las disposiciones del apartado 4 del Artículo 27.

48.1 Dado que pueden existir diferencias sustanciales entre los procedimientos de determinación y recaudación de los Estados Contratantes, sería importante comprobar, en el transcurso de las negociaciones bilaterales, cómo operarán dichos procedimientos en cada Estado mientras esté pendiente la resolución del procedimiento de acuerdo mutuo, a fin de abordar las dificultades que tales procedimientos puedan plantear para la efectiva aplicación del Artículo. Por ejemplo, cuando un Estado adopte la posición de que el pago del tributo pendiente es condición previa para que el contribuyente pueda instar el inicio del procedimiento de acuerdo mutuo, ello debe notificarse a la contraparte durante las negociaciones de los términos del Convenio. Cuando ambos Estados Contratantes adopten este criterio, existe un entendimiento común, pero también el riesgo de que se exija al contribuyente que pague dos veces el importe del impuesto. Para lidiar con esta situación, los Estados Contratantes podrían, cuando la legislación interna (o una disposición del Convenio como la que figura en el apartado precedente) lo permita, considerar la posibilidad de retener el mayor de esos importes en concepto de depósito de garantía, fondo fiduciario, o similar, mientras esté pendiente el resultado del procedimiento de acuerdo mutuo. Una alternativa sería la posibilidad de satisfacer el requisito impuesto por las autoridades competentes mediante la presentación de una garantía bancaria emitida por el banco del contribuyente. Otro criterio posible sería que uno de los Estados (elegido, por ejemplo, en función de la fecha de determinación o por la condición de residencia en virtud del Convenio) pudiera exigir el pago de no más que la diferencia, en caso de haber alguna, entre el importe pagado al otro Estado y el que este Estado reclama. Que alguna de estas posibilidades sea factible dependerá, en última instancia, de la legislación interna (comprendidos

los requisitos administrativos) de un Estado en particular y de las disposiciones del Convenio aplicable, pero constituyen opciones a las que debería prestarse la máxima atención posible a fin de conducir el procedimiento de acuerdo mutuo por los cauces más eficaces posibles. Cuando los Estados exijan el pago de algún importe del impuesto pendiente como condición previa para que el contribuyente pueda solicitar el inicio del procedimiento de acuerdo mutuo, o para pasar a considerar una determinada cuestión durante tal procedimiento, deberían contar con un sistema que permita la devolución de los intereses correspondientes a los importes subyacentes que deban devolverse al contribuyente como resultado del acuerdo mutuo alcanzado por las autoridades competentes. El pago de dichos intereses debería reflejar adecuadamente el valor del importe subyacente y el período durante el cual ese importe no estuvo a disposición del contribuyente.

49. El apartado 4 del Comentario al Artículo 2 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, tal como se lo cita en el apartado 4 del Comentario al Artículo 2 de este Modelo]* aclara que, si bien la mayoría de los Estados no consideran que los intereses y las sanciones administrativas accesorias a los impuestos comprendidos en el Artículo 2 estén, por sí mismos, incluidos en el Artículo 2, cuando dichos intereses y sanciones administrativas estén directamente relacionados con los impuestos incluidos en el Artículo 2, deberán reducirse o suprimirse en la misma proporción que lo sea el impuesto comprendido al que correspondan, en virtud del procedimiento de acuerdo mutuo. Por consiguiente, un Estado Contratante que haya aplicado intereses o una sanción administrativa calculados en función de una obligación impositiva subyacente (o en función de otro importe relevante para el cálculo del impuesto, como el importe de un ajuste o de una renta imponible) y que después haya acordado, en virtud de un procedimiento de acuerdo mutuo previsto en los apartados 1 y 2 del Artículo 25, la reducción o la supresión de la obligación impositiva subyacente, deberá reducir o suprimir, en la misma proporción, el importe de los intereses o de la sanción administrativa.

49.1 Por el contrario, la imposición de otras sanciones administrativas (por ejemplo, una sanción por incumplimiento del deber de conservación de documentación adecuada sobre precios de transferencia) puede derivarse del incumplimiento de la legislación interna y no estar directamente relacionada con un impuesto u obligación objeto de un procedimiento de acuerdo mutuo. Por lo general, esas sanciones administrativas no están comprendidas en el ámbito de los procedimientos de acuerdo mutuo previstos en los apartados 1 y 2 del

Artículo 25. Sin embargo, en aplicación del apartado 3 del Artículo 25, las autoridades competentes podrán consultarse y acordar, en un caso concreto, que una sanción no relacionada directamente con una imposición no conforme al Convenio no estaba o ya no está justificada. Por ejemplo, cuando se ha impuesto una sanción administrativa por negligencia, conducta dolosa o fraude por un cierto importe fijo, y posteriormente, en el marco del procedimiento de acuerdo mutuo se acuerda que no existió tal intención de fraude, conducta dolosa o negligencia, las autoridades competentes pueden acordar que se retire la sanción aplicada por el Estado Contratante en cuestión. En virtud del apartado 3 del Artículo, las autoridades competentes pueden concluir igualmente un acuerdo mutuo de carácter general, mediante el cual acuerden esforzarse para resolver a través del procedimiento de acuerdo mutuo previsto en los apartados 1 y 2, aquellas cuestiones relativas a los intereses y sanciones administrativas que generen dificultades o dudas en cuanto a la aplicación del Convenio. En caso de así preferirlo, los Estados Contratantes pueden prever expresamente en el apartado 2 del Artículo 25, que los procedimientos de acuerdo mutuo presentados de conformidad con el apartado 1 también resultan de aplicación respecto de los intereses y multas administrativas, mediante la inclusión, de la siguiente, como segunda oración:

Las autoridades competentes también harán lo posible por acordar acerca de la aplicación de las disposiciones de su legislación interna relativas a los intereses y sanciones administrativas relacionadas con el caso.

49.2 Por lo general, las sanciones penales impuestas por la fiscalía o por un tribunal no estarán comprendidas en el ámbito del procedimiento de acuerdo mutuo. En muchos Estados, las autoridades competentes no tendrán capacidad legal para reducir o anular tales sanciones.

49.3 Un acuerdo mutuo resultará, con frecuencia, en que se mantiene la obligación impositiva en un Estado Contratante mientras que el otro Estado Contratante tiene que devolver total o parcialmente el impuesto exigido. En tales casos, el contribuyente puede tener que soportar una carga económica importante si existen asimetrías en la manera en que los dos Estados Contratantes calculan los intereses debidos por razón de obligaciones impositivas o devoluciones de impuestos soportados. Así ocurre, por ejemplo, cuando el primer Estado Contratante ha aplicado intereses por mora sobre el impuesto objeto de la solicitud del procedimiento de acuerdo mutuo y el segundo Estado Contratante no aplica intereses sobre el excedente

del impuesto que tiene que devolver al contribuyente. Por ello, los Estados Contratantes deben intentar adoptar un criterio flexible para procurar la compensación de los intereses accesorios a la obligación impositiva que es objeto de la solicitud de procedimiento de acuerdo mutuo. La exoneración de los intereses resultaría especialmente adecuada durante el período durante el cual el contribuyente se encuentra en el procedimiento de acuerdo mutuo, toda vez que el tiempo que lleva la resolución del caso a través del procedimiento de acuerdo mutuo escapa, en su mayor parte, al control del contribuyente. Podrá ser necesario realizar cambios en la legislación interna de los Estados Contratantes para posibilitar que las autoridades competentes puedan exonerar los intereses en el marco del procedimiento de acuerdo mutuo.

49.4 El objeto que persigue el Convenio al evitar la doble imposición, y la obligación que tienen los Estados de aplicar los convenios de buena fe, sugieren que los intereses y sanciones no deben exigirse de forma que efectivamente disuadan a los contribuyentes de iniciar un procedimiento de acuerdo mutuo, por razón del costo y del efecto sobre la liquidez que puedan entrañar. Los intereses y las sanciones administrativas no deben aplicarse de forma que disuadan al contribuyente de los beneficios del Convenio o que anulen su confianza en los mismos, incluyendo su derecho de iniciar un procedimiento de acuerdo mutuo al amparo del Artículo 25. Por ejemplo, la exigencia por parte de un Estado de pagar las sanciones e intereses pendientes no debe suponer para el contribuyente una carga mayor en el contexto del procedimiento de acuerdo mutuo de la que la tendría en el contexto del inicio de un recurso al amparo de la normativa interna.

Apartado 3 del Artículo 25 (Alternativas A y B)

13. Este apartado reproduce el apartado 3 del Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al Artículo 25 de la versión 2017 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE resulta aplicable al apartado 3 del Artículo 25 de este Modelo (se han introducido modificaciones, que aparecen entre corchetes y en cursivas, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, a los efectos de ofrecer explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas del presente Modelo):

50. La primera oración de este apartado invita y faculta a las autoridades competentes para resolver, cuando sea posible, las dificultades de interpretación o aplicación, por la vía del acuerdo mutuo. Se trata, principalmente, de dificultades de índole general referentes, o que pueden referirse, a una categoría de contribuyentes, incluso en el caso de que se hayan suscitado con ocasión de un caso particular que tuvo lugar en el procedimiento definido en los apartados 1 y 2.

51. Esta disposición permite resolver las dificultades surgidas en la aplicación del Convenio. Estas dificultades no son solamente las de orden práctico que puedan derivarse de la instauración y aplicación de los procedimientos de desgravación de los impuestos retenidos sobre dividendos, intereses [*regalías, honorarios por servicios técnicos y renta de servicios digitales automatizados*] en el Estado Contratante de donde provienen estas rentas, sino aquellas que puedan comprometer o impedir la aplicación normal de las cláusulas del Convenio, tal como las han concebido sus negociadores, y cuya solución no depende de un acuerdo previo relativo a la interpretación del Convenio.

52. En virtud de esta disposición, las autoridades competentes pueden, en especial:

- completar o clarificar la definición de un término definido de manera incompleta o ambigua en el Convenio, para evitar cualquier dificultad.
- resolver las dificultades que puedan surgir de un nuevo régimen impositivo establecido a partir de cambios legales en un Estado cuando éstos no alteran el equilibrio y la sustancia del Convenio.
- determinar si, y en qué condiciones, los intereses pueden tratarse como dividendos en aplicación de las reglas sobre subcapitalización (*thin capitalization*) del país del prestatario y beneficiarse de la eliminación de la doble imposición en el país de residencia del prestamista en las mismas condiciones que los dividendos (por ejemplo, en la desgravación concedida bajo el régimen matriz/subsidiaria, cuando esta desgravación esté prevista en el convenio bilateral aplicable).
- celebrar acuerdos anticipados de precios (APA, por sus siglas en inglés), así como APA multilaterales con autoridades competentes de terceros Estados con los que cada Estado Contratante haya suscrito un convenio tributario bilateral, cuando existan dificultades o dudas respecto de la interpretación o aplicación de los convenios (especialmente en los casos en los que no es

probable que las acciones de los Estados Contratantes vayan a generar una imposición no conforme con las disposiciones del Convenio). Es posible llegar a un APA multilateral, bien negociando un único acuerdo entre todas las autoridades competentes de los Estados involucrados, o bien negociando, en forma separada, acuerdos mutuos bilaterales, pero consistentes entre sí.

- determinar los procedimientos, condiciones y modalidades adecuados para la aplicación de los apartados 1 y 2, así como de la segunda oración de este apartado, en casos multilaterales (véanse los párrafos 38.1 a 38.5 [*del Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citados anteriormente*] y los párrafos 55 a 55.2 [*del Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citados a continuación*]), así como para involucrar terceros Estados en el procedimiento de acuerdo mutuo cuando la resolución de un caso pueda afectar a, o estar afectado por, la imposición en esos terceros Estados.

53. El apartado 3 confiere a las “autoridades competentes de los Estados Contratantes”, es decir, generalmente a los ministros de finanzas o sus representantes autorizados, habitualmente responsables de la aplicación del Convenio, facultades para resolver las dificultades que puedan producirse en la interpretación del Convenio mediante un acuerdo mutuo. Sin embargo, no hay que olvidar que, según la legislación interna de los Estados Contratantes, otras autoridades (Ministerio de Asuntos Exteriores, tribunales) pueden tener potestad para interpretar los tratados y acuerdos internacionales tanto como las “autoridades competentes” designadas en el Convenio, y que, en ocasiones, esta potestad es exclusiva de estas otras autoridades.

54. Los acuerdos mutuos que resuelven las dificultades generales de interpretación o aplicación vinculan a las administraciones siempre que las autoridades competentes no acuerden modificar o derogar dicho acuerdo mutuo.

55. La segunda oración del apartado 3 permite a las autoridades competentes abordar también los casos de doble imposición no comprendidos en el ámbito de las disposiciones del Convenio. A este respecto, presenta especial interés el caso de un residente de un tercer Estado que posee establecimientos permanentes en ambos Estados Contratantes. La segunda oración del apartado 3 permite a las autoridades competentes de los Estados Contratantes consultarse para

tratar de eliminar la doble imposición que pudiera surgir con respecto a las operaciones entre los establecimientos permanentes. Esta situación se produciría, por ejemplo, cuando uno o ambos Estados Contratantes no tuvieran un convenio tributario bilateral con el tercer Estado. Cuando ambos Estados Contratantes tengan un convenio con el tercer Estado, la combinación de estos dos convenios podría, no obstante, permitir a las autoridades competentes de los tres Estados resolver el caso mediante un acuerdo mutuo en aplicación de los apartados 1, 2 o 3 del Artículo 25 de esos convenios (ver los párrafos 38.2 y 38.4 [*del Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se citan anteriormente en el párrafo 12*]). Un acuerdo multilateral entre las autoridades competentes de todos los Estados involucrados es la mejor forma de garantizar que pueda eliminarse cualquier doble imposición que pueda surgir.

55.1 Habrá Estados Contratantes cuya legislación interna impida que el Convenio se complemente respecto de puntos no abordados explícita, o al menos implícitamente, en el mismo. En esos casos, el Convenio puede complementarse mediante un protocolo en el que se aborde la cuestión. Sin embargo, la segunda oración del apartado 3 no permite a los Estados Contratantes eliminar la doble imposición cuando proceder a ello sea contrario a sus respectivas normativas internas o no esté autorizado por las disposiciones de otros convenios tributarios aplicables. Esa oración solo permite a los Estados Contratantes, en los casos no previstos en el Convenio, celebrar consultas mutuas para tratar de eliminar la doble imposición según sus respectivas legislaciones internas o según un convenio tributario que uno de los Estados Contratantes haya firmado con un tercer Estado. Así, por ejemplo, en el caso de una empresa de un tercer Estado que tenga establecimientos permanentes en ambos Estados Contratantes, la segunda oración del apartado 3 permite a las autoridades competentes de los Estados Contratantes ponerse de acuerdo respecto de los hechos y circunstancias de un caso, a fin de aplicar sus respectivas legislaciones tributarias de forma coherente, en especial en lo referente a las operaciones entre esos establecimientos permanentes; los Estados Contratantes pueden eliminar la doble imposición que recaea en los beneficios de dichos establecimientos permanentes aunque, únicamente, en la medida en que se lo permitan sus respectivas legislaciones internas o las disposiciones de un convenio tributario firmado entre un Estado Contratante y ese tercer Estado (es decir, aplicando las disposiciones del Artículo 7 y del Artículo 23 de un convenio tributario entre uno de los Estados Contratantes y el

tercer Estado). Como muestran estos ejemplos, el apartado 3 juega, por tanto, un papel crucial a la hora de permitir a las autoridades competentes consultarse para garantizar que los convenios tributarios operan de forma efectiva y coordinada.

55.2 En virtud de la primera oración del apartado 3, las autoridades competentes pueden acordar, en términos generales, que harán lo posible por resolver con las autoridades competentes de cualquier tercer Estado, los casos presentados al amparo del apartado 1 cuando sea probable que la imposición en ese tercer Estado sobre la renta o sobre el capital vaya a afectar, o estar afectada por, la resolución del caso. Los Estados Contratantes que deseen prever expresamente los procedimientos de acuerdo mutuo multilaterales en sus convenios, pueden utilizar la siguiente redacción alternativa del apartado 2:

2. La autoridad competente deberá hacer lo posible, si el reclamo le parece justificado y no puede llegar por sí misma a una solución satisfactoria, para resolver el caso de mutuo acuerdo con la autoridad competente del otro Estado Contratante, con el objeto de evitar una imposición no conforme a este Convenio. Cuando la resolución del caso pueda afectar a, o estar afectada por, la imposición de la renta o del capital en un tercer Estado, las autoridades competentes harán lo posible por resolver el caso mediante un acuerdo mutuo con la autoridad competente de ese tercer Estado, en la medida que exista un convenio tributario en vigor entre cada Estado Contratante y ese tercer Estado, y que la autoridad competente de ese tercer Estado se comprometa, en el plazo de tres años previsto en el apartado 1, a consultar a las autoridades competentes de los Estados Contratantes a fin de resolver el caso a través de un acuerdo mutuo. A fin de resolver el caso, las autoridades competentes tendrán en cuenta las disposiciones pertinentes de este Convenio junto con las disposiciones pertinentes de los convenios tributarios entre los Estados Contratantes y cualquier tercer Estado involucrado en el procedimiento. Todo acuerdo alcanzado deberá implementarse no obstante los plazos de prescripción previstos en la legislación interna de los Estados Contratantes.

Apartado 4 del Artículo 25 (Alternativas A y B)

14. Este apartado contiene dos oraciones, la primera de las cuales reproduce la primera oración del apartado 4 del Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, mientras que la segunda oración

no está contenida en ese Modelo. En la primera oración, la fórmula “incluso a través de comisiones mixtas integradas por ellas mismas o sus representantes” se introdujo en 1999 entre la expresión “entre sí directamente” y “... con el objeto de alcanzar”, a los efectos de equiparar esta disposición con la correspondiente al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. La segunda oración permite a las autoridades competentes elaborar procedimientos bilaterales para poner en práctica el procedimiento de acuerdo mutuo. Más adelante, en la Sección C, se abordan varios aspectos procedimentales y se incluyen sugerencias relativas a ciertos procedimientos que las autoridades competentes podrían adoptar. Estas sugerencias no son exhaustivas y deberían adaptarse o suplementarse en base a la experiencia y circunstancias de cada país.

15. El Comité considera que los siguientes pasajes del Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que ofrecen explicaciones con relación al apartado 4 del Artículo, resultan aplicables a la primera oración del apartado 4 al Artículo 25 de este Modelo:

56. Este apartado fija las modalidades de consulta entre las autoridades competentes para resolver, mediante acuerdo mutuo, tanto un caso particular sometido al procedimiento definido en los apartados 1 y 2 como problemas generales relativos especialmente a la interpretación o aplicación del Convenio y que se citan en el apartado 3.

57. Establece primero que las autoridades competentes pueden comunicarse directamente entre ellas. No es, por tanto, necesario acudir a la vía diplomática.

58. Las autoridades competentes pueden comunicarse por carta, fax, teléfono, reuniones presenciales o por cualquier otro medio que estimen conveniente. Si lo desean, también pueden constituir una comisión mixta a ese fin.

59. En lo que se refiere a esta comisión mixta, el apartado 4 deja a las autoridades competentes de los Estados Contratantes la determinación del número de sus miembros, así como sus reglas procedimentales.

60. Aun cuando los Estados Contratantes pueden suprimir cualquier formalidad en esta materia, tienen la obligación, no obstante, de ofrecer a los contribuyentes cuyos casos se hayan planteado ante esta comisión mixta en el marco del apartado 2, ciertas garantías esenciales, particularmente:

- el derecho a formular sus observaciones, por escrito o verbalmente, en persona o por medio de representante;
- el derecho a ser asistidos por un asesor.

61. Por el contrario, no parece justificada la divulgación de los documentos al contribuyente o a su representante, dada la naturaleza particular del procedimiento.

62. Sin atentar contra la libertad de elección de que gozan en principio las autoridades competentes para la designación de sus representantes en la comisión mixta, sería deseable que estas autoridades confiaran la presidencia de cada delegación, que puede estar integrada por uno o varios representantes del servicio responsable del procedimiento, a un alto funcionario o juez designado esencialmente en razón de su experiencia específica; es razonable suponer, en efecto, que la intervención de tales personalidades facilitaría la obtención de los acuerdos.

Apartado 5 del Artículo 25 (Alternativa B)

16. El apartado 5, que aparece únicamente en la Alternativa B del Artículo, establece el arbitraje obligatorio, en virtud del cual las autoridades competentes están obligadas a someter a arbitraje las cuestiones pendientes si una de ellas así lo solicita después de que no hayan conseguido resolver esas cuestiones en un plazo determinado.

17. Este apartado reproduce el apartado 5 del Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, con cuatro diferencias. En primer lugar, el apartado dispone que el arbitraje puede iniciarse si las autoridades competentes no consiguen llegar a un acuerdo sobre un caso antes de transcurridos tres años desde su presentación, en vez del plazo de dos años estipulado en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. En segundo lugar, mientras que el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE dispone que el arbitraje debe ser solicitado por la persona que inició el caso, el apartado 5 de la Alternativa B prevé que el arbitraje debe ser solicitado por la autoridad competente de uno de los Estados Contratantes (lo que significa que un caso no se someterá a arbitraje si las autoridades competentes de ambos Estados Contratantes consideran que dicho caso no debe someterse a arbitraje y ninguna de los dos lo solicita). En tercer lugar, el apartado 5 de la Alternativa B del Artículo 25, a diferencia de la disposición correspondiente del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, autoriza a las

autoridades competentes a apartarse de la decisión arbitral si se ponen de acuerdo sobre una solución diferente antes de transcurridos seis meses desde que se les comunicara esa decisión. Cuarto, mientras la disposición del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE establece que el plazo de dos años comienza una vez que se hubiere presentado toda la información solicitada por las autoridades competentes para analizar el caso sometido al procedimiento de acuerdo mutuo, el apartado 5 de la Alternativa B del Artículo 25 estipula que el plazo de tres años comienza con la presentación del caso a la autoridad competente del Estado en el que no se recibió inicialmente el procedimiento de acuerdo mutuo.

18. Por diferentes razones, algunos Estados consideran que no es adecuado comprometerse con un proceso de arbitraje cada vez que la autoridad competente del otro Estado Contratante así lo solicita. No obstante, esos Estados tal vez deseen incluir en sus convenios una cláusula de arbitraje voluntario en virtud de la cual ambas autoridades competentes deben acordar, caso por caso, el sometimiento a un proceso de arbitraje antes de que éste comience. Por ejemplo, el texto de ese apartado adicional podría ser el siguiente:

Si las autoridades competentes no pueden resolver de mutuo acuerdo un caso relacionado con el apartado 1, dicho caso podrá someterse a arbitraje si ambas autoridades competentes y la persona que ha presentado el caso de conformidad con el apartado 2 están de acuerdo, siempre que toda persona directamente afectada por el caso se comprometa por escrito a cumplir la decisión del tribunal arbitral. Si las autoridades competentes no pueden resolver de mutuo acuerdo una dificultad o una duda en el marco del apartado 3, la dificultad o duda puede también someterse a arbitraje, si las autoridades competentes están de acuerdo. La decisión del tribunal arbitral en un caso particular será vinculante para los Estados Contratantes con respecto a ese caso. Cuando se someta a arbitraje una dificultad general de interpretación o aplicación, la decisión del tribunal de arbitraje será vinculante para los Estados Contratantes siempre que las autoridades competentes no acuerden modificar o derogar esa decisión. Las autoridades competentes podrán establecer de mutuo acuerdo los procedimientos correspondientes a ese tribunal arbitral.

19. El arbitraje voluntario permite un mayor control sobre los tipos de cuestiones que se someterán a arbitraje. En algunas circunstancias, una autoridad competente puede considerar que sería inadecuado comprometer su posición con respecto a una cuestión específica y, por consiguiente, que sería también inadecuado someter esa cuestión a arbitraje. En virtud del arbitraje voluntario, los países conservan gran flexibilidad acerca de las cuestiones que se someterán a arbitraje y pueden limitar el número posible de casos que podrían someterse a arbitraje y reducir los costos potenciales del mismo.

20. No obstante, en el marco del arbitraje voluntario, cuando la autoridad competente de uno de los Estados se niega a renunciar a sus propias interpretaciones sobre el Convenio con respecto a cuestiones específicas, esa autoridad competente puede también negarse a someter esas cuestiones a arbitraje, lo que daría lugar a que los casos de procedimiento de acuerdo mutuo que involucran esas cuestiones quizá no pudieran resolverse. El arbitraje de las cuestiones sobre las que no hay acuerdo entre las autoridades competentes es fundamental para garantizar que las controversias relacionadas con el tratado se resuelvan eficazmente y de manera consistente en ambos Estados. A ese respecto, el arbitraje que pudiera ser solicitado por cualquiera de las autoridades competentes ofrece mayor certeza, de que las cuestiones no resueltas se someterán efectivamente a arbitraje, que el arbitraje voluntario, el cual necesita el acuerdo de ambas autoridades competentes.

21. Algunos Estados que decidan incluir la Alternativa B en sus tratados bilaterales quizá prefieran enmendar el apartado 5 para que las cuestiones no resueltas se sometan a arbitraje a solicitud de la persona que ha presentado el caso de conformidad con el apartado 1. Para ello, tales Estados pueden sustituir la fórmula “toda cuestión no resuelta relacionada con el caso se someterá a arbitraje si una de las autoridades competentes así lo solicita. La persona que ha presentado el caso será notificada acerca de esa solicitud” por la fórmula “toda cuestión no resuelta relacionada con el caso se someterá a arbitraje si la persona así lo solicita”.

22. El Comité considera que la siguiente parte del Comentario al apartado 5 del Artículo 25 de la versión 2014⁸⁷ del Modelo de Convenio

87 La referencia que aquí se hace es a la versión 2014 del Comentario al apartado 5 del Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la

Tributario de la OCDE, junto con el Anexo a tales Comentarios (reproducidos en el Anexo incorporado a continuación del párrafo 53), resultan aplicables al apartado 5 de la Alternativa B del Artículo 25 de este Modelo (las modificaciones que aparecen entre corchetes y en cursivas, que no forman parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han introducido para ofrecer explicaciones adicionales o para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas de este Modelo):

63. En este apartado se establece que cuando las autoridades competentes no puedan alcanzar un acuerdo conforme a lo dispuesto en el apartado 2 en el plazo de *[tres]* años, las cuestiones pendientes serán resueltas mediante arbitraje, a instancia *[de una de las autoridades competentes]*. Este proceso no precisa de autorización previa por *[ambas]* autoridades competentes: una vez satisfechos los requisitos procedimentales, las cuestiones no resueltas que impidan alcanzar el acuerdo mutuo deben someterse a arbitraje. *[Un contribuyente puede pedir siempre a una autoridad competente que someta a arbitraje las cuestiones no resueltas en un caso. No obstante, la autoridad competente no tiene ninguna obligación de hacerlo. Ésta goza de facultades discrecionales para solicitar, o no, el arbitraje en cada caso concreto.]*

64. El procedimiento arbitral previsto en este apartado no es un recurso alternativo ni adicional: cuando las autoridades competentes alcancen un acuerdo que no deje cuestiones pendientes en relación con la aplicación del Convenio, no habrá cuestiones irresueltas que puedan someterse a arbitraje, aun cuando la persona que haya solicitado el procedimiento de acuerdo mutuo no considere que el acuerdo alcanzado por las autoridades competentes ofrezca una solución correcta. Por consiguiente, el apartado es una extensión del procedimiento de acuerdo mutuo cuyo propósito es mejorar su eficacia asegurando que, cuando las autoridades competentes no puedan alcanzar un acuerdo en relación con una o más cuestiones que impidan la resolución del caso, aún sea posible llegar a una resolución del caso sometiendo a arbitraje dichas cuestiones no resueltas. Por tanto, en virtud de este apartado, sigue llegándose a la resolución del caso mediante el procedimiento de acuerdo mutuo, mientras que la resolución de una cuestión concreta que impide el acuerdo en el caso se

OCDE habida cuenta de que el Comité no examinó en detalle la gran cantidad de cambios introducidos con la versión 2017 a tal Comentario y a su Anexo.

realiza a través del proceso arbitral. Este hecho diferencia el proceso instituido en el apartado 5 de otras formas de arbitraje comercial o público-privado en los que la competencia del órgano arbitral se extiende hasta la resolución íntegra del caso.

65. No obstante, se reconoce que en algunos Estados la legislación nacional y razones de índole política o administrativa podían impedir o no justificar quizá el tipo de procedimiento arbitral previsto en el apartado. Por ejemplo, puede haber obstáculos constitucionales que podían impedir a los árbitros pronunciarse sobre cuestiones tributarias. Además, algunos países pueden encontrarse en posición de incluir este apartado únicamente en tratados con determinados Estados. Por estas razones, el apartado solo debería incluirse en el Convenio cuando cada Estado llegue a la conclusión de que el proceso puede aplicarse de manera efectiva.

66. Asimismo, algunos Estados pueden estar interesados en incluir el apartado 5 pero limitando su aplicación a un rango menor de casos. Por ejemplo, el acceso al arbitraje puede circunscribirse a los casos que entrañen cuestiones principalmente de hechos. También podría ser posible que se prevea que el arbitraje se encuentre plenamente a disposición para las cuestiones que se deriven de determinados tipos de casos, por ejemplo, casos con un alto contenido de hechos tales como los relacionados con los precios de transferencia o con la existencia de un establecimiento permanente, pudiendo ampliarse el arbitraje a otras cuestiones determinables en base a un análisis de caso por caso.

67. Los Estados miembros de la Unión Europea deben coordinar el ámbito del apartado 5 con las obligaciones contraídas en virtud de la Convención Europea sobre Arbitraje.

68. *[El apartado 5 permite el] arbitraje de las cuestiones no resueltas en todos los casos abordados en el marco del procedimiento de acuerdo mutuo, presentados conforme al apartado 1, sobre la base de que las acciones de uno o de ambos Estados Contratantes implican para una persona una imposición no conforme con las disposiciones de este Convenio. Cuando no pueda recurrirse al procedimiento de acuerdo mutuo, por ejemplo, debido a la existencia de infracciones graves que entrañen la aplicación de sanciones significativas (véase el párrafo 26 [del Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado anteriormente en el párrafo 12]), resulta claro que dicho apartado 5 no es aplicable.*

69. Cuando dos Estados Contratantes que no hubieran incluido el apartado en su Convenio, deseen implementar el procedimiento arbitral, ya sea sobre una cuestión de aplicación general o para un caso concreto, aún podrán hacerlo mediante un acuerdo mutuo. En ese caso, las autoridades competentes pueden concluir un acuerdo mutuo siguiendo el tenor del modelo propuesto en el Anexo, al que podrían añadir el siguiente primer apartado:

1. Cuando,
 - a) en virtud del apartado 1 del Artículo 25 del Convenio, una persona hubiere presentado su caso ante la autoridad competente de un Estado Contratante por considerar que las acciones adoptadas por uno o por ambos Estados Contratantes resultaron, para esa persona, en una imposición no conforme con las disposiciones de este Convenio, y
 - b) las autoridades competentes no logren ponerse de acuerdo para resolver el caso en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del Artículo en el plazo de *[tres]* años desde la presentación del caso a la autoridad competente del otro Estado Contratante,

toda cuestión no resuelta relacionada con el caso se someterá a arbitraje de acuerdo con lo dispuesto en los siguientes apartados si *[cualquiera de las autoridades competentes así lo solicita. La persona que ha presentado el caso será notificada acerca de esa solicitud]*. Sin embargo, las cuestiones no resueltas del caso no se someterán a arbitraje si un órgano judicial o administrativo de cualquiera de los dos Estados ya se hubiere pronunciado previamente sobre dichas cuestiones. Las autoridades competentes se comprometen mediante esta cláusula a considerarse vinculadas por la decisión arbitral y a resolver el caso en virtud del apartado 2 del Artículo 25 sobre la base de dicha decisión, a no ser que *[ambas autoridades competentes acuerden una solución diferente dentro de los seis meses desde que les hubiere sido comunicada la decisión, o que]* una persona directamente afectada por el caso no acepte el acuerdo mutuo alcanzado para poner en práctica la decisión arbitral.

Este acuerdo continuaría a fin de abordar los distintos aspectos estructurales y procedimentales que se señalan en el Anexo. Dado que las autoridades competentes quedarían, por tanto, vinculadas por dicho mecanismo, dicho acuerdo se emitiría como parte del procedimiento de acuerdo mutuo, por lo que únicamente será efectivo en tanto que

las autoridades competentes continúen estando de acuerdo en seguir ese mecanismo a fin de resolver los casos que no hayan podido solventar mediante el procedimiento de acuerdo mutuo tradicional.

70. El apartado 5 dispone que *[cualquier autoridad competente]* puede solicitar que toda la cuestión no resuelta que se derive de *[un]* caso se someta a arbitraje *[y, en esas circunstancias, que la persona que ha presentado el caso ante la autoridad competente de un Estado Contratante en el marco del apartado 1 sea notificada de esa solicitud. No obstante, la obligación de notificar a la persona que ha presentado el caso no es una condición para el inicio del arbitraje y la falta de notificación a dicha persona no suspende el proceso arbitral.]* Esta solicitud puede realizarse en cualquier momento después de un período de *[tres]* años que comienza cuando el caso se presenta a la autoridad competente del otro Estado Contratante. Por ello, el recurso al arbitraje no es automático; *[las autoridades competentes]* pueden preferir esperar hasta más allá de finalizado el período de *[tres]* años (por ejemplo, para permitir*[se]* más tiempo para resolver el caso en virtud del apartado 2) o simplemente no iniciar el caso. Los Estados tienen libertad para estipular que, en determinadas circunstancias, se necesitará un plazo más largo antes de que pueda realizarse la solicitud.

71. En virtud del apartado 2 del Artículo 25, las autoridades competentes deben hacer lo posible por resolver los casos presentados en virtud del apartado 1, a fin de evitar una imposición no conforme al Convenio. Por tanto, a los fines del apartado 5, no debe considerarse que se ha resuelto el caso en tanto que, al menos, quede una cuestión respecto de la cual las autoridades competentes estén en desacuerdo y que, a criterio de una de las autoridades competentes, revele la existencia de una imposición no conforme con el Convenio. Por tanto, una de las autoridades competentes no podría decidir unilateralmente que se ha concluido el caso y que *[la otra autoridad competente]* no puede recurrir al arbitraje en relación con las cuestiones no resueltas; del mismo modo, ambas autoridades competentes no pueden considerar que el caso se ha resuelto y *[...]* si todavía quedan cuestiones no resueltas que les impiden estar de acuerdo en que no ha existido imposición no conforme al Convenio. Sin embargo, cuando las dos autoridades competentes estén de acuerdo en que la imposición por ambos Estados ha sido conforme con el Convenio, no quedan cuestiones sin resolver y se puede considerar que el caso se ha resuelto, aun cuando pudiera existir una doble imposición que no esté contemplada en las disposiciones del Convenio.

72. Únicamente se puede recurrir al proceso arbitral en aquellos casos en que la persona considera que la imposición no conforme con las disposiciones del Convenio, ha efectivamente resultado de las acciones adoptadas por uno o por ambos Estados Contratantes; por el contrario, no puede recurrirse a dicho proceso en aquellos casos en los que se arguya que esa imposición eventualmente resultará de tales acciones, aun cuando estos casos puedan presentarse ante las autoridades competentes en virtud del apartado 1 del Artículo [...]. Para tales efectos, se considera que la imposición ha resultado de las acciones adoptadas por uno o por ambos Estados Contratantes desde el momento en que, por ejemplo, el impuesto se haya pagado, liquidado o determinado de alguna otra manera, o aun en aquellos casos en que las autoridades fiscales notifiquen formalmente al contribuyente acerca de su intención de gravarlo respecto de ciertos elementos de renta.

73. Tal como está redactado, el apartado 5 prevé únicamente el arbitraje respecto de las cuestiones no resueltas que surjan a partir de una presentación efectuada en virtud del apartado 1 del Artículo. Los Estados que deseen ampliar el ámbito de aplicación del apartado de forma que comprenda también los procedimientos de acuerdo mutuo instados en virtud del apartado 3 del Artículo, tienen plena libertad para hacerlo. En ciertos casos, el procedimiento de acuerdo mutuo puede plantearse al amparo de otras disposiciones específicas del Convenio, como por ejemplo el subapartado 2 d) del Artículo 4. Conforme a dicho subapartado, las autoridades competentes, en ciertos casos, deben recurrir al acuerdo mutuo para resolver la situación de una persona natural que es residente de ambos Estados Contratantes. Como se indica en el párrafo 20 del Comentario al Artículo 4 [del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 10 del Comentario al Artículo 4 de este Modelo], estos casos deben resolverse de conformidad al procedimiento instituido en el Artículo 25. Si las autoridades competentes no logran llegar a un acuerdo sobre ese caso, y esto resultara en una imposición no conforme con el Convenio (según el cual la persona natural debería ser residente únicamente de un solo Estado a los efectos del Convenio), el caso del contribuyente recae en el ámbito del apartado 1 del Artículo 25 y, por lo tanto, resulta de aplicación el apartado 5.

74. En algunos Estados, es posible que las autoridades competentes puedan apartarse de las decisiones adoptadas por los tribunales

respecto de una cuestión que surja del caso presentado ante las autoridades competentes. Estos Estados, por tanto, podrán omitir la segunda oración del apartado.

75. La presentación del caso ante la autoridad competente del otro Estado, que representa el comienzo del plazo de [tres] años al que se refiere el apartado, puede ser realizada por la persona que presentó el caso ante la autoridad competente del primer Estado en virtud del apartado 1 del Artículo 25 (por ejemplo, presentando el caso a la autoridad competente del otro Estado al mismo tiempo o con posterioridad) o por la autoridad competente del primer Estado, la cual se pondría en contacto con la autoridad competente del otro Estado en el marco del apartado 2 si no pudiera llegar por sí misma a una solución satisfactoria del caso. Para determinar el inicio del plazo de [tres] años, solo se considerará que se ha presentado un caso ante la autoridad competente del otro Estado si se ha facilitado información suficiente a esa autoridad competente que le permita pronunciarse acerca de si la objeción que fundamenta el caso parece estar justificada. El acuerdo mutuo en el que se establezca la modalidad de aplicación del apartado 5 (véase el Anexo) debería precisar qué tipo de información será normalmente suficiente a tal fin.

76. El apartado también aborda la relación entre el proceso arbitral y el derecho de acceder a los recursos internos. Para que el proceso arbitral sea efectivo y para evitar el riesgo de conflicto entre las resoluciones, [...] el proceso arbitral [no debería estar disponible] cuando las cuestiones [de relevancia] se hayan resuelto previamente mediante los procedimientos contenciosos previstos en la legislación interna de cualquiera de los Estados (lo que significa que un tribunal judicial o administrativo de cualquiera de los Estados Contratantes ya haya emitido una decisión que aborde la cuestión y que le aplique a esa persona). Esto está en consonancia con el criterio adoptado por la mayoría de los países en relación con el procedimiento de acuerdo mutuo en virtud del cual:

- a) Una persona no puede acceder simultáneamente al procedimiento de acuerdo mutuo y a los recursos internos. Cuando aún no se hubieren agotado los recursos internos, las autoridades competentes requerirán normalmente al contribuyente que suspenda dichos recursos y, en caso de que el contribuyente no acceda a ello, diferirán el procedimiento de acuerdo mutuo hasta el agotamiento de tales recursos.
- b) Cuando se inste por el procedimiento de acuerdo mutuo en primer lugar y se hubiere alcanzado un acuerdo, se ofrecerá al

contribuyente y a las otras personas directamente afectadas con el caso, la posibilidad de rechazar el acuerdo y proseguir con el recurso doméstico que hubiera quedado en suspenso; por el contrario, si estas personas prefirieran la aplicación del acuerdo alcanzado, tendrán que renunciar a los recursos internos respecto de las cuestiones comprendidas en dicho acuerdo.

- c) Cuando se inste primero por los recursos internos, y los mismos sean agotados en un Estado, el contribuyente únicamente podrá solicitar el procedimiento de acuerdo mutuo a fin de obtener el alivio a la doble imposición en el otro Estado. Naturalmente, una vez que se hubiera emitido una decisión legal sobre un determinado caso, la mayoría de los países consideran que es imposible invalidarla a través de un procedimiento de acuerdo mutuo, por lo que se restringirá la aplicación del procedimiento de acuerdo mutuo en búsqueda de obtener la desgravación en el otro Estado.

Los mismos principios generales deberían aplicarse en el caso de un procedimiento de acuerdo mutuo que involucre una o más cuestiones sometidas a arbitraje. No resultaría de utilidad someter a arbitraje una cuestión con el conocimiento previo de que uno de los países tiene limitada su capacidad de respuesta ante la decisión arbitral. No será así, sin embargo, cuando el país pudiera desviarse, en el marco de un procedimiento de acuerdo mutuo, de la decisión judicial (véase el párrafo 74 [*del Comentario al Artículo 25 de la versión 2014 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE citado antes*]), en cuyo caso el apartado 5 podría adaptarse en consecuencia.

77. Un segundo aspecto involucra la relación entre los recursos internos y el arbitraje cuando el contribuyente no hubiera instado (o agotado) estos recursos internos. En esas circunstancias, el enfoque más coherente con la estructura básica del procedimiento de acuerdo mutuo sería el que resulta de aplicar los mismos principios generales en los casos en que el arbitraje resulte aplicable. Por tanto, los recursos internos quedarían en suspenso mientras se encuentre pendiente el resultado del procedimiento de acuerdo mutuo que involucra el arbitraje sobre aquellas cuestiones respecto de las cuales las autoridades competentes no logran resolver y un acuerdo mutuo podría alcanzarse tentativamente sobre la base de esa decisión. Como en otros casos sometidos al procedimiento de acuerdo mutuo, el acuerdo se presentaría al contribuyente, quien tendría que decidir entre aceptarlo, lo que exigiría la renuncia a los recursos internos no agotados, o rechazarlo para poder ejercer estos recursos.

78. Este enfoque está en línea con la naturaleza del proceso arbitral previsto en el apartado 5. El objeto de este proceso es el de permitir a las autoridades competentes llegar a una conclusión respecto de las cuestiones no resueltas que impiden alcanzar un acuerdo. Cuando se llega a un acuerdo tras asistencia del arbitraje, el carácter esencial del acuerdo mutuo permanece inalterado.

79. En ciertos casos, este criterio implicará que las partes tendrán que destinar tiempo y recursos en un proceso arbitral que sería conducente a un acuerdo mutuo que el contribuyente no aceptará. Sin embargo, la experiencia demuestra que son muy pocos los casos en los que el contribuyente rechaza el acuerdo mutuo para instar por los recursos internos. Incluso en estos casos poco frecuentes, cabría esperar que los órganos judiciales o administrativos tengan en cuenta el hecho de que se ha ofrecido al contribuyente una solución administrativa a su caso que habría sido vinculante para ambos Estados.

80. En algunos países, las cuestiones no resueltas entre las autoridades competentes únicamente pueden someterse a arbitraje si los recursos internos ya no están disponibles. Para poder instituir el criterio arbitral, estos Estados podrían considerar el criterio alternativo de requerir a una persona que renuncie a su derecho de instar las vías recursivas internas antes de que el caso pueda someterse a arbitraje. Esto podría hacerse sustituyendo la segunda oración del apartado por “no obstante, estas cuestiones sin resolver no se someterán a arbitraje cuando, en virtud de la legislación interna de cualquiera de los Estados, aún continúe vigente el derecho de cualquier persona directamente afectada por el caso a que los órganos judiciales o administrativos de ese Estado se pronuncien sobre tales cuestiones, o cuando dichos órganos judiciales o administrativos ya se hayan pronunciado sobre tales cuestiones”. Para evitar situaciones tales en las que se exija al contribuyente que renuncie a los recursos internos sin seguridad alguna sobre el resultado del caso, sería importante modificar el apartado de forma que incluya un mecanismo que garantice, por ejemplo, que la doble imposición se eliminaría de manera efectiva. Asimismo, atento que el contribuyente tendría que renunciar al derecho de recurrir ante los tribunales domésticos, el apartado también debería modificarse de forma que contenga suficientes salvaguardias legales relativas a que la participación del contribuyente en el proceso arbitral se ajuste a los requerimientos que pudieren existir en la legislación interna para que dicha renuncia sea aceptable en virtud del régimen jurídico aplicable (por ejemplo, en algunos países dicha renuncia podría no

ser efectiva si no se garantiza a la persona el derecho de alegación oral durante el proceso arbitral).

81. El apartado 5 establece que, *[a no ser que ambas autoridades competentes acuerden una solución diferente dentro de los seis meses desde que les hubiere sido comunicada la decisión, o]* a menos que una persona a la que concierna directamente el caso rechace el acuerdo mutuo que pone en práctica la decisión arbitral, dicha decisión será vinculante para ambos Estados. Por tanto, la imposición sobre cualquier persona directamente afectada por el caso tendrá que ajustarse a la decisión emitida sobre las cuestiones sometidas a arbitraje, la cual quedará reflejada en el acuerdo mutuo que se presente a esas personas.

82. Como se señaló en el subapartado *b) del párrafo 76 [del Comentario al Artículo 25 de la versión 2014 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE citado antes]*, cuando se alcance un acuerdo mutuo antes de haber agotado los recursos previstos en la legislación interna, lo normal es que las autoridades competentes exijan, como condición para la aplicación del acuerdo, que las personas afectadas renuncien al ejercicio de los recursos previstos en la legislación interna que puedan seguir vigentes en relación con las cuestiones comprendidas en el acuerdo. De no existir tal renuncia, una sentencia judicial dictada posteriormente podría impedir a las autoridades competentes poner en práctica el acuerdo. Por lo tanto, a los efectos del apartado 5, si una persona a la que se le haya presentado el acuerdo mutuo que pone en práctica la decisión arbitral no está de acuerdo en renunciar a los recursos internos, se considerará que esa persona no ha aceptado ese acuerdo.

83. La decisión arbitral es vinculante únicamente respecto de las cuestiones concretas que se someten a arbitraje. Aun cuando no existe impedimento alguno para que las autoridades competentes resuelvan otros casos similares (incluidos aquellos involucrando a las mismas personas, pero referidos a distintos períodos fiscales) sobre la base de dicha decisión, no están obligadas a hacerlo, por lo que cada Estado están facultado para adoptar un criterio distinto en relación con esos otros casos.

[...]

85. La última oración del apartado permite establecer el modo de aplicación del proceso arbitral a ser determinado mediante un acuerdo mutuo. Algunos aspectos también podrían incluirse en el propio Artículo, en un protocolo o mediante el intercambio de notas diplomáticas. Con independencia del procedimiento adoptado para

substanciar el acuerdo, éste deberá reflejar las normas estructurales y procedimentales que deben seguirse para la aplicación del apartado, teniendo en cuenta el requisito establecido en él sobre la naturaleza vinculante de la decisión arbitral para ambos Estados. Lo óptimo sería redactar ese acuerdo al mismo tiempo que el Convenio para que su firma y para que aplique inmediatamente después a la entrada en vigor del apartado. Asimismo, dado que el acuerdo contendrá los detalles del proceso que deba seguirse para someter a arbitraje las cuestiones no resueltas, sería importante hacer público el acuerdo. El Anexo contiene un modelo de acuerdo mutuo sobre el proceso arbitral, junto con los comentarios sobre las normas procedimentales que postula.

23. Con relación al párrafo 83 del Comentario al Artículo 25 de la versión 2014 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE citado en el anterior párrafo 22, debe tenerse en cuenta que el apartado 5 de la Alternativa B del Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas permite a las autoridades competentes acordar una solución diferente de la adoptada en la decisión arbitral, siempre que lo hagan antes de transcurridos seis meses desde que se les hubiera comunicado la decisión arbitral. Por consiguiente, la decisión arbitral no es vinculante si ambas autoridades competentes consideran que no es adecuada y consiguen ponerse de acuerdo sobre una solución diferente dentro del plazo indicado. En contraste, un acuerdo mutuo posterior que difiera de la decisión arbitral no está autorizado en virtud del apartado 5 del Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, pero sí está autorizado en virtud del Artículo 12 del Convenio sobre Arbitraje de la Unión Europea.

24. En cualquier momento después de la solicitud de arbitraje de conformidad con el apartado 5 y antes de que los árbitros hayan comunicado una decisión a las autoridades competentes, éstas pueden acordar una resolución de las cuestiones no resueltas que dieron lugar al arbitraje. En tal caso, se considerará que la cuestión se ha resuelto en virtud del procedimiento de acuerdo mutuo y no se tomará ninguna decisión arbitral. No obstante, las autoridades competentes no pueden finalizar el proceso arbitral sin haber resuelto el caso. De lo contrario, se echaría por tierra la certeza que caracteriza al proceso (por ejemplo, la persona que ha presentado el caso de conformidad con el apartado 1 pudo haber renunciado a los recursos judiciales porque el caso se ha sometido a arbitraje).

C. CUESTIONES ADICIONALES RELACIONADAS CON EL PROCEDIMIENTO DE ACUERDO MUTUO

25. La última oración del apartado 4 del Artículo 25 (Alternativas A y B) autoriza a las autoridades competentes a desarrollar procedimientos bilaterales para poner en práctica el procedimiento de acuerdo mutuo. En los apartados siguientes se abordan varios aspectos procedimentales relacionados con el procedimiento de acuerdo mutuo y se incluyen sugerencias relativas a los procedimientos que podrían adoptar las autoridades competentes. Estas sugerencias no son exhaustivas y deberían adaptarse o complementarse en función de la experiencia y las circunstancias de cada país.

(a) *Aspectos del procedimiento de acuerdo mutuo que se deberían abordar*

26. Los acuerdos procedimentales vinculados con los acuerdos mutuos, por lo general deberían ser adecuados al número y al tipo de cuestiones que previsiblemente serán abordados por las autoridades competentes, así como a la capacidad y a los recursos administrativos de esas autoridades. Los mecanismos adoptados no deberían tener una estructura rígida, sino que deberían incluir cierto grado de flexibilidad necesario para facilitar las consultas y el acuerdo, y no obstaculizarlos con complicados trámites y requisitos procedimentales. Sin embargo, hasta los mecanismos procedimentales relativamente simples deben incluir ciertas reglas mínimas encaminadas a informar a los contribuyentes de sus derechos y obligaciones esenciales en el marco del procedimiento de acuerdo mutuo. Parecería que estas normas mínimas deberían abarcar cuestiones tales como:

- en qué etapa del asunto fiscal un contribuyente puede solicitar la intervención de la autoridad competente en el marco del procedimiento de acuerdo mutuo;
- si el contribuyente debe atenerse a ciertas formalidades al solicitar la intervención de la autoridad competente;
- si existe algún plazo aplicable para que el contribuyente solicite la intervención de la autoridad competente;
- cuando el contribuyente solicita la intervención de la autoridad competente, si queda vinculado por la decisión de la

autoridad competente y si debe renunciar a los demás recursos administrativos o judiciales como condición para la puesta en práctica de un acuerdo mutuo alcanzado por las autoridades competentes;

- en qué manera, si la hay, el contribuyente puede participar en los procesos de la autoridad competente y qué requisitos resultan exigibles con relación al suministro de información por parte del contribuyente.

(b) *Cooperación necesaria de la persona que formula la solicitud*

27. El resultado satisfactorio de un procedimiento de acuerdo mutuo depende en gran medida de la plena cooperación de la persona que formuló la solicitud. Dicha persona debe, en particular, ayudar a las autoridades competentes a determinar los hechos sobre los que el caso se basa. Ello requiere que la persona divulgue en forma completa y precisa todos los hechos pertinentes y los respalde con la documentación que tenga a su disposición. Cuando, en particular, las operaciones se hubieren llevado a cabo en el otro Estado Contratante, la persona que formuló la solicitud debe presentar los documentos pertinentes en los que se establezcan las condiciones de dichas operaciones y facilitar información completa sobre los hechos y circunstancias de esas operaciones.

28. La autoridad competente puede, en particular, exigir que la persona que formula la solicitud presente tan pronto como fuera posible:

- una descripción de los antecedentes generales del caso, la cual podría incluir una descripción de las actividades empresariales de las personas involucradas, así como una descripción de los contratos y acuerdos que establecen esos antecedentes generales, tal como un acuerdo entre accionistas, un acuerdo de asociación de personas (*partnership*), un acuerdo de licencia o un acuerdo de proyecto;
- los detalles de la situación que, al parecer, resultaron o resultarán en una tributación no conforme con las disposiciones del Convenio, los que podrían incluir, por ejemplo, los detalles de las transacciones o actos (por ejemplo, un pago o el suministro de un bien o la prestación de un servicio) que fueron

caracterizados de determinada manera por la administración tributaria del otro Estado Contratante, respaldados con la documentación pertinente y, en especial, los documentos que se han presentado ante la administración tributaria del otro Estado Contratante;

- el monto de la renta y el impuesto implicado (o una estimación de los mismos);
- los estados financieros pertinentes de la persona o personas implicadas en las transacciones o actividades en cuestión;
- una descripción de los años fiscales o períodos pertinentes afectados por el caso (en cada Estado, cuando sean diferentes);
- una descripción de la situación procedimental del caso en el otro Estado Contratante, por ejemplo, indicando si se ha presentado un informe de auditoría fiscal, se ha recibido una determinación fiscal, si se ha formulado una apelación o se ha incoado un litigio; y
- una referencia a las disposiciones pertinentes del convenio tributario aplicable y el análisis que sustente el reclamo de que existe o existirá una tributación no conforme con esas disposiciones (cuando se encuentre disponible, debería presentarse también el análisis jurídico de las autoridades tributarias del otro Estado Contratante).

29. Puede resultar más difícil obtener parte de información citada anteriormente cuando las transacciones pertinentes impliquen a terceras partes que no son empresas asociadas de la persona que formula la solicitud. Asimismo, cierta información podría no encontrarse disponible al momento en que se formula la solicitud. No obstante, la información presentada en la fase inicial debería ser suficiente para permitir a la autoridad competente a la cual se presenta el caso pueda determinar si la objeción resulta justificada. Una autoridad competente no podría, en ningún caso, iniciar un procedimiento de acuerdo mutuo cuando la persona que formula la solicitud presente información insuficiente o inadecuada.

30. El procedimiento de acuerdo mutuo previsto en el apartado 1 del Artículo 25 únicamente se encuentra disponible en los casos en que una persona considera que las acciones adoptadas por uno o por ambos Estados Contratantes resultan o resultarán en una tributación

no conforme con las disposiciones del Convenio. Puede haber casos en los que surja una doble imposición debido a que un contribuyente no ha logrado cumplir con las normas procedimentales (por ejemplo, el vencimiento de los plazos) sin haber ninguna imposición no conforme con el Convenio; en tales casos, el procedimiento de acuerdo mutuo no estará disponible.

(c) *Información sobre ajustes*

31. Las autoridades competentes deberían decidir acerca del alcance de la información que ha de suministrarse respecto de los ajustes referentes a la atribución de renta y la fecha en que una autoridad competente ha de comunicar esa información a la otra. Esa información podría, pues, abarcar los ajustes propuestos o efectuados por la administración tributaria de un país, las entidades relacionadas involucradas y el carácter general de los ajustes.

32. En términos generales, es probable que la mayoría de las autoridades competentes lleguen a la conclusión de que la transmisión automática de esa información no es necesaria ni conveniente. La autoridad competente del país que realice un ajuste puede considerar que la tarea de reunir la información y prepararla en forma adecuada para su transmisión resulta dificultosa o insume mucho tiempo. Además, la otra autoridad competente puede encontrar engorroso el mero proceso del volumen de información transmitida de manera rutinaria por la primera autoridad competente mencionada en primera instancia. Más aún, habitualmente es de esperar que una sociedad informe a su entidad relacionada del otro país acerca de los procedimientos y ésta última se encuentra, por lo tanto, en condiciones de informar, a su vez, a su autoridad competente. Por este motivo, el hecho de que una administración tributaria que considera efectuar un ajuste que posiblemente involucre un aspecto internacional, advierta de ello al contribuyente con tanta anticipación como sea posible, facilitaría el funcionamiento del mecanismo de consultas.

33. Algunas autoridades competentes, aunque no deseen ser informadas de manera rutinaria de todos los ajustes efectuados en el otro país, pueden desear recibir, ya sea de sus propios contribuyentes como de la otra autoridad competente, un “aviso temprano” de los casos graves o de la existencia de un grado considerable o de un patrón de

actividades respecto de determinados tipos de casos; de igual modo, tal vez deseen transmitir esa información. En este caso, debería elaborarse un proceso para la obtención de dicha información. Algunas autoridades competentes pueden querer extender este sistema de aviso temprano a casos menos graves, a fin de abarcar un número mayor de casos.

(d) *Inicio de las consultas entre las autoridades competentes con relación a ajustes propuestos o efectuados*

34. El apartado 1 del Artículo contiene reglas generales referidas a la presentación de un caso por el contribuyente. La autoridad competente a la cual se presente válidamente un caso debe examinar primero si puede llegar a una solución satisfactoria por sí misma. Si no puede hacerlo, debe determinar en qué instancia consultará a la autoridad competente del otro Estado.

35. Muchas autoridades competentes preferirían, al menos en las primeras etapas de su experiencia, no iniciar un proceso de consultas con el otro Estado al momento de proponer un ajuste y, probablemente, tampoco una vez que el ajuste se hubiere concretado. Es posible que un ajuste propuesto no se traduzca jamás en una acción definitiva, e incluso un ajuste efectuado puede o no dar origen a un reclamo mediante el cual se exija un ajuste correlativo; incluso, en caso de que ello ocurra, es posible que ese último ajuste se practique sin dificultades. En consecuencia, muchas autoridades competentes pueden decidir que no se debería iniciarse el proceso de consultas hasta que sea necesario plantear el ajuste correlativo (u otra consecuencia tributaria en el segundo país).

36. Sin embargo, algunas autoridades competentes prefieren iniciar cuanto antes el proceso bilateral, quizá en la etapa en que se proponga el ajuste. Ello puede facilitar el proceso de consultas, en particular cuando el primer país no haya fijado una posición inicial. En tal caso, la otra autoridad competente debería estar preparada para discutir la cuestión en esa etapa inicial con la primera autoridad competente. Otras autoridades competentes, en cambio, pueden estar dispuestas a que sea el contribuyente quien decida y, por lo tanto, estar preparada para que se recurra a ese proceso en cualquier momento a partir de que se proponga el ajuste.

37. Como mínimo, debe informarse a los contribuyentes acerca del momento en que se puede recurrir al procedimiento de acuerdo mutuo y ante qué autoridad competente deben dirigirse. Asimismo, debe informarse a los contribuyentes acerca de las formalidades con las que debe presentarse la solicitud, aunque, normalmente, es probable que con una simple forma baste.

(e) *Ajustes correlativos*

(i) *Regla principal*

38. Se reconoce que, para ser eficaz, un tratado que contenga una disposición que regule el ajuste correlativo basada en el apartado 2 del Artículo 9 debe prever, asimismo, la inaplicabilidad de toda normativa procedimental interna que suponga un obstáculo a la realización del ajuste correlativo. De ahí que tales disposiciones, como las normas sobre prescripción y el carácter definitivo de la determinación de impuestos tendrían que dejarse de lado para que se pudieran practicar los ajustes correlativos, tal como se exige en la última oración del apartado 2 del Artículo 25. Si un determinado país no puede, a partir de la aplicación del tratado, invalidar esos aspectos de su legislación interna, esto debería indicarse en el tratado, aunque sería de esperar que dicha legislación interna pudiera enmendarse a los fines de permitir que el tratado opere de modo tal que evite la necesidad de dicha disposición excepcional.

(ii) *Procedimiento entre las autoridades competentes*

39. El apartado 2 del Artículo 9 no prescribe el método del ajuste correlativo, toda vez que éste depende de la naturaleza del ajuste inicial y de sus efectos en el impuesto que se ha de pagar sobre los beneficios de la empresa asociada. En consecuencia, el método del ajuste correlativo es un aspecto de la cuestión sustantiva en que se basa el ajuste inicial. Habida cuenta del requisito del ajuste correlativo previsto en el Artículo 9, resulta evidente que el procedimiento de acuerdo mutuo debe estar disponible en este punto. Así, si las autoridades tributarias del Estado Contratante que deben practicar ese ajuste correlativo, no lo efectúan por sí mismas, los contribuyentes deberían tener derecho a recurrir al procedimiento de acuerdo mutuo. Cuando el contribuyente hace una solicitud a la autoridad competente de un Estado Contratante,

esa autoridad competente puede estar en condiciones de resolver la cuestión sin necesidad de consultar a la autoridad competente del otro Estado Contratante, tal como se prevé en la primera parte del apartado 2 del Artículo 25. Por ejemplo, esa autoridad competente puede estar en condiciones de resolver una cuestión con posibles consecuencias internacionales que deriven de un ajuste propuesto por una subdivisión política del Estado aun cuando la autoridad competente represente al gobierno central de dicho Estado. Esto es, naturalmente, un aspecto del derecho nacional afectado por el tratado.

40. Como un aspecto procedimental mínimo, las autoridades competentes deberían indicar la medida en la que puede permitirse, a un contribuyente, participar en el procedimiento entre las autoridades competentes, y las modalidades de esa participación. Algunos países desean favorecer un grado razonable de participación por parte del contribuyente. Ciertos países pueden permitir que los contribuyentes presenten información e incluso que comparezcan ante las autoridades competentes; otros países pueden limitar la participación del contribuyente al mero suministro de información. Es probable que las autoridades competentes condicionen el acceso al procedimiento a que el contribuyente presente la información pertinente necesaria para resolver la cuestión. Además, cuando proceda, algunas autoridades competentes pueden exigir que el contribuyente prepare la información, dentro de lo posible, con arreglo a principios contables internacionalmente aceptados, a fin de que la información suministrada cuente con uniformidad y objetividad. Debe notarse que se está avanzando con rapidez en la elaboración de normas contables internacionales, lo que sin duda ayudará a la labor de las autoridades competentes. Otro aspecto referido a la participación del contribuyente se relaciona con que debería exigirse la notificación al contribuyente que invoca el procedimiento de acuerdo mutuo, respecto de la respuesta de la autoridad competente.

41. Las autoridades competentes deberán determinar la forma en que se efectuarán las consultas, una vez iniciada esta parte del procedimiento. La naturaleza de las consultas dependerá, probablemente, del número y del tenor de los casos involucrados. Las autoridades competentes deberían velar por que el procedimiento de consultas se mantenga flexible, dejando abierta toda forma de comunicación, a fin de que se pueda utilizar el método apropiado al asunto de que se trate.

42. Varias alternativas se encuentran a disposición, tal como las consultas informales por medios de telecomunicación o en persona; reuniones entre funcionarios técnicos o inspectores de cada país, cuyas conclusiones habrán de ser aceptadas o ratificadas por las autoridades competentes; la designación de una comisión mixta cuando se trate de un caso complicado o de una serie de casos; reuniones presenciales formales entre las autoridades competentes, etcétera. No parece conveniente establecer un plazo dentro del cual las autoridades competentes deban resolver una cuestión, puesto que la complejidad de los casos particulares puede variar. Sin embargo, las autoridades competentes deberían establecer hábitos de trabajo que conduzcan a una solución rápida de los casos y deberían hacer lo posible para no permitir que haya demoras indebidas.

43. Como se examina en los párrafos 25 y 42 del Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citados anteriormente en el párrafo 12, un importante aspecto procedimental mínimo del proceso ante la autoridad competente se refiere al efecto del acceso a ese recurso por parte del contribuyente. ¿Debe el contribuyente estar vinculado por la decisión de las autoridades competentes, en el sentido de que el contribuyente deba renunciar a sus derechos a recurrir a otros procedimientos alternativos, como los procesos administrativos o judiciales internos? Si las autoridades competentes quieren que su procedimiento sea exclusivo y vinculante, será necesario que las disposiciones del Convenio se redacten de forma que permitan ese resultado. Presumiblemente, ese resultado puede lograrse en virtud de la delegación de carácter general del apartado 4 del Artículo 25, exigiendo al contribuyente que renuncie al recurso a esos otros procedimientos alternativos. Sin embargo, incluso con este apartado, algunos países pueden considerar que su legislación interna requiere una declaración aún más explícita que permita que el procedimiento ante la autoridad competente sea vinculante, en especial habida cuenta de la práctica actual, en materia de tratados, de no considerar el procedimiento como uno de carácter vinculante. Algunas autoridades competentes pueden desear que sus decisiones resulten vinculantes, para evitar que después de todo el esfuerzo realizado para llegar a un acuerdo, el contribuyente rechace el resultado sobre la base de que cree que puede obtener un resultado más favorable en los tribunales o ante otras instancias. Otras autoridades competentes pueden

desean atenerse a la práctica actual y, por lo tanto, pueden no querer obligar a los contribuyentes, o tal vez, no estén en situación de hacerlo en función del derecho interno. Al parecer, esta es una cuestión en que la experiencia que se adquiera puede constituir una orientación de utilidad.

44. Una cuestión básica relativa al procedimiento entre las autoridades competentes es determinar hasta qué punto las propias autoridades competentes deberían considerarse obligadas a alcanzar un acuerdo respecto de una cuestión que les sea planteada. Como mínimo, los tratados exigen que se efectúen consultas y las obliga a hacer lo posible para hallar una solución a la doble imposición económica. Pero ¿deben esas consultas terminar en un acuerdo? Es de presumir que, por regla general, el desacuerdo dejará a las entidades relacionadas en una situación en que la doble imposición pueda resultar en una imposición contraria al Convenio, por ejemplo, cuando un país se opuso a practicar un ajuste correlativo sobre la base de que el ajuste inicial no resultaba conforme al principio de plena competencia (*arm's length principle*). Por otra parte, un acuerdo significaría que se practicaría un ajuste correlativo, o que se efectuaría un cambio en el ajuste inicial, el cual, a su vez, iría seguido de un ajuste correlativo, o, tal vez, que se anularía el ajuste inicial. En definitiva, la cuestión general consiste en determinar si las consultas entre las autoridades competentes deben regirse por el requisito de que existe “acuerdo en llegar a un acuerdo”.

45. En la práctica, esta cuestión no es tan grave como podría parecer. La experiencia de la mayoría de las autoridades competentes demuestra que, en definitiva, casi siempre se llega a un acuerdo o solución. Naturalmente, la solución puede, a menudo, resultar un compromiso, sin embargo, el compromiso es un aspecto esencial del proceso de consultas y negociación. Por consiguiente, la decisión de que su procedimiento debería regirse por el criterio de “acuerdo en llegar a un acuerdo” no representaría, en realidad, una medida que implique un gran cambio para las autoridades competentes. Sin embargo, algunos países podrían considerar la adopción formal de ese criterio como una medida que involucra consecuencias jurídicas considerables y, por lo tanto, no estarán dispuestos a aceptar ese requisito.

46. Se reconoce que, para algunos países, el proceso de acuerdo podría facilitarse si, ante un caso extremadamente difícil o una

situación de estancamiento, las autoridades competentes pudieran consultar, formal o informalmente, a expertos externos que les diesen una opinión consultiva o los asistieran, de otra manera, en la resolución de la cuestión. Tales expertos podrían ser personas vinculadas, en el presente o en el pasado, con otras administraciones tributarias y que poseyesen la experiencia necesaria en la materia. En esencia, sería la experiencia personal de estos expertos, lo que, por lejos, resultaría de importancia. Este recurso a la asistencia externa podría ser útil incluso cuando las autoridades competentes no actuasen en virtud del criterio del “acuerdo en llegar a un acuerdo”, dado que la asistencia externa, al presentar un nuevo punto de vista, podría ayudar a resolver una situación de estancamiento.

47. La posibilidad de recurrir a esa asistencia puede incluir la utilización de métodos no-vinculantes de resolución de controversias, tales como la mediación. Para aquellos países que deseen utilizar tales mecanismos, existen varios métodos no-vinculantes que pueden emplearse para resolver controversias entre partes, ya sea en una etapa temprana o bien más tarde en el procedimiento entre las autoridades competentes. Tales medios no-vinculantes de resolución de controversias podrían oscilar entre la facilitación de las relaciones entre las autoridades competentes dentro del proceso, al suministro de percepciones u opiniones respecto de las cuestiones impositivas de fondo de la controversia que tengan a su alcance. Tales métodos se usan, en la actualidad, en la resolución de controversias impositivas suscitadas en el marco de la legislación interna de algunos países. Estos procedimientos deberían emplearse, sin embargo, teniendo en cuenta aspectos tales como el tiempo y la duración del procedimiento, el mecanismo y el criterio para la selección del mediador u otra persona que se designe y el tratamiento de la información de carácter confidencial.

(f) *Publicación de procedimientos y determinaciones de las autoridades competentes*

48. Las autoridades competentes deberían hacer públicos los procedimientos que hubieren adoptado con respecto a sus propios procesos de consultas. La descripción de los procedimientos debería ser lo más completa posible y debería contener, al menos, los aspectos procedimentales mínimos examinados previamente.

49. Cuando el proceso de consultas haya dado lugar a una determinación substantiva en una materia importante respecto de la cual se pudiera razonablemente entender que podría proporcionar orientación acerca de los puntos de vista de las autoridades competentes, éstas deberían establecer un procedimiento para publicar, en sus respectivos países, tal determinación o decisión.

(g) *Procedimientos para practicar ajustes*

50. Las autoridades competentes deberían considerar qué procedimientos pueden requerirse para poner en práctica los diversos ajustes involucrados. Por ejemplo:

- (i) El primer país podría considerar la posibilidad de diferir un pago de impuestos en virtud del ajuste o, incluso, renunciar a ese pago, si, por ejemplo, el pago o el reembolso de cierto gasto imputado por una empresa relacionada se encuentra prohibido en un determinado momento en virtud de restricciones monetarias o de otro orden establecidas por el segundo país;
- (ii) El primer país puede considerar medidas para facilitar la puesta en práctica del ajuste y el pago de una suma reasignada. Así, si se imputa, y se somete a imposición en consecuencia, renta a una sociedad principal, por servicios prestados a una subsidiaria extranjera relacionada, se puede permitir, en lo que respecta al país de la sociedad principal, que la subsidiaria establezca en sus libros una cuenta a pagar a favor de la sociedad principal y esta última no quedará sujeta en su propio país a un segundo impuesto con respecto a la constitución o pago de la suma que ha de recibir. Ese pago no debería considerarse como dividendo por el país de la subsidiaria;
- (iii) El segundo país puede considerar medidas para facilitar la puesta en práctica del ajuste y el pago de una suma reasignada. Ello puede, por ejemplo, involucrar el reconocimiento del pago efectuado como una partida deducible, aun cuando, con anterioridad al ajuste, no hubiera obligación legal de pagar esa suma. Esto es, en realidad, un aspecto del ajuste correlativo.

(h) *Procedimientos unilaterales*

51. El análisis que antecede se relaciona, casi con totalidad, con procedimientos de carácter bilateral respecto de los cuales podrían acordarse entre las autoridades competentes para poner en práctica el procedimiento de acuerdo mutuo. Una autoridad competente puede, además, considerar conveniente establecer ciertas normas o procedimientos unilaterales que involucran las relaciones con sus propios contribuyentes, de modo tal que estas relaciones puedan entenderse con mayor precisión. Estas normas unilaterales pueden abarcar asuntos como la forma que deben seguir las presentaciones mediante las cuales se planteen cuestiones ante la autoridad competente; la autorización a los contribuyentes para presentar, en una etapa temprana, un asunto ante la autoridad competente, aun cuando el procedimiento bilateral todavía no requiera que se efectúen consultas en ese momento; la posibilidad de que la autoridad competente plantee nuevas cuestiones a nivel doméstico entre las autoridades fiscales y el contribuyente si éste recurre a la autoridad competente; y los requerimientos de información que ayuden a la autoridad competente a tratar esos asuntos.

52. Las normas unilaterales relativas al funcionamiento de una autoridad competente no requerirán la conformidad de la otra autoridad competente toda vez que estas normas se limitan a la relación en el plano doméstico con sus propios contribuyentes. No obstante, parecería adecuado comunicar tales normas unilaterales a las demás autoridades competentes a fin de evitar, en la medida de lo posible, diferencias sustanciales entre tales normas en relación con los diversos tratados.

D. INTERACCIÓN ENTRE EL PROCEDIMIENTO DE ACUERDO MUTUO Y LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL GATS

53. En algunos casos poco frecuentes, una controversia entre países relativa la aplicación de la norma de trato nacional del Artículo XVII del *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios* (GATS, por sus siglas en inglés) con respecto a los impuestos incluidos en un tratado tributario podría dar lugar a que tanto el procedimiento de acuerdo mutuo como el mecanismo de solución de diferencias del GATS resulten aplicables para resolver la cuestión. Este problema, la solución adoptada en el GATS con respecto a los tratados tributarios existentes al momento

en que aquél entró en vigor, y una posible solución con respecto a los tratados tributarios posteriores, se examinan en las siguientes partes del Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que los países pueden estar interesados en tener en cuenta cuando negocien un convenio tributario:

88. La aplicación del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), que entró en vigor el 1 de enero de 1995 y que han firmado todos los Estados miembros, plantea problemas específicos en relación con el procedimiento de acuerdo mutuo.

89. El apartado 3 del Artículo XXII del GATS establece que una controversia sobre la aplicación del Artículo XVII del Acuerdo, relativo al principio de trato nacional, no puede resolverse en el marco los mecanismos de resolución de controversias previstos en los Artículos XXII y XXIII del Acuerdo si la medida controvertida “está comprendida en el ámbito de un acuerdo internacional entre ellos destinado a evitar la doble imposición” (por ejemplo, un convenio tributario). En caso de desacuerdo acerca de si una medida “está comprendida en el ámbito” de un acuerdo internacional de ese tipo, el apartado 3 dispone que cualquiera de los Estados afectados puede plantear la cuestión ante el Consejo del Comercio de Servicios, el cual someterá la controversia a un arbitraje vinculante. Una nota al pie de página referida al apartado 3 contiene, sin embargo, la importante excepción consistente en que si la controversia se relaciona a un acuerdo internacional “existente al momento de la entrada en vigor” del Acuerdo, la cuestión no podrá someterse ante el Consejo del Comercio de Servicios a menos que ambos Estados presten su consentimiento.

90. Ese apartado plantea dos problemas específicos en relación con los convenios tributarios.

91. En primer lugar, la nota al pie de página referida al citado apartado estipula un tratamiento diferente de los convenios tributarios suscritos antes y después de la entrada en vigor del GATS, lo cual puede parecer inadecuado, en particular cuando un convenio existente al momento de la entrada en vigor del GATS fuera renegociado más tarde, o cuando se celebre con posterioridad un protocolo relativo a un convenio que se encontraba en vigor en aquel momento.

92. En segundo lugar, la frase “esté comprendida en el ámbito” es intrínsecamente ambigua, tal como lo indica la inclusión de un proceso arbitral en el apartado 3 del Artículo XXII del GATS y de una cláusula exonerando a los convenios preexistentes de su aplicación

a los fines de abordar las controversias sobre su significado. Si bien parece claro que un país no podría argumentar de buena fe¹ que una medida relativa a un impuesto al cual no le resultaba aplicable ninguna disposición de un convenio tributario, estaba comprendida en el ámbito de aplicación de ese convenio, no resulta claro si dicha oración se refiere a todas las medidas relativas a impuestos a los que resultan aplicables todas o solo algunas disposiciones del convenio tributario.

-
- 1 La obligación de aplicar e interpretar los convenios de buena fe se reconoce expresamente en los Artículos 26 y 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados*; por lo que la excepción del apartado 3 del Artículo XXII del GATS solo aplica a las controversias de buena fe.

93. Los Estados Contratantes pueden desear evitar tales dificultades extendiendo bilateralmente la aplicación de la nota al pie de página contenida en el apartado 3 del Artículo XXII del GATS, a los convenios suscritos con posterioridad a la entrada en vigor del GATS. Dicha extensión bilateral, que complementaría—pero sin contravenir en forma alguna—las obligaciones asumidas por los Estados Contratantes en virtud del GATS, puede incorporarse al Convenio añadiendo la siguiente disposición:

Para efectos del apartado 3 del Artículo XXII (Consultas) del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, los Estados Contratantes acuerdan que, no obstante las disposiciones de dicho apartado, toda controversia entre ellos, respecto de si una medida queda comprendida en el ámbito de aplicación este Convenio, podrá someterse ante el Consejo del Comercio de Servicios, tal como dispone ese apartado, únicamente con el consentimiento de ambos Estados Contratantes. Cualquier duda relativa a la interpretación de este apartado se resolverá en el marco del apartado 3 del Artículo 25 o, si no pudiera alcanzarse un acuerdo en virtud de dicho procedimiento, de conformidad con cualquier otro procedimiento convenido entre ambos Estados Contratantes.

94. Pueden plantearse problemas similares a los expuestos anteriormente en relación con otros acuerdos bilaterales o multilaterales relativos al comercio o a las inversiones. En el curso de sus negociaciones bilaterales, los Estados Contratantes tienen libertad para modificar la disposición sugerida más arriba, para asegurar que las cuestiones relativas a los impuestos comprendidos en el convenio tributario se resuelvan a través del procedimiento de acuerdo mutuo, en lugar de aplicar el mecanismo de resolución de controversias de tales acuerdos.

**ANEXO AL COMENTARIO AL APARTADO 5 DEL ARTÍCULO 25
(ALTERNATIVA B)**

Modelo de Acuerdo Mutuo sobre Arbitraje

1. Tal como se indicó previamente en el párrafo 22 del Comentario al Artículo 25, el Comité considera que el modelo de acuerdo mutuo sobre arbitraje contenido en el Anexo al Comentario al Artículo 25 de la versión 2014⁸⁸ del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE resultan relevantes para la aplicación del apartado 5 de la Alternativa B del Artículo 25 de este Modelo, sujeto a un número de diferencias introducidas en el propio modelo de acuerdo mutuo, que son fundamentalmente las siguientes:

- En el modelo de acuerdo mutuo que se presenta a continuación se estipula que, a menos que las autoridades competentes acuerden, en un caso particular, que el panel arbitral emitirá una decisión independiente, se adoptará el criterio conocido como “última mejor oferta” u “oferta final” (lo que se designa normalmente como “arbitraje de béisbol”). Este proceso arbitral simplificado es menos costoso. La elección entre las posiciones de las autoridades competentes, respecto de cada una de las cuestiones que deben resolverse, será más rápida que la elaboración y emisión de una opinión independiente acerca de cada una de esas cuestiones; además, esa elección puede requerir un solo árbitro independiente, aun cuando la norma básica es que haya tres árbitros.
- El modelo de acuerdo mutuo también prevé que un caso no se someterá a arbitraje si implica menos de cierto monto de impuestos (a ser especificada por las autoridades competentes). Tales casos solo se someterán a arbitraje si ambas autoridades competentes están de acuerdo en que conviene hacerlo (por ejemplo, a fin de resolver una cuestión de principios). No obstante, es indudable que los contribuyentes esperan que las

88 La referencia que aquí se hace es a la versión 2014 del Anexo al Comentario al apartado 5 del Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, habida cuenta de que el Comité no examinó en detalle la gran cantidad de cambios introducidos a ese Anexo con la versión 2017 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

autoridades competentes resuelvan directamente los casos que implican pequeñas cantidades de impuestos y en los que no se ve afectada ninguna cuestión de principios.

- A fin de garantizar su neutralidad, el modelo de acuerdo mutuo estipula que los árbitros designados deben realizar una declaración en la que manifiesten que, por lo que ellos saben, no existen circunstancias que podrían dar lugar a dudas justificables acerca de su independencia o imparcialidad y que inmediatamente darán a conocer por escrito a ambas autoridades competentes acerca de cualquiera de esas circunstancias que surja durante el proceso arbitral.
- El modelo de acuerdo mutuo contiene algunas reglas para determinar la remuneración de los árbitros.

2. El Comité considera, por lo tanto, que los siguientes párrafos del Anexo al Comentario al Artículo 25 de la versión 2014 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE que se reproducen a continuación, resultan relevantes para la aplicación del apartado 5 del Artículo 25 Alternativa B de este Modelo. Las observaciones adicionales que aparecen entre corchetes y en cursivas, que no forman parte del Anexo al Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2014, han sido introducidas para ofrecer explicaciones adicionales y para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y aquéllas del presente Modelo, así como también las diferencias descritas previamente en el apartado 1:

1. El siguiente consiste en un modelo de acuerdo que las autoridades competentes pueden utilizar como base para un acuerdo mutuo para poner en práctica el proceso arbitral previsto en el apartado 5 [*de la Alternativa B del Artículo*]. Los siguientes párrafos 2 a 43 analizan las distintas disposiciones del acuerdo y, en algunos casos, plantean alternativas. Naturalmente, las autoridades competentes, al momento de negociar su acuerdo bilateral, tienen plena libertad para modificar, añadir o suprimir cualquier disposición contenida en este modelo de acuerdo.

***Acuerdo mutuo sobre la aplicación
del Apartado 5 del Artículo 25***

Las autoridades competentes del [Estado A] y del [Estado B] han celebrado el presente acuerdo mutuo con la intención de establecer el modo de aplicación del proceso arbitral previsto en el apartado 5 del Artículo 25 del [título del Convenio], que entró en vigor el [fecha de entrada en vigor]. Las autoridades competentes tienen la facultad de modificar o complementar este acuerdo mediante intercambio de notas.

1. Solicitud de presentación de un caso a arbitraje

La solicitud para que las cuestiones no resueltas que surjan de un procedimiento de acuerdo mutuo se sometan a arbitraje en virtud del apartado 5 del Artículo 25 del Convenio (“la solicitud de remisión a arbitraje”) se realizará por escrito y se remitirá *[por una autoridad competente a la otra autoridad competente y a la persona que presentó el caso ante la autoridad competente de un Estado Contratante en virtud del apartado 1 del Artículo 25]*. La solicitud contendrá información suficiente para identificar el caso. Asimismo, la solicitud estará acompañada de una declaración por escrito de las personas que, o bien *[presentaron el caso]* o están directamente afectadas por el caso, en el sentido de que ningún órgano judicial o administrativo de los Estados se ha pronunciado sobre la materia en cuestión [...].

[Una autoridad competente no presentará ninguna solicitud de remisión a arbitraje cuando el monto de los impuestos implicados en el procedimiento de acuerdo mutuo pertinente resulte inferior a [monto a ser determinado bilateralmente], a menos que ambas autoridades competentes acuerden en que es conveniente hacerlo (por ejemplo, para resolver una cuestión de principios).]

2. Plazo para la presentación de un caso a arbitraje

La solicitud de remisión a arbitraje puede formularse únicamente transcurridos *[tres]* años desde la fecha en que el caso, presentado ante la autoridad competente de un Estado Contratante de acuerdo con el apartado 1 del Artículo 25, se haya presentado también a la autoridad competente del otro

Estado. Para ese fin, se considerará que un caso se ha presentado a la autoridad competente del otro Estado únicamente si se ha facilitado la siguiente información: *[en el acuerdo se especificará la información necesaria y los documentos que deban presentarse]*.

3. *Términos de Referencia*

Antes de transcurridos tres meses desde la recepción de la solicitud de remisión a arbitraje por *[la otra autoridad competente]*, las autoridades competentes acordarán las cuestiones que deberán ser resueltas por el panel arbitral y las comunicarán por escrito a la persona que *[ha presentado el caso]*. Ello constituirá los “Términos de Referencia” para el caso. No obstante lo dispuesto en los siguientes apartados de este acuerdo, las autoridades competentes también podrán incluir en los Términos de Referencia, normas procedimentales complementarias o diferentes de las incluidas en estos apartados para abordar aquellas otras cuestiones que consideren adecuadas.

4. *Falta de notificación de los Términos de Referencia*

Si *[,]* en el plazo mencionado en el apartado 3 anterior, *[los Términos de Referencia no han sido acordados por las autoridades competentes y notificados a la persona que ha presentado el caso,]* cada autoridad competente podrá,^[1] antes de transcurrido un mes desde la finalización de ese plazo, comunicarse mutuamente por escrito una lista de las cuestiones que deberían resolverse mediante el arbitraje. Todas las listas así comunicadas durante ese período constituirán los Términos de Referencia provisionales. Antes de transcurrido un mes desde que todos los árbitros hubieran sido nombrados en la forma prevista en el apartado 5 a continuación, los árbitros comunicarán a las autoridades competentes y a la persona que *[presentó el caso]* una versión revisada de los Términos de Referencia provisionales en base a las listas así comunicadas. Antes de transcurrido un mes desde que la versión revisada hubiera sido recibida por ambas autoridades competentes, éstas tendrán la posibilidad de acordar unos Términos de Referencia diferentes y comunicarlos por escrito a los árbitros y a la persona que *[presentó el caso]*. Si así lo hacen dentro

de ese plazo, estos Términos de Referencia diferentes constituirán los Términos de Referencia para el caso. Si las autoridades competentes no hubieren acordado y comunicado por escrito dentro de ese período, unos Términos de Referencia diferentes, la versión revisada de los Términos de Referencia preparados por los árbitros constituirán los Términos de Referencia para el caso.

5. *Designación de los árbitros*

Antes de transcurridos tres meses desde que la persona [que presentó] el caso hubiera recibido los Términos de Referencia o, cuando resulte de aplicación el apartado 4, antes de transcurridos cuatro meses desde que [la otra autoridad competente] hubiera recibido la solicitud de remisión a arbitraje, cada una de las autoridades competentes designará un árbitro. Antes de transcurridos dos meses desde la última designación, los árbitros así designados designarán un tercer árbitro quien desempeñará funciones de Presidente. Si algún nombramiento no se efectúa del período de tiempo previsto, el (los) árbitro(s) que reste(n) por nombrar, serán designados por el [Presidente del Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Materia Fiscal de las Naciones Unidas o, si el Presidente es un nacional o residente de uno de los dos Estados involucrados en el caso, por el Miembro del Comité con mayor antigüedad que no sea nacional o residente de estos Estados. Esta designación se realizará] antes de transcurrido [un mes] desde que se recibió el requerimiento para esos fines [por parte de cualquiera de las autoridades competentes].^[2] El mismo procedimiento resultará de aplicación, con las adaptaciones necesarias, si por cualquier razón es necesario sustituir a un árbitro una vez que haya comenzado el proceso arbitral. A menos que los Términos de Referencia dispongan lo contrario, la remuneración de todos los árbitros [se determinará de la siguiente manera, en el marco del proceso arbitral acelerado:

- a) *Los honorarios de los árbitros se fijarán en la cuantía de [cuantía que deberá determinarse de manera bilateral] al día, sujeta a modificación por las autoridades competentes.*
- b) *Por un caso, cada árbitro será remunerado por no más de tres días de preparación, dos días de reuniones (incluso por videoconferencia) y por los días de viaje necesarios para*

asistir a las reuniones. No obstante, si los árbitros consideran que requieren tiempo adicional para examinar debidamente el caso, podrán recibir una remuneración por ese tiempo adicional.

- c) Asimismo, los árbitros tienen derecho al reembolso de los gastos que fueran razonables, previa autorización de las autoridades competentes.]*

6. Proceso de arbitraje acelerado

[A menos que las autoridades competentes indiquen lo contrario en los Términos de Referencia,] las siguientes reglas resultarán aplicables a un caso particular [...]:

[...]

- [a) Antes de transcurridos dos meses desde la designación de los [árbitros o, cuando resulte de aplicación el apartado 4, antes de transcurridos dos meses desde la finalización del período durante el que las autoridades competentes pueden aprobar y comunicar los Términos de Referencia diferentes], cada autoridad competente presentará por escrito a los [árbitros] su propia respuesta a las cuestiones contenidas en los Términos de Referencia.*
- [b)] Antes de transcurridos [tres] meses desde la recepción de la última de las respuestas de las autoridades competentes, [los árbitros] decidirán cada pregunta contenida en los Términos de Referencia de conformidad con una de las dos respuestas recibidas de las autoridades competentes con relación a esa pregunta y notificarán a las autoridades competentes acerca de esa elección, junto con una breve justificación de la misma. Dicha decisión se pondrá en práctica en la forma prevista en el párrafo [18, más adelante].*

7. Requisitos exigidos y designación de los árbitros

Toda persona, incluso un funcionario público de un Estado Contratante puede ser designada como árbitro, a menos que esa persona haya participado en etapas previas del caso que da lugar al proceso arbitral. [Antes de su nombramiento, un árbitro presentará una declaración en la que manifieste que, por lo que él sabe, no existen circunstancias que puedan dar lugar a

dudas justificables acerca de su independencia o imparcialidad y que de inmediato dará a conocer por escrito a ambas autoridades competentes acerca de cualquiera de esas circunstancias que surja durante el proceso arbitral.] Se considerará que un árbitro ha sido designado cuando tanto la persona, o personas, con autoridad para nombrar al árbitro, como el propio árbitro, hubieren firmado una nota que confirme esa designación.

8. *Comunicación de información y confidencialidad*

Únicamente para efectos de la aplicación de las disposiciones de los Artículos 25 y 26, y de la legislación interna de los Estados Contratantes relativa a la comunicación y confidencialidad de la información relacionada con el caso que da lugar al proceso arbitral, cada árbitro será designado como un representante autorizado de la autoridad competente que lo ha nombrado o, si el árbitro no ha sido nombrado exclusivamente por una autoridad competente, de la autoridad competente del Estado Contratante ante la cual se presentó inicialmente el caso que dio lugar al arbitraje. A los efectos de este acuerdo, cuando un caso que da lugar al proceso arbitral haya sido presentado inicialmente de forma simultánea ante ambas autoridades competentes, “la autoridad competente del Estado Contratante ante la cual se presentó inicialmente el caso que ha dado lugar al arbitraje” significa aquélla a la cual se alude en el apartado 1 del Artículo 25.

9. *Falla en la presentación oportuna de información*

No obstante [*el apartado 5*], cuando ambas autoridades competentes acuerden que la imposibilidad de resolver una cuestión en el plazo de [tres] años previsto en el apartado 5 del Artículo 25 obedece principalmente al incumplimiento por parte de la persona directamente afectada por el caso de presentar la información pertinente de manera oportuna, las autoridades competentes pueden posponer la designación del árbitro por un período de tiempo que se corresponda con el retraso en la presentación de esa información.

10. *Reglas procedimentales y de presentación de pruebas*

Sujeto al presente acuerdo y a los Términos de Referencia, los árbitros deberán adoptar aquellas reglas procedimentales y

de presentación de pruebas que consideren necesarias para dar respuesta a las preguntas planteadas en los Términos de Referencia. Tendrán acceso a toda la información necesaria para decidir acerca de las cuestiones sometidas a arbitraje, incluida la información confidencial. A menos que las autoridades competentes convengan lo contrario, a los fines de adoptar la decisión no se tendrá en cuenta ninguna información que no estuviera disponible para ambas autoridades competentes antes de que la solicitud de arbitraje fuera *[remitada por una]* de ellas.

[11. Mecanismo de opinión independiente]

[Si las autoridades competentes así lo indican en los Términos de Referencia, se seguirá el mecanismo de la “opinión independiente” en lugar del proceso de arbitraje acelerado. De acuerdo con ese mecanismo, los árbitros adoptarán su propia decisión y se deberán seguir las siguientes reglas con relación a cada caso en particular:

- a) Salvo disposición en contrario en los Términos de Referencia, la decisión del panel arbitral se presentará por escrito e indicará las fuentes de derecho sobre las cuales se basa y el razonamiento que condujo a ese resultado. Con autorización de la persona que presentó el caso y de ambas autoridades competentes, la decisión del panel arbitral se hará pública en su forma revisada sin mencionar los nombres de las partes involucradas ni los detalles que pudieran revelar su identidad y en el entendimiento de que la decisión no tiene ningún valor oficial como precedente.*
- b) La decisión arbitral debe comunicarse a las autoridades competentes y a la persona que presentó el caso dentro de los seis meses siguientes a la fecha en la que el Presidente hubiere notificado por escrito a las autoridades competentes y a la persona que presentó el caso que ha recibido toda la información necesaria para comenzar a considerar el caso. No obstante la primera parte de este apartado, si en cualquier momento antes de transcurridos dos meses desde la fecha de designación del último de los árbitros, el Presidente, con consentimiento de una de las autoridades competentes, notifica por escrito a la otra autoridad competente y a la persona que presentó el caso que no ha*

recibido toda la información necesaria para comenzar a considerar el caso:

- *si el Presidente recibe la información necesaria antes de transcurridos dos meses desde la fecha en que se envió dicha notificación, la decisión arbitral debe comunicarse a las autoridades competentes y a la persona que presentó el caso antes de transcurridos seis meses desde la fecha en que el Presidente hubiere recibido la información, y*
 - *si el Presidente no ha recibido la información necesaria antes de transcurridos dos meses desde la fecha en que se envió esa notificación, la decisión arbitral, salvo acuerdo en contrario de las autoridades competentes, debe adoptarse sin tener en cuenta esa información, aun si el Presidente la recibiera con posterioridad, y la decisión debe comunicarse a las autoridades competentes y a la persona que presentó el caso antes de transcurridos ocho meses desde la fecha en que se envió la notificación.*
- c) La persona que presentó el caso puede, directamente o a través de sus representantes, presentar por escrito su posición a los árbitros, en la misma medida en que tiene derecho a hacerlo durante el procedimiento de acuerdo mutuo.]*

12. Acuerdos logísticos

A menos que las autoridades competentes convengan lo contrario, la autoridad competente ante la cual se presentó inicialmente el caso que dio lugar al arbitraje será la encargada de los acuerdos logísticos para las reuniones del panel arbitral y suministrará el personal administrativo necesario para conducir el proceso arbitral. El personal administrativo así suministrado reportará únicamente al Presidente del panel arbitral en relación con todas las cuestiones referidas a ese proceso.

13. Costos

A menos que las autoridades competentes convengan lo contrario:

- a) cada autoridad competente y la persona que [*presentó el caso*] soportará los gastos relacionados con su propia participación en el proceso arbitral (incluso los gastos de traslado y los costos relacionados con la preparación y presentación de sus opiniones);
- b) cada autoridad competente soportará la remuneración del árbitro designado exclusivamente por esa autoridad competente, o nombrado por [*otra persona*] si dicha autoridad competente hubiere incumplido en designar a ese árbitro, junto con los gastos de ese árbitro por traslados, telecomunicaciones y secretariales;
- c) la remuneración de los otros árbitros y sus gastos de traslado, telecomunicaciones y secretariales serán soportados en partes iguales por ambos Estados Contratantes;
- d) los costos relacionados con las reuniones del panel arbitral y con el personal administrativo necesario para la realización del proceso arbitral serán soportados por la autoridad competente ante la cual se presentó inicialmente el caso que dio lugar al arbitraje o, si se presentó en ambos Estados, se repartirán en partes iguales; y
- e) todos los demás costos (incluidos los de traducción y de grabación del proceso) relacionados con los gastos que ambas autoridades competentes convinieron en incurrir, serán soportados en partes iguales entre los dos Estados Contratantes.

14. *Principios jurídicos aplicables*

Los árbitros decidirán las cuestiones sometidas a arbitraje de conformidad con las disposiciones aplicables del [*Convenio*] y, a reserva de estas disposiciones, de la legislación interna de los Estados Contratantes. Las cuestiones relacionadas con la interpretación de tratados serán decididas por los árbitros teniendo en cuenta los principios de interpretación incorporados en los Artículos 31 a 33 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...]*. Los árbitros considerarán también otras posibles fuentes que las autoridades competentes puedan señalar expresamente en los Términos de Referencia.

15. *Decisión arbitral*

Cuando se hubiere designado a más de un árbitro, la decisión arbitral será determinada por mayoría simple de los árbitros. [...]

[16]. *Falla de comunicar la decisión dentro del plazo requerido*

En el caso en que la decisión no se hubiere comunicado a las autoridades competentes en el plazo previsto en los párrafos 6 [b)] u [11 b)], las autoridades competentes pueden convenir en extender ese plazo durante un período que no exceda de seis meses o, si no consiguen hacerlo antes de transcurrido un mes desde el final del plazo previsto en los párrafos 6 [b)] u [11 b)], designarán un nuevo árbitro o árbitros de conformidad con el apartado 5 [...].

[17]. *Decisión definitiva*

La decisión arbitral será definitiva, [a menos que ambas autoridades competentes convengan en una solución diferente antes de transcurridos seis meses desde que se les hubiera comunicado la decisión o] a menos que se determine que la decisión resulta inaplicable por los tribunales de uno de los Estados Contratantes debido a una infracción del apartado 5 del Artículo 25 o de una norma de procedimiento incluida en los Términos de Referencia o en este acuerdo que pueda haber afectado razonablemente la decisión. Si se determina que una decisión resulta inaplicable por una de esas razones [o si ambas autoridades competentes convienen en una solución diferente antes de transcurridos seis meses desde que se les haya comunicado la decisión], se considerará que la solicitud de remisión a arbitraje no se ha realizado y que el proceso de arbitraje no ha tenido lugar (excepto a los efectos de los apartados 8 “Comunicación de la información y confidencialidad” y 13 “Costos”).

[18]. *Puesta en práctica de la decisión arbitral*

[A menos que ambas autoridades competentes convengan en una solución diferente de acuerdo con lo previsto anteriormente en el párrafo 17, las] autoridades competentes implementarán la decisión arbitral antes de transcurridos

seis meses desde que se les hubiera comunicado la decisión llegando a un acuerdo mutuo sobre el caso que dio lugar al arbitraje.

[19]. Caso en el que no se adoptará una decisión arbitral

No obstante los párrafos 6, [11] y [16], si en cualquier momento después de que se hubiere formulado una solicitud de remisión a arbitraje y antes de que los árbitros hubieren notificado una decisión a las autoridades competentes y a la persona que *[presentó el caso]*, las autoridades competentes notifican por escrito a los árbitros y a esa persona que han resuelto todas las cuestiones pendientes descritas en los Términos de Referencia, el caso se considerará resuelto en virtud del procedimiento de acuerdo mutuo y no se adoptará ninguna decisión arbitral.

Este acuerdo se aplica a toda solicitud de remisión a arbitraje efectuada en el marco del apartado 5 del Artículo 25 del Convenio una vez que dicha disposición hubiere comenzado a surtir efectos.

[Fecha de la suscripción del acuerdo]

[Firma de las autoridades competentes de ambos Estados Contratantes]

- 1 *[Algunos Miembros del Comité de Expertos de las Naciones Unidas consideran, sin embargo, que en dicha circunstancia, también debería permitirse a la persona que ha presentado el caso comunicar un listado de cuestiones a resolverse a través del arbitraje. Una vez que se ha solicitado la remisión a arbitraje, la persona confía en el arbitraje y debería tener el derecho a una compensación por la falta de las autoridades competentes.]*
- 2 *[Algunos miembros del Comité de Expertos de las Naciones Unidas consideran, sin embargo, que en tales circunstancias también se debería permitir a la persona que presentó el caso que solicite al Presidente designado o al miembro del referido Comité, en su caso, que designe al árbitro que resta designar. Una vez que se hubiere efectuado la solicitud de remisión a arbitraje, esa persona confía en el arbitraje y debería tener el derecho a una compensación por la falta de las autoridades competentes.]*

Criterio general sobre el Modelo de Acuerdo

2. Se pueden adoptar varios criterios para estructurar el proceso arbitral utilizados para complementar el procedimiento de acuerdo mutuo. De acuerdo con uno de esos criterios, que podría denominarse el criterio de la “opinión independiente”, las partes presentarían a los árbitros los hechos y argumentos sobre la base de la legislación aplicable, y luego los árbitros adoptarían su propia decisión independiente, que estaría basada en un análisis escrito y razonado de los hechos involucrados y las fuentes de derecho aplicables.

3. De manera alternativa, bajo el criterio denominado “ultima mejor oferta” u “oferta final”, cada autoridad competente presentaría al panel arbitral una propuesta de resolución de la cuestión implicada, y el panel arbitral elegiría entre las dos propuestas que se le hubieren presentado. Existen, obviamente, diversas alternativas entre estas dos posiciones. Por ejemplo, los árbitros podrían llegar a una decisión independiente pero no tendrían que presentar una decisión escrita, sino simplemente sus conclusiones. En cierta medida, el método adecuado depende del tipo de cuestión sobre la que se debe decidir.

4. El modelo de acuerdo anterior toma como punto de partida el *[proceso “acelerado”, basado en el criterio de la “última mejor oferta” u “oferta final”]*, en reconocimiento del hecho de que muchos casos, en especial aquellos que involucran, principalmente, cuestiones de hecho, pueden manejarse mejor *[de esa manera.]* También prevé un *[proceso de “opinión independiente”]* alternativo. Por lo tanto, las autoridades competentes pueden convenir en utilizar ese *[proceso de opinión independiente]* en un análisis de caso por caso. Naturalmente, las autoridades competentes pueden adoptar este criterio combinado, adoptar el *[proceso de opinión independiente]*, como el proceso generalmente aplicable, con el *[proceso acelerado]* como una opción en algunas circunstancias, o limitarse a solo uno de los dos criterios.

Solicitud de remisión a arbitraje

5. En el apartado 1 del modelo de acuerdo se prevé la forma en que debe realizarse una solicitud de remisión a arbitraje. Esa solicitud deberá ser presentada por escrito *[por una autoridad competente a la otra autoridad competente y a la persona que ha presentado el caso ante la autoridad competente de un Estado Contratante de acuerdo con el apartado 1 del Artículo 25].*

6. Para determinar que se han cumplido las condiciones previstas en el apartado 5 del Artículo 25 (véase el párrafo 76 del Comentario

[al Artículo 25 de la versión 2014 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, citado en el párrafo 22 del Comentario al Artículo 25 de este Modelo]), la solicitud debe ir acompañada de declaraciones en las que se indique que ningún órgano judicial o administrativo de los Estados Contratantes se ha pronunciado sobre estas cuestiones.

7. Tomando en cuenta de que el proceso arbitral es una ampliación del procedimiento de acuerdo mutuo cuyo objetivo es resolver los casos que no pueden solucionarse en virtud de ese procedimiento, parecería inadecuado pedir a la persona que *[inició el procedimiento de acuerdo mutuo]* que reembolse los gastos incurridos por las autoridades competentes durante el proceso arbitral. A diferencia de las situaciones en que los contribuyentes solicitan una opinión vinculante u otro tipo de acuerdo previo, para los que con frecuencia se impone el cobro de una tasa, la resolución de controversias entre los Estados Contratantes es la responsabilidad de tales Estados, por lo que deben ser éstos quienes, en términos generales, soporten su costo.

8. La solicitud de remisión a arbitraje no puede plantearse antes de que transcurran *[tres]* años desde la fecha en que el caso de procedimiento de acuerdo mutuo, presentado ante la autoridad competente de uno de los Estados Contratantes también hubiera sido presentado ante la autoridad competente del otro Estado Contratante. El apartado 2 del modelo de acuerdo dispone que, con ese fin, solo se considerará que un caso ha sido presentado ante la autoridad competente de ese otro Estado si se ha aportado también la información especificada en ese apartado. Para ello, el apartado debería incluir una lista de la información requerida; en general, esa información se corresponderá con la información y los documentos exigidos para iniciar el procedimiento de acuerdo mutuo *[véanse anteriormente los párrafos 27 a 29 del Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas relativos a la necesaria cooperación de la persona que realiza la solicitud]*.

Términos de Referencia

9. El apartado 3 del modelo de acuerdo hace referencia a los “Términos de Referencia”, que es el documento en el que se especifican las preguntas que deberán ser resueltas por los árbitros. Allí se establece la base jurisdiccional de las cuestiones que deben ser decididas por el panel arbitral. Las autoridades competentes deben elaborar este documento, para lo cual pueden desear consultar a la persona que *[inició el procedimiento de acuerdo mutuo]*. Si las autoridades competentes no pudieren llegar a un acuerdo sobre los Términos de

Referencia en el plazo previsto en el apartado 3, será necesario prever algún mecanismo que asegure el avance en el proceso. En el apartado 4 se prevé esta eventualidad.

10. Si bien los Términos de Referencia se limitarán, por lo general, a un tema en particular o a una serie de cuestiones, sería posible que las autoridades competentes, dada la naturaleza del caso y el carácter interrelacionado de las cuestiones, elaboraran los Términos de Referencia de manera que se sometiera a arbitraje el caso en su conjunto (y no solo ciertas cuestiones específicas).

11. Las normas procedimentales previstas en el modelo de acuerdo se aplicarán a menos que las autoridades competentes dispongan lo contrario en los Términos de Referencia. Por ello, es posible que las autoridades competentes, a través de los Términos de Referencia, se aparten de algunas de esas normas o establezcan normas adicionales en un caso en particular.

Proceso acelerado

12. El proceso normal previsto en el modelo de acuerdo permite la consideración de las cuestiones de hecho o de derecho, así como de cuestiones mixtas en que se combinen los dos aspectos. *[En el marco de este proceso acelerado, que adopta la forma del denominado arbitraje de “la última mejor oferta” o de “la oferta final”, cada autoridad competente debe presentar al árbitro, o árbitros, la respuesta de la propia autoridad competente a las cuestiones incluidas en los Términos de Referencia, y el árbitro, o árbitros, se limitan a elegir una de las respuestas de las autoridades competentes. En lo que se refiere a las normas de procedimiento, las autoridades competentes pueden enmendar o complementar el proceso acelerado a través de los Términos de Referencia aplicables a un caso en particular.]*

13. *[Ese proceso acelerado será especialmente indicado para abordar las cuestiones de hecho],* por ejemplo, la determinación de la cuantía de los ajustes en la renta y las deducciones de las respectivas partes relacionadas. Tales circunstancias con frecuencia se plantearán en los casos de precios de transferencia, en los que la cuestión sin resolver puede limitarse a la determinación de un precio o un rango de precios de transferencia conforme al principio de plena competencia (*arm's length*) (aunque hay otros casos de precios de transferencia que involucran cuestiones de hecho más complejas); también existen casos en los que puede aplicarse un principio análogo, por ejemplo, la determinación de la existencia de un establecimiento permanente.

En algunos casos, la decisión puede ser una declaración de premisas de hecho sobre las cuales las autoridades competentes luego deberían aplicar los principios jurídicos pertinentes [...].

[13.1. Las respuestas que deben presentar las autoridades competentes en el marco del proceso acelerado pueden adoptar posiciones alternativas. Por ejemplo, una autoridad competente puede adoptar la posición de que no existe ningún establecimiento permanente y, no obstante, proponer la atribución de una parte de la renta a un establecimiento permanente, en el caso de que los árbitros determinen su existencia.]

Selección de los árbitros

14. El apartado 5 del modelo de acuerdo describe la forma en que se seleccionarán los árbitros a menos que los Términos de Referencia redactados para un caso en particular disponga algo diferente (por ejemplo, *[previando un solo árbitro]* o previando que más de un árbitro sea designado por cada autoridad competente). Normalmente, las dos autoridades competentes designan un árbitro cada una. Estas designaciones deben realizarse antes de transcurridos tres meses desde que los Términos de Referencia hubieran sido recibidos por la persona que *[inició el procedimiento de acuerdo mutuo]* (se prevé un plazo diferente para los casos en que las autoridades competentes no acordaren los Términos de Referencia en el plazo previsto). Los árbitros así designados elegirán a un Presidente, que debe ser designado antes de transcurridos dos meses desde el momento en que se hubiere realizado la última de las designaciones iniciales. Si las autoridades competentes no designaran un árbitro durante el período previsto, o si los árbitros así designados no designaran al tercer árbitro en el plazo previsto, el apartado dispone que la designación será efectuada por el *[Presidente del Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Materia Fiscal de las Naciones Unidas o, si el Presidente es nacional o residente de uno de los dos Estados implicados en el caso, por el miembro de ese Comité que más tiempo lleve en el cargo que no sea nacional o residente de esos Estados.]* Naturalmente, las autoridades competentes podrán prever otras formas de resolver estas situaciones poco frecuentes, pero resulta conveniente contar con una autoridad independiente para la designación que pudiera resolver las situaciones de estancamiento en la selección de los árbitros.

15. No hay necesidad alguna de que el acuerdo estipule ningún requisito en particular que deban reunir los árbitros, toda vez que a las autoridades competentes les conviene que personas calificadas e idóneas actúen como árbitros y que a estos últimos les conviene contar

con un Presidente calificado. Sin embargo, resultaría posible confeccionar una lista de personas calificadas para facilitar el mecanismo de designación, y esta función podría ser realizada por el [*Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Materia Fiscal de las Naciones Unidas*]. Es importante que el presidente del panel arbitral cuente con experiencia en los tipos de cuestiones procedimentales, de presentación de pruebas y logísticas que probablemente se plantearán en el marco de los procesos arbitrales y que esté familiarizado con la materia tributaria. Pueden existir ventajas en que se designen representantes de cada Estado Contratante como árbitros, puesto que estarían familiarizados con este tipo de cuestión. Por lo tanto, debería ser posible designar como árbitros del panel a funcionarios gubernamentales que no hubieren estado directamente involucrados en el caso. Una vez que un árbitro hubiere sido designado, debería quedar claro que su función consiste en adoptar una decisión sobre el caso en forma neutral y objetiva; esa persona ya no debe intervenir como defensor de los intereses del país que lo designó.

16. El apartado 9 del modelo de acuerdo prevé que la designación de los árbitros puede aplazarse si ambas autoridades competentes convienen en que la imposibilidad de alcanzar un acuerdo mutuo en el plazo de *[tres]* años obedece, sobre todo, a la falta de cooperación por parte de una persona directamente afectada por el caso [*véanse los anteriores párrafos 27 a 29 del Comentario al Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas relativos a la cooperación necesaria de la persona que realiza la solicitud de inicio del procedimiento de acuerdo mutuo*]. En ese caso, el criterio adoptado en el modelo de acuerdo autoriza a las autoridades competentes a aplazar la designación de los árbitros durante el período de tiempo correspondiente al indebido retraso con el que se les presentara la información pertinente. Si esa información aún no se hubiere facilitado al momento en que se presentara la solicitud de remisión a arbitraje, el plazo correspondiente al retraso en el suministro de la información continuará prolongándose hasta que finalmente se presente esa información. No obstante, cuando las autoridades competentes no recibieran la información necesaria para solucionar un caso en particular, nada les impedirá resolver el caso sobre la base de la información limitada que tienen a su disposición, lo que evitaría el acceso al arbitraje. Asimismo, sería posible estipular en el acuerdo que si en un plazo adicional (por ejemplo, un año) el contribuyente no ha facilitado la información necesaria para que las autoridades competentes evalúen debidamente la cuestión, ésta ya no se debería someter a arbitraje.

Comunicación de la información y confidencialidad

17. Resulta de importancia que los árbitros puedan tener pleno acceso a la información necesaria para resolver las cuestiones sometidas a arbitraje y que al mismo tiempo, estén sujetos a los mismos requisitos de confidencialidad con respecto a esa información que se aplican a las autoridades competentes. El criterio propuesto para conseguir ese resultado, que se incorpora en el apartado 8 del modelo de acuerdo, consiste en que los árbitros constituyan representantes autorizados de las autoridades competentes. Esto, no obstante, se refiere únicamente a la aplicación de las disposiciones pertinentes del Convenio (es decir, los Artículos 25 y 26) y de las disposiciones de la legislación interna de los Estados Contratantes, las cuales normalmente incluirían las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de la confidencialidad. La designación del árbitro como representante autorizado de una autoridad competente se confirmaría, generalmente, mediante la nota de designación, pero puede que sea necesario realizarlo de otra manera, si la legislación interna así lo exige o si el árbitro no es designado por una autoridad competente.

Reglas procedimentales y de presentación de pruebas

18. La forma más sencilla de establecer las reglas de presentación de pruebas y otras reglas procedimentales que regularán el proceso arbitral y que aún no se hayan estipulado en el acuerdo o en los Términos de Referencia, consiste en dejar que los árbitros formulen esas normas según las necesidades del caso. Al hacerlo, los árbitros tienen libertad de referir a los procedimientos de arbitraje existentes, tales como las Normas de la Cámara Internacional de Comercio, las cuales abordan varias de esas preguntas. En las reglas procedimentales debería aclararse que, en general, los hechos materiales sobre los cuales el panel arbitral basará su decisión serán los elaborados en el marco del procedimiento de acuerdo mutuo. Solo en situaciones especiales el panel arbitral podría investigar cuestiones de hecho que no se hubieran formulado en las fases anteriores del caso.

19. El apartado 10 del modelo de acuerdo adopta ese criterio. Así pues, las decisiones referentes a las fechas y al formato de las reuniones arbitrales serán adoptadas por los árbitros a menos que el acuerdo o los Términos de Referencia dispongan lo contrario. Igualmente, si bien los árbitros tendrán acceso a toda la información necesaria para decidir acerca de las cuestiones sometidas a arbitraje, incluida la información confidencial, la información que no estuviera a disposición

de ambas autoridades competentes no será tenida en cuenta por los árbitros a menos que las autoridades competentes convengan algo diferente.

[Criterio de la opinión independiente]

[19.1 De acuerdo con el criterio alternativo de la opinión independiente, previsto en el párrafo 11 del modelo de acuerdo, la persona que inició el procedimiento de acuerdo mutuo puede, bien directamente o a través de sus representantes, presentar una comunicación por escrito a los árbitros, de la misma manera en que puede hacerlo durante el procedimiento de acuerdo mutuo. Si los árbitros están de acuerdo, esa persona también puede realizar una presentación oral durante una reunión de los árbitros.]

[19.2 Cuando las autoridades competentes hubieren acordado adoptar el criterio de la opinión independiente para un caso concreto, y a menos que los Términos de Referencia dispongan algo diferente, la decisión del panel arbitral se presentará por escrito e indicará las fuentes de derecho sobre las cuales se basa y el razonamiento que condujo a ese resultado. Resulta importante que los árbitros respalden su decisión con las razones que la motivaron. Para garantizar la aceptación de la decisión por todas las partes pertinentes, resulta importante la indicación acerca del método que permitió llegar a esa decisión.]

[19.3 De conformidad con el párrafo 11 b) del modelo de acuerdo, la decisión arbitral debe comunicarse a las autoridades competentes y a la persona que inició el procedimiento de acuerdo mutuo antes de transcurridos seis meses desde la fecha en que el Presidente notifique por escrito a las autoridades competentes y a la persona que inició el procedimiento de acuerdo mutuo que ha recibido toda la información necesaria para comenzar a considerar el caso. No obstante, en cualquier momento antes de transcurridos dos meses desde la fecha en que se designó el último árbitro, el Presidente, con consentimiento de una de las autoridades competentes, podrá notificar por escrito a la otra autoridad competente y a la persona que inició el procedimiento de acuerdo mutuo que no ha recibido toda la información necesaria para comenzar a considerar el caso. En esa situación, se otorgarán otros dos meses para que se envíe la información necesaria al Presidente. Si la información no fuera recibida por el Presidente en el plazo previsto, se estipula que la decisión se adopte en los próximos seis meses sin tener en cuenta esa información (a menos que ambas autoridades competentes convengan lo contrario). Si, por otro lado, la información fuera

recibida por el Presidente antes de transcurridos los dos meses, dicha información se tendrá en cuenta y la decisión se comunicará antes de transcurridos seis meses desde la recepción de esa información.]

Disposiciones prácticas

21. Resultará necesaria la adopción de varias disposiciones prácticas en relación con el funcionamiento efectivo del proceso arbitral. Entre ellas se incluyen la ubicación de las reuniones, el idioma a emplear en el proceso y las posibles traducciones, grabaciones, detalles prácticos como el archivo de los documentos, etcétera.

22. En cuanto a la ubicación y los acuerdos logísticos para las reuniones arbitrales, la solución más fácil es dejar que esta cuestión la resuelva la autoridad competente a la cual se le presentó inicialmente el caso que dio lugar al arbitraje. Esa autoridad competente debería aportar también el personal administrativo necesario para llevar a cabo el proceso arbitral. Este es el criterio propuesto en el párrafo 12 del modelo de acuerdo. Se prevé que, a esos efectos, la autoridad competente utilice las instalaciones para las reuniones y el personal que tenga ya a su disposición. No obstante, las dos autoridades competentes pueden acordar algo diferente (por ejemplo, celebrar el encuentro en otro lugar con la participación de ambas autoridades competentes y de los árbitros).

23. Se estipula que el personal administrativo suministrado para llevar a cabo el proceso arbitral reporte únicamente al Presidente del panel arbitral con relación a todas las materias referidas a ese proceso.

24. Los Términos de Referencia deberían regular aspectos tales como el idioma del proceso, la disponibilidad o no de traducciones y, en ese caso, a qué idiomas. No obstante, puede ocurrir que la necesidad de traducción o de grabación solo se plantee una vez comenzados los procedimientos. En tal caso, las autoridades competentes están facultadas para llegar a un acuerdo al respecto. En ausencia de dicho acuerdo, los árbitros podrían, a solicitud de una de las autoridades competentes y de conformidad con el apartado 10 del modelo de acuerdo, decidir el suministro de esa traducción o grabación; no obstante, en ese caso, los costos recaerían únicamente sobre la parte que realizó esa solicitud (véase a continuación la sección “Costos”).

25. Deberían abordarse, asimismo, otros detalles prácticos (por ejemplo, la notificación y el archivo de los documentos). Estas cuestiones deberían decidirse mediante acuerdo entre las autoridades

competentes (si es posible, incluyéndolas en los Términos de Referencia) y, en ausencia de ese acuerdo, por decisión de los árbitros.

Costos

26. El proceso de arbitraje podría traer asociados diferentes costos, por lo que debería aclararse quién debería sufragarlos. El párrafo 13 del modelo de acuerdo, que se ocupa de esta cuestión, está basado en el principio conforme al cual, si una autoridad competente o una persona implicada en el caso puede controlar la cuantía de un costo en particular, éste debe ser sufragado por esa parte, mientras que los otros costos deberán distribuirse en partes iguales entre las dos autoridades competentes.

27. Parece lógico, pues, disponer que cada autoridad competente, así como la persona que [*inició el procedimiento de acuerdo mutuo*], deba pagar por su propia participación en el proceso arbitral. Esto incluiría los costos de estar representado en las reuniones y de preparación y presentación de su posición y argumentos, ya sea por escrito u oralmente.

28. Los honorarios que deben pagarse a los árbitros resultarán, probablemente, uno de los mayores costos del proceso arbitral. Cada autoridad competente se hará cargo de la remuneración del árbitro designado exclusivamente por esa autoridad competente (o nombrado por [*otra persona*] debido a que esa autoridad competente no logró designar a ese árbitro), junto con los gastos incurridos por ese árbitro en concepto de traslados, telecomunicaciones y secretariales.

29. Los honorarios y los gastos de traslados, telecomunicaciones y secretariales de los otros árbitros se distribuirán en partes iguales entre las autoridades competentes. Las autoridades competentes convendrán, normalmente, en incurrir en esos gastos al momento de designar a los árbitros, lo que se confirmaría, habitualmente, en la nota de designación. Los honorarios deberían ser lo suficientemente elevados como para permitir contratar a expertos debidamente calificados. Una posibilidad sería utilizar una estructura de honorarios semejante a la establecida en el Código de Conducta del Convenio sobre Arbitraje de la Unión Europea.

30. Los costos relacionados con las reuniones del panel arbitral, incluidos aquellos del personal administrativo necesario para llevar a cabo el proceso arbitral, deberían ser sufragados por la autoridad competente a la cual se le presentó inicialmente el caso que dio lugar al arbitraje, en la medida que esa autoridad competente deba encargarse

de preparar tales reuniones y suministrar el personal administrativo (véase el párrafo 12 del modelo de acuerdo). En la mayoría de los casos, esa autoridad competente utilizará las instalaciones para las reuniones y el personal que ya tiene a su disposición, por lo que parecería inadecuado tratar de asignar parte de esos costos a la otra autoridad competente. Obviamente, la referencia a “costos relacionados con las reuniones” no incluye los gastos de traslado y alojamiento incurridos por los participantes, los cuales se han abordado previamente.

31. Los otros costos (excluidos los resultantes de la participación del contribuyente en el proceso) deberán ser sufragados en partes iguales por las dos autoridades competentes en la medida en que hubieren convenido incurrir en los gastos pertinentes. Esto incluiría los costos relacionados con la traducción y grabación que ambas autoridades competentes hubieren acordado suministrar. En ausencia de dicho acuerdo, esos gastos correrán por cuenta de la parte que los hubiera solicitado.

32. Como se indica en el párrafo 13 del modelo de acuerdo, las autoridades competentes pueden, no obstante, acordar una asignación diferente de los costos [*en un caso concreto*]. Dicho acuerdo puede incluirse en los Términos de Referencia o alcanzarse más tarde (por ejemplo, cuando surjan gastos no previstos). [*Asimismo, las autoridades competentes pueden acordar, en el modelo de acuerdo, diferentes métodos de asignación de costos del proceso arbitral, en especial cuando hay una diferencia significativa en el nivel de desarrollo de los dos Estados Contratantes.*]

Principios jurídicos aplicables

33. El examen de las cuestiones que han planteado dificultades para alcanzar un acuerdo entre las autoridades competentes revela que éstas suelen ser aspectos relacionados con la interpretación del tratado o de la aplicación del principio de plena competencia (*arm's length*) en que se basa el Artículo 9 y el apartado 2 del Artículo 7. Tal como se prevé en el párrafo 14 del modelo de acuerdo, las cuestiones relacionadas con la interpretación de tratados deben ser decididas por los árbitros a la luz de los principios de interpretación contenidos en los Artículos 31 a 33 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* [...]. Toda vez que el Artículo 32 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* permite un amplio acceso a medios suplementarios de interpretación, en la práctica, los árbitros tendrán cierto margen para determinar las fuentes pertinentes para interpretar las disposiciones del Convenio.

34. En varios casos, la aplicación de las disposiciones de un convenio tributario depende de cuestiones de legislación interna (por ejemplo, la definición de bienes inmuebles en el apartado 2 del Artículo 6 depende, principalmente, del significado de ese término en la legislación interna). Como regla general, parecería inadecuado solicitar a los árbitros que realicen *[una]* determinación de cuestiones meramente doméstica, y la descripción de las cuestiones a resolver, que se incluirán en los Términos de Referencia, debería tenerlo en cuenta. [No obstante, cuando una cuestión de la legislación interna afecte directamente la aplicación de las disposiciones del convenio tributario, los árbitros pueden tomar una decisión al respecto.]

35. Asimismo, puede haber casos en los que las autoridades competentes acuerden que la interpretación o aplicación de una disposición de un convenio tributario depende de un documento en particular (por ejemplo, un memorando de entendimiento o acuerdo mutuo concluidos con posterioridad a la entrada en vigor de un convenio) pero pueden discrepar respecto de la interpretación de ese documento. En tal caso, las autoridades competentes pueden desear hacer referencia expresa a ese documento en los Términos de Referencia.

Decisión arbitral

36. El párrafo 15 del modelo de acuerdo estipula que cuando se hubiere designado a más de un árbitro, la decisión arbitral se adoptará por una simple mayoría de los árbitros.

[...]

38. Para resolver las circunstancias excepcionales en las que los árbitros no puedan o no deseen presentar una decisión arbitral, el párrafo [16] estipula que si la decisión no fuera comunicada en el plazo pertinente, las autoridades competentes pueden acordar prolongar el plazo para la presentación de la decisión arbitral o, si no logran alcanzar dicho acuerdo en el plazo de un mes, designar nuevos árbitros para que se ocupen del caso. En el caso en que se designaran nuevos árbitros, el proceso arbitral retrocedería hasta el punto en que se hubieren designado los árbitros iniciales y continuaría con los nuevos árbitros.

Publicación de la decisión

39. Las decisiones sobre casos particulares adoptadas en virtud del procedimiento de acuerdo mutuo *[y de acuerdo con el proceso de arbitraje acelerado]* por lo general no se publican. Sin embargo, en el

caso de decisiones arbitrales razonadas [*presentadas de acuerdo con el criterio de la opinión independiente*], la publicación de las decisiones contribuiría a incrementar la transparencia del proceso. Asimismo, si bien la decisión no constituiría, en ningún sentido, un precedente formal, la disponibilidad pública del material podría influir en el curso de otros casos a fin de evitar ulteriores controversias y conducir hacia un enfoque uniformado respecto de la misma cuestión.

40. Por ello, el párrafo [11] del modelo de acuerdo estipula la posibilidad de publicar la decisión [*presentada de conformidad con el criterio de la opinión independiente*]. No obstante, esa publicación solo se llevaría a cabo si ambas autoridades independientes y la persona que [*inició el procedimiento de acuerdo mutuo*] así lo acuerdan. Asimismo, a fin de mantener la confidencialidad de la información comunicada a las autoridades competentes, la publicación debería efectuarse de forma que no diera a conocer los nombres de las partes ni ningún elemento que pudiera contribuir a su identificación.

Aplicación de la decisión arbitral

41. Una vez que el proceso arbitral ha dado lugar a una solución vinculante respecto de las cuestiones que las autoridades competentes no hubieren logrado resolver, las autoridades competentes procederán a celebrar un acuerdo mutuo que refleje esa decisión y que se presentará ante las personas directamente afectadas por el caso. [*No obstante, ambas autoridades competentes pueden acordar una solución diferente antes de transcurridos seis meses desde que se les hubiera comunicado la decisión.*] A fin de evitar mayores retrasos, se sugiere que el acuerdo mutuo que recepte la solución alcanzada debería completarse y presentarse al contribuyente antes de transcurridos seis meses desde la fecha de comunicación de la decisión. Esto se encuentra previsto en el párrafo [18] del modelo de acuerdo.

42. El apartado 2 del Artículo 25 dispone que las autoridades competentes tienen la obligación de aplicar el acuerdo alcanzado con independencia de los plazos de prescripción previstos en su legislación interna. El apartado 5 del Artículo también estipula que la decisión arbitral resulta vinculante para ambos Estados Contratantes [*a menos que ellos se encuentren en condiciones de alcanzar un acuerdo respecto de una solución diferente*]. Una imposición contraria al acuerdo mutuo, o si no se aplica la decisión arbitral a través de un acuerdo mutuo [*a menos que se hubiere acordado una solución diferente*], originaría una imposición no conforme al Convenio y, como tal, habilitaría a la

persona cuya tributación se ve afectada a buscar reparación a través de los recursos previstos en la legislación interna o formulando una nueva solicitud en el marco del apartado 1 del Artículo.

43. El párrafo [19] del modelo de acuerdo aborda el caso en que las autoridades competentes están en condiciones de solucionar las cuestiones no resueltas que dieron lugar al arbitraje antes de que se adopte la decisión. Habida cuenta de que el proceso arbitral es un mecanismo excepcional para abordar las cuestiones que no se pueden resolver en el marco del procedimiento de acuerdo mutuo habitual, resulta conveniente poner fin a ese mecanismo excepcional si las autoridades competentes pueden resolver esas cuestiones por sí mismas. Las autoridades competentes pueden acordar una resolución de estas cuestiones en la medida en que no se hubiere adoptado una decisión arbitral [*y, como ya se ha explicado, antes de transcurrido un plazo posterior de seis meses*].

Artículo 26

INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. En el Artículo 26 se establecen las normas en virtud de las cuales se puede intercambiar información en la mayor medida posible, con el propósito tanto de facilitar la debida aplicación del Convenio, como de ayudar a los Estados Contratantes a hacer cumplir su legislación tributaria interna. En consecuencia, la obligación de intercambiar información con arreglo a este Artículo debe interpretarse en forma amplia, y las limitaciones impuestas a esa obligación no deben ser ampliadas por analogía más allá de su sentido concreto. En particular, el Artículo debe ser interpretado en el sentido de que obliga a los Estados Contratantes a promover un intercambio efectivo de información.

2. En una economía globalizada, la cooperación entre las naciones en cuestiones tributarias ha adquirido creciente importancia y la antigua renuencia a ocuparse de la legislación tributaria de otros países se ha disipado en gran medida. El Artículo 26 consagra la base para el intercambio efectivo de información entre los Estados Contratantes, mientras que el Artículo 27 consagra la asistencia para la recaudación de impuestos. Sin embargo, el intercambio de información para efectos de la asistencia en la recaudación de impuestos se rige por lo establecido en el Artículo 26 (al respecto, véase el apartado 5 del Comentario al Artículo 27). De igual manera, los procedimientos de acuerdo mutuo se tratan en el Artículo 25, pero los intercambios de información para efectos de los procedimientos de acuerdo mutuo se rigen por lo establecido en el Artículo 26. Desde la perspectiva de muchos países en desarrollo el Artículo 26 es particularmente importante, no solo para combatir la evasión y elusión de impuestos transnacionales, sino también para contener la fuga de capitales que a menudo se logra a través de la evasión y elusión tributarias.

3. Buena parte del lenguaje del Artículo 26 figura también en el Artículo correspondiente del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. En consecuencia, el Comentario al Artículo 26 del Modelo

de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es relevante para la interpretación del Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas. Sin embargo, conviene tener presente que el Artículo 26 fue concebido con la intención de ser más amplio en diversos aspectos que la disposición comparable del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

4. Aunque el Artículo 26 impone obligaciones recíprocas a los Estados Contratantes, no autoriza a un país desarrollado a negarse a suministrar información a un país en desarrollo sobre la base de que éste carece de una capacidad administrativa comparable a la del país desarrollado. La reciprocidad debe medirse atendiendo a los efectos globales de un tratado, no con respecto a los efectos de un único artículo.

5. El texto del apartado 1 del Artículo 26 establece claramente que el intercambio de información no está restringido por el Artículo 1 (Personas Comprendidas), ni por el Artículo 2 (Impuestos Comprendidos). En consecuencia, la información intercambiada puede referirse a personas que no son residentes de ninguno de los dos Estados Contratantes y a la administración y cumplimiento de impuestos no mencionados en el Artículo 2. Algunos países pueden oponerse a la aplicación extendida del apartado 1 a todos los impuestos, por razones constitucionales o de otra índole. Esas inquietudes se abordan más adelante, en la sección B.

6. Siguiendo la pauta de las revisiones hechas en 2005 al Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, el apartado 1 del Artículo 26 se dividió en tres párrafos separados, los actuales párrafos 1, 2 y 6. Este cambio se hizo para mayor claridad y no tuvo consecuencias sustantivas.

7. El Artículo 26 fue modificado sustancialmente en 2011 con el fin de aclarar determinadas cuestiones, ampliar el ámbito de aplicación del Artículo y limitar las excepciones a la obligación de intercambiar información. En algunos casos no se pretendió introducir cambios sustantivos, sino disipar dudas sobre la interpretación adecuada del Artículo. Por ejemplo, en el apartado 1 el término “necesaria” fue sustituido por la expresión “previsiblemente relevante” (*foreseeably relevant*) para aclarar el significado que se pretendía dar a la formulación

anterior. En cambio, la modificación introducida en el mismo apartado con respecto a los impuestos no mencionados en el Artículo 2 tenía la intención de ser un cambio sustantivo. Otro ejemplo de cambio sustantivo fue la adición del apartado 4, el cual elimina el requisito de un interés tributario doméstico.

8. El Artículo 26 y su Comentario, sufrieron mayores modificaciones en 2014 con el fin de incorporar desarrollos subsecuentes y profundizar en la interpretación de ciertas disposiciones del Artículo. Siguiendo la actualización de 2012 al Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, el apartado 2 del Artículo fue modificado con el objeto de permitirle a las autoridades competentes usar la información recibida para otros fines, siempre que dicho uso sea permitido bajo las leyes de ambos Estados y la autoridad competente del Estado que suministra la información autorice tal uso. Esta disposición estaba previamente incluida como una disposición opcional en el párrafo 13.3 del Comentario al Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas de 2011.

9. Adicionalmente, los Comentarios fueron ampliados para, entre otros aspectos, desarrollar la interpretación del estándar de “previsiblemente relevante” (*foreseeably relevant*) y para hacer referencia explícita a la expresión “búsquedas aleatorias” (*fishing expeditions*), como un elemento dentro de la determinación de la previsible relevancia. Esta última expresión fue introducida en el Comentario al Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE como parte de las revisiones de 2005 a ese Artículo y desde entonces ha suscitado muchos debates sobre su interpretación. La actualización del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2012 suministró guía adicional sobre la interpretación de la expresión. La introducción de la expresión “búsqueda aleatoria” en los Comentarios no pretendía ser un cambio sustantivo, sino aclarar aún más la interpretación del estándar de “previsible relevancia”. La interpretación de este último estándar y de la expresión “búsquedas aleatorias” fue desarrollada mediante la adición de: aclaraciones generales (véase el párrafo 22 más adelante), formulaciones relativas a la identificación del contribuyente objeto de examen o investigación (véase el párrafo 23 más adelante), formulaciones relativas a las solicitudes de información en relación con grupos de contribuyentes (véase el párrafo 24 más adelante) y nuevos ejemplos (ver los párrafos 33(e), 33(g), 33(h), 33(j) y 34). En lo que concierne a las solicitudes de información de grupos

de contribuyentes, muchos países han desde siempre interpretado el Artículo 26 en el sentido de incluir tales solicitudes. Para otros países, sin embargo, esto significó una nueva interpretación. Otras aclaraciones fueron adicionadas a lo largo del Comentario.

10. En algunos casos, la cuestión de si una modificación hecha al Artículo 26 busca ser de carácter sustantivo o interpretativo depende de las prácticas anteriores de los Estados Contratantes. Por ejemplo, en algunos casos, la adición del apartado 5, el cual elimina, entre otras cosas, la existencia del secreto bancario en la legislación interna como base para negarse a intercambiar información, puede simplemente aclarar el significado de las limitaciones al intercambio de información contenidas en el apartado 3. En otros casos, en cambio, puede modificar sustantivamente ese apartado. El efecto del cambio depende en parte de las prácticas anteriores de los Estados Contratantes. La posición adoptada en el párrafo 19.10 del Comentario al Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es que, con respecto de los tratados entre sus Estados miembros, el apartado 5 tiene fundamentalmente carácter interpretativo. Esta cuestión puede ser de particular importancia para interpretar tratados que hayan entrado en vigor antes de la adopción de los cambios al Artículo 26 de 2014.

11. Una diferencia entre el texto del Artículo 26 y el de la disposición comparable el Modelo de Convenio de la OCDE es que el Artículo 26 contiene en su apartado 1 la siguiente frase: “Se intercambiará, en particular, información que pueda ser útil a un Estado Contratante para la prevención de la elusión o la evasión de tales impuestos”. La frase “que pueda ser útil a un Estado Contratante para la prevención de la elusión o la evasión de tales impuestos” se introdujo en 2011. Los miembros del Comité, en particular los provenientes de países en desarrollo, consideraron que ese cambio era útil para aclarar en el texto del Artículo 26 un punto que ya estaba claro en los Comentarios y que estaba implícito en la formulación de la última frase de la versión anterior del apartado 1, ahora revisada y trasladada al apartado 6. La manifestación expresa de la finalidad de los intercambios de información en el texto del Artículo 26 busca orientar a los Estados Contratantes sobre la correcta interpretación del Artículo.

12. Aunque la evasión tributaria es ilegal y la elusión de impuestos no lo es, ambas resultan en pérdida de ingresos para el gobierno,

y por definición, ambas entorpecen la aplicación por el gobierno de su legislación tributaria. De ahí que la asistencia mutua en la lucha contra la elusión de impuestos constituya un aspecto importante de la cooperación mutua en materia tributaria. Además, algunas formas agresivas de elusión tributaria se sitúan tan cerca de la línea divisoria entre elusión y evasión que difícilmente un Estado Contratante puede saber con seguridad si la información que está solicitando se refiere a un caso de elusión o a uno de evasión, hasta tanto obtenga la información solicitada. La información sobre la elusión fiscal puede resultar extremadamente útil a un Estado Contratante en sus esfuerzos por colmar posibles lagunas de su legislación tributaria.

13. La expresión “intercambio de información” debe entenderse en forma amplia para que incluya intercambio de documentos e intercambio de información no relacionada con contribuyentes específicos, así como el suministro de información por un Estado Contratante, ya sea que la información esté, o no, siendo facilitada en ese momento por el otro Estado Contratante.

14. Si la autoridad competente de un Estado Contratante lo solicita expresamente, la autoridad competente del otro Estado Contratante deberá, en la medida de lo posible, suministrar información con arreglo al Artículo 26 en forma de declaraciones de testigos y copias autenticadas de documentos originales no editados (incluyendo, libros, papeles, declaraciones, actas, cuentas o escritos). En virtud del apartado 3, el Estado al que se dirija la solicitud puede negarse a suministrar la información en la forma concreta solicitada, si por ejemplo esa forma no está reconocida o permitida bajo su legislación o prácticas administrativas. La negativa a facilitar la información en la forma solicitada no afecta la obligación de suministrar la información.

15. Los Estados Contratantes pueden optar por utilizar tecnologías de comunicación y de información electrónicas o de otra índole, incluyendo sistemas de seguridad adecuados, con el fin de agilizar y mejorar la calidad de los intercambios de información. De hecho, los Estados Contratantes pueden estar obligados a suministrar la información solicitada en forma electrónica, si ello fuera necesario para el efectivo intercambio de información. Los Estados Contratantes que estén obligados por su legislación interna a cumplir leyes de protección de datos podrán incluir en sus tratados bilaterales disposiciones relativas a la

protección de los datos personales intercambiados. La protección de datos se refiere a los derechos y libertades fundamentales de la persona natural, y en particular, al derecho a la intimidad, en relación con el procesamiento automático de los datos personales. El hecho de que su legislación interna no le permita suministrar la información en la forma solicitada en ningún caso exime a un Estado Contratante de su obligación de intercambiar información.

16. El alcance del intercambio de información abarca todas las cuestiones tributarias, sin perjuicio de las normas generales y disposiciones legales que regulan los derechos de los acusados y de los testigos en los procedimientos judiciales. El intercambio de información sobre conductas tributarias delictivas también puede basarse en tratados bilaterales o multilaterales sobre asistencia jurídica mutua (en la medida en que se apliquen también a los delitos fiscales).

17. El apartado 6 del Artículo 26 establece que “las autoridades competentes desarrollarán mediante consultas los métodos y técnicas apropiados concernientes a los asuntos con respecto a los cuales se intercambiará información en virtud del apartado 1”. Este lenguaje autoriza a las autoridades competentes a intercambiar información en por lo menos tres modalidades: intercambio en respuesta a requerimientos concretos, intercambio automático, y otras modalidades, entre las que se entiende incluido el intercambio espontáneo.

18. Nada de lo dispuesto en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas impide la aplicación de las disposiciones del Artículo 26 al intercambio de información existente antes de la entrada en vigor del Convenio, a condición de que la asistencia en relación con esa información se proporcione después de que el Convenio haya entrado en vigor y de que hayan adquirido fuerza jurídica las disposiciones del Artículo. Los Estados Contratantes pueden considerar sin embargo útil aclarar en qué medida son aplicables las disposiciones del Artículo a dicha información, en particular cuando las disposiciones del Convenio surtan efectos con respecto a impuestos devengados o recaudados a partir de un determinado momento.

19. El Comité de Expertos ha sugerido algunas directrices sobre posibles acuerdos para la implementación de adecuados intercambios de información (véanse los párrafos 99 y siguientes). Esas directrices

se presentan en forma de inventario de las opciones a disposición de las autoridades competentes. El inventario no pretende ser exhaustivo, ni imponer obligaciones de procedimiento a los Estados Contratantes. El inventario es más bien una lista de sugerencias a ser examinadas por las autoridades competentes al desarrollar los procedimientos para un intercambio de información efectivo.

B. COMENTARIO A LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 26

Apartado 1

20. La primera oración del apartado 1 consagra la obligación básica de los Estados Contratantes relativa al intercambio de información. Dispone que, con sujeción a las limitaciones del apartado 3, las autoridades competentes deben intercambiar la información que sea “previsiblemente relevante” (*foreseeably relevant*), para la debida aplicación del Convenio o para la administración o cumplimiento de su legislación tributaria interna, siempre que la tributación bajo tal legislación no sea inconsistente con el Convenio.

21. Antes de las modificaciones introducidas en 2011 al Artículo 26, se utilizaba la palabra “necesaria” en lugar de la expresión “previsiblemente relevante”. La opinión del Comité y la propuesta en el párrafo 4.1 del Comentario al Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, es que estos términos tienen si no significados idénticos, sí similares. Es decir, se entiende que el término “necesaria” significa “apropiada y útil”, mas no “esencial”. En cualquier caso, independientemente de la formulación escogida, el Estado solicitante no está obligado a demostrar que necesita la información solicitada para que surja la obligación de suministrarla.

22. El estándar de “previsible relevancia” tiene por objeto garantizar el intercambio de información en materia tributaria en la medida más amplia posible y, al mismo tiempo, aclarar que los Estados no están en libertad de emprender “búsquedas de forma aleatoria” (*fishing expeditions*) [*de información*] o de solicitar información acerca de un contribuyente en particular, cuya relevancia, en relación con los asuntos fiscales de ese contribuyente, sea poco probable. En el contexto del intercambio de información a requerimiento, el estándar exige que al momento de solicitar la información exista una probabilidad

razonable de que la información requerida sea relevante, sin importar que, una vez facilitada, la información no resulte realmente relevante. Por lo tanto, no podrá declinarse un requerimiento de información cuando la determinación acerca de la relevancia de la información para una investigación que está en curso solo pueda hacerse después de haber recibido la información. Las autoridades competentes deberán consultarse en situaciones en las que el contenido de la solicitud, las circunstancias conducentes a la solicitud o la previsible relevancia de la información solicitada no estén claras para el Estado requerido. No obstante, una vez que el Estado requirente haya explicado la previsible relevancia de la información solicitada, el Estado requerido no podrá denegar la solicitud, ni retener información solicitada por considerar que la información carece de relevancia para la investigación o inspección subyacentes. Cuando el Estado requerido tenga conocimiento de hechos que pongan en entredicho la relevancia de parte de la información solicitada, las autoridades competentes deberán consultarse entre sí y el Estado requerido podrá solicitar al Estado requirente aclaraciones sobre la previsible relevancia de la información a la luz de tales hechos. Al mismo tiempo, el apartado 1 no obliga al Estado requerido a facilitar información en respuesta a solicitudes que sean “búsquedas aleatorias” de información, es decir, solicitudes especulativas de información sin un nexo aparente con una investigación abierta o una inspección en curso.

23. Un requerimiento de información no constituye una búsqueda de forma aleatoria (*fishing expedition*) de información únicamente porque no se indique el nombre o la dirección (o ambos) del contribuyente objeto de investigación o inspección. Es el mismo caso que cuando los nombres se deletrean de forma distinta o la información sobre los nombres y domicilios se presentan en un formato diferente. Sin embargo, cuando el Estado requirente no facilite el nombre o la dirección (o ambos) del contribuyente bajo inspección o investigación, deberá incluir información adicional suficiente que permita identificar al contribuyente en cuestión. De igual forma, el apartado 1 no exige que la solicitud incluya necesariamente el nombre o el domicilio de la persona en cuyo poder se cree está la información. De hecho, la cuestión de cuán específico debe ser el requerimiento respecto de dicha persona es una que normalmente recae dentro del ámbito de aplicación de los apartados 3(a) y 3(b) del Artículo 26.

24. El estándar de “previsible relevancia” puede satisfacerse tanto en los casos concernientes a un solo contribuyente (ya sea que esté identificado por nombre o de otro modo), como en los casos concernientes a varios contribuyentes (ya sea que estén identificados por nombre o de otro modo). Cuando un Estado Contratante emprende una investigación sobre un grupo específico de contribuyentes con arreglo a su legislación interna, los requerimientos de información relacionados con la investigación servirán normalmente para “administrar o hacer cumplir” su normativa tributaria interna y, en consecuencia, satisfacen los requisitos previstos en el apartado 1, siempre que cumplan con el estándar de “previsible relevancia”. Sin embargo, cuando el requerimiento de información se refiere a un grupo de contribuyentes no identificados individualmente, a menudo es más difícil establecer que el requerimiento no es una búsqueda de forma aleatoria (*fishing expedition*) de la información, ya que el Estado requirente no puede referirse a una investigación sobre las actividades de un contribuyente concreto que esté en curso, lo que en la mayoría de los casos descartaría por sí solo la idea de que la solicitud es aleatoria o especulativa. En tales supuestos, es necesario que el Estado requirente aporte una descripción detallada del grupo, así como de los hechos y circunstancias específicos que llevan a solicitar la información, una explicación de la norma aplicable y de las razones que existen para creer que los contribuyentes del grupo sobre el que se solicita información han incumplido dicha norma, acompañadas de una base clara de hechos. Asimismo, se requiere demostrar que la información solicitada ayudará a determinar el grado de cumplimiento por parte de los contribuyentes del grupo. Como lo ilustra el ejemplo (*h*) del párrafo 33, en el caso de solicitudes de grupo, normalmente, aunque no necesariamente, un tercero ha contribuido de forma activa al incumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes del grupo, caso en el cual dicha circunstancia también debe describirse en la solicitud. Por otra parte, como lo ilustra el ejemplo (*a*) del párrafo 34 más adelante, un requerimiento de grupo que se limite a describir la prestación de servicios financieros a clientes no residentes y a mencionar la posibilidad de incumplimiento de sus obligaciones tributarias por parte de estos últimos no cumple el estándar de previsible relevancia.

25. Los Estados Contratantes pueden convenir una formulación alternativa del estándar de previsible relevancia, que sea consistente

con el alcance del Artículo y, por lo tanto, sea entendida como una exigencia de intercambio efectivo de información. Por ejemplo, podrían sustituir la expresión “previsiblemente relevante” por “necesaria” o “relevante” o “que pueda ser relevante”, si se entiende que tales expresiones obligan a un intercambio efectivo de información. En aras de la conformidad con la terminología utilizada por la OCDE, el Comité decidió adoptar la expresión “previsiblemente relevante”, aunque algunos de los miembros del Comité prefirieron la formulación “que pueda ser relevante” sobre la base de que su significado es más claro.

26. La información a la que se refiere el apartado 1 no se limita a información específica de contribuyentes. Las autoridades competentes pueden también intercambiar otra información sensible relativa a mejoras en la administración de los impuestos y en su cumplimiento; por ejemplo, pueden suministrar información sobre técnicas de análisis de riesgos o sobre esquemas de elusión o evasión de impuestos. También pueden compartir información que hayan obtenido sobre esquemas agresivos o abusivos de evasión de impuestos, como los promovidos por algunas firmas internacionales de contabilidad. Adicionalmente, las autoridades competentes pueden intercambiar información relativa a todo un sector económico (por ejemplo, el petrolero, el pesquero, el farmacéutico o el bancario) y no respecto de contribuyentes concretos.

27. El alcance de la obligación de intercambiar información no está limitado por los Artículos 1 y 2. Es decir, la obligación no rige solo respecto de la información relevante para la debida aplicación del Convenio o para la administración o cumplimiento de los impuestos internos mencionados en el Artículo 2, sino también en relación con todos los demás impuestos, incluidos los impuestos subnacionales. En ese respecto, el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas y el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE son idénticos.

28. Algunos miembros del Comité expresaron preocupación en el sentido de que compartir información relativa a todos los impuestos, en particular los impuestos subnacionales, podría resultar en una carga muy onerosa o generar problemas constitucionales o políticos para ellos. Sugirieron que la obligación de suministrar información pueda estar limitada a los impuestos cubiertos por el Convenio, más uno o dos impuestos importantes, como el impuesto sobre el valor

agregado (IVA). Para lograr ese resultado, el apartado 1 puede sustituirse por el siguiente texto:

1. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes intercambiarán la información que sea previsiblemente relevante para la aplicación de las disposiciones de este Convenio, o para la administración o cumplimiento de la legislación interna de los Estados Contratantes relativa a los impuestos comprendidos en el Convenio y [*insertar los impuestos concretos que procedan*] de un Estado Contratante, siempre que la tributación prevista en dicha legislación interna no sea contraria al Convenio.

29. La obligación de suministrar la información solicitada rige independientemente de que la persona sobre la que se solicita la información sea residente de cualquiera de los Estados Contratantes o esté involucrada en actividades económicas en cualquiera de los Estados Contratantes. Por ejemplo, un Estado Contratante puede solicitar información sobre los depósitos bancarios de una persona residente en un tercer Estado.

30. La obligación impuesta por el apartado 1 es para un intercambio efectivo de información. Un Estado Contratante no puede eludir sus obligaciones bajo el apartado 1 mediante demoras injustificadas, o imponiendo requisitos de procedimiento no razonables o gravosos, o tomando en forma deliberada medidas que le impidan tener en su poder información que de otro modo estaría obligado a intercambiar en virtud del apartado 1.

31. Los ejemplos de los párrafos 32, 33 y 34 a continuación buscan ilustrar la aplicación del apartado 1 del Artículo 26 del Convenio a casos concretos. Algunos de esos ejemplos, sin ser idénticos, están basados en los proporcionados en los apartados 6, 7, 8 y 8.1 del Comentario al Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017. En todos los ejemplos de los párrafos 32 y 33 a continuación, el Estado requerido (el Estado Contratante al que se ha solicitado información) tiene la obligación, con arreglo al apartado 1 del Artículo 26 del Convenio, de suministrar la información solicitada. En los ejemplos expuestos en el párrafo 34 más adelante y asumiendo que no se facilite información adicional por parte del Estado requirente (el Estado Contratante que ha solicitado la información), el Estado

requerido no está obligado a suministrar información en respuesta a un requerimiento de información. Los ejemplos tienen valor puramente ilustrativo. Deben interpretarse a la luz del objetivo general del Artículo 26 de no limitar el ámbito del intercambio de información, sino de permitir el intercambio “en la medida más amplia posible”.

32. Aplicación del Convenio entre el Estado A y el Estado B: la información debe ser suministrada *[el texto de los ejemplos específicos encontrados en los subapartados a) a e) del párrafo 7 del Comentario al Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 ha sido omitido]*.

33. Aplicación de la legislación interna: la información debe ser suministrada, por ejemplo, en los siguientes casos *[el texto de los ejemplos específicos encontrados en los subapartados a) a c) del párrafo 8 del Comentario al Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 ha sido omitido]*:

[...]

- (d) Un residente del Estado A tiene una cuenta bancaria en el Estado B, y las rentas devengadas por esa cuenta están exentas de impuestos en virtud de la legislación interna del Estado B. El Estado A puede solicitar al Estado B información sobre el monto de los intereses devengados por esa cuenta;
- (e) La administración tributaria del Estado A lleva a cabo una inspección tributaria de las actividades del Sr. X. Como consecuencia de dicha inspección, la administración tributaria dispone de indicios que apuntan a que el Sr. X es titular de una o varias cuentas bancarias no declaradas en el Banco B, situado en el Estado B. Sin embargo, el Estado A ha observado que no es improbable que las cuentas estén a nombre de miembros de la familia del beneficiario efectivo con el fin de evitar que sean detectadas. En consecuencia, el Estado A solicita información sobre todas las cuentas en el Banco B de las que el Sr. X es el beneficiario efectivo y sobre todas aquellas otras que están a nombre de su esposa E y de sus hijos K y L.
- (f) Un intermediario financiero invierte dinero de sus clientes en el Estado A, obteniendo de ello dividendos e intereses. El Estado A exige que el intermediario financiero conserve el registro de los beneficiarios efectivos de las cuentas, pero no exige que le

proporcione regularmente esa información para la aplicación de su legislación interna. El Estado B sospecha que algunos de los beneficiarios de los titulares de las cuentas del intermediario financiero residen en el Estado B y están, por ende, sujetos a tributación en virtud de su legislación interna. El Estado B puede solicitarle al Estado A que obtenga del intermediario financiero información sobre contribuyentes identificados;

- (g) El Estado A ha obtenido información sobre todas las transacciones realizadas con tarjetas de crédito extranjeras en su territorio en un determinado año. El Estado A ha procesado los datos y puesto en marcha una investigación para identificar todos los números de tarjetas de crédito en relación con las que la frecuencia y el patrón de las operaciones, junto con el tipo de uso en el transcurso de ese año, sugieren que los titulares de dichas tarjetas eran residentes fiscales del Estado A. El Estado A no puede obtener los nombres [*de los titulares de las tarjetas de crédito*] utilizando las fuentes habituales de información disponibles bajo su procedimiento tributario interno, ya que la información pertinente no se encuentra en poder o bajo el control de personas dentro de su jurisdicción. Los números de las tarjetas de crédito identifican al Banco B, ubicado en el Estado B, como uno de los emisores de dichas tarjetas. Sobre la base de una investigación o inspección en curso, el Estado A envía un requerimiento de información al Estado B solicitando el nombre, dirección y fecha de nacimiento de los titulares de las tarjetas específicas identificadas durante la investigación y los de cualquier otra persona con firma autorizada en dichas tarjetas. El Estado A suministra los números de las tarjetas de crédito pertinentes junto con la información antes mencionada con el fin de demostrar la previsible relevancia de la información solicitada para su investigación y, de manera más general, para la administración y cumplimiento de su legislación fiscal.
- (h) El proveedor de servicios financieros B está establecido en el Estado B. La administración tributaria del Estado A ha descubierto que B está comercializando un producto financiero a residentes del Estado A utilizando información engañosa que induce a pensar que el producto elimina la sujeción al impuesto en el Estado A por la renta acumulada por el producto. El

producto exige la apertura de una cuenta con B a través de la que se efectúa la inversión. La administración tributaria del Estado A ha publicado una nota de alerta dirigida a los contribuyentes en la que se les advierte acerca del producto y se les aclara que no tiene los efectos tributarios sugeridos, debiendo declararse las rentas que genera. A pesar de ello, B sigue comercializando el producto en su página web y el Estado A tiene pruebas de que también lo comercializa a través de una red de asesores. El Estado A ha descubierto ya a diversos contribuyentes residentes que han invertido en el producto, ninguno de los cuales ha declarado las rentas generadas por sus inversiones. El Estado A ha agotado todos los medios a su alcance para obtener información sobre la identidad de aquellos de sus residentes que han invertido en dicho producto. El Estado A solicita información a la autoridad competente del Estado B respecto de todos los residentes del Estado A que (i) poseen una cuenta con B y (ii) han invertido en el referido producto financiero. En la solicitud, el Estado A suministra la información antes mencionada, incluyendo detalles del producto financiero en cuestión y del Estado en que se encuentra la investigación.

- (i) Una sociedad residente del Estado A es la matriz de sociedades situadas en el Estado B y en el Estado C. El Estado B cree que la empresa que realiza actividades empresariales en su territorio ha transferido de forma indebida beneficios a la sociedad situada en el Estado C. El Estado B puede solicitarle al Estado A que suministre información sobre los beneficios y gastos de la sociedad situada en el Estado C. La legislación interna del Estado A obliga a la sociedad principal a llevar un registro de las operaciones de sus subsidiarias en el exterior.
- (j) La sociedad A, residente del Estado A, es propiedad de la sociedad B, una sociedad extranjera que no cotiza en el mercado de valores, residente del Estado B. La administración tributaria del Estado A sospecha que los directivos X, Y y Z de la sociedad A son, directa o indirectamente, propietarios de la sociedad B. De estar en lo cierto, los dividendos recibidos por la sociedad B y distribuidos o abonados por la sociedad A estarían sometidos a imposición en manos de dichos directivos al ser estos accionistas residentes, de conformidad con lo dispuesto en las

normas sobre compañías extranjeras controladas del Estado A. La sospecha se basa en la información facilitada a la administración tributaria del Estado A por un antiguo empleado de la sociedad A. Al ser confrontados con estos argumentos, los tres directivos de la sociedad A niegan poseer cualquier participación en el capital la sociedad B. La administración tributaria del Estado A ha agotado todos los medios a su disposición para obtener información sobre la participación en el capital de la sociedad B. El Estado A ahora le solicita al Estado B información que determine si X, Y y Z son accionistas de la sociedad B. Además, habida cuenta de que en tales casos la propiedad suele ser detentada a través, por ejemplo, de sociedades ficticias (*shell companies*) y accionistas nominales, el Estado A solicita igualmente información al Estado B sobre si X, Y y Z poseen una participación indirecta en la sociedad B. Si el Estado B no puede determinar si X, Y o Z poseen tal participación indirecta, el Estado A solicita información sobre el(los) accionista(s) de tal suerte que pueda proseguir sus investigaciones.⁸⁹

34. Aplicación de la legislación interna: en los siguientes casos la información no debe ser suministrada por el Estado requerido, asumiendo que el Estado requirente no aporte información adicional:

- (a) El Banco B está constituido en el Estado B. El Estado A grava a sus residentes sobre la base de su renta mundial. La autoridad competente del Estado A le solicita a la autoridad competente del Estado B que le suministre los nombres, fecha y lugar de nacimiento, y saldos de cuenta (incluyendo información sobre posibles activos financieros que consten en dichas cuentas) de residentes del Estado A que figuren como titulares, tengan firma autorizada en, o tengan derechos de participación en los beneficios de una cuenta en el Banco B del Estado B. En la solicitud se afirma tener conocimiento de que el Banco B cuenta con

89 En los casos en que el Estado B tenga conocimiento de hechos que ponen en entredicho la previsible relevancia de parte de la información relativa a los accionistas, las autoridades competentes deberán consultarse y el Estado B podrá solicitar al Estado A aclaraciones sobre la previsible relevancia a la luz de esos hechos, como se analiza en el párrafo 22 de este Comentario.

un número elevado de titulares de cuentas que son extranjeros, pero no se aporta información adicional.

- (b) La sociedad B está constituida en el Estado B. El Estado A solicita tanto los nombres de todos los accionistas de la sociedad B que residan en el Estado A como información sobre todos los dividendos pagados a tales accionistas. El Estado requirente A señala que la sociedad B desarrolla una intensa actividad empresarial en el Estado A y que, en consecuencia, es probable que algunos de sus accionistas residan en el Estado A. La solicitud de información adicionalmente señala que es bien sabido que los contribuyentes con frecuencia omiten revelar los activos o rentas de fuente extranjera.

Apartado 2

35. No puede exigírsele a un Estado Contratante que suministre información financiera de carácter confidencial a otro Estado Contratante si no tiene la seguridad de que esa información no se revelará a personas no autorizadas. Las normas sobre confidencialidad del apartado 2 son aplicables a todo tipo de información recibida de acuerdo con el apartado 1, incluyendo tanto la información proporcionada en el requerimiento, como la transmitida en respuesta al requerimiento. Por consiguiente, las normas sobre confidencialidad abarcan, por ejemplo, la correspondencia entre autoridades competentes, incluida la carta de solicitud de la información. Al mismo tiempo, se entiende que el Estado requerido puede divulgar el mínimo de la información contenida en una carta de la autoridad competente (pero no la carta propiamente dicha) que sea necesario para permitir al Estado requerido obtener o suministrar la información solicitada al Estado requirente, sin frustrar los esfuerzos del Estado requirente. Sin embargo, si con motivo de procedimientos judiciales, o demás procedimientos asimilables en virtud de la legislación interna del Estado requerido, resulta necesario revelar íntegramente el contenido de la carta propiamente dicha, la autoridad competente del Estado requerido podrá divulgar dicha carta, salvo que el Estado requirente especifique otra cosa. Con el fin de proporcionar la garantía de confidencialidad necesaria para un intercambio efectivo de información, el apartado 2 dispone que la información comunicada conforme a las disposiciones del Convenio será tratada como secreta en el Estado que la recibe, de la

misma manera que la información obtenida conforme a la legislación interna de este Estado. Las sanciones aplicables en caso de violación del secreto en ese Estado serán las previstas en el derecho administrativo y penal de dicho Estado. En las situaciones en que el Estado requerido establezca que el Estado requirente incumple sus obligaciones en materia de confidencialidad de la información intercambiada en virtud del presente Artículo, el Estado requerido podrá dejar de prestar su asistencia con arreglo a lo dispuesto en este Artículo hasta recibir del Estado requirente garantía suficiente de que dará el debido cumplimiento a las referidas obligaciones. Si fuera necesario, las autoridades competentes podrán celebrar acuerdos o memorandos de entendimiento específicos relativos a la confidencialidad de la información intercambiada en virtud del presente Artículo.

36. Desde luego, la información recibida en virtud del Artículo 26 sería de poca o de ninguna utilidad para el Estado requirente (el Estado Contratante que solicita la información) si la prohibición de revelarla fuera absoluta. El apartado 2 dispone que la información recibida con arreglo al Artículo 26 podrá ser revelada a personas y a autoridades involucradas en la liquidación o recaudo, la aplicación efectiva o de la persecución del incumplimiento, o la resolución de los recursos en relación con los impuestos a los que se hace referencia en el apartado 1. Además, se entiende que la información también podrá comunicarse al propio contribuyente, a su apoderado o a testigos en procedimientos civiles o penales.

37. Como se expuso en el anterior párrafo 36, la información obtenida puede ser comunicada a las personas y autoridades mencionadas y, sobre la base de lo dispuesto en el último enunciado del apartado 2 del Artículo, puede darse a conocer en audiencias judiciales públicas o en decisiones en las que aparezca el nombre del contribuyente. Está claro que una vez la información es utilizada en el curso de audiencias judiciales públicas o en decisiones judiciales, haciéndose así pública, a partir de ese momento tal información puede ser citada y tomada de los expedientes o decisiones judiciales para servir a fines distintos e incluso como eventuales elementos probatorios. Sin embargo, tal divulgación al público no significa que las personas y autoridades mencionadas en el apartado 2 estén autorizadas a suministrar, previa petición, información adicional que hayan recibido.

38. Si uno o ambos Estados Contratantes se oponen a que la información obtenida en virtud del Artículo 26 se haga pública por vía judicial, o a que, una vez se haya hecho pública por esa vía, tal información sea utilizada para otros fines, deberán indicarlo expresamente en el Convenio que suscriban.

39. En general, la información recibida por un Estado Contratante solo podrá utilizarse para los fines mencionados en el apartado 1. Aunque el Estado receptor considere que la información puede serle de utilidad para fines distintos a los mencionados en ese apartado, no podrá utilizarla para esos otros fines sin la autorización de la autoridad competente del Estado transmisor. Esa autorización no deberá denegarse injustificadamente.

40. En algunos casos, un Estado Contratante puede procesar a un contribuyente por evasión de impuestos y por algún otro delito a la vez, como blanqueo de dinero, sobre la base del mismo conjunto de hechos. En tales circunstancias, el Estado receptor podrá querer utilizar la información suministrada para ambos fines.

41. De manera similar, la información recibida por un Estado Contratante no puede ser revelada a un tercer país salvo que exista una disposición expresa en el convenio bilateral entre los Estados Contratantes que así lo autorice.

42. La información intercambiada con fines tributarios puede resultar de interés para el Estado receptor para otros fines distintos a los mencionados en la primera y segunda oración del apartado 2 del Artículo 26. Así, la última oración del apartado 2 de dicho Artículo permite a los Estados Contratantes compartir la información recibida con fines tributarios, siempre que se cumplan dos condiciones: primera, la información debe poder utilizarse para otros fines con arreglo a las leyes de ambos Estados y, segunda, la autoridad competente del Estado emisor debe autorizar tal uso. Dicha oración permite compartir la información tributaria que se comunica a las autoridades fiscales del Estado receptor con otros organismos encargados de hacer cumplir la Ley y otras autoridades judiciales en dicho Estado en ciertos asuntos de alta prioridad (por ejemplo, para combatir el blanqueo de capitales, la corrupción o la financiación de actividades terroristas). Cuando el Estado receptor desee utilizar la información para otros fines (es decir,

para fines distintos de los tributarios), deberá señalarle expresamente al Estado emisor ese otro fin para el que desea utilizar la información y confirmar que su legislación interna le permite usar la información para dichos otros fines. Cuando el Estado emisor esté en condiciones de hacerlo, habida cuenta, entre otros, de los acuerdos internacionales u otros instrumentos suscritos entre los Estados Contratantes relativos a la asistencia mutua entre otras entidades encargadas de hacer cumplir la ley y entre autoridades judiciales, por lo general, cabe esperar que la autoridad competente del Estado emisor autorice ese uso para otros fines, si la información puede utilizarse para fines análogos en el Estado emisor. Las entidades encargadas de hacer cumplir la Ley y las autoridades judiciales que reciben la información en virtud de la última oración del apartado 2 deben tratar tal información como confidencial, de acuerdo con los principios enunciados en dicho apartado 2.

43. Se admite la posibilidad de que los Estados Contratantes deseen alcanzar el objetivo general implícito en la segunda oración del apartado 2 por otros medios, pudiendo sustituir a tal fin la última oración del apartado 2 por el texto siguiente:

La autoridad competente del Estado Contratante que recibe la información en virtud de las disposiciones de este Artículo puede igualmente, con el consentimiento escrito del Estado Contratante que suministra la información, poner a disposición esa información, para que sea usada para otros fines autorizados bajo las disposiciones de un tratado de asistencia legal mutua vigente entre los Estados Contratantes que permita el intercambio de información tributaria.

44. El apartado 2 del Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE fue modificado en 2005 para incluir una disposición que permite el intercambio de información obtenida en virtud del Artículo 26 con las personas encargadas de la supervisión de las personas autorizadas a obtener esa información. Esta modificación fue hecha también en el apartado 2 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas.

45. La divulgación de información debe limitarse a la información que necesiten esos órganos para desempeñar sus obligaciones de supervisión. Dichos órganos de supervisión incluyen a las autoridades que supervisan a las autoridades tributarias y a las autoridades

encargadas de exigir el cumplimiento de la ley, en tanto hacen parte de la administración general del Gobierno de un Estado Contratante. Esa divulgación de información solo se permite si las personas encargadas de las actividades de supervisión están sujetas a requisitos de confidencialidad al menos tan estrictos como los impuestos a los funcionarios de la administración tributaria. Las autoridades competentes pueden determinar de mutuo acuerdo qué órganos constituyen órganos de supervisión en el sentido del presente apartado.

Apartado 3

46. El apartado 3 del Artículo 26 contiene disposiciones que limitan la obligación del Estado requerido de conformidad con el apartado 1. Sin embargo, las limitaciones previstas en el apartado 3 pueden ser sustituidas por las disposiciones contenidas en los apartados 4 y 5. Las disposiciones del apartado 3, en conjunto con las disposiciones de los apartados 4 y 5, no deben interpretarse de manera que se impida un intercambio efectivo de información entre los Estados Contratantes. Adicionalmente, un Estado Contratante debe revelar al otro Estado Contratante, antes de celebrar un convenio, toda disposición específica de su legislación y práctica administrativa que, a su juicio, le permita eludir una obligación impuesta de otro modo por el apartado 1.

47. El apartado 3(a), sujeto a las limitaciones previstas en los apartados 4 y 5, contiene la aclaración de que un Estado Contratante no está obligado a ir más allá de su propia ley interna y práctica administrativa al poner información a disposición del otro Estado Contratante. Por ejemplo, si la legislación o la práctica administrativa del Estado requerido no permiten embargar documentos privados de un contribuyente sin autorización judicial, no está obligado a proceder a tal embargo sin autorización judicial en nombre del Estado requirente, aun cuando el Estado requirente pueda proceder a tal embargo sin autorización judicial de conformidad con sus propias leyes o prácticas administrativas. La finalidad de esta norma es impedir que el Artículo 26 origine un conflicto involuntario entre la obligación de un Estado Contratante de conformidad con el Artículo 26 y sus obligaciones conforme a su ley interna.

48. Las disposiciones internas que exigen que la información obtenida por las autoridades fiscales se mantenga en secreto no deben

interpretarse como un obstáculo para el intercambio de información conforme al apartado 3(a) porque las autoridades fiscales del Estado requirente estén obligadas de conformidad con el apartado 2, a guardar secreto con respecto a la información recibida conforme al presente Artículo.

49. El apartado 1 obliga al Estado requerido a proporcionar información con respecto a todos los impuestos del Estado requirente, incluso si el Estado requerido no tiene un impuesto comparable. El apartado 3(a) no elimina la obligación de proporcionar información relativa a los impuestos que el Estado requerido no exija. Por ejemplo, un Estado requerido no puede eludir su obligación de proporcionar información útil al Estado requirente respecto de la aplicación de su impuesto sobre el valor agregado simplemente porque el Estado requerido no tiene un impuesto al valor agregado. Desde luego, el Estado requerido podrá eludir la obligación de proporcionar dicha información si no puede obtenerla de conformidad con sus procedimientos administrativos normales, en el sentido del apartado 3(b).

50. El propósito del apartado 3(a) es evitar posibles trampas, no crearlas. Un Estado Contratante que considere que no está obligado a obtener determinados tipos de información en nombre del otro Estado Contratante debido a sus propias leyes o prácticas administrativas (incluidas las leyes y prácticas administrativas de sus gobiernos subnacionales) debe revelar esa posición por escrito antes de celebrar un convenio que contenga el Artículo 26. También debe comunicar los posibles efectos de esa posición sobre su capacidad de proporcionar un intercambio de información efectivo. Por ejemplo, si un Estado Contratante considera que una de sus leyes le impide proporcionar al otro Estado Contratante información sobre los beneficiarios efectivos de sus empresas residentes u otras personas jurídicas, deberá notificar por escrito dicha posición durante la negociación del convenio, con una explicación del impacto de dicha ley en sus obligaciones en relación con la asistencia mutua. Dependiendo de los hechos y circunstancias del caso particular, la falta de divulgación puede eliminar el derecho de un Estado Contratante de invocar el apartado 3(a) para eludir sus obligaciones de conformidad con el apartado 1.

51. Un Estado Contratante que modifique su legislación o práctica administrativa después de firmar un convenio que contenga el

apartado 3(a) deberá comunicar oportunamente ese cambio al otro Estado Contratante. Dependiendo de los hechos y las circunstancias del caso, ese cambio puede constituir una violación material del convenio. En cualquier caso, la falta de notificación oportuna de tal cambio puede eliminar el derecho de un Estado Contratante a invocar el apartado 3(a) para evitar sus obligaciones derivadas del apartado 1.

52. Un Estado Contratante que desee ampliar el alcance de la limitación actualmente prevista en el apartado 3(a) podría modificar ese apartado de la siguiente forma:

- (a) Aplicar medidas administrativas contrarias a las leyes y prácticas administrativas de ese Estado Contratante o del otro Estado Contratante, aun cuando ese Estado Contratante sepa y no comunique que es probable que haya disposiciones específicas de sus leyes o prácticas administrativas que impidan un intercambio eficaz de información.

53. Algunos países están obligados por ley a notificar a la persona que proporciona la información y/o al contribuyente sujeto a una investigación antes de la divulgación de esa información a otro país. Esos procedimientos de notificación pueden ser un aspecto importante de los derechos previstos en la legislación interna. En algunos casos, la notificación debería ayudar a evitar errores (por ejemplo, en casos de identidad errónea) y facilitar el intercambio (permitiendo a los contribuyentes notificados cooperar voluntariamente con las autoridades tributarias del Estado requirente). No obstante, los procedimientos de notificación podrían no aplicarse de una manera que, en las circunstancias particulares de la solicitud, frustren los esfuerzos del Estado requirente por evitar la evasión o elusión tributaria. Esto es, no deben impedir ni retrasar indebidamente un intercambio efectivo de información. Por ejemplo, los procedimientos de notificación deben permitir excepciones a la notificación previa en los casos en que la solicitud de información tenga carácter de muy urgente o la notificación pueda socavar las posibilidades de éxito de la investigación realizada por el Estado requirente.

54. Un Estado Contratante que, de conformidad con su ley interna, esté requerido a notificar a la persona que proporcionó la información y/o al contribuyente que se pretende un intercambio de información, debe informar por escrito a sus partes en el tratado que tiene este requisito y las consecuencias que conlleva para sus obligaciones

en relación con la asistencia mutua. Esa información debe facilitarse al otro Estado Contratante antes de que se celebre un convenio y posteriormente siempre que se modifiquen las normas correspondientes. Dependiendo de los hechos y circunstancias del caso particular, la falta de comunicación puede eliminar el derecho de un Estado Contratante a invocar el apartado 3(a) para eludir sus obligaciones conforme al apartado 1.

55. En general, el Estado requerido no está obligado a aplicar medidas administrativas en nombre del Estado requirente que no estén permitidas por las leyes o la práctica administrativa del Estado requirente. El propósito de esta norma es impedir que un Estado requirente utilice las medidas administrativas del Estado requerido para evitar las limitaciones impuestas en el Estado requirente por su propio gobierno.

56. Los diferentes países tendrán necesariamente diferentes mecanismos para obtener y proporcionar información. Las variaciones en las leyes y en la práctica administrativa no podrán servir de base para que el Estado requerido rechace una solicitud de información a menos que el efecto de esas variaciones sea limitar de manera significativa la autoridad legal del Estado requirente para obtener y proporcionar la información, ello si el propio Estado requirente ha recibido una solicitud legítima del Estado requerido. Cabe destacar que, si un Estado Contratante aplica, conforme al apartado 5, medidas no previstas normalmente en su legislación o práctica interna, como el acceso a, y el intercambio de información bancaria, ese Estado también tiene derecho a solicitar información similar al otro Estado Contratante.⁹⁰

90 El lenguaje correspondiente en el párrafo 15 del Comentario al Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE contiene la siguiente oración adicional: “Esto estaría plenamente en consonancia con el principio de reciprocidad que subyace en los subapartados *a*) y *b*) del apartado 3.” Un miembro del Comité sugirió adicionar esta oración al Comentario de las Naciones Unidas. Sin embargo, la oración no se adicionó porque puede interpretarse en el sentido de que el apartado 3 exige que cada uno de los Estados Contratantes reciba beneficios recíprocos en virtud del Artículo 26. Esa interpretación no sería consistente con el enfoque más amplio de la reciprocidad adoptado por el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas. La propia aclaración de que “si un Estado Contratante aplica, en virtud del apartado 5, medidas

57. La regla general del anterior párrafo 55, no se aplica cuando el sistema jurídico o la práctica administrativa de un solo país prevé un procedimiento específico. Por ejemplo, a un Estado Contratante que se le solicita que proporcione información sobre una resolución administrativa o un acuerdo de precios de transferencia (APA) que haya otorgado, no puede señalar la ausencia de una resolución o de un régimen APA en el Estado requirente para eludir la obligación que le impone el apartado 1 de proporcionar dicha información.

58. La mayoría de los países reconocen en su legislación interna que no se puede obtener información de una persona en la medida en que esa persona pueda reclamar el derecho a no declarar contra sí mismo. Por consiguiente, el Estado requerido puede negarse a proporcionar información si sus normas de autoincriminación le impiden obtener esa información o si las normas de autoincriminación del Estado requirente le impiden obtener esa información en circunstancias similares. En la práctica, sin embargo, el derecho a no declarar en contra de sí mismo debería tener poca o ninguna aplicación en relación con la mayoría de las solicitudes de información. El derecho a no declarar contra sí mismo es personal y no puede ser reclamado por una persona que no corre el riesgo de ser procesada penalmente. En la abrumadora mayoría de las solicitudes de información, el objetivo es obtener información de terceros, como bancos, intermediarios o la otra parte en un contrato, y no de la persona sujeta a investigación. Además, el derecho a no declarar contra sí mismo no se aplica generalmente a personas distintas de las personas naturales.

59. El apartado 3(b) permite a un Estado requerido eludir una obligación impuesta de otro modo por el apartado 1 cuando no puede

no previstas normalmente en su legislación o práctica interna, como el acceso a la información bancaria y el intercambio de esa información, ese Estado también tiene derecho a solicitar información similar del otro Estado Contratante” es, no obstante, tan útil y pertinente en el contexto del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas como en el contexto del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, dado que, con arreglo al enfoque más amplio de la reciprocidad adoptado en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas, el Estado Contratante pertinente también tendría derecho a solicitar información al otro Estado Contratante.

obtener los elementos de información solicitados en el curso normal de su administración o cuando el otro Estado Contratante pudo no haber obtenido dicha información en el curso normal de su administración. La finalidad de esta norma es impedir que el Estado requirente imponga cargas excesivas al Estado requerido.

60. Se considera que la información puede obtenerse en el curso normal de la administración si se encuentra en posesión de las autoridades tributarias o puede ser obtenida por ellas en el procedimiento normal de determinación tributaria, lo que podrá incluir investigaciones específicas o un examen especial de las cuentas empresariales resguardadas por el contribuyente u otras personas. Por ejemplo, si el Estado requerido, como parte de sus políticas de auditoría, obtiene información sobre la idoneidad de los precios de transferencia utilizados por sus contribuyentes en sus relaciones con empresas asociadas, se considera que puede obtener información similar sobre sus contribuyentes y empresas asociadas en nombre de un Estado solicitante. El apartado supone, por supuesto, que las autoridades tributarias tienen las facultades y los recursos necesarios para facilitar un intercambio de información efectivo. Por ejemplo, supóngase que un Estado Contratante solicita información relacionada con una investigación sobre los asuntos tributarios de un contribuyente determinado y específica en la solicitud que la información podría estar en poder de uno de los pocos proveedores de servicios identificados en la solicitud y establecidos en el otro Estado Contratante. En este caso, se espera que el Estado requerido pueda obtener y proporcionar esa información en la medida en que esa información esté en poder de uno de los proveedores de servicios identificados en la solicitud. Al responder a una solicitud, el Estado requerido debe guiarse por el propósito general del Artículo 26, que es permitir el intercambio de información “en la mayor medida posible” y podrá considerar la importancia de la información solicitada para el Estado requirente en relación con la carga administrativa del Estado requerido.

61. Salvo pacto en contrario de los Estados Contratantes, debe suponerse que la información solicitada por un Estado Contratante podría ser obtenida por ese Estado en una situación similar, a menos que ese Estado haya informado al otro Estado Contratante de lo contrario.

62. A menudo se presume, cuando un país desarrollado y un país en desarrollo conciertan un convenio, que el país desarrollado tendrá

una mayor capacidad administrativa que el país en desarrollo. Tal diferencia de capacidad administrativa no proporciona una base conforme al apartado 3(b) para que cualquiera de los Estados Contratantes evite la obligación de proporcionar información conforme al apartado 1. Es decir, el apartado 3 no exige que cada uno de los Estados Contratantes reciba beneficios recíprocos de conformidad con el Artículo 26. Al adoptar libremente un convenio, los Estados Contratantes presumiblemente han llegado a la conclusión de que el convenio, considerado en su conjunto, proporciona a cada uno de ellos beneficios recíprocos. No hay presunción necesaria de que cada uno de los Artículos, o cada apartado de cada Artículo, proporcione un beneficio recíproco. Por el contrario, es común que un Estado Contratante renuncie a algún beneficio en un Artículo para obtener un beneficio en otro Artículo.

63. Aunque los apartados 3(a) y 3(b) no prevén explícitamente la reciprocidad en los beneficios, el Comentario al Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE ha adoptado la posición de que un requisito de reciprocidad puede inferirse del texto de los apartados 3(a) y 3(b), de los cuales este último, entre otras cosas, limita la obligación de un Estado Contratante de proporcionar información que pueda obtenerse en el curso normal de la administración de ese otro Estado Contratante. En efecto, en el Comentario de la OCDE se lee el término “obtenible” en el sentido de que el otro Estado Contratante tiene la capacidad administrativa real para obtener esa información. La lectura alternativa es que “obtenible” significa que la administración tributaria tiene la autoridad para obtener la información, tenga o no la capacidad para ejercer esa autoridad. Los países tal vez deseen dejar claro en su tratado que los Estados Contratantes están obligados a intercambiar información aun cuando uno de los Estados Contratantes tenga una capacidad mucho menos avanzada para obtener información sobre los contribuyentes. Para lograr ese resultado, podrían enmendar el apartado (b) para que estipule lo siguiente:

- (b) suministrar información que no pueda obtenerse en el curso normal de la administración de ese Estado Contratante o que no pueda obtenerse conforme a las leyes de ese Estado Contratante o del otro Estado Contratante;

64. Los apartados 3(a) y 3(b) no permiten que el Estado requerido rechace una solicitud cuando se aplican los apartados 4 o 5. El

apartado 5 se aplicaría, por ejemplo, en situaciones en que la incapacidad del Estado requerido para obtener la información se relacionara específicamente con el hecho de que se considerara que la información solicitada estaba en poder de un banco u otra institución financiera. Así, la aplicación del apartado 5 incluye situaciones en las que las facultades de recopilación de información de las autoridades tributarias, respecto a la información en poder de los bancos y otras instituciones financieras, están sujetas a requisitos diferentes de los que son generalmente aplicables con respecto a la información que obre en poder de personas distintas de los bancos u otras instituciones financieras. Esto sería, por ejemplo, el caso en que las autoridades tributarias solo puedan ejercer sus facultades de recopilación de información con respecto a la información que obre en poder de bancos y otras instituciones financieras en los casos en que se disponga de información específica sobre el contribuyente objeto de examen o investigación. Este también sería el caso cuando, por ejemplo, el uso de medidas de recopilación de información con respecto a la información en poder de bancos y otras instituciones financieras requiere una mayor probabilidad de que la información solicitada esté en poder de la persona que se cree que está en posesión de la información solicitada, que el grado de probabilidad requerido para el uso de medidas de recopilación de información con respecto a la información que se considere que está en manos de personas distintas de bancos o instituciones financieras.

65. En general, un Estado requerido puede negarse, conforme al apartado 3(c), a comunicar información que constituye una comunicación confidencial entre un abogado, consultor u otro representante legal autorizado en su calidad de tal y de su cliente, en la medida en que la comunicación esté protegida de la divulgación de conformidad con la ley interna.

66. El alcance de las comunicaciones confidenciales protegidas debe definirse de manera estricta. Esta protección no se aplica a los documentos o registros entregados a un abogado, consultor u otro representante legal autorizado en un intento de proteger dichos documentos o registros de la comunicación requerida por la ley. Además, la información sobre la identidad de una persona, como un director o beneficiario efectivo de una empresa, no está protegida contra la divulgación. Aunque el alcance de la protección otorgada por la ley interna a las comunicaciones confidenciales puede variar entre los Estados, la

protección prevista en el apartado 3(c) no se extiende tan ampliamente como para obstaculizar el intercambio efectivo de información.

67. No obstante lo dispuesto en la legislación interna del Estado requerido, ese Estado podrá negarse a proporcionar las comunicaciones entre abogado, consultor u otro representante legal autorizado y sus clientes solo si, y en la medida en que tales representantes actúen en su calidad de abogado, consultor u otro representante legal autorizado y no en una capacidad diferente, tales como accionistas nominales, fideicomisarios, fiduciarios, directores de empresas, o contadores, o bajo un poder de representación de una empresa en sus asuntos comerciales. Más concretamente, la comunicación debe haberse elaborado de buena fe con el fin de solicitar o prestar asesoramiento jurídico o para su uso en procedimientos judiciales existentes o previstos.

68. En ningún caso podrá un Estado requerido negarse a revelar comunicaciones entre abogados, consultores u otros representantes legales autorizados y sus clientes si esas personas han participado con sus clientes en un plan de evasión o elusión de impuestos.

69. La reclamación de que la información está protegida como comunicación confidencial entre un abogado, procurador u otro representante legal admitido y su cliente, deberá dirimirse exclusivamente en el Estado Contratante conforme a las leyes de las que emane la reclamación. Así, no se pretende que los tribunales del Estado requerido resuelvan las reclamaciones con base en las leyes del Estado requirente.

70. El apartado 3(c) también permite que un Estado requerido se niegue a proporcionar información si la divulgación de esa información revelara algún secreto comercial, empresarial, industrial, o profesional, o un proceso comercial. Antes de invocar esta disposición, un Estado Contratante debe sopesar cuidadosamente si los intereses del contribuyente justifican realmente su aplicación. Los secretos mencionados en este apartado no deben tomarse en un sentido muy amplio. Una interpretación amplia de la disposición en muchos casos sería inconsistente con la finalidad del Artículo 26 porque haría ineficaz el intercambio de información previsto en ese Artículo.

71. Por secreto comercial o empresarial, o proceso comercial generalmente se entiende la información que tiene una importancia

económica considerable y que puede explotarse en la práctica y cuyo uso no autorizado puede causar daños graves (p. ej., puede causar graves dificultades financieras). La finalidad de la excepción de secrecía es impedir que un intercambio de información imponga dificultades injustas a los contribuyentes al revelar a sus competidores o potenciales competidores, información secreta valiosa y, de este modo, disminuir significativamente el valor comercial de dicha información. La información secreta que una vez tuvo un valor comercial sustancial puede revelarse si esa información no tiene un valor comercial sustancial en el momento en que se solicita la información. La información no es secreta en el sentido del apartado 3(c) simplemente porque su divulgación comprometería al contribuyente o a un tercero o podría hacer que el contribuyente tenga que pagar impuestos adicionales o perder rentas por mala publicidad. Un Estado Contratante podrá decidir proporcionar la información solicitada cuando considere que no hay motivos razonables para suponer que el contribuyente involucrado puede sufrir consecuencias adversas incompatibles con el intercambio de información.

72. La información secreta podrá comunicarse al Estado requiriente si el Estado requerido determina que el riesgo de divulgación al público o a los competidores es improbable debido a los requisitos de confidencialidad establecidos en el apartado 2. Un documento que esté protegido de la divulgación completa porque contiene información secreta protegida puede ser divulgado si la información secreta se elimina.

73. La información financiera, incluidos los libros y registros, no constituye, por su naturaleza, un secreto comercial, empresarial, o de otro tipo. Sin embargo, en algunos casos limitados, la divulgación de información financiera puede revelar un secreto comercial, empresarial o de otra índole. Por ejemplo, una solicitud de información sobre determinados registros de compra puede plantear tal cuestión si la divulgación de dicha información revelara la fórmula patentada utilizada en la fabricación de un producto. La protección de dicha información también podrá hacerse extensiva a la información que obre en poder de terceros. Por ejemplo, un banco podría tener una solicitud de patente pendiente en custodia, o un proceso comercial secreto o fórmula que podría describirse en una solicitud de préstamo o en un contrato mantenido por un banco. En tales circunstancias, los detalles

del secreto comercial o empresarial o de otro tipo deben eliminarse de los documentos y la información financiera restante debe intercambiarse en consecuencia.

74. El apartado 3(c) incluye una limitación con respecto a la información relativa a los intereses vitales del propio Estado. Conforme a esta limitación, los Estados Contratantes no tienen que proporcionar información cuya divulgación sea contraria al orden público (*ordre public*). Esta limitación solo debería ser pertinente en casos extremos. Por ejemplo, ese caso podría plantearse si una investigación tributaria en el Estado requirente estuviera motivada por persecución política, racial o religiosa. La limitación también puede invocarse cuando la información constituye un secreto de Estado. Por ejemplo, no se exige la divulgación de información confidencial en poder de los servicios secretos, cuya divulgación sería contraria a los intereses vitales del Estado requerido. Así, las cuestiones de orden público (*ordre public*) rara vez se plantean en el contexto del intercambio de información entre partes en los tratados.

75. Como se ha señalado anteriormente, el apartado 3 puede dar a un Estado requerido el derecho a negarse a proporcionar información en determinadas circunstancias. Sin embargo, no está obligado a invocar ninguna de las limitaciones de ese apartado. Si el Estado requerido se niega a ejercer el derecho que le reconoce el apartado 3 y proporciona la información solicitada, la información intercambiada se mantendrá en el marco del Artículo 26. En consecuencia, la información está sujeta a las normas de confidencialidad del apartado 2. Además, el contribuyente afectado u otro tercero no tienen motivos para sostener que las autoridades tributarias del Estado requerido han incumplido la obligación de secrecía que les impone la legislación interna.

76. El Artículo 26 no exige la existencia de actividad delictiva en ninguno de los Estados Contratantes para que surja la obligación de intercambiar información. No obstante, algunos tratados exigen la existencia de esa actividad delictiva. En esos tratados puede ser importante establecer que la existencia de la delincuencia en el Estado requirente sea suficiente para que surja la obligación de intercambiar información. Como medida de precaución, algunos Estados que no limitan su intercambio de información a cuestiones penales tal vez deseen establecer específicamente en su tratado que no se requiere la

doble criminalidad. A fin de eliminar la posibilidad de que el requisito de la doble criminalidad se incluya en un tratado, podría añadirse el párrafo siguiente como párrafo 6, y el actual párrafo 6 se podría reenumerar como párrafo 7:

6. La obligación de intercambiar información surge del apartado 1, independientemente de que se sospeche o no de la existencia de una actividad delictiva. En ningún caso las disposiciones del presente Artículo se interpretarán en el sentido de que permitan a un Estado Contratante negarse a proporcionar información únicamente porque la conducta investigada no constituya un delito de conformidad con las leyes de ese Estado Contratante si dicha conducta se produjo en ese Estado Contratante.

Apartado 4

77. El apartado 4 se añadió al Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas en 2011. Está tomado directamente de la disposición comparable del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. En consecuencia, el Comité considera que el Comentario al apartado 4 del Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE es aplicable a la interpretación del apartado 4 del Artículo 26 de este Modelo. La posición adoptada en el Comentario de la OCDE es que la adición de este apartado tenía por objeto facilitar la interpretación del Artículo 26 y no da lugar a un cambio sustantivo en las obligaciones implícitas en la versión anterior del Artículo 26.

78. De conformidad con el apartado 4, un Estado requerido debe utilizar sus medidas de recopilación de información para obtener la información solicitada, aun cuando esas medidas se invoquen únicamente para proporcionar información al otro Estado Contratante y con independencia de que la información pueda todavía recopilarse o utilizarse para fines tributarios internos en el Estado Contratante requerido. Así, por ejemplo, toda restricción de la capacidad de un Estado Contratante requerido para obtener información de una persona con fines tributarios internos en el momento de una solicitud (por ejemplo, debido a la expiración de un plazo de prescripción conforme a la ley interna del Estado requerido o a la finalización previa de una auditoría) no debe restringir su capacidad de utilizar sus medidas de

recopilación de información con fines de intercambio de información. Por “medidas de recopilación de información” se entienden las leyes y los procedimientos administrativos o judiciales que permiten a un Estado Contratante obtener y proporcionar la información solicitada. Es decir, un Estado requerido no necesita tener un interés tributario interno en obtener la información solicitada para que le sea aplicable la obligación de proporcionar información prevista en el apartado 1. El apartado 4 no obliga al Estado Contratante requerido a proporcionar información en circunstancias en las que ha tratado de obtener la información solicitada, pero se encuentra con que la información ya no existe después de haber expirado el período interno de conservación de registros. Sin embargo, si la información solicitada sigue estando disponible a pesar de la expiración de ese período de conservación, el Estado requerido no puede negarse a intercambiar la información disponible. Los Estados Contratantes deben velar por que se mantengan registros contables fiables durante cinco años o más.

79. Como se indica en la segunda frase del apartado 4, la obligación impuesta por ese apartado está sujeta en general a las limitaciones contenidas en el apartado 3. Sin embargo, se aplica una excepción que impide que el Estado requerido eluda la obligación de proporcionar información debido a leyes o prácticas internas que incluyan un requisito de interés tributario interno. Así, el Estado requerido no puede evadir la obligación de proporcionar información alegando que sus leyes o prácticas internas solo le permiten proporcionar información en la cual hay interés para sus propios fines tributarios.

80. Para muchos países, la combinación del apartado 4 y su legislación interna proporciona una base suficiente para utilizar sus medidas de recopilación de información a fin de obtener la información solicitada, incluso en ausencia de un interés tributario interno en la información. Sin embargo, otros países tal vez deseen aclarar expresamente en el Convenio que los Estados Contratantes deben asegurar que sus autoridades competentes tengan las facultades necesarias para hacerlo. Los Estados Contratantes que deseen aclarar este punto podrán sustituir el apartado 4 por el texto siguiente:

4. A fin de efectuar el intercambio de información previsto en el apartado 1, cada Estado Contratante adoptará las medidas necesarias, incluidas la legislación, la reglamentación o las

disposiciones administrativas, para garantizar que su autoridad competente esté suficientemente facultada, de conformidad con su ley interna, para obtener información para el intercambio de información, independientemente de que dicho Estado Contratante pueda necesitar dicha información para sus propios fines tributarios.

Apartado 5

81. El apartado 5 se añadió al Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas en 2011. Se toma directamente de la disposición comparable del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. En consecuencia, el Comité considera que el Comentario al apartado 5 del Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, resulta aplicable a la interpretación del apartado 5 del Artículo 26 de este Modelo. Los siguientes señalamientos, relativos a las limitaciones a la secrecía se derivan, en gran medida, del Comentario de la OCDE. La postura tomada en el Comentario de la OCDE es que la adición de este apartado tiene la intención de ayudar a la interpretación del Artículo 26 y no resulta en un cambio sustantivo de las obligaciones implícitas en la versión anterior del Artículo 26.

82. El apartado 1 establece una obligación explícita a un Estado Contratante de intercambiar todo tipo de información. El apartado 5 tiene el objetivo de asegurar que las limitaciones al apartado 3 no puedan utilizarse para impedir el intercambio de información que se encuentre en posesión de bancos, otras instituciones financieras, mandatarios, agentes y fiduciarios, así como información relativa a la titularidad.

83. El apartado 5 establece que un Estado requerido no se negará a suministrar la información a un Estado requirente por el mero hecho de que la información solicitada se encuentre en posesión de un banco u otra institución financiera. En consecuencia, el apartado 5 deja sin aplicación al apartado 3, toda vez que dicho apartado 3 permitiría a un Estado Contratante negarse a suministrar la información con base en la legislación interna sobre secreto bancario. El acceso a la información que se encuentra en posesión de bancos u otras instituciones financieras puede lograrse por medios directos o de manera indirecta, a través de procesos judiciales o administrativos.

84. El apartado 5 también establece que un Estado Contratante no puede negarse a suministrar información solo porque esa información esté en posesión de personas que actúen en calidad de agentes o fiduciarios. Por ejemplo, si un Estado Contratante tiene una ley según la cual toda información en poder de un agente fiduciario se considera sujeta al “secreto profesional” por el mero hecho de estar en poder de dicho agente, ese Estado no podrá acogerse a dicha ley para justificar su negativa a proporcionar la información en poder del fiduciario, al otro Estado Contratante. Se considera que una persona actúa en calidad de fiduciario cuando el negocio que desarrolla es efectuar operaciones con fondos o bienes que no son de su propiedad, o para su propio beneficio, sino en beneficio de otra persona con la que el agente fiduciario mantiene una relación que implica y precisa de confianza y responsabilidad por un lado y buena fe por el otro lado. Un fideicomisario es un ejemplo común de una persona que actúa en calidad de fiduciario. El término “agente” es muy amplio e incluye todas las formas de prestación de servicios corporativos (por ejemplo, agentes encargados de la constitución de sociedades, sociedades fiduciarias, agentes registrados o abogados).

85. El apartado 5 señala que un Estado Contratante no podrá negarse a suministrar información por el mero hecho de que ésta se refiera al derecho de participación en los beneficios en una persona, incluyendo sociedades de capital y asociaciones de personas (*partnerships*), fundaciones o estructuras de organización similares. Los requerimientos de información no pueden desatenderse por el mero hecho de que la legislación o práctica internas consideren la información sobre titularidad como un secreto comercial u otro secreto.

86. A pesar de que el apartado 5 limita la capacidad de un Estado Contratante para invocar el apartado 3 al negarse a suministrar información que se encuentre en posesión de bancos, otras instituciones financieras, una persona que actúe como agente o fiduciario o información relativa a la titularidad de los derechos de participación en el capital de una persona, dicho apartado no elimina la totalidad de la protección acordada bajo dicho apartado 3. El Estado requerido puede continuar negándose a suministrar la información solicitada si dicha negativa está basada en razones sustanciales que no guarden relación con el hecho de que la información solicitada esté en posesión de un

banco, institución financiera, agente, fiduciario o mandatario, o al hecho de que la información se refiera a la participación en el capital de una persona.

87. El apartado 5 no necesariamente impide que un Estado Contratante requerido se niegue, de conformidad con el apartado 3(b), a proporcionar información que constituya una comunicación confidencial entre un abogado, consultor u otro representante legal autorizado y su cliente, incluso cuando dicha persona esté actuando en calidad de agente. Sin embargo, para calificar para la protección otorgada de conformidad con el apartado 3(b), un Estado requerido debe demostrar que las comunicaciones entre el abogado, consultor u otro representante legal autorizado, cumplen con todos los requisitos de dicho apartado, incluyendo que las comunicaciones estén protegidas de su divulgación de conformidad con la legislación nacional, que el negarse a proporcionar la información no esté relacionado con el estatus del representante legal como agente, fiduciario o mandatario, que cualesquiera de los documentos en cuestión no fueron entregados al representante legal para evitar su divulgación, y que el negar dicha información no frustraría un intercambio efectivo de información.

88. Los Estados Contratantes que deseen hacer referencia expresa a la protección otorgada a las comunicaciones confidenciales entre un cliente y abogado, consultor u otro representante legal autorizado podrían hacerlo mediante la adición del siguiente texto al final del apartado 5:

Nada de lo dispuesto en la oración anterior impedirá que un Estado Contratante se niegue a obtener o proporcionar información que revelaría comunicaciones confidenciales entre abogado, consultor u otro representante legal autorizado, cuando dichas comunicaciones estén protegidas de su revelación de conformidad con el apartado 3(b) y cuando el amparo a la protección de conformidad con dicho apartado no esté relacionado con el estatus legal de representante en calidad de agente, fiduciario o mandatario.

89. Los siguientes ejemplos ilustran la aplicación del apartado 5:

- (a) La sociedad X es propietaria de la mayoría del capital de la sociedad subsidiaria Y, y ambas sociedades se constituyeron

conforme a la legislación del Estado A. El Estado B lleva a cabo una inspección tributaria de las operaciones empresariales de la sociedad Y en el Estado B. En el curso de esa inspección surge el interrogante de quien tiene la participación directa e indirecta en Y, y el Estado B requiere información al Estado A sobre las personas que forman la cadena de propiedad de la sociedad Y. En su respuesta, el Estado A deberá suministrar al Estado B información sobre la titularidad tanto de la sociedad X como de la sociedad Y.

- (b) Una persona natural sujeta a imposición en el Estado A posee una cuenta corriente en el Banco B, situado en el Estado B. El Estado A comprueba la declaración del impuesto sobre la renta de esta persona natural y remite al Estado B un requerimiento de información sobre todas las cuentas y activos bancarios en poder del Banco B, para determinar si existen depósitos de renta obtenida y no gravada. El Estado B deberá proporcionar la información bancaria al Estado A.
- (c) Se sospecha que el Banco A en el Estado A ha celebrado acuerdos confidenciales de consentimiento con algunos de sus depositantes, que instruyen al banco a pagar los intereses que obtengan a un banco extranjero no relacionado. El Estado B solicita que el Estado A le proporcione copias de dichos acuerdos confidenciales de consentimiento. El Banco A indica que tales acuerdos de consentimiento son documentos legales protegidos por el privilegio de confidencialidad abogado-cliente. El Estado A debe suministrar los documentos solicitados.

Apartado 6

90. El texto del apartado 6 se tomó, con algunos cambios, de la última frase del apartado 1 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas antes de su enmienda en 2011. El apartado 6 concede específicamente a las autoridades competentes la facultad de establecer procedimientos para un intercambio efectivo de información. El Modelo de Convenio Tributario de la OCDE no contiene un apartado 6 ni un equivalente. La posición adoptada en el Comentario al Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE es que esta facultad está implícita en el Artículo 26.

91. Para llevar a cabo el intercambio de información de conformidad con los apartados anteriores del Artículo 26, el apartado 6 dispone que las autoridades competentes de los Estados Contratantes trabajarán conjuntamente para establecer procedimientos para el intercambio de información, incluidos los intercambios rutinarios, normalmente en forma electrónica. Aunque en el apartado 6 no se les exige que adopten esas disposiciones antes de que sea necesario intercambiar información particular, ello es muy aconsejable para lograr un intercambio efectivo de información.

92. Algunos Estados tal vez deseen hacer explícito en su tratado que las autoridades competentes están obligadas no solo a intercambiar información previa solicitud, sino también a establecer medidas para el intercambio automático y espontáneo de información. Esos países tal vez deseen añadir el texto siguiente al final del apartado 6:

Además de responder a solicitudes específicas de información, las autoridades competentes intercambiarán información de forma rutinaria y espontánea. Acordarán periódicamente los tipos de información o documentos que deberán facilitarse de forma rutinaria.

93. Algunos miembros del Comité han expresado su preocupación por el hecho de que las solicitudes de información de un país desarrollado a un país en desarrollo podrían suponer una carga excesiva para el departamento tributario del país en desarrollo, debido a la diferente capacidad de sus administraciones tributarias para obtener y proporcionar información. Esa preocupación podría mitigarse haciendo al Estado requirente responsable de los gastos materiales extraordinarios relacionados con una solicitud de información. En este contexto, la cuestión de si un costo extraordinario de obtener información solicitada es material, podría determinarse no por referencia a una cantidad absoluta, sino por referencia al costo relativo al presupuesto total del departamento tributario al que se pide que proporcione información. Por ejemplo, un pequeño costo absoluto podría ser material para un departamento tributario con recursos muy limitados, mientras que un costo absoluto mayor podría no ser material para un departamento bien financiado.

94. Los países que se preocupen por imponer costos considerables a países en desarrollo, podrían incluir el texto siguiente al final del apartado 6:

Los gastos extraordinarios ocasionados por el suministro de información correrán a cargo de la Parte Contratante que la solicite. Las autoridades competentes de las Partes Contratantes se consultarán mutuamente con antelación en caso de que se prevea que los costes de información relativos a una solicitud específica serán extraordinarios.

95. Los países tal vez deseen mejorar la rapidez y la puntualidad del intercambio de información conforme a este Artículo acordando plazos para el suministro de información. Los países podrán hacerlo añadiendo el texto siguiente al final del apartado 6:

Las autoridades competentes de los Estados Contratantes podrán acordar plazos para el suministro de información de conformidad con el presente Artículo. A falta de tal acuerdo, la información se proporcionará lo antes posible y, salvo cuando el retraso se deba a impedimentos legales, en los plazos siguientes:

- (a) Cuando las autoridades fiscales del Estado Contratante requerido dispongan ya de la información solicitada, ésta se comunicará a la autoridad competente del otro Estado Contratante en un plazo de dos meses a partir de la recepción de la solicitud de información;
- (b) Cuando las autoridades tributarias del Estado Contratante requerido no tengan todavía la información solicitada a su disposición, dicha información se proporcionará a la autoridad competente del otro Estado Contratante en un plazo de seis meses a partir de la recepción de la solicitud de información.

Siempre que se cumplan las demás condiciones del presente Artículo, se considerará que la información se ha intercambiado de conformidad con las disposiciones del presente Artículo, incluso si se proporciona fuera de estos plazos.

96. Las disposiciones de los subapartados (a) y (b) del texto opcional propuesto en el apartado anterior, establecen una norma por defecto para los plazos que se aplicarían cuando las autoridades competentes no hayan llegado a un acuerdo diferente sobre plazos más largos o más cortos. Los plazos por defecto son dos meses a partir de la recepción de la solicitud de información si la información solicitada ya está

en posesión de las autoridades tributarias del Estado Contratante requerido y seis meses en todos los demás casos. Sin importar los plazos establecidos por defecto o los plazos acordados de otro modo, las autoridades competentes pueden llegar a acuerdos diferentes caso por caso, por ejemplo, cuando ambas acuerden que es necesario disponer de más tiempo. Esto puede ocurrir cuando la solicitud es compleja. En tal caso, la autoridad competente del Estado Contratante requirente no debería denegar injustificadamente una solicitud de la autoridad competente del Estado Contratante requerido durante más tiempo.

97. Si un Estado Contratante requerido no puede proporcionar la información solicitada en el plazo prescrito debido a impedimentos legales (por ejemplo, debido a un litigio en curso relativo a la impugnación por un contribuyente de la validez de la solicitud o a un litigio en curso relativo a un procedimiento de notificación del tipo descrito anteriormente en el párrafo 54), no se violarían los plazos.

98. La última parte del texto opcional propuesto anteriormente en el párrafo 95, de acuerdo con el cual: “[s]iempre que se cumplan las demás condiciones del presente Artículo, se considerará que la información se ha intercambiado de conformidad con las disposiciones del presente Artículo, incluso si se proporciona fuera de esos plazos” deja claro que ninguna objeción al uso o a la admisibilidad de la información intercambiada de conformidad con el presente Artículo puede basarse en el hecho de que la información se intercambió después de los plazos acordados por las autoridades competentes o de los plazos por defecto previstos en el apartado.

C. INVENTARIO DE MECANISMOS DE INTERCAMBIO

99. Los párrafos 6 a 25 del Comentario al Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas de 1999, que figuran a continuación con algunos cambios editoriales, podrían incluirse en un manual que se ocupe de los mecanismos de intercambio.

Transmisión rutinaria de información

6. Un método de intercambio de información es el flujo rutinario o automático de información de un país parte en un

tratado a otro.⁹¹ Los siguientes son varios aspectos en los que las autoridades competentes deberían enfocarse al desarrollar una estructura para estos intercambios rutinarios. Al examinar los intercambios rutinarios de información, debe reconocerse que algunos países no desean recibir esa información de manera rutinaria (o no pueden recibirla de manera rutinaria porque los países que la transmiten no la reúnen habitualmente) pueden desear obtener información de este tipo a través de una solicitud específica. Por consiguiente, en estas situaciones, los temas mencionados en la presente sección deberían considerarse disponibles para su inclusión conforme a la sección siguiente, titulada “Transmisión a petición expresa”.

Elementos cubiertos

7. *Fuentes ordinarias de rentas.* Los elementos incluidos conforme a una transmisión o intercambio de información rutinarios pueden abarcar fuentes ordinarias de rentas entre países, tales como dividendos, intereses, indemnizaciones (incluidos sueldos, honorarios y comisiones), regalías, alquileres y otros posibles elementos cuyo flujo regular entre los dos países es significativo. Cabe reconocer que en la actualidad algunos países no están en condiciones de proporcionar información rutinaria de este tipo porque sus procedimientos de recaudación de impuestos no proporcionan los datos necesarios.

Transacciones relacionadas con la actividad del contribuyente. Un intercambio rutinario de información puede abarcar ciertas transacciones significativas relacionadas con la actividad del contribuyente:

- (a) Transacciones relacionadas con el propio tratado:
- Solicitudes de reembolso del impuesto del país transmisor presentadas por residentes del país receptor.
 - Solicitudes de exención o liberación especial del impuesto del país transmisor presentadas por residentes del país receptor.

91 El término “país transmisor” hace referencia al país que transfiere información, y el término “país receptor” se refiere al país que la recibe.

- (b) Transacciones relacionadas con aspectos especiales de la legislación del país transmisor: elementos de renta obtenidos por residentes del país receptor que reciben exención o liberación parcial conforme a disposiciones especiales de la legislación interna del país transmisor.
- (c) Transacciones relacionadas a actividades en el país transmisor por parte de residentes del país receptor:
 - Apertura y cierre por residentes del país receptor de una sucursal, oficina, etc. en el país transmisor.
 - Creación o terminación por residentes del país receptor de una sociedad en el país transmisor.
 - Creación o terminación por los residentes del país receptor de un fideicomiso en el país transmisor.
 - Apertura y cierre de cuentas bancarias en el país transmisor por residentes del país receptor.
 - Bienes en el país transmisor adquiridos por los residentes del país receptor mediante herencia, legado o donación.
 - Procedimientos sucesorios auxiliares en el país transmisor relativos a los residentes en el país receptor.
- (d) Información general:
 - Leyes tributarias, procedimientos administrativos, etc. del país transmisor.
 - Los cambios en las fuentes ordinarias de rentas que fluyen entre los países, especialmente en la medida en que afectan al tratado, incluidas las interpretaciones administrativas y las decisiones judiciales sobre las disposiciones del tratado y las prácticas administrativas o acontecimientos que afectan a la aplicación del tratado.
 - Las actividades que afecten o distorsionen la aplicación del tratado, incluidos los nuevos patrones o técnicas de evasión o elusión utilizados por los residentes del país transmisor o receptor.
 - Actividades que tengan repercusiones relacionadas con el sistema tributario del país receptor, incluidos los nuevos patrones o técnicas de evasión o elusión

utilizados por los residentes de uno u otro país que afecten de manera significativa al sistema tributario del país receptor.

Aspectos operativos generales que deben tenerse en cuenta

8. Las autoridades competentes deben tener en cuenta diversos factores que pueden influir en el carácter operativo del intercambio rutinario o habitual, incluida su efectividad. Por ejemplo:

- (a) Los países que estén más interesados en recibir información sobre una base de solicitud específica que sobre una base rutinaria, al examinar la esfera de la solicitud específica, deberán tener presentes los elementos mencionados en este inventario conforme al epígrafe de información rutinaria.
- (b) Se podrá fijar una cantidad mínima para limitar los datos de menor importancia.
- (c) La fuente ordinaria de rentas puede rotarse de año en año, por ejemplo, dividendos solo en un año, intereses en otro, etc.
- (d) No es necesario que la información que se intercambie habitualmente sea recíproca en todos los puntos. El país A puede estar interesado en recibir información sobre algunos temas, pero no sobre otros; las preferencias del país B pueden extenderse a temas diferentes; no es necesario que ninguno de los dos países reciba elementos en los que no esté interesado, ni tampoco debería uno de los dos países negarse a transmitir información sobre determinados temas simplemente porque no esté interesado en recibir información sobre esos temas.
- (e) Si bien la información que debe intercambiarse sobre los elementos de renta puede no ser siempre significativa en sí misma en lo que respecta a los flujos de rentas que eluden al impuesto, el intercambio rutinario puede proporcionar indicaciones sobre el grado en que el capital u otros activos que producen los flujos de rentas escapan al impuesto;

- (f) Otro punto que debe tenerse en cuenta es si la información sobre los elementos de renta debe abarcar únicamente a quien recibe los pagos o también a quien efectúa los pagos.
- (g) Otro factor que debe considerarse es si la información debe abarcar únicamente a los residentes del país receptor o también a los domiciliados en él o a sus ciudadanos, o limitarse a cualquiera de estas categorías.
- (h) Puede ser necesario tener en cuenta el grado de detalle de la información, p. ej., nombre del contribuyente o del destinatario, profesión, dirección, etc.
- (i) La forma y el idioma en que debe proporcionarse la información es otro punto que debe tenerse en cuenta.

Factores que deberá tener en cuenta el país transmisor

9. El país transmisor tal vez desee tener en cuenta los factores que afectan su capacidad para cumplir los requisitos de un intercambio rutinario de información. Esa consideración conduciría presumiblemente a una selección más cuidadosa de la información que se intercambiaría habitualmente en lugar de conducir a una decisión de no intercambiar información que podría ser de utilidad práctica.

10. Entre los factores que deben tenerse en cuenta figura la capacidad administrativa del país transmisor para obtener la información pertinente. Esto, a su vez, se rige por la efectividad general de sus procedimientos administrativos, su uso de retenciones de impuestos, su uso de declaraciones de información de los ordenantes u otros, y los costos generales de obtener la información en cuestión.

Factores que deberá tener en cuenta el país receptor

11. El país receptor tal vez desee tener en cuenta los factores que afectan su capacidad para utilizar la información que podría recibirse en el marco de un intercambio habitual de información, tales como la capacidad administrativa del país receptor de utilizar la información de forma razonablemente actualizada y de asociarla eficazmente con sus propios contribuyentes, ya

sea de forma rutinaria o en una escala suficiente para justificar la recepción rutinaria de la información.

Transmisión a petición expresa

12. Un método de intercambio de información que se utiliza actualmente es el de una solicitud de información específica hecha por un país del tratado a otro. La información específica puede referirse a un contribuyente concreto y a determinadas facetas de su situación, o a determinados tipos de transacciones o actividades, o a información de carácter más general. Los siguientes son varios aspectos de la cuestión en la que las autoridades competentes deben centrarse al elaborar una estructura para ese intercambio de información en respuesta a solicitudes concretas.

Elementos cubiertos

13. *Contribuyentes particulares.* La información que puede ser deseada de un país transmisor con respecto a un contribuyente del país receptor es esencialmente abierta y depende de los factores implicados en la situación del contribuyente de conformidad con el sistema tributario del país receptor y de la relación del contribuyente y sus actividades con el país transmisor. Una enumeración específica previa del tipo de información que puede estar dentro del alcance de un intercambio en respuesta a una solicitud específica no parece ser una tarea fructífera o necesaria. Por consiguiente, el acuerdo de proporcionar información en respuesta a una solicitud concreta puede ser abierto en cuanto al alcance, y al tipo de información, con sujeción a las limitaciones generales que se examinarán en el presente documento.

14. La solicitud de información específica puede surgir de diversas maneras. Por ejemplo:

- (a) Información necesaria para completar la determinación de la responsabilidad del contribuyente en el país receptor cuando esa responsabilidad dependa de las rentas o activos mundiales del contribuyente; la naturaleza de la propiedad de las acciones en el país transmisor de la sociedad del país receptor; el importe o el tipo de gasto incurrido en el país

transmisor, y el domicilio fiscal de una persona natural o jurídica.

- (b) Información necesaria para determinar la exactitud de la declaración de impuestos de un contribuyente a la administración tributaria del país receptor o la exactitud de las reclamaciones o pruebas presentadas por el contribuyente en defensa de la declaración de impuestos cuando la declaración se considera sospechosa o bajo investigación.
- (c) Información necesaria para determinar la verdadera responsabilidad de un contribuyente en el país receptor cuando se sospecha que su responsabilidad declarada es incorrecta.

Tipos particulares de transacciones o actividades. El intercambio a petición específica no tiene por qué limitarse a las solicitudes relativas a determinados contribuyentes, sino que puede ampliarse a las solicitudes de información sobre determinados tipos de transacciones o actividades. Por ejemplo:

- (a) Información sobre precio, costo, comisión u otros modelos similares en el país transmisor necesarios para permitir a la administración tributaria del país receptor determinar la responsabilidad tributaria en una situación particular o desarrollar estándares para la investigación de sus contribuyentes en situaciones que impliquen una posible baja o excesiva facturación de los bienes exportados o importados, el pago de comisiones sobre transacciones internacionales y similares.
- (b) Información sobre los métodos típicos por los que se realizan habitualmente determinadas transacciones o actividades en el país transmisor.
- (c) Información sobre si en el país transmisor se está llevando a cabo un tipo particular de actividad que pueda tener efectos sobre los contribuyentes o las responsabilidades tributarias del país receptor.

15. *Relaciones económicas entre los países.* La solicitud específica podrá hacerse extensiva a las solicitudes de información con relación a determinadas relaciones económicas entre los países, las cuales pueden ser útiles para un país como control de la efectividad de sus actividades de administración tributaria, por ejemplo:

- (a) El volumen de las exportaciones del país transmisor al país receptor.
- (b) El volumen de las importaciones en el país transmisor procedentes del país receptor.
- (c) Nombres de los bancos que negocian en el país transmisor con sucursales, subsidiarias, etc. de residentes del país receptor.

Cabe señalar que, dado que los elementos de esta categoría, tales como el volumen de las exportaciones entre países, probablemente no se consideran secretos para las autoridades tributarias del país transmisor, en general pueden revelarse en el país receptor, como se indica en el Artículo 26.

Normas aplicables a la solicitud específica

16. Las autoridades competentes deben elaborar normas aplicables a la transmisión de solicitudes específicas por el país receptor y a la respuesta del país transmisor. Estas normas deben estar diseñadas para facilitar un procedimiento operativo sistemático en relación con dicho intercambio para que éste sea eficiente y ordenado. Si bien las normas pueden ser de carácter general en el sentido de que establecen estándares o directrices que rigen los procedimientos de solicitud específica, las normas también deberían permitir el debate entre las autoridades competentes en situaciones especiales que, a juicio de cualquiera de los países, requieran un tratamiento especial. Las normas deben referirse a:

- (a) La especificidad de los detalles exigidos en la solicitud por el país receptor, la forma de dicha solicitud, así como el idioma de la solicitud y su respuesta.
- (b) La medida en que el país receptor debe proseguir o agotar sus propios procesos y posibilidades administrativas antes de formular una solicitud específica; presumiblemente el país receptor debería hacer un esfuerzo de buena fe para obtener la información por sí mismo antes de recurrir al procedimiento de solicitud específica.
- (c) Las condiciones que afectan a la naturaleza y el alcance de la respuesta del país transmisor. Este aspecto debe abarcar la capacidad del país transmisor de proporcionar

material documental cuando el país receptor necesite material en esa forma para su uso en procedimientos judiciales o de otra índole, incluida la autenticación adecuada de los documentos.

Transmisión de información sobre la iniciativa discrecional del país transmisor (intercambio espontáneo)

17. Las autoridades competentes deben determinar si, además de los métodos rutinarios y específicos de solicitud de intercambio de información conforme a los cuales un país transmisor transmite automáticamente información o responde sistemáticamente a solicitudes específicas del país receptor, desean una transmisión de información sobre la iniciativa discrecional del propio país transmisor. Esta transmisión podría producirse cuando, en el curso de sus propias actividades, la administración tributaria del país transmisor obtenga información que considere de importancia para el país receptor. La información puede referirse a aspectos de la situación de un contribuyente en particular y a la relación de esa situación con la responsabilidad del contribuyente en el país receptor o con la responsabilidad de otros contribuyentes en el país receptor. O bien la información puede referirse a una pauta de transacciones o a la conducta de diversos contribuyentes o grupos de contribuyentes en cualquiera de los dos países, la cual pueda afectar a la situación tributaria o a la administración tributaria del país receptor en relación con su legislación interna o las disposiciones de los tratados.

18. Las autoridades competentes tendrán que determinar, de conformidad con las normas que rigen el intercambio de información desarrollado de conformidad con el tratado, si el país transmisor tiene la obligación de elaborar afirmativamente un procedimiento y unas directrices que regulen el momento en que ha de transmitirse esa información, o si el país transmisor ha de tener en cuenta esa transmisión pero es plenamente discrecional, o si ni siquiera es necesario que el país transmisor tenga en cuenta dicha transmisión. Aun cuando se acuerde que el país transmisor tiene el deber de elaborar un sistema para esa transmisión, es de suponer que la decisión sobre cuándo se han cumplido las condiciones previstas en ese sistema dependerá del criterio discrecional de este último país.

Uso de la información recibida

19. Las autoridades competentes tendrán que decidir sobre el uso permitido de la información recibida. Las decisiones sobre este asunto dependen básicamente de los requisitos legales establecidos en el propio Artículo 26. El alcance del uso de la información depende principalmente de los requisitos de la legislación interna relativos a la divulgación de información tributaria o de otros “requisitos de seguridad” relativos a la información tributaria. Siendo así, es posible que el alcance de la divulgación o las restricciones a la divulgación varíen entre los dos países. Sin embargo, no es necesario considerar que esa posible diferencia es inadecuada o que anula los intercambios de información que de otro modo se producirían si los países involucrados estuvieran satisfechos con las consecuencias conforme al Artículo 26 del Convenio.

Destinatarios de la información recibida a través del intercambio

20. Las autoridades competentes deberán especificar, detalladamente o bien por referencia a las normas comparables existentes en el país receptor, quiénes son los destinatarios de la información cualificados en ese país. De conformidad con el Artículo 26 la información puede ser revelada, por ejemplo:

- (a) A los administradores de los impuestos contemplados por el Convenio.
- (b) A los funcionarios encargados de la aplicación de dichos impuestos o los procuradores de los mismos.
- (c) A los tribunales administrativos para tales impuestos.
- (d) A los tribunales judiciales para tales impuestos.
- (e) En los procedimientos judiciales públicos o en las decisiones judiciales en que pueda ponerse a disposición del público si se considera apropiado.
- (f) A la autoridad competente de otro país (véase la sección titulada “Consulta entre varias autoridades competentes”).

La forma en que se provee la información

21. El alcance permisible de la divulgación puede afectar la forma en la que se proporcionaría la información, de ser ésta útil para el país receptor. Así, si la información puede utilizarse en los tribunales judiciales y si, para ser utilizada, debe ser de un carácter o forma particular, las autoridades competentes tendrán que considerar la manera de proporcionar una transmisión que satisfaga esa necesidad. (Véase también el comentario sobre los documentos en la sección anterior que trata de las normas aplicables a la solicitud específica.)

Consultas entre varias autoridades competentes

22. Los países tal vez deseen considerar los procedimientos elaborados por las autoridades competentes para celebrar consultas que abarquen a más de las dos autoridades competentes en virtud de un tratado determinado. Así, si los países A, B y C están unidos en una red de tratados, las autoridades competentes de A, B y C tal vez deseen celebrar una consulta conjunta. Podría ser conveniente celebrar una reunión conjunta ya sea que los tres países estén o no directamente vinculados por su red de tratados. Por ejemplo, la reunión conjunta podría ser conveniente cuando haya tratados A-B, A-C y B-C, o cuando haya tratados A-B y B-C, pero no un tratado A-C. Los países que deseen que sus autoridades competentes participen en esas consultas deberían proporcionar la base legal para las consultas añadiendo la autoridad necesaria en sus tratados. Algunos países pueden considerar que el Artículo 26 permite la consulta conjunta cuando los tres países están directamente vinculados por tratados bilaterales. Sin embargo, esta consideración no abarca la consulta conjunta cuando un eslabón de la cadena no está totalmente unido, como en la segunda situación descrita anteriormente. En tal caso, sería necesario añadir una disposición del tratado que permitiera a la autoridad competente del país B proporcionar la información recibida del país A a la autoridad competente del país C. Esa disposición del tratado podría incluir una salvaguardia de que la autoridad competente de país A debe dar su consentimiento a la acción de la autoridad competente del país B. Presumiblemente, solo lo consentiría

cuando estuviera satisfecha con las disposiciones relativas a la protección del secreto en el tratado B-C.

Factores generales

23. Hay una variedad de factores generales que afectan los intercambios de información que las autoridades competentes tendrán que considerar y decidir, ya sea en lo que se refiere a su gestión operativa específica en la implementación del intercambio de información o en cuanto a su efecto en todo el propio proceso de intercambio. Entre esos factores generales figuran los siguientes:

Factores que influyen en la aplicación del intercambio de información

Esto incluye lo siguiente:

- (a) Las autoridades competentes deben decidir los canales de comunicación para los diferentes tipos de intercambio de información. Un método de comunicación que puede preverse es permitir que un funcionario de un país vaya personalmente al otro para recibir la información de la autoridad competente y debatirla a fin de agilizar el proceso de intercambio de información.
- (b) Algunos países pueden haber decidido que es útil y conveniente que un país tenga representantes de su propia administración tributaria establecidos en el otro país parte del tratado. Tal acuerdo se basaría presumiblemente en la autoridad, el tratado o los acuerdos distintos de los que figuran en el Artículo sobre el intercambio de información respecto del tratado de doble imposición previsto (aunque, si las leyes internas de ambos países lo permiten, este Artículo se consideraría que abarca este tema) y el acuerdo determinaría las condiciones que regirían la presencia de esos representantes y sus deberes. Al respecto, cabe señalar que no parece necesario que el proceso sea recíproco, de modo que sería apropiado que el país A tuviera sus representantes en el país B, pero no viceversa si el país A considera que el proceso es útil y el país B no. En caso de que existan acuerdos relativos

a dichos representantes, las autoridades competentes tal vez deseen coordinarse con dichos representantes siempre que tal coordinación haga más eficaz el proceso de intercambio de información y cuando dicha coordinación sea adecuada.

- (c) Algunos países pueden decidir que es apropiado que un funcionario tributario de un país participe directamente con funcionarios tributarios del otro país en una investigación conjunta o “en equipo”, de un contribuyente o actividad en particular. La existencia del acuerdo para la mayoría de los países se basaría presumiblemente en la autoridad, el tratado o los acuerdos distintos de los que figuran en el Artículo previsto del tratado sobre el intercambio de información, aunque, si la legislación interna de ambos países lo permite, este Artículo podría ser considerado por los países como una autorización para que las autoridades competentes sancionen este acuerdo. En cualquier caso, si se llega a un acuerdo, sería conveniente hacer extensivas a esa investigación las salvaguardias y los procedimientos establecidos en el Artículo previsto del tratado sobre el intercambio de información.
- (d) El proceso de intercambio de información debe desarrollarse de manera que tenga la relevancia necesaria para la aplicación efectiva de las disposiciones sustantivas de los tratados. Así, las disposiciones de los tratados relativas a la fijación de precios entre sociedades y la asignación de rentas y gastos producen sus propios requisitos de información para su aplicación efectiva. El proceso de intercambio de información debería responder a esas necesidades.
- (e) Las disposiciones sustantivas del tratado deberían tener en cuenta el proceso de intercambio de información y responder a él. Así, si existe una base informativa adecuada para el proceso de intercambio de información que permita a un país deducir los gastos efectuados en otro país, el tratado debería elaborarse sobre la base de la idoneidad sustantiva de esa deducción.

- (f) Las autoridades competentes tendrán que determinar en qué medida debe haber reparto de costos o reembolso de costos con respecto al proceso de intercambio de información.

Factores que afectan la estructura del proceso de intercambio de información

24. Esto incluye lo siguiente:

- (a) Debe reconocerse que las disposiciones relativas al intercambio de información elaboradas por el país A con el país B no tienen por qué ser paralelas a las elaboradas entre el país A y el país C o entre el país B y el país C. En primer lugar, las disposiciones deberían responder las necesidades de los dos países directamente implicados y no tienen por qué ser totalmente paralelas en todos los casos solo en aras de la uniformidad formal. Sin embargo, cabe señalar que la prevención de la evasión y elusión internacionales de impuestos requerirá a menudo la cooperación internacional de las autoridades tributarias de varios países. En consecuencia, algunos países tal vez consideren apropiado elaborar procedimientos y disposiciones de tratados que sean suficientemente flexibles para que puedan ampliar su cooperación a acuerdos de consulta e intercambio multinacionales.
- (b) Las autoridades competentes tendrán que sopesar el efecto de una restricción legal interna en la obtención de información en un país que solicita información de otro país no sujeto a una restricción legal interna similar. Por lo tanto, supongamos que el país A solicita información del país B, y las autoridades tributarias del país B pueden acudir a sus instituciones financieras para obtener dicha información, considerando que las autoridades tributarias del país A no suelen estar en posibilidad de acudir a sus propias instituciones financieras para obtener información con fines tributarios. ¿Cómo debe considerarse el asunto en el país B? Cabe señalar que el Artículo 26 permite al país B obtener la información de sus instituciones financieras y transmitirla al país A. Así, el país B

no está impedido por su legislación interna en materia de secrecía tributaria si decide obtener y transmitir la información. Así, en el país B se deja a discreción la cuestión de si debe responder, y tal vez pueda convertirse en un asunto de negociación entre las autoridades competentes. Cabe señalar que, en la práctica, muchos países responden a esta situación y que ese curso es realmente útil para lograr un intercambio efectivo de información a fin de evitar la evasión tributaria. Sin embargo, cabe señalar también que el país A, deseoso de obtener información de otros países, también debería reconocer su responsabilidad de tratar de modificar su legislación interna para fortalecer la autoridad interna de su propia administración tributaria y permitirle responder a las solicitudes de otros países. Cabe señalar que un país que haya concertado un convenio tributario que incluya el apartado 5 del Artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas debe proporcionar información a su contraparte en el tratado, independientemente de sus leyes internas sobre el secreto bancario.

- (c) Además de las situaciones relacionadas con el desequilibrio jurídico antes mencionado, las autoridades competentes tendrán que sopesar los efectos de un posible desequilibrio derivado de una discrepancia, en otros aspectos de la administración tributaria. Por lo tanto, si el país A no puede responder tan plenamente a una solicitud como el país B, ello puede ser causa de problemas prácticos de administración tributaria en el país A, ¿podría el nivel del proceso de intercambio de información orientarse a la posición del país A? O, en general o en aspectos particulares, ¿debería el país B estar dispuesto a responder a las solicitudes del país A aun cuando el país A no pudiera responder a las solicitudes del país B? Esta cuestión es similar a la examinada en el apartado anterior y debe señalarse una respuesta similar.
- (d) Cabe señalar que el Artículo 26 autoriza al país transmisor a utilizar sus procedimientos administrativos únicamente para proporcionar información al país solicitante,

incluso cuando la persona sobre la que se solicita información no participa en un procedimiento tributario en el país transmisor. Además, el país transmisor debería, para los efectos del intercambio de información, utilizar su propia autoridad administrativa de la misma manera que si se tratara de su propia tributación.

- (e) Las autoridades competentes tendrán que sopesar el efecto que tenga en el proceso de intercambio de información la creencia de un país de que el sistema o la administración tributaria del otro país, en general o en situaciones particulares, es discriminatorio o confiscatorio. Puede ser que un examen más a fondo de esa creencia dé lugar a disposiciones sustantivas en el tratado o en la legislación interna que eliminen los problemas percibidos por el primer país y faciliten así un proceso de intercambio de información. Un posible ejemplo de ello es el tratamiento de los residentes no permanentes.
- (f) Las autoridades competentes tendrán que sopesar los efectos que tenga el proceso de intercambio de información en la posición competitiva de los contribuyentes de los países implicados. Así, si el país A tiene un tratado con el país B que prevé el intercambio de información, el país A tendrá que sopesar el efecto en la estructura o en el proceso de ese intercambio, del hecho de que el país C no tiene un tratado con el país B, en el sentido de que las empresas del país C que hagan negocios en el país B pueden estar sujetas a una postura tributaria diferente en el país B que las empresas del país A. Del mismo modo, incluso si existe un tratado con un Artículo de intercambio de información entre los países C y B, si la administración tributaria del país A tiene más autoridad para obtener información (para intercambiar con el país B) que la administración tributaria del país C, o es de otra manera más efectiva en su administración, y, por lo tanto, tiene más información, entonces puede resultar en una diferencia similar en la postura tributaria. Como corolario, parece claro que la aplicación adecuada de las disposiciones relativas al intercambio de información

requiere un esfuerzo universal de las administraciones tributarias para obtener y desarrollar, con arreglo a las leyes internas, una capacidad para obtener información y una competencia para utilizar información que sean adecuadas a un alto nivel de administración tributaria eficiente y equitativa.

Consultas y exámenes periódicos

25. Derivado de las diferencias de interpretación y de aplicación, las dificultades específicas, los problemas y situaciones imprevistos son inevitables, por eso es necesario prever una consulta eficiente y rápida entre las autoridades competentes. Esas consultas deberían abarcar tanto situaciones y problemas particulares como el examen periódico de las operaciones realizadas en el marco del intercambio de información. El examen periódico debería garantizar que el proceso de intercambio de información funcione con la rapidez y eficiencia necesarias, que cumpla los requisitos básicos de la aplicación de los tratados y que promueva el cumplimiento adecuado de las disposiciones de los tratados y las leyes internas de ambos países.

Artículo 27

ASISTENCIA EN LA RECAUDACIÓN DE IMPUESTOS

El Artículo 27 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce el Artículo 27 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Comité considera que el siguiente Comentario sobre el Artículo 27 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable al Artículo 27 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han incluido para proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

1. Este Artículo establece las reglas conforme a las cuales los Estados Contratantes¹ pueden acordar prestarse asistencia mutua en la recaudación de impuestos. En algunos Estados, la legislación o la política nacional pueden impedir esta forma de asistencia o limitarla. En otros casos, la asistencia en la recaudación de impuestos de otro Estado puede no justificarse o verse limitada por consideraciones administrativas. Durante las negociaciones, cada Estado Contratante deberá pues decidir si y en qué medida debe prestarse la asistencia al otro Estado en función de diversos factores, entre los que se incluyen:
 - la posición adoptada en la legislación interna respecto a la prestación de asistencia en la recaudación de impuestos de otros Estados;
 - sí y en qué medida los sistemas fiscales, las administraciones tributarias y las normas jurídicas de los dos Estados son análogas, en particular en lo que se refiere a los derechos fundamentales de los contribuyentes (por ejemplo, una oportuna y adecuada notificación de los créditos imputados al contribuyente, el derecho a la confidencialidad de la información relativa al contribuyente, el derecho a apelaciones, el derecho a ser oído o a presentar argumentos y elementos probatorios, el derecho a la asistencia de elección del contribuyente, el derecho a un proceso justo, etc.);
 - si la asistencia en la recaudación de impuestos implica beneficios equivalentes y recíprocos para ambos Estados;
 - si la administración tributaria de cada Estado puede prestar en la práctica esta clase de asistencia;

- *[si el costo de la asistencia no es demasiado alto para el Estado requerido en relación con el monto en riesgo;]*
- si los flujos de comercio e inversión entre los Estados son suficientes para justificar esta clase de asistencia;
- sí, por razones de orden constitucional u otras, deben limitarse los impuestos a los que se aplica este Artículo.

El Artículo deberá incluirse en el Convenio únicamente si cada Estado concluye que, teniendo en cuenta estos factores, ambos pueden acordar la prestación de asistencia al otro Estado en la recaudación de los impuestos exigidos.

1 A lo largo del Comentario al Artículo 27 se denomina “Estado requiriente” al Estado que solicita asistencia y “Estado requerido” al Estado de quien se solicita esa asistencia.

2. Este Artículo establece una asistencia general en materia de recaudación de impuestos. Algunos Estados tal vez prefieran prever una asistencia en la recaudación más limitada. Puede que ésta sea la única forma de asistencia en la recaudación que normalmente puedan proporcionar o que puedan acordar en un convenio concreto. Por ejemplo, un Estado tal vez desee limitar la asistencia a los casos en los que personas que no tienen derecho a los beneficios del Convenio se han acogido a ellos (por ejemplo, una reducción del impuesto en el Estado del que se deriven rentas tales como intereses). Los Estados que deseen prestar esa asistencia limitada en la recaudación son libres de adoptar bilateralmente un Artículo alternativo redactado en los siguientes términos:

Artículo 27

Asistencia en la recaudación de impuestos

1. Los Estados Contratantes se prestarán asistencia mutua en la recaudación de impuestos en la medida que esta asistencia sea necesaria para garantizar que las exenciones de impuestos o las reducciones de tasas impositivas previstas en este Convenio no se conceden a personas que no tienen derecho a ellas. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes podrán determinar el modo de aplicación de este Artículo de acuerdo mutuo.

2. Las disposiciones de este Artículo no podrán interpretarse en ningún caso en el sentido de obligar a un Estado Contratante a:

- a) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o su práctica administrativa o las del otro Estado Contratante;
- b) adoptar medidas contrarias al orden público (*ordre public*).

Apartado 1

3. Este apartado establece el principio por el cual un Estado Contratante está obligado a prestar asistencia al otro Estado en la recaudación de los impuestos que se le deben, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el Artículo. Los apartados 3 y 4 prevén las dos formas que puede adoptar dicha asistencia.

4. El apartado establece además que, conforme a este Artículo, la asistencia no está limitada por los Artículos 1 y 2. Por consiguiente, se ha de prestar asistencia en relación con un crédito tributario adeudado a un Estado Contratante por cualquier persona, sea o no residente de un Estado Contratante. No obstante, algunos Estados Contratantes tal vez deseen limitar esta asistencia a los impuestos debidos por los residentes de uno u otro Estado Contratante. Tales Estados son libres de restringir el ámbito del Artículo omitiendo la referencia al Artículo 1 en este apartado.

5. El Artículo 26 aplica a los intercambios de información a los efectos de las disposiciones de este Artículo. Se asegura así la confidencialidad de la información intercambiada en el ámbito de la asistencia mutua en la recaudación de impuestos.

6. Por último, el apartado precisa que las autoridades competentes de los Estados Contratantes pueden determinar de común acuerdo los detalles de la aplicación práctica de las disposiciones del Artículo.

7. Este acuerdo debe, en particular, tratar de la documentación que ha de acompañar una solicitud basada en los apartados 3 o 4. La práctica habitual es acordar que la solicitud de asistencia vaya acompañada de la documentación exigida por la ley del Estado requerido o la que hayan acordado las autoridades competentes de los Estados Contratantes y que sea necesaria para la recaudación del crédito tributario o para la adopción de medidas cautelares, según corresponda. Esta documentación puede comprender, por ejemplo, una declaración en el sentido de que el crédito tributario es exigible y adeudado por una persona que no puede, conforme a la legislación del Estado requirente, impedir su recaudación, o una copia oficial del instrumento de

ejecución en el Estado requirente. Debe aportarse también una traducción oficial de la documentación a el idioma del Estado requerido. Podría convenirse también, cuando sea conveniente, y conforme a las disposiciones vigentes en el Estado requerido, que el instrumento de ejecución del Estado requirente se acepte, autorice, complemente, o bien se sustituya tan pronto como sea posible después de recibirse la solicitud de asistencia por un instrumento que posibilite su ejecución en el Estado requerido.

8. El acuerdo debe tratar también la cuestión de los costos en que incurrirá el Estado requerido para satisfacer una solicitud efectuada conforme a los apartados 3 o 4. En general, los costos de recaudación de un crédito tributario corren por cuenta del deudor, pero es preciso determinar qué Estado soportará los costos que no pueden recuperarse de esta persona. A este respecto, la práctica habitual consiste en prever que, en ausencia de un acuerdo específico sobre un determinado caso, los gastos ordinarios incurridos por un Estado cuando presta asistencia al otro no serán reembolsados por este último. Los gastos ordinarios son los directos y normalmente vinculados a la recaudación, es decir aquellos que son de esperar en el caso de un procedimiento normal de recaudación en el ámbito nacional. No obstante, en el caso de gastos extraordinarios, la práctica consiste en prever que los soportará el Estado requirente a menos que exista un acuerdo bilateral en contrario. Estos gastos son, por ejemplo, los incurridos cuando se haya recurrido a un procedimiento concreto a instancia del otro Estado, o los gastos extra de expertos, de intérpretes o de traductores. La mayoría de los Estados considera asimismo gastos extraordinarios los del procedimiento judicial y concursal. El acuerdo deberá incluir una definición de gastos extraordinarios, asimismo, los Estados Contratantes deberán consultarse en los casos en que sea probable que se produzcan gastos extraordinarios. También deberá acordarse que, en cuanto un Estado prevea gastos extraordinarios, informe de ellos y de su cuantía estimada al otro Estado Contratante para que este último pueda decidir si se va a incurrir en ellos. Los Estados Contratantes tienen asimismo la posibilidad de convenir que los gastos se repartan de forma distinta a la aquí descrita. Esto puede ser necesario, por ejemplo, cuando la solicitud de asistencia se suspende o retira conforme al apartado 7 o cuando la cuestión de los gastos incurridos en la prestación de asistencia a la recaudación ya haya sido objeto de otro instrumento jurídico aplicable a esos Estados. *[Finalmente, el acuerdo debe tomar en cuenta la diferencia en el nivel de desarrollo de los Estados Contratantes. Por consiguiente, podría acordarse que todos los gastos, inclusive los gastos extraordinarios, sean soportados exclusivamente por un Estado. En*

ese caso, los Estados Contratantes deberán llegar a un acuerdo sobre la determinación de la cuantía de los gastos, que podría calcularse, por ejemplo, sobre la base de un monto fijo.]

9. En el acuerdo, las autoridades competentes pueden asimismo tratar otras cuestiones de orden práctico como las que siguen:

- sí se debe prever un plazo máximo para la solicitud de asistencia respecto a un determinado crédito tributario;
- cuál sería el tipo de cambio aplicable cuando el crédito tributario se recauda en una moneda diferente a la del Estado requirente;
- cómo debería entregarse al Estado requirente las cantidades recaudadas conforme a una solicitud formulada al amparo del apartado 3; o
- *[si se debe establecer un monto mínimo por debajo del cual no se prestará asistencia.]*

Apartado 2

10. El apartado 2 define el término “crédito tributario” a los efectos del Artículo. La definición se aplica a todo importe debido en relación con los impuestos exigidos por los Estados Contratantes, sus subdivisiones políticas o sus administraciones locales, pero solo en la medida en que dicha imposición no sea contraria al Convenio o a otro instrumento en vigor entre los Estados Contratantes. Se aplica también a los intereses, sanciones administrativas y costes de recaudación o de establecimiento de medidas cautelares relacionados con dicho importe. Por tanto, la asistencia no está limitada a los impuestos a los que el Convenio se aplica en general en virtud del Artículo 2, como confirma el apartado 1.

11. Algunos Estados Contratantes pueden preferir limitar la aplicación del Artículo a los impuestos regulados por las normas generales del Artículo 2 de este Convenio. Los Estados que así lo deseen deben sustituir los apartados 1 y 2 por los siguientes:

1. Los Estados Contratantes se prestarán asistencia mutua en la recaudación de sus créditos tributarios. Esta asistencia no estará limitada por el Artículo 1. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes podrán determinar el modo de aplicación de este Artículo.
2. El término “crédito tributario” en el sentido de este Artículo significa un importe debido en relación con los impuestos

comprendidos en el Convenio junto con los intereses, las sanciones administrativas y costos de recaudación o del establecimiento de medidas cautelares relacionados con dicho importe.

12. De forma similar, algunos Estados Contratantes pueden desear limitar los tipos de impuestos a los que se aplicarán las disposiciones del Artículo o clarificar el ámbito de aplicación de estas disposiciones, incluyendo en la definición un listado pormenorizado de impuestos. Los Estados que así lo deseen pueden adoptar bilateralmente la siguiente definición:

El término “crédito tributario” utilizado en este Artículo significa un importe debido en relación con los siguientes impuestos exigidos por los Estados Contratantes, en la medida en que esta imposición no sea contraria a este Convenio o a cualquier otro instrumento del que los Estados Contratantes sean parte, y comprende asimismo los intereses, las sanciones administrativas y los costes de recaudación o de establecimiento de medidas cautelares relacionados con dicho importe:

- a) (en el Estado A): ___
- b) (en el Estado B): ___

13. Para garantizar que las autoridades competentes puedan comunicarse libremente la información a los efectos del Artículo, los Estados Contratantes deben asegurarse de que el Artículo 26 se redacte de forma que permita el intercambio de información respecto de cualquier impuesto al que se aplique este Artículo.

14. Nada de lo dispuesto en el Convenio impide la aplicación de las disposiciones del Artículo a los créditos tributarios que se han producido antes de la entrada en vigor del Convenio, siempre que se prevea la asistencia en relación con dichos créditos una vez que el Convenio haya entrado en vigor y las disposiciones del Artículo se hayan vuelto aplicables. Sin embargo, los Estados Contratantes posiblemente consideren que es útil precisar la medida en que las disposiciones del Artículo son aplicables a esos créditos tributarios, en particular cuando las disposiciones relativas a la entrada en vigor de su Convenio prevean que las disposiciones del Convenio tendrán efecto respecto de los impuestos devengados o exigidos a partir de una determinada fecha. Los Estados que deseen limitar la aplicación del Artículo a los créditos tributarios que se han producido después de la entrada en vigor del Convenio tienen libertad para hacerlo en el marco de sus negociaciones bilaterales.

Apartado 3

15. Este apartado precisa las condiciones en las que puede hacerse una solicitud de asistencia en materia de recaudación. El crédito tributario debe ser exigible en virtud de la legislación del Estado requirente y adeudado por una persona que en ese momento no puede, conforme a la legislación de ese Estado, impedir su recaudación. Esto sería el caso cuando el Estado requirente tiene derecho, en virtud de su legislación interna, a recaudar el crédito tributario y al deudor no le asiste el derecho a impedir la recaudación ni por vía judicial ni administrativa.

16. En muchos Estados un crédito tributario se puede recaudar incluso si aún existe el derecho a recurrir la validez o la cuantía del crédito ante un órgano jurisdiccional o administrativo. No obstante, si la legislación interna del Estado requerido no permite recaudar sus propios créditos tributarios mientras haya recursos pendientes, el apartado le impide igualmente recaudar los créditos tributarios del otro Estado respecto de los que el derecho a recurso siga disponible, incluso si ello no impide la recaudación en ese otro Estado. De hecho, la frase “dicho otro Estado recaudará el crédito tributario de acuerdo con lo dispuesto en su legislación relativa a la aplicación y recaudación de sus propios impuestos como si se tratara de un crédito tributario propio” tiene como consecuencia que la restricción existente en la legislación interna del Estado requerido sea aplicable a la recaudación del crédito tributario del otro Estado. No obstante, habrá muchos Estados que deseen permitir la asistencia en materia de recaudación cuando el crédito se pueda recaudar en el Estado requirente a pesar de la existencia del derecho a recurso, incluso si la propia legislación del Estado requerido impide la recaudación en ese caso. Los Estados que así lo deseen pueden modificar el apartado 3 de forma que quede redactado como sigue:

Cuando un crédito tributario de un Estado Contratante sea exigible en virtud de la legislación de ese Estado y el deudor sea una persona que, conforme a la legislación de ese Estado, no pueda impedir en ese momento su recaudación, a petición de las autoridades competentes de ese Estado, las autoridades competentes del otro Estado Contratante aceptarán dicho crédito tributario a los fines de su recaudación. Dicho otro Estado recaudará el crédito tributario de acuerdo con lo dispuesto en su legislación relativa a la aplicación y recaudación de sus propios impuestos como si se tratara de un crédito tributario propio que cumpliera los requisitos que le permitirían plantear una petición en virtud de este apartado.

17. El apartado 3 regula también la forma en que el Estado requerido debe recaudar el crédito tributario del Estado requirente. Excepto en lo que respecta a los plazos de prescripción y las prelación (véase el Comentario al apartado 5), el Estado requerido está obligado a recaudar el crédito tributario del Estado requirente como si se tratara de un crédito propio, incluso si en ese momento no tiene que emprender acciones destinadas a la recaudación a sus propios fines en relación con ese contribuyente. Como ya se mencionó la frase: “de acuerdo con lo dispuesto en la legislación relativa a la aplicación y recaudación de sus propios impuestos” es el de limitar la asistencia en la recaudación a los créditos tributarios respecto de los que se ha extinguido el derecho a recurrirlos si la legislación interna del Estado requerido no permite la recaudación de sus propios créditos tributarios siempre que subsista ese derecho.

18. Es posible que la petición se refiera a un impuesto que no existe en el Estado requerido. El Estado requirente indicará, cuando sea pertinente, la naturaleza del crédito tributario, los elementos que lo componen, la fecha de caducidad de la acción de cobro y aquellos activos contra los que se podría recuperar el crédito. El Estado requerido seguirá entonces el procedimiento aplicable a un crédito relativo a un impuesto propio análogo al del Estado requirente, u otro procedimiento adecuado en caso de que no exista un impuesto similar.

Apartado 4

19. Con el fin de salvaguardar el derecho de un Estado Contratante a recaudar el impuesto, este apartado lo habilita para solicitar al otro Estado la adopción de medidas cautelares incluso si no puede aún solicitar asistencia para la recaudación, por ejemplo, cuando el crédito no es aún exigible o cuando al deudor aún le asiste el derecho a impedir la recaudación. Este apartado solo debe incluirse en los Convenios entre Estados cuya legislación les permite adoptar medidas cautelares. Además, los Estados que no consideren apropiado adoptar medidas cautelares en relación con impuestos debidos a otro Estado pueden decidir no incluir el apartado en sus Convenios, o limitar su ámbito de aplicación. En algunos Estados las medidas cautelares se denominan “medidas provisionales” y los Estados pueden, si así lo desean, utilizar estos términos para aclarar el ámbito de aplicación con arreglo a su propia terminología.

20. Un ejemplo de las medidas a las que se aplica el apartado es la incautación o el embargo de activos antes de la resolución definitiva para garantizar que se podrá aún disponer de ellos cuando

posteriormente se proceda a la recaudación. Las condiciones requeridas para adoptar las medidas cautelares pueden variar de un Estado a otro, pero en todos los casos la cuantía del crédito deberá determinarse previamente incluso si solo es provisional o parcialmente. No puede formularse una petición de adopción de medidas cautelares referentes a un determinado crédito tributario a menos que el Estado requirente tenga él mismo la posibilidad de adoptar dichas medidas en relación con ese crédito (véase el Comentario al apartado 8).

21. Al formular una solicitud de medidas cautelares, el Estado requirente deberá indicar en cada caso en qué etapa se encuentra el proceso de liquidación o de recaudación. Posteriormente, el Estado requerido deberá examinar si, en dicho caso, su legislación y su práctica administrativa le permiten adoptar estas medidas.

Apartado 5

22. El apartado 5 establece en primer lugar que los plazos de prescripción del Estado requerido, es decir, el plazo más allá del que no puede exigirse o recaudarse un crédito tributario, no deben aplicarse a un crédito tributario respecto al que el otro Estado ha planteado un requerimiento en virtud de los apartados 3 o 4. Dado que el apartado 3 se refiere a los créditos tributarios exigibles en el Estado requirente y el apartado 4 a los créditos tributarios respecto de los que el Estado requirente puede adoptar medidas cautelares, se sigue que los únicos plazos de prescripción aplicables son los del Estado requirente.

23. En consecuencia, siempre que un crédito tributario pueda aún exigirse o recaudarse (apartado 3) o pueda ser objeto de medidas cautelares (apartado 4) en el Estado requirente, no puede plantearse objeción alguna basada en los plazos de prescripción previstos en la legislación del Estado requerido a la aplicación del apartado 3 o del apartado 4 a dicho crédito. Los Estados que no puedan aceptar no tener en cuenta los plazos de prescripción previstos en su legislación interna deben modificar el apartado 5 en consecuencia.

24. Los Estados Contratantes pueden convenir que, transcurrido cierto plazo, la obligación de prestar asistencia en la recaudación del crédito tributario se extingue. Este plazo empezaría a computarse desde la fecha del instrumento original de ejecución. En ciertos Estados la legislación requiere una renovación del instrumento de ejecución, en cuyo caso el primer instrumento es el que cuenta a efectos del cálculo del período transcurrido el cual termina la obligación de prestar asistencia.

25. El apartado 5 establece las reglas de ambos Estados, del requerido (primera oración) y del requirente (segunda oración) que otorgan prelación a sus propios créditos tributarios frente a las de los demás acreedores no son de aplicación a un crédito tributario respecto al que se haya hecho una petición conforme al apartado 3 o al apartado 4. Tales reglas están a menudo incluidas en la legislación interna para garantizar que las autoridades fiscales puedan recaudar impuestos en la mayor medida posible.

26. La norma, según la cual las normas de prelación del Estado requerido no se aplican a un crédito tributario del otro Estado respecto al cual se ha formulado una solicitud de asistencia, tiene vigencia incluso si el Estado requerido debe tratar este crédito como si fuera propio en virtud del apartado 3 o del 4. Los Estados que deseen establecer que los créditos tributarios del otro Estado tengan la misma prioridad que los suyos, son libres de modificar el apartado eliminando de la primera oración “concedida alguna prelación”.

27. La expresión “por razón de su propia naturaleza” al final de la primera oración, indica que los plazos de prescripción y las reglas de prelación del Estado requerido a los que se aplica este apartado son solo aquellas específicas de los impuestos impagos. Por lo tanto, el apartado no impide la aplicación de las reglas generales relativas a los plazos de prescripción o a la prelación de las deudas en general (por ejemplo, reglas que otorgan prelación a un crédito tributario por haberse generado o registrado con anterioridad a otro).

Apartado 6

28. Este apartado garantiza que ni los órganos jurisdiccionales ni los administrativos del Estado requerido plantearán objeción jurídica o administrativa alguna sobre la existencia, validez o cuantía del crédito tributario del Estado requirente. Por consiguiente, no se iniciará ningún procedimiento jurisdiccional o administrativo, como sería una solicitud de revisión judicial a este respecto, en el Estado requerido. El propósito principal de esta disposición es evitar que se solicite a los órganos jurisdiccionales o administrativos del Estado requerido la adopción de decisiones sobre si un cierto importe se debe total o parcialmente en virtud de la legislación interna del otro Estado. *[Cualquier acción legal que impugne las medidas de recuperación tomadas por el Estado requerido puede, por supuesto, presentarse ante las autoridades judiciales competentes de ese Estado.]* Los Estados a los que este apartado pueda causar problemas constitucionales o jurídicos lo podrán modificar u omitir en el marco de sus negociaciones bilaterales.

Apartado 7

29. Este apartado prevé que sí, después de haber planteado una solicitud conforme al apartado 3 o al 4, las condiciones vigentes en el momento de la solicitud dejan de existir (por ejemplo, porque el crédito tributario deje de ser exigible en el Estado requirente), este último Estado debe notificar con prontitud el cambio de situación al otro Estado. Después de haber recibido esta notificación, el Estado requerido tiene la posibilidad de pedir al Estado requirente la suspensión o el retiro de la solicitud. Si la solicitud es suspendida, lo seguirá estando hasta que el Estado requirente informe al otro de que se cumplen las condiciones requeridas para formular de nuevo una solicitud relativa al crédito tributario o que la retira.

Apartado 8

30. Este apartado establece ciertos límites a las obligaciones impuestas al Estado que recibe una solicitud de asistencia.

31. El Estado requerido es libre de negar su asistencia en los casos mencionados en el apartado. No obstante, si decidiera prestarla, esa decisión quedaría en el ámbito del Artículo y no podrá objetarse que ha incumplido sus disposiciones.

32. En primer lugar, el apartado aclara que un Estado no está obligado a ir más allá de su propia legislación interna y de su práctica administrativa o de las del otro Estado en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Artículo. Por consiguiente, si el Estado requirente no tiene capacidad a nivel nacional para adoptar medidas cautelares, el Estado requerido puede negarse a adoptarlas por cuenta del Estado requirente. De forma similar, si en el Estado requerido no se autoriza el embargo de activos para garantizar el recaudo de un crédito tributario, este Estado no está obligado a proceder al citado embargo cuando preste su asistencia en la recaudación según lo dispuesto en este Artículo. Sin embargo, sí se recurrirá a aquellos tipos de medidas administrativas autorizadas para la recaudación de los impuestos en el Estado requerido, incluso si se las invoca únicamente para prestar asistencia en la recaudación de impuestos adeudados al Estado requirente.

33. El apartado 5 del Artículo establece que los plazos de prescripción de un Estado Contratante no se aplicarán a un crédito tributario respecto al cual el otro Estado ha pedido asistencia. El subapartado *a)* no tiene por objeto obstar a este principio. La prestación de asistencia relativa a un crédito tributario transcurridos los plazos de

prescripción en el Estado requerido, no se considerará contraria a la legislación ni a la práctica administrativa de ninguno de los Estados Contratantes cuando no hayan vencido los plazos de prescripción aplicables al citado crédito en el Estado requirente.

34. El subapartado *b)* contiene una limitación a la adopción de medidas contrarias al orden público (*ordre public*). Así, conforme al Artículo 26 (véase [*el párrafo 74 del Comentario al Artículo 26 de este Modelo*]), se ha considerado necesario establecer un límite relativo a la asistencia cuando ésta puede afectar los intereses vitales del propio Estado.

35. En virtud del subapartado *c)*, un Estado Contratante no está obligado a satisfacer la solicitud del otro Estado si este último no ha aplicado todas las medidas razonables para la recaudación o las medidas cautelares, según sea el caso, de las que disponga en virtud de su legislación o de su práctica administrativa.

36. Finalmente, conforme al subapartado *d)*, el Estado requerido puede también rechazar la solicitud por consideraciones prácticas, por ejemplo, cuando los costos en que vaya a incurrir al recaudar un crédito tributario del Estado requirente excedan de la cuantía de dicho crédito.

37. Tal vez algunos Estados deseen añadir a este apartado una nueva limitación que ya existe en la Convención Multilateral conjunta de la OCDE y del Consejo de Europa de Asistencia Administrativa Mutua en Asuntos Tributarios, que permitiría a un Estado no prestar asistencia si considera que la imposición respecto de la que se solicita asistencia es contraria a los principios tributarios generalmente admitidos.

*Artículo 28*MIEMBROS DE MISIONES DIPLOMÁTICAS
Y OFICINAS CONSULARES

El Artículo 28 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproduce el Artículo 28 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Comité de Expertos considera que el siguiente Comentario al Artículo 28 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable al Artículo 28 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no forman parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, se han insertado para proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

1. Esta disposición tiene por finalidad garantizar a los miembros de las misiones diplomáticas y oficinas consulares la aplicación, al amparo de las disposiciones contenidas en los convenios de doble imposición, de un trato al menos tan favorable como aquel al que tienen derecho en virtud del derecho internacional o de los acuerdos internacionales específicos.

2. La aplicación simultánea de las disposiciones de un convenio de doble imposición y de los privilegios diplomáticos y consulares conferidos en virtud de las reglas generales del derecho internacional o de acuerdos internacionales específicos puede dar lugar, en determinadas circunstancias, a la exención en los dos Estados Contratantes, de la imposición a la que de otro modo hubieran estado sujetos. A título de ejemplo, puede darse el caso de un agente diplomático acreditado por el Estado A ante el Estado B, que obtenga regalías, o dividendos, de fuentes situadas en el Estado A; de acuerdo con el derecho internacional no estará sujeto al impuesto del Estado B respecto de esas rentas al tiempo que, como residente del Estado B, puede, asimismo, tener derecho a una exención o reducción del impuesto sobre la renta del Estado A en función de las disposiciones de un Convenio bilateral firmado entre los dos Estados. Con el fin de evitar desgravaciones impositivas no deseadas, los Estados Contratantes podrán adoptar bilateralmente una disposición adicional que puede redactarse en los siguientes términos:

En la medida en que, por razón de los privilegios fiscales reconocidos a los miembros de las misiones diplomáticas y oficinas

consulares al amparo de las normas generales del derecho internacional o de las disposiciones de acuerdos internacionales específicos, la renta o el capital no se someta a imposición en el Estado receptor, el derecho de imposición queda reservado al Estado acreditante.

3. En muchos países miembros de la OCDE la legislación interna contiene disposiciones al efecto de que los miembros de las misiones diplomáticas y oficinas consulares se consideren residentes fiscales del Estado acreditante durante su estadía en el extranjero. En las relaciones bilaterales entre países miembros que apliquen internamente disposiciones de este tipo puede darse un paso más, incluyendo en el Convenio normas específicas que establezcan que el Estado acreditante se considera como Estado de residencia de los miembros de las misiones diplomáticas y oficinas consulares de los Estados Contratantes, a los efectos del Convenio. La disposición especial que aquí se propone podría redactarse como sigue:

No obstante las disposiciones del Artículo 4, una persona natural que sea miembro de una misión diplomática o de una oficina consular de un Estado Contratante, situada en el otro Estado Contratante o en un tercer Estado, será considerada residente del Estado acreditante, a efectos del Convenio, si:

- a) conforme al derecho internacional, no está sujeta a la imposición del Estado receptor respecto de las rentas procedentes de fuentes externas a ese Estado o del capital situado fuera de ese Estado; y
- b) está sujeta en el Estado acreditante a las mismas obligaciones relativas a los impuestos sobre la totalidad de la renta o del capital que los residentes de ese Estado.

4. En virtud del apartado 1 del Artículo 4 ^[92] los miembros de las misiones diplomáticas u oficinas consulares de un tercer Estado acreditados ante un Estado Contratante serán considerados residentes del Estado receptor si solo están sujetos a una imposición limitada en ese Estado (*véase el apartado 9 del Comentario al Artículo 4 de este Modelo, así como el apartado 8.1 del Comentario al Artículo 4 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado allí*). Esta consideración es igualmente válida en el caso de las organizaciones internacionales establecidas en un Estado Contratante y sus

92 [Esta oración no se aplicará a los acuerdos bilaterales en los que se omita la segunda oración del apartado 1 del Artículo 4.]

funcionarios, ya que generalmente disfrutan de ciertos privilegios fiscales en virtud del Convenio o del tratado constitutivo de la organización, o de un tratado entre la organización y el Estado donde está establecida. Los Estados Contratantes, que quieran regular expresamente esta cuestión o evitar desgravaciones tributarias no deseables, pueden incorporar la siguiente disposición a este Artículo:

El Convenio no es aplicable a las organizaciones internacionales, a sus órganos o funcionarios, ni a los miembros de una misión diplomática u oficina consular de un tercer Estado que, estando presentes en un Estado Contratante, no tengan la consideración de residentes de ninguno de los Estados Contratantes a efectos de los impuestos sobre la renta o sobre el capital.

Esto significa que las organizaciones internacionales, sus órganos o sus funcionarios sujetos a imposición en un Estado Contratante únicamente en razón de las rentas procedentes de fuentes situadas en ese Estado no tendrán derecho a los beneficios del Convenio.

5. Aunque los agentes consulares honorarios no pueden ampararse en las disposiciones de este Artículo para disfrutar de privilegios a los que no tengan derecho en virtud de las normas generales del derecho internacional (no existe en general exención tributaria más que para los pagos que los cónsules honorarios reciben para atender a los gastos que realicen por cuenta del Estado acreditante), los Estados Contratantes tienen libertad para excluir expresamente de la aplicación de este Artículo, por acuerdo bilateral, a los funcionarios consulares honorarios.

Artículo 29

DERECHO A LOS BENEFICIOS DEL CONVENIO

A. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. Tal como se explicó en la nota al pie del Artículo 29, éste refleja la intención de los Estados Contratantes, incorporada en el preámbulo del Convenio, de eliminar la doble imposición sin crear oportunidades de no tributación o de tributación reducida a través de la evasión o elusión fiscal, incluyendo acuerdos de triangulación de beneficios (*treaty shopping*). Esta intención y la redacción del Artículo corresponden al estándar mínimo que fue acordado por los Estados participantes del Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios y que se describe en el párrafo 22 del informe final de la Acción 6 (*Impedir la utilización abusiva de los Convenios Fiscales en Circunstancias Inapropiadas*)⁹³ del Proyecto OCDE/G20. Tal como lo indica dicho informe, la redacción del Artículo dependerá de la forma en la que los Estados Contratantes que buscan concordancia con ese standard mínimo, decidan implementarlo. Dependiendo de sus circunstancias particulares, los Estados pueden desear adoptar solo la regla general antiabuso del apartado 9 del Artículo, preferir en su lugar adoptar los apartados 1 a 7 del Artículo, complementándola con un mecanismo para contrarrestar los acuerdos instrumentales (*conduit arrangements*) no tratados en otras disposiciones del Convenio, o pueden preferir incluir en su tratado ambos enfoques.

2. Un Estado puede preferir el último enfoque descrito anteriormente porque combina la flexibilidad de una regla general que puede prevenir un gran número de operaciones abusivas, con la seguridad de contar con una regla más “automática” que evitará que se lleven a cabo operaciones que son típicamente conocidas por generar inquietudes relacionadas con la triangulación de beneficios (*treaty shopping*) y que pueden describirse de manera sencilla haciendo referencia a ciertas características (como la propiedad extranjera de una entidad). Tal combinación no deberá interpretarse en el sentido de restringir el alcance de la regla general antiabuso del apartado 9: una operación

93 Véase previa nota al pie 7.

o acuerdo no debería considerarse fuera del ámbito de aplicación del apartado 9 simplemente porque las reglas antiabuso de los apartados 1 al 7, que solo abordan ciertos casos de triangulación de beneficios que pueden ser fácilmente identificados por algunas de sus características, no resultan aplicables.

3. Como se indica anteriormente, un Estado puede preferir abordar la triangulación de beneficios (*treaty shopping*) sin la regla general antiabuso del apartado 9, y confiar, en su lugar, en las reglas específicas antiabuso contenidas en los apartados 1 al 7, junto con un mecanismo que aborde los acuerdos instrumentales (*conduit arrangements*) que escaparían a la aplicación de dichos apartados. Este puede ser el caso de un Estado cuya legislación interna incluye reglas antiabuso consistentes que son suficientes para tratar con otras formas de abuso de tratados.

4. Mientras que la versión de los apartados 1 al 7 del Artículo 29 que se incorporó al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 se refiere a ambas, la versión “simplificada” y la versión “detallada” de dichos apartados que se incluyen en el Comentario al Artículo, el Comité decidió que el Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas adoptaría solo la versión detallada, concluyendo que la versión detallada proporcionaría a los convenios tributarios concluidos por los países en desarrollo una protección más robusta en contra de abusos relacionados con la triangulación de beneficios (*treaty shopping*).

5. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que describe la versión detallada de dicho Artículo, es aplicable a los apartados 1 al 7 del Artículo 29 de este Modelo:

4. Este Artículo contiene disposiciones que evitan varias formas de triangulación de beneficios (*treaty shopping*) a través de las cuales, personas que no son residentes de un Estado Contratante, podrían establecer una entidad que sería residente de ese Estado, con el fin de reducir o eliminar la tributación en el otro Estado Contratante a través de los beneficios del tratado tributario concluido entre esos dos Estados. El permitir que personas que directamente no tengan derecho a los beneficios del tratado (tales como la reducción o eliminación de las tasas de retención sobre dividendos, intereses o regalías) obtengan

este tipo de beneficios de manera indirecta mediante la triangulación de beneficios, frustraría la naturaleza bilateral y recíproca de los tratados tributarios. A manera de ejemplo, si un Estado tiene conocimiento de que sus residentes pueden obtener de manera indirecta los beneficios de tratados concluidos por otro Estado, el Estado mencionado en primer lugar no tendrá interés en proporcionar beneficios recíprocos a residentes del otro Estado a través de la conclusión de un tratado tributario. Asimismo, en tal caso, los beneficios que se obtendrían de manera indirecta pueden no ser apropiados teniendo en cuenta la naturaleza del sistema tributario del último Estado; si por ejemplo, dicho Estado no establece un impuesto sobre la renta sobre cierto tipo de renta, sería inapropiado que sus residentes se beneficiaran de disposiciones de un tratado tributario concluido entre otros dos Estados que otorgan la reducción o eliminación del gravamen en fuente para ese tipo de renta y que se diseñó asumiendo que los dos Estados Contratantes someterían a imposición dicha renta.

5. Las disposiciones de los apartados 1 al 7 buscan negar los beneficios del tratado en el caso de estructuras que típicamente resultan en el otorgamiento indirecto de los beneficios del tratado a personas que no tienen derecho a dichos beneficios de manera directa, mientras que al mismo tiempo reconoce que, en algunos casos, personas que no son residentes de un Estado Contratante pueden establecer una entidad en ese Estado por razones empresariales legítimas. A pesar de que estas disposiciones aplican sin importar si una estructura en particular se adoptó o no para efectos de la triangulación de beneficios (*treaty shopping*), el Artículo permite a las autoridades competentes de un Estado Contratante otorgar los beneficios del tratado cuando las otras disposiciones del Artículo, por el contrario, negarían dichos beneficios, pero la autoridad competente determina que la estructura no tuvo como uno de sus principales propósitos el obtener los beneficios del Convenio.

6. Este Artículo restringe el alcance general de las otras disposiciones del Convenio, incluyendo aquellas del Artículo 1, de conformidad con las cuales el Convenio aplica a personas que son residentes de un Estado Contratante. El apartado 1 del Artículo establece que un residente de un Estado Contratante no tendrá derecho a los beneficios del Convenio a menos que sea considerado una “persona calificada” de conformidad con el apartado 2, o a menos que se le otorguen beneficios de conformidad con los apartados 3, 4, 5 o 6. El apartado 2 determina quién constituye una “persona calificada” por referencia a la naturaleza o atributos de varias categorías de personas;

cualquier persona a la que aplique dicho apartado tiene derecho a todos los beneficios del Convenio. De acuerdo con el apartado 3, una persona tiene derecho a los beneficios del Convenio con respecto a un elemento de renta incluso si no es considerada como “una persona calificada” de conformidad con el apartado 2, en tanto ese elemento de renta emane de o sea incidental al ejercicio activo de un negocio en el Estado del que es residente dicha persona (sujeto a ciertas excepciones). El apartado 4 es una disposición de “beneficios derivados” que permite que ciertas entidades cuyos propietarios sean residentes de terceros Estados, obtengan beneficios de los tratados, siempre y cuando dichos residentes hubieran tenido derecho a beneficios equivalentes si hubieran invertido de manera directa. El apartado 5 es una disposición de “sede central” bajo la cual, una sociedad que no sea elegible para obtener los beneficios estipulados en el apartado 2 pueda, no obstante, calificar para los beneficios con respecto a elementos específicos de renta. El apartado 6 incluye las disposiciones que permiten a las autoridades competentes de un Estado Contratante, proporcionar beneficios de los tratados cuando las otras disposiciones del Artículo, por el contrario, negarían dichos beneficios. El apartado 7 incluye un número de definiciones que aplican para efectos del Artículo.

B. COMENTARIO A LOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 29

Apartado 1: Disposición que niega los beneficios del tratado a un residente de un Estado Contratante que no es una “persona calificada”

6. El apartado 1 establece que un residente de un Estado Contratante, tal como se define en el Artículo 4, tendrá derecho a los beneficios otorgados a los residentes de un Estado Contratante de conformidad con el Convenio, únicamente si dicho residente es considerado una “persona calificada” de acuerdo con el apartado 2, o a menos que dichos beneficios sean de otra manera otorgados de conformidad con los apartados 3, 4, 5 o 6. Los beneficios que se conceden a un residente de un Estado Contratante de conformidad con el Convenio, incluyen todas las limitaciones de los derechos de tributación establecidos en los Artículos 6 al 22, la eliminación de la doble imposición prevista en el Artículo 23 y la protección otorgada a los residentes de un Estado Contratante mediante el Artículo 24. No obstante, el Artículo

no restringe la disponibilidad de los beneficios del tratado otorgados en las disposiciones del apartado 2 del Artículo 9, el Artículo 25 o bajo las limitadas disposiciones que no requieren que dicha persona sea residente de un Estado Contratante para acceder a los beneficios de tales disposiciones (por ejemplo, las disposiciones del apartado 1 del Artículo 24, en la medida en la que aplican a nacionales que no sean residentes de ningún Estado Contratante).

7. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que incluye explicaciones adicionales del apartado 1, es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

8. El apartado 1 no amplía en modo alguno el alcance de los beneficios otorgados por las otras disposiciones del Convenio. Así, un residente de un Estado Contratante que sea una “persona calificada” conforme al apartado 2, debe en todo caso cumplir las condiciones previstas en las otras disposiciones del Convenio para poder acceder a estos beneficios (por ejemplo, dicho residente debe ser el beneficiario efectivo (*beneficial owner*) de los dividendos para poder disfrutar del beneficio previsto en el apartado 2 del Artículo 10) y dichos beneficios pueden negarse o restringirse en virtud de las reglas antiabuso aplicables, tales como las estipuladas en los apartados 8 y 9.

9. El apartado 1 aplica en cualquier momento en el que el Convenio prevea conceder un beneficio a un residente de un Estado Contratante. Así, por ejemplo, aplica en el momento en el que la renta a la que aplica el Artículo 6 es obtenida por un residente de un Estado Contratante, o en el momento en el que dividendos a los que aplica el Artículo 10 sean pagados a un residente de un Estado Contratante o en cualquier momento en el que se obtengan beneficios empresariales a los que el Artículo 7 aplica. El apartado exige que, para poder tener derecho a los beneficios del Convenio, el residente sea una “persona calificada” de conformidad con el significado del apartado 2, en el momento relevante. Sin embargo, en algunos casos, la definición de “persona calificada” requiere que el residente del Estado Contratante satisfaga ciertos requisitos durante un determinado periodo de

tiempo para poder ser considerado como “persona calificada” en un momento dado.

10. Dado que la definición de “beneficiario equiparable” que se utilizaría a los fines del apartado 4 de la versión detallada, relativo a los beneficios derivados, excluiría a las personas que, en virtud de otro convenio, tengan derecho a una desgravación en el Estado fuente que no sea tan beneficiosa como la prevista en el Convenio, esta definición puede generar el denominado “efecto precipicio”, por el que se denegarían todos los beneficios del tratado, incluso si la diferencia entre las desgravaciones previstas en ambos convenios tuviera escaso valor relativo. En ese caso, algunos Estados consideran que lo apropiado es que el Estado fuente conceda una desgravación similar a la que se hubiera concedido en aplicación del otro convenio. Este resultado puede lograrse a través de las disposiciones alternativas incluidas en el párrafo 147 [*del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, tal como se cita más adelante en el párrafo 27 del Comentario al Artículo 29 de este Modelo*], relativas a la tributación de dividendos, intereses[,] regalías, [*honorarios por servicios técnicos y rentas de servicios digitales automatizados*], que son disposiciones que atenúan ese “efecto precipicio” cuando un potencial beneficiario equiparable tenga derecho, en virtud de otro convenio, a obtener una imposición reducida en el Estado fuente que sea menos favorable que la que le procuraría el Convenio. En lugar de negar todos los beneficios del tratado en relación con dicha renta, estas disposiciones prevén la concesión de beneficios limitados que corresponden, en términos generales, a los que se hubieran obtenido en virtud del otro convenio. A fin de garantizar que el apartado 1 no conduce a la denegación de los beneficios concedidos por estas disposiciones alternativas, lo que sería contrario al objeto de las mismas, estos Estados deberían adoptar una versión distinta del apartado 1, redactada de la siguiente manera:

Salvo disposición en contrario en este Artículo y en referencia a los apartados de los Artículos 10, 11[,], 12, [*12A y 12B*] relacionados con el denominado “efecto precipicio”, un residente de un Estado Contratante no tendrá derecho a los beneficios previstos en este Convenio (salvo los contemplados en el apartado 3 del Artículo 4, el apartado 2 del Artículo 9 o el Artículo 25) a menos que dicho residente sea una “persona calificada” en el sentido del apartado 2 en el momento en el que se concedería el beneficio.

Apartado 2: Situaciones en las que un residente es una “persona calificada”

8. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que incluye explicaciones adicionales del apartado 2, es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

11. Cada uno de los subapartados del apartado 2 de las versiones simplificada y detallada describe una categoría de residentes que tendrán la consideración de personas calificadas en el momento en el que se pretenden aplicar los beneficios del Convenio del que se trate.

12. Se pretende que las disposiciones del apartado 2 sean de aplicación directa. A diferencia del apartado [6], que se aborda más adelante, para poder aplicar los beneficios, de acuerdo con lo indicado en el apartado 2, no es preciso contar con una resolución o aprobación previa de la autoridad competente. Naturalmente, previa comprobación, las autoridades tributarias pueden decidir que el contribuyente ha interpretado incorrectamente el apartado y, en consecuencia, no tener derecho a los beneficios que reclama.

Subapartado a): personas naturales

9. De conformidad con el apartado 2(a), cualquier persona natural que es residente de uno de los Estados Contratantes es una persona calificada.

Subapartado b): Estados Contratantes, subdivisiones políticas y sus organismos o instituciones

10. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica el apartado 2b), es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones

adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

14. El subapartado *b)* [...] establece que los Estados Contratantes y cualquiera de sus subdivisiones políticas o administraciones locales constituyen personas calificadas. Estas expresiones se aplican a cualquier parte de un Estado, tal como a un fondo separado constituido por un Estado que no sea una persona independiente, ni lo posee una persona independiente. La última parte del subapartado establece que una persona jurídica independiente que resida en un Estado Contratante y sea un organismo o institución de un Estado Contratante, de una de sus subdivisiones políticas o administraciones locales, tendrá también la consideración de persona calificada y, en consecuencia, tendrá derecho a todos los beneficios del Convenio mientras mantenga dicho estatus. El concepto de “organismo o institución” está limitado a las entidades constituidas por un Estado (o por una de sus subdivisiones políticas o administraciones locales) para ejercer exclusivamente funciones de naturaleza pública; no se aplica, por ejemplo, a una sociedad que intervenga en calidad de agente del Estado con fines específicos pero que no haya sido constituida por el Estado para ejercer funciones de naturaleza pública. Es probable que la redacción del subapartado deba adaptarse para reflejar las distintas naturalezas jurídicas de las entidades cuya propiedad reside en el gobierno que pueden existir en los Estados Contratantes, tal como los fondos soberanos, así como a las distintas visiones que dichos Estados pueden tener respecto de la aplicación del Artículo 4 a esas entidades (véanse los párrafos 50 a 53 del Comentario al Artículo 1 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*] y los apartados 8.5 y 8.11 del Comentario al Artículo 4 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*]).

Subapartado c): sociedades y entidades cuyas acciones se cotizan públicamente

11. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la versión detallada de la OCDE del apartado *2c)*, es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo:

16. El subapartado *c)* reconoce que, por norma general, toda vez que las acciones de las sociedades y de ciertas entidades que cotizan públicamente son propiedad de un gran número de accionistas, no es

probable que este tipo de sociedades y entidades se constituyan con fines de la triangulación de beneficios (*treaty shopping*).

17. El subapartado *c*) establece que una sociedad o entidad residente de un Estado Contratante será una persona calificada en el momento en el que el Convenio concedería el beneficio si, a lo largo del periodo impositivo correspondiente, que comprende ese momento, su clase principal de acciones, y cualquier clase de acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios, cotiza regularmente en uno o más mercados de valores reconocidos, siempre y cuando la sociedad o entidad también satisfaga al menos uno de los siguientes requisitos adicionales: primero, la clase principal de acciones de la sociedad o entidad cotiza principalmente en al menos uno de los mercados de valores reconocidos localizados en el Estado Contratante de residencia de la sociedad o entidad, o, segundo, la sede principal de dirección y control de la sociedad o entidad se encuentra en su Estado de residencia. Estos requisitos adicionales tienen en cuenta que, aunque una sociedad o entidad cuyas acciones se cotizan públicamente pueda ser técnicamente residente de un Estado determinado, cabe la posibilidad de que no tenga una relación suficiente con dicho Estado que permita justificar el acceso por parte de dicha sociedad o entidad a los beneficios de los convenios suscritos por ese Estado. Se entenderá que la relación es suficiente cuando las acciones de la sociedad o entidad cuyas acciones se cotizan públicamente, lo haga principalmente en mercados de valores reconocidos del Estado de residencia de la sociedad o entidad; no obstante, dado que la globalización de los mercados financieros implica que las acciones de una sociedad se cotizan con frecuencia en mercados de valores de Estados diferentes al de su residencia, la condición alternativa establece que también se considerará que existe una relación suficiente cuando la sociedad o entidad tenga su sede principal de dirección y control en su Estado de residencia.

18. Una sociedad o entidad cuya clase principal de acciones cotiza regularmente en un mercado de valores reconocido no podrá acogerse a los beneficios del Convenio con arreglo al subapartado *c*) del apartado 2, en el caso de que disponga de una clase de acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios, que no coticen regularmente en un mercado de valores reconocido.

19. Las expresiones “mercado de valores reconocido”, “acciones”, “clase principal de acciones” y “clase de acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios” se definen en

el apartado 7. Como dichas definiciones indican, el término “acciones” comprende las participaciones análogas en entidades, distintas de las sociedades, a las que se aplica el subapartado; lo que incluye, por ejemplo, a las unidades de un fideicomiso que coticen públicamente.

20. El requisito de cotización habitual se cumple con la cotización de acciones emitidas en cualquier mercado o mercados de valores reconocidos en cualquiera de los dos Estados. La cotización en uno o más mercados de valores reconocidos puede acumularse a los efectos de ver cumplido este requisito; así pues, una sociedad o entidad puede satisfacer dicha condición si sus acciones cotizan regularmente, en todo o en parte, en un mercado de valores reconocido situado en el otro Estado Contratante.

21. El literal (i) establece un requisito adicional que consiste en que las acciones de una sociedad o entidad se coticen principalmente en uno o más mercados de valores reconocidos del Estado en que reside dicha sociedad o entidad. En términos generales, se considerará que la clase principal de acciones se “cotiza principalmente” en uno o más mercados de valores reconocidos del Estado de residencia de la sociedad o entidad si, durante el año fiscal del que se trate, el número de acciones de la clase principal de acciones de la sociedad o entidad que se cotizan en estos mercados excede del número de acciones de la clase principal de acciones de la sociedad o entidad que se cotizan en mercados de valores de otros Estados. Sin embargo, algunos Estados consideran que el hecho de que las acciones de una sociedad o entidad residente en un Estado Contratante se coticen principalmente en mercados de valores reconocidos situados en otros Estados (por ejemplo, en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo cuya normativa configura un mercado único para el comercio de valores mobiliarios) es garantía suficiente de que dicha sociedad o entidad no está siendo utilizada para efectos de la triangulación de beneficios (*treaty shopping*); aquellos Estados que compartan esta postura pueden modificar la letra (i) en este sentido.

22. El literal (ii) establece un requisito alternativo aplicable a aquellas sociedades o entidades cuya clase principal de acciones se cotiza regularmente en un mercado de valores reconocido y sin embargo no lo hace principalmente en uno de los mercados de valores reconocidos situados en el Estado en que residen. Dicha sociedad o entidad podría, en todo caso, acceder a los beneficios del tratado siempre que su “sede principal de dirección y control” (según la definición del apartado 7) se encuentre en su Estado de residencia.

23. Las condiciones del subapartado *c)* deben quedar satisfechas a lo largo del periodo impositivo de la sociedad o entidad. Esto no significa que las acciones de la sociedad o entidad deban cotizar en el mercado de valores en turno cada día de dicho periodo. Para que pueda entenderse que las acciones cotizan regularmente en uno o más mercados de valores a lo largo del periodo impositivo, será necesario que el porcentaje de acciones que se coticen activamente durante un número de días suficientemente elevado dentro de dicho periodo no sea mínimo. Por ejemplo, este criterio se entendería cumplido si el 10 por ciento de las acciones en circulación de una determinada clase de acciones de una sociedad cotizan durante días dentro del periodo impositivo de la sociedad. La expresión “periodo impositivo” presente en los subapartados *c)*, *d)* y *f)* se refiere al periodo respecto del cual la sociedad o entidad deben presentar su declaración anual de impuestos en su Estado de residencia. Si los Estados Contratantes utilizan en sus legislaciones internas un término diferente para referirse a dicho período, por ejemplo, “año fiscal”, son libres de reemplazar las referencias al periodo impositivo por ese otro término.

Subapartado d): afiliadas de sociedades y entidades cuyas acciones se cotizan públicamente

12. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica el apartado *2d)*, es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

24. El subapartado *d)* extiende el principio subyacente del subapartado *c)* (a saber, que no es probable que las sociedades y entidades cuyas acciones se cotizan públicamente se constituyan como una estrategia para la triangulación de beneficios (*treaty shopping*)), con sujeción a ciertas condiciones, a algunas sociedades en las que un máximo de cinco sociedades y entidades cuyas acciones se coticen en el mercado de valores posean una participación mayoritaria.

25. Para que una sociedad residente de un Estado Contratante tenga derecho a todos los beneficios del Convenio en virtud del

subapartado *d*) en un determinado momento, esa sociedad debe cumplir dos condiciones aplicables al periodo impositivo que incluye dicho determinado momento.

26. En primer lugar, conforme a la condición enunciada en la letra (i), la sociedad tiene que satisfacer un criterio de propiedad. Este criterio prevé que un máximo de cinco sociedades o entidades cuyas acciones se coticen en el mercado de valores, descritas en el subapartado *c*), deben ser las propietarias directas o indirectas, a lo largo del periodo impositivo, de al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad (y al menos el 50 por ciento de cualquier clase de acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios). No obstante, si las sociedades o entidades cuyas acciones se cotizan en el mercado de valores son propietarias indirectas, cada sociedad o entidad interpuesta debe ser residente del Estado Contratante del que reclaman los beneficios del Convenio o un “propietario interpuesto calificado”. La expresión “propietario interpuesto calificado” se define en el apartado 7; conforme a esta definición, un propietario interpuesto calificado también incluye a un residente del mismo Estado Contratante que el de la sociedad que reclama acceso a los beneficios del Convenio en aplicación del subapartado *d*).

27. Así, por ejemplo, una sociedad residente de un Estado Contratante satisface las condiciones impuestas en la letra (i) si pertenece totalmente a una sociedad residente del mismo Estado que satisface los requisitos del subapartado *c*). Asimismo, si una sociedad matriz cuyas acciones se cotizan en el mercado de valores del otro Estado Contratante es la propietaria indirecta de la sociedad a través de una cadena de subsidiarias, cada subsidiaria de esa cadena, como propietaria interpuesta, debe ser residente del Estado Contratante del que se reclama la aplicación de los beneficios del Convenio, o una propietaria interpuesta calificada, para que la sociedad satisfaga así el criterio de propiedad de la letra (i).

28. La expresión “50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones”, que se utiliza en los subapartados *d*) y *f*) y en otras líneas de los apartados 1 a 7, se refiere a la participación que representa ambos, al menos el 50 por ciento de todos los derechos de voto en la sociedad o entidad en cuestión y al menos el 50 por ciento del valor de todas las acciones en esa sociedad o entidad. Por tanto, una participación que satisfaga la condición referida al voto, pero no la del valor (o, al contrario) no cumplirá este criterio.

29. Conforme a la segunda condición enunciada en la letra (ii), la sociedad debe superar también un criterio de no erosión de la base imponible respecto de cualquier beneficio del Convenio que quiera aplicar (distintos de los relativos a los dividendos, derivados de la aplicación del Artículo 10). Ese criterio de no erosión de la base imponible se satisface si:

- menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad (y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, si hay grupo analizado), correspondiente al periodo impositivo que comprende el momento en el que se concederían los beneficios del Convenio, se paga o devenga, directa o indirectamente, a favor de personas inelegibles en forma de pagos deducibles a efectos fiscales, para calcular el impuesto de la sociedad en su Estado de residencia, y
- menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado (si hay grupo analizado), correspondiente al periodo impositivo que comprende el momento en el que se concederían los beneficios del Convenio, se paga o devenga, directa o indirectamente, a favor de personas inelegibles, en forma de pagos deducibles a efectos fiscales para calcular el impuesto de cualquier integrante del grupo analizado en el Estado de residencia de la sociedad que invoca los beneficios del Convenio.

30. La expresión “personas inelegibles” utilizada en los apartados precedentes se refiere a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados Contratantes, con derecho a los beneficios del Convenio en virtud de los subapartados *a)*, *b)*, *c)*, o *e)* del apartado 2. Las entidades que sean residentes de los Estados Contratantes y que tengan derecho a los beneficios de este Convenio en aplicación de este subapartado o del subapartado *2 f)* son, por tanto, personas inelegibles; esto garantiza que estas entidades no se utilicen en acuerdos que pudieran permitir a los inversores de terceros países acumular indirectamente una cuantía significativa de estos pagos que tienen por efecto erosionar la base imponible, efectuados por una sociedad que busque acceder a los beneficios del Convenio en virtud de este subapartado. El apartado 7 incluye la definición de las expresiones “grupo analizado” y “renta bruta” que se utilizan en la letra (ii).

31. A los fines de la aplicación del criterio de no erosión de la base, los importes de plena competencia (*arm's length*) pagados o devengados en el marco ordinario de una actividad empresarial por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles no se incluyen

entre los pagos deducibles. Las distribuciones de fondos fiduciarios se consideran pagos deducibles en la medida en que sean deducibles de la base imponible. Las deducciones por amortización y depreciación, al no representar pagos a otra persona ni devengos, no se tendrán en cuenta a estos efectos. Además, en el caso de un grupo analizado, los pagos intragrupo no se consideran pagos deducibles. Finalmente, los pagos de intereses no son importes de plena competencia pagados o devengados en el marco ordinario de una actividad empresarial por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles, por lo que se tendrán en cuenta si se efectúan a favor de una persona inelegible.

32. Los siguientes ejemplos ilustran la aplicación del criterio de no erosión del base enunciado en la letra (ii) del subapartado *d*) por un Estado Contratante (al que en los ejemplos se denomina “Estado mencionado en primer lugar”), teniendo en cuenta las definiciones de “grupo analizado” y “renta bruta” que figuran en el apartado 7:

- *Ejemplo A:* Suponga que, durante todo el periodo considerado, R3 es una sociedad cuya propiedad total corresponde a otra sociedad R2, que a su vez es propiedad en su totalidad de R1, una sociedad cuyas acciones son cotizadas públicamente, que cumple los requisitos del subapartado *c*). R3, R2 y R1 son residentes del otro Estado Contratante en el sentido del Artículo 4 y pertenecen al mismo grupo de consolidación fiscal. Se cumple el criterio de la propiedad de la letra (i) del subapartado *d*), dado que R1, sociedad que cumple los requisitos del subapartado *c*), posee indirectamente al menos el 50 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de R3 (y al menos el 50 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de toda clase de acciones de R3 que otorguen una participación desproporcionada en los beneficios), y R2, que es una propietaria interpuesta, es residente del otro Estado Contratante y por tanto, una propietaria interpuesta calificada.

Durante el período impositivo que comprende el momento en el que el Estado mencionado en primer lugar hubiera concedido los beneficios previstos en el Convenio, R3 obtiene: primero, 200 en concepto de dividendos pagados por una sociedad residente en un tercer Estado, que están excluidos de la renta bruta de R3 en el otro Estado Contratante; y, segundo, 100 de intereses procedentes del Estado mencionado en primer lugar, en relación con los que R3 busca obtener los beneficios del Artículo 11 del Convenio. R3 efectúa un pago que erosiona la base imponible por un importe de 49 a una persona inelegible

y paga un dividendo de 51 a R2. Además del dividendo de 51 que recibe de R3, R2 recibe otros pagos brutos adicionales por un valor de 100 de personas externas al grupo analizado. R2 hace un pago que erosiona la base a una persona inelegible por valor de 51.

En este ejemplo, el grupo analizado, como se define en el apartado 7, está compuesto por R3, R2 y R1, ya que las tres sociedades participan de un régimen de consolidación fiscal. Para poder tener derecho a los beneficios del Convenio en relación con los intereses procedentes del Estado mencionado en primer lugar, tanto R3 como el grupo analizado deben satisfacer individualmente el criterio de no erosión de la base de la letra (ii).

La renta bruta de R3, como se define en el apartado 7, es de 100 (los intereses procedentes del Estado mencionado en primer lugar), dado que no se incluye el dividendo de 200 pagado a R3 por una sociedad de un tercer Estado. Por tanto, para el período impositivo en el que R3 quiere aplicar los beneficios del Convenio, menos de 50 de la renta bruta de R3 constituyen pagos que erosionan la base imponible efectuados a personas inelegibles. En consecuencia, los pagos que erosionan la base, realizados por R3, son solo de 49, por lo que satisface la parte del criterio de no erosión que se le aplica.

La renta bruta del grupo analizado calculada conforme a la legislación tributaria del otro Estado Contratante excluye los dividendos por un importe de 200, pagados a R3 por una sociedad de un tercer Estado, así como las operaciones intragrupo (es decir, el dividendo de 51 pagado de R3 a R2). La renta bruta del grupo analizado es, por tanto, 200 (100 por intereses procedentes del Estado mencionado en primer lugar, más los 100 que recibió R2 de personas externas al grupo analizado). Por tanto, durante el período impositivo en cuestión, el grupo analizado debe efectuar pagos a personas inelegibles, y por tanto que erosionan la base, inferiores a 100 a fin de satisfacer el criterio de no erosión de la base de la letra (ii).

En este ejemplo, R3 no satisface los requisitos del subapartado *d*). Aunque los pagos efectuados a personas inelegibles, y, por tanto, que erosionan la base son de 49 y no exceden del límite permisible fijado en menos de 50, los pagos efectuados por el grupo a personas inelegibles y, por tanto, que erosionan la base son de 100 (49 + 51), por lo que exceden del límite permisible fijado en menos de 100 para el grupo.

- *Ejemplo B*: Suponga que los hechos son los mismos que en el Ejemplo A, salvo en que R3 obtiene 100 por dividendos pagados por una sociedad residente del Estado mencionado en primer lugar, en vez de por concepto de intereses procedentes de ese Estado, y no obtiene otra renta bruta en ese año fiscal. Dado que el único beneficio derivado del Convenio que quiere aplicar R3 es en virtud del Artículo 10, en relación con los dividendos, R3 no tiene que aplicar el criterio de no erosión de la base, enunciado en la letra (ii). Por tanto, R3 será una persona calificada respecto de los dividendos conforme al subapartado d), dado que satisface el requisito sobre la propiedad enunciado en la letra (i).
- *Ejemplo C*: Suponga que, durante todo el período considerado, P2 (la sociedad en cuestión) es una sociedad que pertenece totalmente a P1, una sociedad que cotiza públicamente, que cumple los requisitos del subapartado c). P2 y P1 son residentes del otro Estado Contratante.

Durante el período impositivo en cuestión, los únicos elementos de renta de P2 son intereses, con un valor de 100, procedentes del Estado mencionado en primer lugar y para los que P2 quiere acogerse a los beneficios del Artículo 11. P2 realiza un pago deducible de intereses de 100 a P1, persona que satisface los requisitos del subapartado c). P1 efectúa un pago deducible durante ese mismo período impositivo de 100 a ThirdCo, una sociedad residente del Estado Y. P2, a través de P1, ha realizado indirectamente un pago a una persona inelegible, y, por tanto, erosiona la base imponible, de 100. En este ejemplo, no se satisface el criterio de la erosión del base enunciado en la letra (ii) y no puede considerarse a P2 como una persona calificada.

33. Como se indica en el Comentario al Artículo 1, algunos Estados consideran que deben incluir en sus convenios disposiciones destinadas a denegar la aplicación de ciertas disposiciones específicas, respecto de rentas pagadas a personas relacionadas (según se define en el apartado 7) que se benefician de regímenes que constituyen “regímenes fiscales especiales” (véanse los párrafos 85 a del Comentario al Artículo 1 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 144 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo*]) y denegar la aplicación del Artículo 11 a los intereses pagados a personas relacionadas que se benefician de disposiciones del derecho interno que prevén una deducción virtual (*notional deduction*) en relación con el capital (véase el párrafo 107 del Comentario

al Artículo 1[*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 144 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo*]). Estos Estados pueden querer modificar el criterio de no erosión de la base imponible de la letra (ii) a fin de incluir en la categoría de “personas ineligibles” a aquellas que, si bien son residentes de uno de los Estados Contratantes, se benefician de regímenes fiscales especiales o de deducciones virtuales en relación con pagos deducibles que perciben o devengan. Este efecto puede lograrse modificando la letra (ii) de la siguiente manera:

- (ii) en lo que concierne a los beneficios de este Convenio, distintos de los previstos en el Artículo 10, menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad, y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, correspondiente al periodo impositivo que comprende el momento en el que se concedería el beneficio, se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles en ese periodo impositivo para efectos de los impuestos comprendidos en este Convenio, en el Estado Contratante de residencia de la sociedad (pero excluyendo los pagos de plena competencia (*arm’s length*) efectuados en el marco ordinario de una actividad empresarial por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles y, en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo)
 - A) a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados Contratantes con derecho a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados a), b), c) o e);
 - B) a personas relacionadas con las descritas en este subapartado y que se benefician de un régimen fiscal especial en el sentido de [*referencia al apartado del convenio que incluye la definición de “régimen fiscal especial”*] de este Convenio, respecto del pago deducible; o
 - C) en relación con un pago de intereses, a personas relacionadas con las personas que se describen en este subapartado y que se benefician de las deducciones virtuales (*notional deductions*) descritas en [*referencia al apartado del Artículo 11 relativo a las deducciones virtuales en relación con el capital*].

34. El ejemplo siguiente ilustra la aplicación de esta redacción alternativa del criterio de no erosión de la base, enunciado en el apartado precedente:

- *Ejemplo*: suponga que los hechos son los mismos que en el anterior Ejemplo B del párrafo 32, excepto que el único elemento

de renta que percibe R3 son regalías por un valor de 100, procedentes del Estado desde el que se reclaman los beneficios del Convenio, para los que R3 quiere acogerse a los beneficios del Artículo 12. R3 efectúa un pago deducible de regalías de 100 a R1. Durante todo el periodo considerado, R1 se beneficia de un régimen fiscal especial (como se define en ese Convenio) con respecto a regalías.

El criterio de propiedad enunciado en la letra (i) del subapartado *d*) se cumple, ya que R1, una sociedad que satisface las condiciones enunciadas en el subapartado *c*), posee indirectamente al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de R3, y R2 es un propietario interpuesto calificado. Sin embargo, a pesar de que R1 satisface las condiciones del subapartado *c*), el pago de regalías deducible efectuado por R1 en favor de R3, es un pago que erosiona la base imponible, ya que R1 es una persona inelegible. R1 es una persona relacionada con R3 y se beneficia de un régimen fiscal especial aplicable a las rentas en concepto de regalías. En este ejemplo, R3 no satisface el criterio de no erosión de la base imponible, enunciado en la letra (ii) dado que R3 ha efectuado un pago que erosiona la base por valor de 100 a una persona que se beneficia de un régimen fiscal especial y ese importe, 100, excede del límite admisible para R3 de pagos efectuados a personas inelegibles y, por tanto, que erosionan la base imponible (este límite se supera si el total de esos pagos no es de menos de 50).

35. Sin embargo, otros Estados pueden considerar innecesario imponer la condición de no erosión de la base enunciada en la letra (ii) en el caso de sociedades que pertenecen en su totalidad a sociedades o entidades cuyas acciones se cotizan en el mercado de valores. Estos Estados pueden desear omitir, por tanto, el subapartado *d*) y utilizar la siguiente versión del subapartado *c*), que abordaría tanto las sociedades o entidades cuyas acciones se coticen en el mercado de valores, como de las sociedades que pertenecen en su totalidad a un máximo de cinco sociedades o entidades cuyas acciones se cotizan en el mercado de valores (los Estados que se adhieran a este enfoque deben reenumerar los apartados siguientes del apartado 2 y sustituir las referencias al “subapartado *c*)” por referencias a la “letra (i) del subapartado *c*)” al redactar las normas sobre “propiedad/no erosión de la base imponible”, “beneficios derivados” y sobre la sede central, a fin de evitar los problemas descritos anteriormente en el párrafo 30 [*del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita anteriormente*]):

- c) una sociedad u otra entidad si, a lo largo del periodo impositivo que incluye el momento en el que se concedería el beneficio,
 - (i) su clase principal de acciones (y cualquier otra clase de acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios), cotiza regularmente en uno o más mercados de valores reconocidos y:
 - A) su clase principal de acciones cotiza principalmente en uno o más mercados de valores reconocidos del Estado Contratante del que es residente la sociedad o entidad; o
 - B) la sede principal de dirección y control de la sociedad o entidad está situada en el Estado Contratante del que es residente; o;
 - (ii) al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones (y al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios), de la sociedad o entidad pertenecen, directa o indirectamente, a un máximo de cinco sociedades o entidades que puedan acogerse a los beneficios del Convenio en virtud de la letra (i) de este subapartado, siempre que, en el caso de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto sea residente del Estado Contratante desde el que se reclaman los beneficios del Convenio o sea un propietario interpuesto calificado;

Subapartado e): organizaciones sin fines de lucro y fondos de pensiones

13. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la versión detallada de la OCDE del apartado 2e), es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

39. El subapartado e) de la versión detallada establece normas conforme a las cuales ciertas organizaciones sin fines de lucro (en la

medida en que califiquen como residentes de un Estado Contratante, como se explica en el párrafo 8.11 del Comentario al Artículo 4 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el apartado 5 del Comentario al Artículo 4 de este Modelo*] y [...] fondos de pensiones reconocidos [*como se definen en el apartado 1(g) del Artículo 3*] tendrán derecho a todos los beneficios del Convenio.

40. Las entidades descritas en la letra (i) accederán automáticamente a los beneficios del Convenio independientemente de la residencia de sus beneficiarios o miembros. Estas entidades generalmente corresponderán a aquellas que no pagan impuestos en sus Estados de residencia y que se constituyen y operan exclusivamente para la consecución de ciertos fines sociales (por ejemplo, benéficos, científicos, artísticos, culturales o pedagógicos). La descripción de dichas entidades a incluirse en la letra (i) en relación con cada Estado, se referirá generalmente a las disposiciones de la legislación interna del Estado que describe tales entidades o a los factores de la legislación interna que permiten la identificación de las mismas. Dependiendo de la redacción utilizada, los Estados pueden también desear modificar la letra (i) a fin de permitir que sus autoridades competentes modifiquen o complementen posteriormente la descripción propuesta.

14. La referencia en la cláusula (ii), a “fondos de pensiones reconocidos tal como se definen en el apartado 1(g) del Artículo 3” asegura que estos fondos de pensiones tendrán derecho a los beneficios del Convenio sin importar si los derechos de participación en los beneficios de dichos fondos son propiedad de personas naturales que son residentes del Estado en el que se establecieron o son residentes de otros Estados. Sin embargo, tal como se indica en el párrafo 17 del Comentario al Artículo 3, algunos Estados pueden preferir restringir la definición de fondos de pensiones reconocidos para abordar posibles preocupaciones de triangulación de beneficios (*treaty shopping*) derivados de ese aspecto de la definición. Esto podría hacerse mediante la adopción de una redacción alternativa de la definición que se incluye en dicho apartado del Comentario al Artículo 3.

15. Sin embargo, no todos los Estados incluyen la definición de “fondos de pensiones reconocidos” en sus convenios tributarios. Los Estados que no incluyan esa definición pueden desear modificar el Artículo 29 con el fin de asegurarse de que si un fondo de pensiones califica de alguna otra forma como residente de un Estado Contratante,

éste será considerado una “persona calificada” si satisface las condiciones establecidas en la definición alternativa contemplada en el párrafo 17 del Comentario al Artículo 3, en relación con la propiedad de los derechos en la participación en los beneficios del fondo de pensiones por personas que sean residentes de un Estado Contratante o posiblemente, beneficiarios equiparables.

Subapartado f): propiedad / erosión de la base imponible

16. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la versión detallada de la OCDE del apartado 2f), es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

46. El subapartado f) de la versión detallada establece un método adicional para acceder a los beneficios del tratado aplicable a entidades, con independencia de su forma jurídica, que sean residentes de un Estado Contratante. Los criterios establecidos en el subapartado f), denominados criterios de propiedad y no erosión de la base imponible establecen dos condiciones; ambas deben cumplirse para que el residente pueda acogerse a los beneficios del tratado en virtud del subapartado f).

47. Conforme a la letra (i), que corresponde al criterio de propiedad, al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones en circulación (y al menos el por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) en la persona deben ser propiedad, directa o indirectamente, durante al menos la mitad de los días de un periodo de doce meses que comprende el momento en el que se concedería el beneficio, de personas residentes en el mismo Estado Contratante que dicha persona, y que tengan derecho a los beneficios del Convenio de acuerdo con los subapartados a), b), c) o e). En el caso de propiedad indirecta, cada uno de los propietarios interpuestos debe ser un propietario interpuesto calificado. La expresión “propietario interpuesto calificado” se define en el apartado 7; bajo esta definición, un propietario

interpuesto comprende asimismo a un residente del mismo Estado Contratante que la sociedad que invoca los beneficios en virtud del subapartado *f*).

48. Aunque la letra *f*) resulta particularmente relevante en el ámbito de las sociedades sin cotización pública, también puede ser aplicable a otro tipo de entidades, como los fideicomisos, siempre que residan en un Estado Contratante y satisfagan los requisitos estipulados en ese subapartado. De acuerdo con la definición del término “acciones” en el apartado 7, en el caso de entidades distintas de las sociedades, este término se refiere a los derechos que puedan ser equiparables a las acciones; este sería generalmente el caso de los derechos de participación en los beneficios de un fideicomiso. A los efectos de la letra (i), los derechos de participación en los beneficios de un fideicomiso se considerarán de titularidad de sus beneficiarios en proporción a la participación actuarial de cada beneficiario en el fideicomiso. La participación de un beneficiario que tiene derecho a la parte restante de un fideicomiso será igual al 100 por ciento menos los porcentajes agregados que posean los beneficiarios de la renta. No se entenderá que la participación de un beneficiario en un fideicomiso es propiedad de una persona que tenga derecho los beneficios del Convenio, de acuerdo con los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*), a menos que sea posible determinar la participación actuarial del beneficiario. En consecuencia, si no resulta posible determinar la participación actuarial de los beneficiarios en un fideicomiso, no será posible satisfacer el criterio de propiedad previsto en la letra (i) a menos que todos los beneficiarios posibles del fideicomiso sean personas que tengan derecho a los beneficios del Convenio en virtud de los subapartados *a*), *b*), *c*) o *e*).

49. La letra (ii) enuncia el criterio de no erosión de la base imponible, que es en esencia similar al criterio de no erosión de la base imponible de la letra (ii) del subapartado *d*), salvo por el hecho de que, a diferencia del otro criterio, se aplica también a las personas que busquen obtener los beneficios del Artículo 10. El criterio de no erosión de la base imponible se satisface si

- menos del 50 por ciento de la renta bruta de la persona (y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, si hay grupo analizado) correspondiente al periodo impositivo que comprende el momento en el que se concederían los beneficios del Convenio, se paga o devenga, directa o indirectamente, en favor de personas inelegibles, en forma de pagos deducibles para efectos fiscales, al calcular el impuesto de la sociedad en su Estado de residencia, y

- menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado (si hay grupo analizado) correspondiente al periodo impositivo que comprende el momento en el que se concederían los beneficios Convenio, se paga o devenga, directa o indirectamente, en favor de personas inelegibles, en forma de pagos deducibles para efectos fiscales, al calcular el impuesto de cualquier miembro del grupo en el Estado de residencia de la sociedad que reclama los beneficios del Convenio.

50. La expresión “persona inelegible” utilizada en los apartados precedentes se refiere a cualesquiera personas que no sean residentes de ninguno de los Estados Contratantes, con derecho a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados *a)*, *b)*, *c)* o *e)* del apartado 2. El apartado 7 también incluye la definición de las expresiones “grupo analizado” y “renta bruta” que se utilizan en la letra (ii).

51. A diferencia del criterio de no erosión de la base del subapartado *d)*, el de la letra (ii) se aplica si una persona desea obtener los beneficios del Artículo 10. Esta persona, a los efectos de la letra (ii), incluirá en su renta bruta cualquier dividendo percibido, aun cuando se trate de dividendos efectivamente exentos de imposición en el Estado de residencia de esa persona. Esta disposición está recogida en la letra (i) de la definición de la expresión “renta bruta” en el apartado 7.

52. Como en el caso del criterio de no erosión de la base imponible del subapartado *d)*, a los fines de la aplicación del criterio enunciado en la letra (ii), los pagos deducibles (es decir, los que erosionan la base) no incluyen los importes de plena competencia (*arm's length*) pagados o devengados en el marco ordinario de una actividad empresarial por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles. Las distribuciones de fondos fiduciarios se consideran pagos que erosionan la base en la medida en que sean deducibles de la base imponible. Las deducciones por amortización y depreciación, al no representar pagos a otra persona ni devengos, no se tendrán en cuenta a los efectos de la letra (ii). Además, en el caso de un grupo analizado, los pagos intragrupo no se consideran pagos deducibles. Finalmente, los pagos de intereses no son importes de plena competencia pagados o devengados en el marco ordinario de una actividad empresarial por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles, por lo que se tendrán en cuenta si se efectúan a favor de una persona inelegible.

53. Como se señaló en el párrafo 33 [*del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de 2017, como se citó anteriormente*]

en el párrafo 12], aplicable al criterio de no erosión de la base imponible del subapartado d), los Estados que quieran denegar la aplicación de ciertas disposiciones específicas del tratado, en relación con rentas pagadas a personas relacionadas que se benefician de regímenes que constituyen “regímenes fiscales especiales” y denegar la aplicación del Artículo 11 a los intereses pagados a personas relacionadas que se benefician de disposiciones de leyes fiscales internas que prevén una deducción virtual (*notional deduction*) en relación con el capital, pueden desear modificar también el criterio de no erosión de la base imponible de la letra (ii) a fin de incluir en la categoría de “personas inelegibles” aquellas que, si bien son residentes de uno de los Estados Contratantes, se benefician de regímenes fiscales especiales o de deducciones virtuales en relación con pagos deducibles que perciben o devengan. Este efecto puede lograrse modificando la letra (ii) como sigue:

- (ii) menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad, y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, correspondiente al periodo impositivo que comprende el momento en el que se concedería el beneficio, se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles en ese periodo impositivo, a efectos de los impuestos comprendidos en este Convenio en el Estado Contratante de residencia de la sociedad (excluyendo los pagos de plena competencia (*arm's length*) efectuados en el marco ordinario de una actividad empresarial por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles y, en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo)
 - A) a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados Contratantes, con derecho a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados a), b), c) o e);
 - B) a personas relacionadas con las descritas en este subapartado y que se benefician de un régimen fiscal especial en el sentido de [referencia al apartado del Convenio que incluye la definición de “régimen fiscal especial”] de este Convenio, respecto del pago deducible; o
 - C) en relación con un pago de intereses, a personas relacionadas con las descritas en este subapartado y que se benefician de las deducciones virtuales (*notional deductions*) descritas en [referencia al apartado del

Artículo 11 relativo a las deducciones virtuales en relación con el capital];

54. Los ejemplos que siguen ilustran la aplicación del criterio de no erosión de la base, enunciado en la letra (ii) del subapartado *f*) por un Estado Contratante (al que en los ejemplos se denomina “Estado mencionado en primer lugar”), teniendo en cuenta las definiciones de “grupo analizado” y “renta bruta” que figuran en el apartado 7:

- *Ejemplo A:* suponga que, durante todo el periodo considerado, R2 [la entidad que busca obtener los beneficios en virtud del subapartado *f*)] es una subsidiaria propiedad en su totalidad de R1, a su vez, propiedad en su totalidad de Z, una persona natural. R1, R2 y Z son todos residentes del otro Estado Contratante conforme al Artículo 4. R1 y R2 forman parte del mismo grupo de consolidación fiscal. Se cumple el criterio de la propiedad de la letra (i) del subapartado *f*) porque Z, una persona calificada conforme al subapartado *a*), posee indirectamente al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de R2, y R1 es un propietario interpuesto calificado.

Durante el periodo impositivo considerado, R2 percibe 50 en concepto de dividendos pagados por una sociedad residente de un tercer Estado y 50 en intereses procedentes del Estado mencionado en primer lugar. R2 realiza un pago deducible de intereses por valor de 24 a una persona inelegible y 51 en dividendos a R1. Además de los dividendos por valor de 51 que percibe de R2, R1 obtiene una renta adicional de 100 pagada por personas ajenas al grupo analizado. R1 efectúa un pago deducible de intereses por valor de 51 a una persona inelegible. R2 busca obtener los beneficios del Convenio establecidos en el Artículo 11, pero no del Artículo 10. A fin de aplicar el criterio de no erosión de la base imponible al grupo analizado, el grupo está constituido por R1 y R2. La renta bruta del grupo analizado a estos efectos es 150 (50 de intereses procedentes del Estado mencionado en primer lugar, más 100 en concepto de renta adicional de personas ajenas al grupo analizado). R2 ha efectuado un pago que erosiona la base de 24 y R1 un pago a una persona inelegible, y, por tanto, erosionador de la base, de 51. El total de pagos erosionadores de la base imponible del grupo analizado es 75 (24 + 51) que no es menor que el 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado que es 150. Por tanto, no se cumple el criterio de no erosión de la base imponible y R2 no es una persona calificada para efectos del subapartado *f*).

- *Ejemplo B*: asuma que los hechos son los mismos que en el ejemplo A anterior, salvo en que la renta respecto de la cual R2 pretende ser una persona calificada es 50 de dividendos pagados por una sociedad residente del Estado mencionado en primer lugar, en vez de 50 en concepto de intereses procedentes de ese Estado. A estos efectos, la renta bruta de R2 es 100 (50 de los dividendos pagados por una sociedad residente de un tercer Estado y 50 de dividendos pagados por una sociedad del Estado mencionado en primer lugar). La renta bruta del grupo analizado es 200 (renta bruta de R2 de 100 más renta de R1 de 100 pagada por personas ajenas al grupo analizado). R2 ha efectuado un pago erosionador de la base de 24 y R1 uno de 51. Los pagos erosionadores de la base por 24, es menor del 50 por ciento del ingreso bruto de 100 de R2. Adicionalmente, los pagos erosionadores de la base del grupo analizado ascienden a 75 (24+51), que es menos del 50 por ciento del ingreso bruto de 200 del grupo analizado. Por lo anterior, bajo este ejemplo, la prueba de la base erosionadora de la letra (ii) se satisface y R2 será una persona calificada de conformidad con el subapartado f) para efectos de obtener una tasa reducida de imposición sobre el dividendo pagado por la sociedad residente del Estado mencionado en primer lugar.

Subapartado (g): Vehículos de inversión colectiva

17. Los vehículos de inversión colectiva que estarían cubiertos por las disposiciones específicas incluidas en el apartado 4 del Artículo 2 (véase la sección sobre “Vehículos de Inversión Colectiva” del Comentario al Artículo), obviamente estarían incluidos en la definición de “persona calificada” ya que cualquier preocupación relacionada con residentes de terceros Estados que inviertan en dichos vehículos, sería abordada a través de la redacción de tales disposiciones (como se explica en los párrafos 20 al 29 del Comentario al Artículo 1).

Apartado 3: Desempeño de una actividad empresarial

18. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica el apartado 3, es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de

la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

68. El apartado 3 tanto de la versión detallada como de la simplificada ofrece un criterio alternativo conforme al cual, un residente de un Estado Contratante puede tener derecho a los beneficios del Convenio respecto de ciertos elementos de renta que estén relacionados con el desempeño de una actividad empresarial en su Estado de residencia. Este apartado reconoce que, cuando una entidad residente de un Estado Contratante desempeña una actividad empresarial en ese Estado, incluyendo las actividades realizadas por personas relacionadas, y obtiene renta procedente del otro Estado Contratante en relación con esa actividad, o es incidental a ella, la concesión de los beneficios del tratado respecto de dicha renta no plantea problemas de triangulación de beneficios (*treaty shopping*), independientemente de la naturaleza de la entidad y de sus propietarios. El apartado otorgará los beneficios del tratado en un elevado número de situaciones en las que, de otro modo, los beneficios se negarían de acuerdo con el apartado 1, pues la entidad no es una “persona calificada” conforme al apartado 2.

69. Un residente de un Estado Contratante puede calificar para tener derecho a los beneficios del Convenio en virtud del apartado 3, independientemente de que sea o no una persona calificada conforme al apartado 2. En aplicación del criterio del desempeño de una actividad empresarial del apartado 3, una persona (generalmente una sociedad) tendrá derecho a los beneficios del Convenio si cumple dos condiciones: primera, desempeña una actividad empresarial en su Estado de residencia; y segunda, el pago para el que se reclaman los beneficios guarda relación con esa actividad. En algunos casos, también se exige un requisito adicional, que la actividad tenga un volumen considerable en relación con la actividad llevada a cabo en el Estado fuente donde se genera la renta.

70. El subapartado a) establece la norma general de que un residente de un Estado Contratante que desempeña una actividad empresarial en ese Estado puede tener derecho a los beneficios del Convenio respecto de un elemento de renta procedente del otro Estado Contratante. No obstante, dicho elemento de renta debe provenir de esa actividad o ser incidental a la misma.

71. La expresión “actividad empresarial” no está definida [...] y, de acuerdo con la regla general del apartado 2 del Artículo 3, deberá

atribuírsele el significado que le atribuya la legislación interna. En términos generales, se considerará que una entidad desempeña una actividad empresarial únicamente si las personas a través de las cuales actúa la entidad (como sus directivos o empleados) llevan a cabo actividades de gestión y dirección sustanciales.

72. Las letras (i) a (iv) del subapartado *a)* identifican funciones específicas que, bien por sí solas o combinadas, no constituyen, a efectos del apartado 3, el desempeño de una actividad empresarial ejercida en un Estado Contratante, aun cuando todas ellas se lleven a cabo en el mismo Estado. Se trata de: (i) la operación como una sociedad controladora; (ii) la supervisión general o servicios de gestión de un grupo societario; (iii) actividades de financiamiento al grupo (incluida la centralización de tesorería); y (iv) la realización o gestión de inversiones, excepto cuando dichas actividades las realice un banco (o instituciones financieras acordadas por los Estados Contratantes), sociedades aseguradoras o un agente de valores registrado, en el curso ordinario de su actividad como tal.

73. El objetivo de esta enumeración de actividades es el de aclarar que las funciones de soporte administrativo en las multinacionales, así como las consistentes en la operación como una sociedad controladora, no constituyen el desempeño activo de una actividad empresarial y, por tanto, la renta que procede de dichas actividades o es incidental a éstas, no tendrá derecho a los beneficios del Convenio en aplicación del apartado 3. Sin embargo, algunos Estados consideran que algunas o todas las actividades enumeradas en las letras (i) a (iv) deben incluirse en lo que constituye el desempeño activo de una actividad empresarial, por lo que esos Estados pueden desear formular el apartado *a)* de otro modo.

74. La determinación sobre si un elemento de renta procede o no del desempeño de la sociedad de una actividad empresarial en el Estado de residencia, se determinará en función de los hechos y circunstancias. En general, un elemento de renta procede de dicho desempeño en el Estado de residencia si existe una relación objetiva entre la actividad empresarial desempeñada y el elemento de renta para el que se invocan los beneficios del Convenio. Por ejemplo, si una empresa lleva a cabo actividades de investigación y desarrollo en su Estado de residencia y desarrolla una patente para un nuevo proceso, las regalías procedentes de la cesión de la patente estarán relacionadas objetivamente con el desempeño de la actividad empresarial en el Estado de residencia. En el caso de dividendos o intereses pagados a una sociedad matriz, habrá que analizar las actividades de

la sociedad que hace el pago para determinar si el dividiendo o el interés proceden del desempeño de una actividad empresarial por la sociedad matriz en su Estado de residencia.

75. A fin de determinar si las actividades de la sociedad pagadora en el Estado fuente tienen la relación objetiva requerida con el desempeño de la actividad empresarial en el Estado de residencia, será importante comparar las líneas empresariales en cada Estado. La línea empresarial en el Estado fuente puede ser previa o posterior a la que se lleva a cabo en el Estado de residencia. Por tanto, es posible que la actividad desarrollada en el Estado fuente consista en hacer aportaciones al proceso de fabricación que se lleva a cabo en el Estado de residencia, o la actividad en el Estado fuente puede consistir en la venta de los resultados del proceso de fabricación llevado a cabo por el residente. Los siguientes ejemplos ilustran estos principios:

- *Ejemplo A:* ACO es una sociedad residente del Estado A, y desempeña una actividad empresarial de fabricación en ese Estado, consistente en la fabricación del producto X. ACO es titular del 100 por ciento de las acciones de BCO, una sociedad residente del Estado B. BCO compra el producto X a ACO y lo distribuye a sus clientes en el Estado B. Como la actividad de distribución de BCO del producto X tiene una relación objetiva con la fabricación de ese producto por ACO, los dividendos pagados por BCO a ACO se considerarán procedentes de la actividad empresarial de ACO.
- *Ejemplo B:* ACO es una sociedad residente del Estado A que opera un gran centro de investigación y desarrollo en el Estado A que desarrolla licencias sobre derechos de propiedad intelectual que cede a sus afiliadas de todo el mundo, incluida BCO. ACO es propietaria del 100 por ciento de las acciones de BCO, una sociedad residente del Estado B. BCO fabrica y comercializa en el Estado B los productos diseñados por ACO. Como las actividades de BCO tienen una relación objetiva con la actividad empresarial desempeñada por ACO en el Estado A, las regalías pagadas por BCO a ACO por el uso de su propiedad intelectual se considerará como renta procedente de la actividad empresarial de ACO.
- *Ejemplo C:* ACO es una sociedad residente del Estado A, en el que desempeña una actividad empresarial consistente en un proceso de fabricación que requiere la utilización de la materia prima X. ACO posee el 100 por ciento de las acciones de BCO, una sociedad residente del Estado B, que tiene acceso a

grandes cantidades de la materia prima X. BCO extrae la materia prima X y la vende a ACO, misma que usa para fabricar los bienes que vende en el mercado abierto. Dado que la actividad empresarial que desempeña BCO es la de ser la proveedora de las materias primas que ACO utiliza en la fabricación de sus productos, la actividad de BCO tiene una relación objetiva con la de fabricación que ACO desempeña en el Estado A. Los dividendos que BCO paga a ACO se considerarán procedentes de la actividad empresarial de ACO.

76. Un elemento de renta procedente del Estado fuente es “incidental” a la actividad empresarial desarrollada en el Estado de residencia, si el hecho de que se genere dicha renta posibilita el desempeño de esa actividad empresarial en el Estado de residencia. Un ejemplo de renta incidental es aquella procedente de la inversión temporal del capital de trabajo de una persona en el Estado de residencia, en títulos emitidos por personas del Estado fuente.

77. El subapartado *b)* del apartado 3 enuncia una condición complementaria a la norma general del subapartado *a)* para los casos en los que la actividad empresarial que genera el elemento de renta considerado sea llevada a cabo ya sea por el receptor de la renta, o una persona relacionada en el Estado fuente. El subapartado *b)* prevé que la actividad empresarial que se desarrolla en el Estado de residencia, en esas circunstancias, debe ser sustancial respecto de la actividad en el Estado fuente. La determinación del carácter de sustancial se basa en todos los hechos y circunstancias, incluidos la comparación del volumen de la operación empresarial de las empresas en cada Estado, los volúmenes relativos de las economías y mercados en los dos Estados, la naturaleza de las actividades ejercidas en cada uno de ellos y las aportaciones relativas efectuadas a tal operación empresarial en cada Estado.

78. La determinación sobre si el subapartado *b)* es aplicable se hace por separado para cada elemento de renta procedente del Estado fuente, teniendo en cuenta la actividad empresarial ejercida en el Estado de residencia de la que deriva el elemento de renta en cuestión. Por tanto, es posible que una persona tenga derecho a los beneficios del Convenio respecto de un elemento de renta, pero no respecto de otro. Si un residente de un Estado Contratante tiene derecho a los beneficios del Convenio en relación con un elemento de renta concreto en aplicación del apartado 3, dicho residente tendrá derecho a todos los beneficios del Convenio, en la medida en que conciernan a la imposición de ese elemento de renta en el Estado fuente.

79. El criterio relativo al carácter sustancial de la actividad previsto en el subapartado *b)* no se aplica, sin embargo, si la actividad que genera el elemento de renta considerado no la realiza el residente que invoca los beneficios del Convenio en el Estado fuente o una persona relacionada, en ese mismo Estado. Por ejemplo, si una pequeña empresa de investigación desarrolla en un Estado un proceso del que cede la licencia a una gran empresa farmacéutica fabricante situada en otro Estado, respecto de la que no es una persona relacionada, el volumen de la actividad empresarial de la empresa de investigación en el primer Estado no tendrá que compararse con el de la actividad de la fabricante. De forma similar, un pequeño banco de un Estado que hace un préstamo a una gran empresa respecto de la que no es una persona relacionada, y que realiza una actividad empresarial en el otro Estado, no tendrá que satisfacer el criterio relativo al “carácter de sustancial” para poder acceder a los beneficios del Convenio en virtud del apartado 3.

80. El subapartado *c)* establece reglas de atribución en el caso de actividades llevadas a cabo por personas relacionadas, para efectos de la aplicación de las reglas relativas a actividad sustancial contempladas en los subapartados *a)* y *b)*. Así, estas reglas se aplican a los efectos de determinar si una persona cumple los requisitos del subapartado *a)*, a saber, que desempeñe una actividad empresarial y que el elemento de renta proceda de dicha actividad empresarial, así como para hacer la comparación exigida para determinar el carácter de “sustancial” del apartado *b)*. El término “persona relacionada” se define en el apartado 7 [...].

81. Los ejemplos siguientes ilustran la aplicación del apartado 3 en el caso de actividades ejercidas por personas relacionadas:

- *Ejemplo A:* PARENTCO es residente de un tercer Estado y es la sociedad matriz de HOLDCO que, a su vez, es la sociedad matriz de OPCO1 y OPCO2. OPCO1 y HOLDCO son residentes del Estado A. OPCO2 es residente del Estado B. OPCO1 y OPCO2 fabrican el mismo producto en sus respectivos Estados de residencia. HOLDCO gestiona las inversiones del grupo y no se considera que desempeñe una actividad empresarial. HOLDCO percibe dividendos procedentes de OPCO2. En virtud del subapartado *c)*, se considera que HOLDCO desempeña una actividad empresarial dado que dirige las actividades de OPCO1, que desempeña una actividad empresarial. Por tanto, se considera a HOLDCO como una sociedad que desempeña una actividad empresarial en el Estado A. Sin embargo, el

hecho de que la actividad empresarial que se presume desarrolla HOLDCO sea la misma que la de OPCO2, no es suficiente para demostrar que los dividendos pagados por OPCO2 están objetivamente relacionados con el desempeño de una actividad empresarial por parte de HOLDCO. Por tanto, dichos dividendos no podrán acogerse, en virtud del apartado 3, a las tasas reducidas de impuesto del Artículo 10 del Convenio entre los Estados A y B.

- *Ejemplo B:* ACO es una sociedad residente del Estado A, en la que desempeña una actividad empresarial de fabricación para la que se requiere una materia prima X. HOLDCO, que también es residente del Estado A, es la propietaria de todas las acciones de ACO, así como propietaria del 100 por ciento de las acciones de BCO, una sociedad residente del Estado B en el que hay gran disponibilidad de la materia prima X. BCO extrae la materia prima X y se la vende a ACO, quien la utiliza para fabricar los bienes que vende en el mercado abierto. Se entiende que HOLDCO desempeña una actividad empresarial ya que, en aplicación del subapartado c), se considera que dirige las actividades de ACO. Dado que la actividad empresarial de BCO es la de ser proveedora de las materias primas que se utilizan en la actividad que se le presume a HOLDCO, la actividad de BCO tiene una relación objetiva con la actividad de manufactura que se le presume a HOLDCO, los dividendos que BCO paga a HOLDCO se considerarán procedentes del desempeño de una actividad empresarial por HOLDCO.

Apartado 4: Beneficios Derivados

19. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la versión detallada de la OCDE del apartado 4, es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

83. La forma en la que debe redactarse el apartado relativo a los beneficios derivados en un convenio que sigue la versión detallada, depende de la visión que tengan los Estados Contratantes respecto

de las oportunidades de triangulación de beneficios (*treaty shopping*) que pueda generar dicho apartado en relación con residentes de Estados cuyos regímenes tributarios incluyan ciertas características de régimen preferente.

84. Como se señaló en el Comentario al Artículo 1, algunos Estados consideran que los tratados deben incluir disposiciones destinadas a denegar la aplicación de ciertas disposiciones específicas del tratado, respecto de rentas pagadas a personas relacionadas (en el sentido definido en el apartado 7) que se benefician de regímenes que sean considerados como “regímenes fiscales especiales” (véanse los párrafos 85 a 100 del Comentario al Artículo 1 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citados en el párrafo 144 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo*]) y denegar la aplicación del Artículo 11 a los intereses pagados a personas relacionadas que se benefician de disposiciones de la legislación interna que prevén deducciones virtuales (*notional deductions*) en relación con el capital (véase el párrafo 107 del Comentario al Artículo 1 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado en el párrafo 144 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo*]). Estos Estados querrán garantizar que cualquier disposición sobre beneficios derivados que incluyan en sus convenios, no permitan pagos que erosionen la base imponible efectuados a terceras personas relacionadas, aun cuando califiquen como beneficiarios equiparables. Los Estados que compartan este punto de vista quizás deseen adoptar un apartado sobre beneficios derivados redactado de la siguiente manera:

4. Una sociedad residente de un Estado Contratante también tendrá derecho a un beneficio previsto en este Convenio si:
 - a) al momento en el que se concedería el beneficio y durante al menos la mitad de los días de cualquier periodo de 12 meses, que comprende ese momento, al menos el 95 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones (y al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) pertenecen, directa o indirectamente, a un máximo de siete personas que sean beneficiarios equiparables, siempre que, en el caso de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto sea un propietario interpuesto calificado; y
 - b) menos del 50 por ciento de la renta bruta de la persona, y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo

analizado, correspondiente al periodo impositivo que comprende ese momento, como se determine en el Estado Contratante de residencia de la persona, se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles para efectos de los impuestos comprendidos en este Convenio en el Estado Contratante de residencia de la persona (excluyendo los pagos de plena competencia (*arm's length*) realizados en el marco ordinario de una actividad empresarial por la prestación de servicios o la entrega de bienes y, en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo)

- (i) a personas que no sean beneficiarios equiparables;
- (ii) a personas que sean beneficiarios equiparables únicamente por razón del apartado 5 de este Artículo o de una disposición sustancialmente similar comprendida en el convenio para eliminar la doble imposición de carácter general que resulte aplicable;
- (iii) a personas que sean beneficiarios equiparables y que sean personas relacionadas con la sociedad descrita en este apartado y que se benefician de un régimen fiscal especial, como se define en [referencia al apartado del convenio que contiene la definición de "régimen fiscal especial"] de este Convenio, en relación con el pago deducible, siempre que, si el convenio para eliminar la doble imposición de carácter general que resulte aplicable no contiene una definición de régimen fiscal especial análoga a la definición incluida en este Convenio, los principios de esa definición serán aplicables pero sin tener en cuenta la condición enunciada en el subapartado (v) de esa definición; o
- (iv) en relación con un pago de intereses, a personas que sean beneficiarios equiparables y que sean personas relacionadas con la sociedad descrita en este apartado y que se benefician de deducciones virtuales (*notional deductions*) del tipo descrito en [referencia al apartado del Artículo 11 relativo a las deducciones virtuales en relación con los fondos propios].

85. Los Estados que no consideren que deban incluirse disposiciones sobre regímenes fiscales especiales y deducciones virtuales (*notional deductions*) en relación con el capital, pueden preferir, no obstante, utilizar la siguiente versión del apartado sobre beneficios derivados:

4. Una sociedad residente de un Estado Contratante también tendrá derecho a un beneficio previsto en este Convenio si:

a) al momento en el que se concedería el beneficio y durante al menos la mitad de los días de cualquier periodo de 12 meses, que comprende ese momento, al menos el 95 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones (y al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) pertenecen, directa o indirectamente, a un máximo de siete personas que sean beneficiarios equiparables, siempre que, en el caso de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto sea un propietario interpuesto calificado; y

b) menos del 50 por ciento de la renta bruta de la persona, y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, correspondiente al periodo impositivo que comprende ese momento, como se determine en el Estado Contratante de residencia de la persona, se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles para efectos de los impuestos comprendidos en este Convenio en el Estado Contratante de residencia de la persona (excluyendo los pagos de plena competencia (*arm's length*) realizados en el marco ordinario de una actividad empresarial por la prestación de servicios o la entrega de bienes y, en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo):

(i) a personas que no sean beneficiarios equiparables; o

(ii) a personas que sean beneficiarios equiparables únicamente por razón del apartado 5 de este Artículo o de una disposición sustancialmente similar comprendida en el convenio para eliminar la doble imposición de carácter general que resulte aplicable.

86. Sin embargo, algunos Estados pueden considerar que las disposiciones del apartado sobre beneficios derivados redactadas conforme a la disposición que figura en el apartado anterior generan riesgos inaceptables de triangulación de beneficios (*treaty shopping*) en relación con los pagos deducibles en el Estado fuente. En lugar de no proporcionar ningún beneficio derivado, estos Estados pueden desear restringir el alcance de dicha disposición a los dividendos, que generalmente no son deducibles. Los Estados que compartan este criterio son libres de modificar la primera parte de la disposición alternativa, a fin de que exprese lo siguiente:

4. Una sociedad residente de un Estado Contratante también tendrá derecho al beneficio previsto en el Artículo 10 si:

87. Bien sea con la redacción que se sugiere en el párrafo 84, o con la del párrafo 85 [*del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citados anteriormente*], el apartado 4 sobre beneficios derivados prevé un criterio alternativo conforme al cual, un residente de un Estado Contratante que no es una persona calificada de acuerdo con el apartado 2, puede recibir los beneficios del Convenio en relación con ciertos elementos de renta. En general, la aplicación de este criterio conduce a que una sociedad residente de un Estado Contratante tenga derecho a los beneficios del Convenio si siete o menos beneficiarios equiparables son los propietarios, directos o indirectos, del 95 por ciento de los derechos de voto del valor de sus acciones y si la sociedad cumple el criterio de no erosión de la base imponible. El requisito de que siete o menos beneficiarios equiparables sean los propietarios, directa o indirectamente, de al menos el 95 por ciento de los derechos de voto y del valor de la sociedad que invoca los beneficios del tratado conforme al apartado 4, pretende evitar la carga administrativa de tener que determinar si un gran número de accionistas son beneficiarios equiparables; también está en línea con el objetivo que persigue el criterio de los beneficios derivados, que es el de conceder los beneficios del Convenio a la sociedad controladora de un grupo multinacional en las situaciones previstas en la disposición.

88. El subapartado *a)* enuncia el criterio de propiedad. De conformidad con dicho criterio, siete o menos beneficiarios equiparables deben ser los propietarios, directa o indirectamente, de acciones que representen al menos el 95 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de la sociedad, y al menos el por ciento de los de acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios, durante al menos la mitad de los días de cualquier periodo

de doce meses que comprenda la fecha en la que se otorgarían los beneficios. En el caso de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto debe ser un propietario interpuesto calificado. La expresión “propietario interpuesto calificado” se define en el apartado 7 (véanse los párrafos 151 a 154 [*del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citados más adelante*]); el ejemplo que sigue ilustra la aplicación de esa definición en el contexto del apartado 4:

- *Ejemplo*: HOLDCO, una sociedad residente del Estado A es una subsidiaria que pertenece de manera directa y en su totalidad a ZCO. ZCO es una sociedad residente del Estado Z, que a su vez es una subsidiaria que pertenece de manera directa y en su totalidad a XCO. XCO es residente del Estado X. La clase principal de acciones de XCO cotiza principal y regularmente en el mercado de valores del Estado X. HOLDCO no tiene derecho a los beneficios del convenio entre los Estados A y B, de acuerdo con el apartado 2, por tratarse de una subsidiaria de una sociedad residente cuyas acciones se cotizan en el mercado de valores de un tercer Estado. HOLDCO no desempeña actividad empresarial alguna en el Estado A y, por tanto, no tiene derecho a los beneficios del convenio en aplicación del apartado 3. HOLDCO percibe intereses procedentes del Estado B, de los que es su beneficiaria efectiva, y respecto a los cuales hubiera tenido derecho a los beneficios previstos en el Artículo 11 del convenio entre los Estados A y B. Suponga que, en virtud de las disposiciones del convenio relativo al impuesto sobre la renta celebrado entre el Estado B y el Estado X, se considera a XCO como beneficiaria equiparable conforme a la definición dada a esta expresión en el convenio entre los Estados A y B.

Aunque XCO es la propietaria indirecta de todas las acciones de HOLDCO, ZCO, como intermediaria interpuesta, debe satisfacer los requisitos de la definición de “propietario interpuesto calificado” del apartado 7 del convenio entre los Estados A y B para que HOLDCO pueda tener derecho a los beneficios del Artículo 11 del convenio entre los Estados A y B, respecto de los intereses que percibe del Estado B. Si el Estado Z no tiene vigente un convenio para eliminar la doble imposición de carácter general (o si la definición de propietario interpuesto calificado está redactada como se propone en el párrafo 153 [*del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado más adelante*]), si el convenio está en vigor, pero ZCO se beneficia, ya sea, de un “régimen fiscal

especial”, o de “deducciones virtuales” (*notional deductions*) con respecto al capital), ZCO no será un propietario interpuesto calificado y la condición impuesta en el subapartado *a*) no se cumplirá, con lo que HOLDCO no podrá beneficiarse, en virtud del apartado 4, de los beneficios del convenio.

89. El subapartado *b*) enuncia el criterio de no erosión de la base imponible aplicable a los efectos del apartado 4. Se trata de un criterio similar en términos generales al de no erosión de la base imponible de la letra (ii) del subapartado *f*) del apartado 2, excepto en que la lista de personas inelegibles es distinta (véase más adelante). El criterio de no erosión de la base imponible del subapartado *b*) se cumple si

- menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad (y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, si hay grupo analizado), correspondiente al periodo impositivo que comprende el momento en el que se concederían los beneficios, se paga o devenga, directa o indirectamente, a favor de personas inelegibles, en forma de pagos deducibles a efectos fiscales, para calcular el impuesto de la sociedad en su Estado de residencia, y
- menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado (si hay grupo analizado), correspondiente al periodo impositivo que comprende el momento en el que se concederían los beneficios, se paga o devenga, directa o indirectamente, a favor de personas inelegibles, en forma de pagos deducibles a efectos fiscales, para calcular el impuesto de cualquier integrante del grupo analizado, en el Estado de residencia de la sociedad que invoca los beneficios del tratado.

90. El apartado 7 incluye la definición de las expresiones “grupo analizado” y “renta bruta” que se utilizan en el subapartado *b*). La expresión “personas inelegibles” utilizada en el apartado anterior se refiere a:

- si el apartado 4 se redacta como se indica en el párrafo 84 [*del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado anteriormente*], a las personas que no sean beneficiarios equiparables según la definición dada a esa expresión en el apartado 7, así como a aquellas que, siendo beneficiarios equiparables según dicha definición, estén comprendidas en alguna de las siguientes tres categorías:
 1. que sean beneficiarios equiparables exclusivamente por tratarse de una sede central conforme al apartado 5 de este Convenio o del convenio aplicable;

2. que sean personas relacionadas (según se define en el apartado 7) de la sociedad que busca obtener los beneficios del convenio en virtud del apartado 4 y que se benefician de un régimen fiscal especial respecto del pago, o
 3. respecto de un pago de intereses, aquellas que sean personas relacionadas (según se define en el apartado 7) con la sociedad que busca obtener los beneficios del convenio en virtud del apartado 4 y que se beneficia de deducciones virtuales (*notional deductions*) en relación con el capital.
- Si el apartado 4 se redacta como se indica en el párrafo 85 [*del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado previamente*], a las personas que no sean beneficiarios equiparables conforme a la definición dada a esa expresión en el apartado 7, así como a las personas que sean beneficiarios equiparables conforme a esa definición, exclusivamente por tratarse de una sede central conforme al apartado 5 de este Convenio o del convenio aplicable.

91. El ejemplo siguiente ilustra el criterio de no erosión de la base imponible del apartado 4:

- *Ejemplo:* la Sociedad X, residente del Estado X, es la propietaria de la Sociedad Y, residente del Estado Y. La sociedad Y es propietaria de la Sociedad B, residente del Estado B que busca obtener los beneficios del convenio entre los Estados A y B en virtud del apartado 4. La Sociedad X es una beneficiaria equiparable y la Sociedad Y es una propietaria calificada conforme a las definiciones de estas expresiones enunciadas en el apartado 7 del convenio entre los Estados A y B. Por consiguiente, la Sociedad B cumplirá el criterio de propiedad del subapartado a) ya que, en primer lugar, la Sociedad X, una beneficiaria equiparable, posee indirectamente acciones que representan al menos el 95 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de la Sociedad B y al menos el 50 por ciento de las acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios (conforme a la definición del apartado 7) y, en segundo lugar, cada propietaria interpuesta (es decir, la Sociedad Y) es una propietaria interpuesta calificada.
- La renta bruta de la Sociedad B correspondiente al periodo imponible considerado es de intereses por valor de 100 procedentes del Estado A y dividendos por valor de 200 procedentes de un tercer Estado, que están exentos de imposición en virtud de la legislación del Estado B. La Sociedad B busca obtener los

beneficios del convenio en relación con los 100 de intereses. En virtud de la legislación del Estado B, la Sociedad B, la Sociedad Y y la Sociedad X, no pueden participar de un régimen de consolidación fiscal u otro régimen que permita a estas tres sociedades compartir beneficios o pérdidas, y tampoco tienen a su disposición ningún régimen que les permita compartir sus pérdidas. Por tanto, en este ejemplo, no se trata de un grupo analizado. La renta bruta de la Sociedad B es 100 (los intereses procedentes del Estado A). La Sociedad B no cumplirá el criterio de no erosión de la base imponible del subapartado *b)* si realiza pagos erosionadores de la base por valor de al menos 50 a favor de personas ineliminables en el sentido de los apartados anteriores.

Apartado 5: Sede Central

20. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la versión detallada de la OCDE del apartado 5, es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

92. El apartado 5 ofrece un criterio alternativo conforme al cual un residente de un Estado Contratante que sea una sede central y que no sea una persona calificada en el sentido del apartado 2, puede acogerse a los beneficios del tratado respecto de los dividendos e intereses pagados por miembros del grupo de empresas multinacionales. Por “grupo multinacional de la sede central” se entiende la sociedad y sus subsidiarias directas e indirectas (y no incluye a las sociedades que se sitúan en niveles superiores).

93. Una sociedad que busque calificar para obtener los beneficios como sede central debe cumplir seis condiciones. La primera, conforme al subapartado *a)*, indica que la sede principal de dirección y control de la sociedad, conforme a la definición dada en el apartado 7, tiene que estar situada en el Estado Contratante del que dicha sociedad es residente. Este mismo criterio se aplica a las sociedades que cotizan públicamente. La letra (ii) de la definición de la expresión “sede principal de dirección y control” ofrece la posibilidad de que, en ciertos casos limitados, la dirección de un subgrupo (por ejemplo,

un subgrupo responsable de un área geográfica) pueda ejercerla una sociedad que no sea una sociedad de primer nivel para todo el grupo de empresas relacionadas, y en algunos casos muy precisos, una sociedad de nivel inferior puede satisfacer el criterio de sede central.

94. La segunda, según el subapartado *b)*, exige que el grupo multinacional esté compuesto por sociedades residentes de al menos cuatro Estados (incluidos cualquiera de los Estados Contratantes), en los que tienen que desempeñar una actividad empresarial (tal como se define en el apartado 3) y esa actividad ejercida en cada uno de los cuatro Estados (o cuatro agrupaciones de Estados) debe generar al menos el 10 por ciento de la renta bruta del grupo. El siguiente ejemplo ilustra la aplicación de este criterio:

- *Ejemplo:* la Sociedad X, residente del Estado X, es miembro de un grupo de empresas multinacionales integrado por ella misma y sus subsidiarias directas e indirectas residentes de los Estados X, A, B, C, D, E y F. La renta bruta que genera cada una de ellas en los años 01 y 02 es la siguiente:

Estado	Año 01	Año 02
X	45	60
A	25	12
B	10	20
C	10	12
D	7	10
E	10	9
F	<u>5</u>	<u>7</u>
Total	112	130

En el año 01, el 10 por ciento de la renta bruta de este grupo es 11.20. Únicamente las sociedades de los Estados X y A satisfacen el requisito del subapartado *b)* para ese año. Es posible reagrupar los otros Estados para cumplir el requisito. Dado que el importe total de renta bruta generada en los Estados B y C es de 20, y que el importe total de la renta bruta generada en los Estados D, E y F es de 22, estas dos agrupaciones de países pueden considerarse como los miembros tercero y cuarto del grupo a los efectos del subapartado *b)*.

En el año 02, el 10 por ciento de la renta bruta es 13. Únicamente las sociedades de los Estados X y B satisfacen este requisito. Dado que el importe total de la renta bruta generada en los Estados A y C es de 24, y que el importe total de la renta bruta del grupo generada en los Estados D, E y F es de 26, estas dos agrupaciones de países pueden considerarse como el tercer y cuarto miembros del grupo a los fines del subapartado *b)*. El hecho de que el Estado A haya reemplazado al Estado B en la agrupación no tiene efectos a estos fines. La composición de la agrupación puede variar cada año.

95. La tercera, enunciada en el subapartado *c)*, conforme a la cual las actividades empresariales del grupo de empresas multinacionales que se llevan a cabo en cualquier otro Estado, distinto del Estado Contratante de residencia de dicha sociedad, tienen que generar menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo (según se define en el apartado 7. Una sociedad cuyo grupo de empresas multinacionales genere el 50 por ciento o más de la renta bruta del grupo en el Estado Contratante de la fuente no cumple esta condición.

96. La cuarta, descrita en el subapartado *d)*, exige que no más del 25 por ciento de la renta bruta de la sociedad proceda del otro Estado Contratante. A diferencia de la tercera condición, descrita en el apartado anterior, esta condición atiende únicamente a la renta bruta percibida por la sociedad que invoca su condición de sede central, y no a la renta bruta percibida por los miembros de su grupo de empresas multinacionales.

97. La quinta, enunciada en el subapartado *e)*, exige que la sociedad esté sujeta a las mismas normas relativas a la imposición de las rentas en su Estado Contratante de residencia, que las personas descritas en el apartado 3. Por tanto, dicha sociedad debe estar sujeta a las normas generales del impuesto sobre la renta de sociedades aplicables a las sociedades que desempeñan una actividad empresarial en el Estado Contratante de residencia, y no a un régimen de sede central.

98. La sexta condición, prevista en el subapartado *f)*, determina que la sociedad debe satisfacer un criterio de no erosión de la base imponible similar, en términos generales, al que se enuncia en la letra (ii) del subapartado *f)* del apartado 2, excepto que los pagos erosionadores de la base no incluyen los relativos a las obligaciones financieras con un banco que no sea una persona relacionada con la sociedad. Por ejemplo, a diferencia del criterio de no erosión de la base imponible que figura en el subapartado *f)* del apartado 2, los intereses pagados

por una sociedad a un banco que no sea una persona relacionada con ésta, no se considerarán como pagos erosionadores de la base a los efectos de aplicar el criterio de no erosión de la base imponible del apartado 5. El apartado 7 contiene las definiciones de las expresiones “grupo analizado” y “renta bruta” utilizados a los fines de este criterio de no erosión de la base imponible.

99. Como se señaló en el párrafo 33 [del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado previamente en el párrafo 12], aplicable al criterio de no erosión de la base imponible del subapartado d) del apartado 2, los Estados que quieran denegar la aplicación de ciertas disposiciones del tratado específicas respecto de rentas pagadas a personas relacionadas, que se benefician de regímenes que constituyen “regímenes fiscales especiales” y denegar la aplicación del Artículo 11 a los intereses pagados a personas relacionadas que se benefician de disposiciones de leyes fiscales internas que prevén una deducción virtual (*notional deductions*) en relación con el capital, pueden querer modificar también el criterio de no erosión de la base imponible del subapartado f) a fin de incluir en la categoría de “personas inelegibles” aquellas que, si bien son residentes de uno de los Estados Contratantes, se benefician de regímenes fiscales especiales o de deducciones virtuales en relación con pagos deducibles que perciben o devengan. Este efecto puede lograrse modificando el subapartado f) como sigue:

- f) menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad, y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles a efectos de los impuestos comprendidos en este Convenio, en el Estado Contratante de residencia de la sociedad (excluyendo los pagos de plena competencia (*arm's length*) efectuados en el marco ordinario de una actividad empresarial por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles o los pagos relativos a las obligaciones financieras con un banco que no sea una persona relacionada con la sociedad y, en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo):
 - (i) a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados Contratantes, con derecho a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados a), b), c) o e) del apartado 2;
 - (ii) a personas que sean personas relacionadas con esta sociedad y que se benefician de un régimen fiscal especial en el sentido de [referencia al apartado del Convenio que incluye

la definición de “régimen fiscal especial”], respecto del pago deducible; o

- (iii) en relación con un pago de intereses, a personas que sean personas relacionadas con la sociedad a la que se refiere este apartado y que se benefician de las deducciones virtuales (*notional deductions*) descritas en [*referencia al apartado del Artículo 11 relativo a las deducciones virtuales en relación con el capital*].

100. El cumplimiento de las seis condiciones del apartado 5 debe verificarse en relación con el año fiscal en el que la sociedad percibió los dividendos o los intereses para los que invoca los beneficios del Convenio. Una sociedad que no satisfaga la segunda, tercera o cuarta condición descritas anteriormente, respecto del periodo impositivo del que se trate, todavía puede ser considerada como sede central si satisface esas condiciones promediando los porcentajes correspondientes de los cuatro periodos impositivos anteriores (excluyendo el periodo impositivo que comprende el pago para el que se buscan los beneficios del convenio).

Apartado 6: Concesión discrecional de los beneficios

21. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la versión detallada de la OCDE del apartado 6, es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

101. El apartado [...] 6 de la versión detallada [...] establece[n] que, cuando un residente de uno de los Estados Contratantes no tenga derecho a los beneficios del Convenio conforme a los apartados precedentes del Artículo, ese residente puede solicitar a la autoridad competente del Estado en el que se le niegan los beneficios que éstos sean otorgados [...]

102. Cuando se plantee una solicitud de conformidad con el apartado 6 [...] (versión detallada), la autoridad competente a la que se plantea tal solicitud podrá conceder los beneficios de este Convenio, o los beneficios relativos a un elemento de renta o de capital concreto,

teniendo en cuenta el objeto y fin de este Convenio, pero únicamente si la persona que plantea la solicitud demuestra a satisfacción de dichas autoridades competentes, que ni su constitución, adquisición o mantenimiento, ni la forma llevar a cabo sus operaciones tuvieron como uno de sus principales propósitos la obtención de los beneficios de este Convenio. Por tanto, los beneficios del Convenio no se concederán en aplicación de este apartado a personas que emprendan sus actividades en uno de los Estados Contratantes teniendo como uno de sus propósitos principales la obtención de tales beneficios.

103. Para poder acceder a los beneficios del convenio en virtud de este apartado, la persona debe demostrar a satisfacción de las autoridades competentes del Estado al que se los reclama, que primero, existen motivos empresariales claros, distintos de los fiscales, que justifiquen su constitución, adquisición o mantenimiento y la forma de llevar a cabo sus operaciones y, en segundo lugar, que la concesión de esos beneficios no sea contraria al objeto y los propósitos del Convenio. Para determinar que ni la constitución, la adquisición o el mantenimiento, ni la forma de operar de un residente de un Estado Contratante tuvieron, entre sus principales propósitos, la obtención de los beneficios del Convenio, uno de los factores que generalmente tendrán en cuenta las autoridades fiscales es si el residente tiene o no un vínculo sustancial, de naturaleza no fiscal, con el Estado de residencia. Por ejemplo, en el caso de una sociedad subsidiaria residente, cuya sociedad matriz resida en un tercer Estado, el hecho de que la tasa de retención prevista en el Convenio sea al menos tan baja como la tasa de retención que corresponde conforme al Convenio relativo al impuesto sobre la renta entre el Estado de la fuente y el tercer Estado, no es prueba suficiente por sí misma, de vinculación o relación con el otro Estado Contratante. Del mismo modo, la relación o vinculación con el Estado signatario del convenio, no puede determinarse sobre la base de la voluntad de beneficiarse de la legislación interna favorable de ese Estado, lo que incluye la existencia de una red de convenios tributarios.

104. Del mismo modo, estos beneficios discrecionales no se concederán si el beneficio invocado puede generar un impuesto mínimo o inexistente sobre un elemento de renta a la vez en el Estado de residencia del solicitante y en el Estado de la fuente, teniendo en cuenta las legislaciones internas de ambos Estados Contratantes, así como las disposiciones y el objeto y fin del Convenio. Por ejemplo, puede ocurrir una doble no imposición cuando se recurra a un instrumento híbrido que genere una deducción en el Estado de la fuente mientras que el Estado de residencia considere exenta la renta procedente de ese

instrumento. Por otro lado, el hecho de que el impuesto sea mínimo o inexistente en ambos Estados, puede no ser incompatible con el objeto y los propósitos del Convenio en el caso de dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado a una sociedad residente del otro Estado, que es propietaria de una parte sustancial de las acciones de la sociedad pagadora, cuando las disposiciones del Convenio muestren que los Estados Contratantes han querido que estos dividendos estén sujetos a baja o nula tributación en ambos Estados.

105. Aunque es imposible proporcionar una lista detallada de todos los hechos y circunstancias que serían relevantes para la aplicación del apartado, algunos ejemplos de dichos hechos y circunstancias comprenden la historia, estructura, propiedad y operaciones del residente que plantea la solicitud, si ese residente es una entidad que fue constituida desde tiempo atrás y recientemente fue adquirida por no residentes por razones distintas a las fiscales, si el residente lleva a cabo actividades empresariales sustanciales, si las rentas del residente respecto de las cuales se solicita el acceso a los beneficios están sujetas a doble imposición y si el establecimiento o el uso del residente tiene el efecto de no tributación o de producir una tributación reducida sobre la renta.

106. La expresión “entre sus principales propósitos” contenida en el apartado significa que la obtención de los beneficios de un convenio no puede ser ni el único propósito ni uno de los principales para la constitución, la adquisición o el mantenimiento de una persona o la forma de llevar a cabo su operación. Será suficiente con que al menos uno de los propósitos principales fuera la obtención de dichos beneficios. Cuando la autoridad competente concluya que, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, la obtención de los beneficios del Convenio no fue uno de los motivos principales, y no justificarían la constitución, adquisición o mantenimiento de la persona, ni la forma de llevar a cabo su operación, podrá conceder a dicha persona esos beneficios, o aquellos relativos a un elemento de renta o capital concretos. No obstante, cuando la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona o la forma de llevar a cabo su operación se realizan con el propósito de obtener beneficios similares en virtud de varios convenios, no debe entenderse que la obtención de los beneficios en virtud de otros convenios impide considerar que la obtención de un beneficio en virtud de un convenio era uno de los propósitos principales de estas operaciones.

107. Aunque normalmente el residente de un Estado Contratante presentará la solicitud a la que se refiere el apartado ante la autoridad

competente del otro Estado Contratante, puede haber casos en los que el residente de un Estado Contratante solicite la concesión del beneficio a la autoridad competente de su propio Estado de residencia. Este sería el caso cuando es el Estado de residencia quien ha de conceder los beneficios solicitados, tal como los beneficios previstos en los Artículos 23A y 23B en materia de eliminación de la doble imposición.

108. El apartado otorga una amplia discrecionalidad a la autoridad competente y, siempre y cuando la autoridad ejerza esta potestad discrecional de conformidad con los requisitos previstos en el apartado, no podrá considerarse que la decisión de la autoridad es una acción conducente a una imposición no acorde con las disposiciones del Convenio (véase el apartado 1 del Artículo 25). No obstante, el apartado exige a la autoridad competente que valore todos los hechos y circunstancias pertinentes antes de tomar una decisión, requiriéndole, además, que consulte con la autoridad competente del otro Estado Contratante, antes de conceder o negar la solicitud de otorgamiento de los beneficios presentada por un residente del otro Estado. La primera exigencia busca garantizar que la autoridad competente examine cada solicitud de forma individualizada, mientras que el requisito sobre que la autoridad competente del otro Estado Contratante sea consultada, pretende garantizar que las autoridades traten casos similares de forma coherente y que sean capaces de justificar su decisión atendiendo a los hechos y circunstancias del caso concreto. No obstante, este proceso de consulta no obliga a la autoridad competente destinataria de la solicitud a obtener la aquiescencia de la autoridad competente consultada.

109. La autoridad competente a la que se ha presentado una solicitud en virtud del apartado puede conceder los beneficios, pero puede hacerlo concediendo al contribuyente solicitante todos los beneficios del Convenio, o solo algunos de ellos. Por ejemplo, puede conceder los beneficios únicamente respecto de un elemento de renta concreto, de forma similar a como lo hace el apartado 3. Además, la autoridad competente puede establecer condiciones, como, por ejemplo, un límite temporal en el disfrute de la desgravación concedida.

110. La solicitud para que la autoridad competente adopte la decisión prevista en el apartado puede presentarse antes (por ejemplo, mediante la petición de una resolución administrativa) o después de la constitución, adquisición o mantenimiento de la persona para la que se hace la solicitud. No obstante, la solicitud tiene que presentarse antes de invocar los beneficios. Si la autoridad competente determina que se van a conceder esos beneficios, se espera que éstos apliquen

retroactivamente hasta el momento en que haya ocurrido el primero de los siguientes hechos: la entrada en vigor de la disposición del tratado relevante, o la constitución o adquisición de la persona para la que se planteó la solicitud, asumiendo que todos los hechos y circunstancias del caso justifiquen la concesión retroactiva de los beneficios.

111. La autoridad competente que reciba la solicitud prevista en el apartado deberá tramitarla de manera expedita.

112. Para reducir las repercusiones en recursos derivadas de tener que considerar las solicitudes por la concesión discrecional de beneficios y para disuadir solicitudes infundadas, un Estado Contratante puede considerar útil publicar lineamientos sobre los tipos de casos que considera que calificarán o no para la concesión de beneficios discretionales. Sin embargo, cualquier condición administrativa que los Estados Contratantes impongan a los solicitantes no debe disuadir a las personas de presentar solicitudes en los casos en los que exista una expectativa razonable de demostrar a las autoridades competentes que deben concederse los beneficios.

Apartado 7: Definiciones

22. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica el papel del apartado 7 de la versión detallada de la OCDE, es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

113. Los apartados [...] 7 de la versión detallada incluye[n] una serie de definiciones que son aplicables a los efectos tanto de esos mismos apartados, como de los apartados previos del Artículo. Estas definiciones complementan las definiciones incluidas en los Artículos 3, 4 y 5 del Convenio, que se aplican a todo el Convenio.

Subapartado a): definición de “mercado de valores reconocido”

23. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la definición de “mercado de valores reconocido” en la

versión detallada de la OCDE del apartado 7a), es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo:

116. La definición de “mercado de valores reconocido” en la versión detallada incluye en la letra (i), aquellos mercados de valores acordados por ambos Estados Contratantes en el momento de firma del Convenio. Si bien esta definición típicamente incluiría los mercados de valores constituidos en los Estados Contratantes en los cuales se cotizan las acciones de sociedades y entidades residentes de estos Estados, no es necesario que los mercados de valores identificados en esta definición estén constituidos en alguno de los Estados Contratantes. Con ello se reconoce que la globalización de los mercados financieros y la dominancia de algunos grandes centros financieros han posibilitado que las acciones de muchas sociedades públicas se coticen en más de un mercado de valores y en mercados de valores constituidos fuera de los Estados de residencia de estas sociedades.

117. El listado que se incluirá en la letra (i) puede incluir el nombre de mercados de valores específicos. Puede también incluir una descripción genérica de un cierto número de mercados de valores que constituirían cada uno un “mercado de valores reconocido”. Por ejemplo, en el caso de Estados Unidos, esa descripción genérica podría ser “todo mercado de valores inscrito ante la Comisión del Mercado de Valores de Estados Unidos (*U. S. Securities and Exchange Commission*) como un mercado nacional de valores en virtud de la Ley del Mercado de Valores de Estados Unidos (*U. S. Securities Exchange Act*) de 1934. Si los Estados Contratantes desean abarcar los mercados bursátiles de la Unión Europea, oficialmente reconocidos como tales, esa descripción genérica podría ser “todo mercado de valores constituido en los Estados miembros de la Unión Europea o en los Estados que sean parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y que estén regulados por la Directiva Europea relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva 2004/39/CE, con sus modificaciones) u otra Directiva que la sustituya”.

118. La letra (ii) de la definición permite que las autoridades competentes de los Estados Contratantes complementen, a través de un acuerdo ulterior, la lista de mercados de valores identificados en la definición en el momento de la firma del Convenio.

119. Los mercados de valores que se incluyan en la definición serán los que impongan requisitos de cotización capaces de garantizar que las acciones de las entidades que cotizan en él genuinamente se coticen públicamente. Deberán tenerse en cuenta los siguientes factores

a la hora de decidir si un mercado de valores debe incluirse en la lista de la definición o añadirse posteriormente mediante el acuerdo entre autoridades competentes al que se refiere el apartado anterior:

- ¿Cuáles son los requisitos/estándares exigidos a una sociedad para que pueda cotizar en el mercado de valores?
- ¿Cuáles son los requisitos/estándares exigidos a una sociedad para mantener su cotización en el mercado de valores, incluyendo los estándares financieros mínimos?
- ¿Cuáles son los requisitos exigidos a las sociedades que cotizan en el mercado de valores en materia de revelación de información o de declaración anual/provisional?
- ¿Cuál es el volumen de acciones que se negocia durante un año calendario en el mercado de valores?
- ¿Las normas que regulan el mercado de valores garantizan una negociación activa de los valores cotizados? En caso afirmativo ¿cómo?
- ¿Las sociedades que cotizan en el mercado de valores están obligadas a revelar con regularidad información financiera e información sobre hechos que puedan tener un impacto significativo en su situación financiera?
- ¿Está disponible públicamente la información sobre el volumen de negociación de valores y el accionariado general de las sociedades que cotizan en el mercado de valores?
- ¿Impone el mercado de valores algún requisito en cuanto al tamaño mínimo, por ejemplo, un requisito mínimo de capitalización o de número de empleados, a aquellas sociedades que cotizan en él?
- ¿Impone el mercado de valores un porcentaje mínimo de titularidad pública? En caso afirmativo ¿cuál es la cifra mínima?
- Para que una sociedad pueda cotizar en el mercado de valores, ¿se exige que sus acciones sean libremente negociables y estén abonadas en su totalidad?
- ¿Está obligado el mercado de valores a revelar los precios de cotización de las sociedades que cotizan en él en un plazo determinado?
- ¿Está el mercado de valores regulado o supervisado por una autoridad gubernamental del país en el que está situado?
- *[En caso de que se incorpore un nuevo mercado de valores a una lista preexistente:]* ¿Por qué una sociedad preferiría cotizar

en este nuevo mercado de valores en lugar de hacerlo en otro, incluidos aquéllos que ya son “mercados de valores reconocidos” conforme al Convenio? Por ejemplo ¿existen menos requisitos de gobernanza corporativa o de comunicación de información financiera?

- *[En el caso de que se incorpore un nuevo mercado de valores a una lista preexistente:]* ¿Proporciona el nuevo mercado de valores un medio de captación de capital más eficiente? En caso afirmativo ¿por qué?

Subapartado b): definición de “acciones”

24. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la definición de “acciones” en el apartado 7b), es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo:

120. El Artículo, en sus versiones simplificada y detallada, carece de una definición exhaustiva del término “acciones” que, conforme al apartado 2 del Artículo 3, generalmente debería tener el significado que le atribuya la legislación interna del Estado que esté aplicando el Artículo. Sin embargo, el subapartado b) prevé que el término “acciones”, utilizado en relación con entidades que no las emiten (por ejemplo, los fideicomisos), se refiere a las participaciones análogas a las acciones. Este sería el caso típico de los derechos de participación en los beneficios que dan derecho a sus titulares a una parte de las rentas o de los activos de la entidad.

Subapartado c): definición de “clase principal de acciones”

25. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la definición de “clase principal de acciones” en la versión detallada de la OCDE del apartado 7c), es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo:

122. La definición del término “clase principal de acciones” de la versión detallada se refiere a las acciones comunes u ordinarias de una sociedad o entidad, pero solo si dichas acciones representan la mayoría tanto de los derechos de voto como del valor de la sociedad o entidad. Si una sociedad o entidad solo tiene una clase de acciones, ésta constituirá, como es natural, su “clase principal de acciones”. Si

una sociedad o entidad tiene más de una clase de acciones, será necesario establecer cuál o cuáles de ellas constituyen la “clase principal de acciones”, que será aquella clase, o combinación de clases de acciones, cuya suma represente la mayoría del total de los derechos de voto y del valor de la sociedad. Si una sociedad o entidad no tiene ninguna clase de acciones comunes u ordinarias que represente la mayoría del total de los derechos de voto y del valor, su “clase principal de acciones” será cualquier combinación de clases de acciones, cuya suma represente la mayoría del total de los derechos de voto y del valor de la sociedad o entidad. Aunque en el caso concreto de sociedades con múltiples clases de acciones, cabe la posibilidad de que exista más de un grupo de clases de acciones que puedan identificarse como representativas de la mayoría del total de los derechos de voto y del valor de la sociedad, será suficiente con identificar un único grupo de acciones que cumpla las condiciones previstas en el subapartado c) del apartado 2, para que dicha sociedad pueda acogerse a los beneficios del Convenio conforme a dicha disposición (no se negarán los beneficios a la sociedad o entidad aun cuando se pueda identificar un segundo grupo de acciones que represente la mayoría del total de los derechos de voto y del valor de la sociedad o entidad pero que no satisfagan las condiciones del subapartado c) del apartado 2).

123. En algunos pocos Estados, ciertas sociedades cuyas acciones se cotizan en el mercado de valores se rigen por una alianza estratégica entre dos de esas sociedades, y esos Estados pueden desear abordar expresamente la situación de estas sociedades a fin de que no se les nieguen inadvertidamente los beneficios de los convenios a causa de la definición del término “clase principal de acciones”. La expresión “alianza estratégica entre dos sociedades cuyas acciones cotizan en mercados de valores” se refiere a un acuerdo adoptado por ciertas sociedades cuyas acciones se cotizan en el mercado de valores, que refleja una homogeneidad en la dirección, en sus operaciones, en los derechos de los accionistas, en sus propósitos y misión, a través de una serie de acuerdos entre dos sociedades matrices, manteniendo cada una de ellas su propia cotización en el mercado de valores, junto con disposiciones especiales en sus respectivos estatutos sociales, incluyendo en algunos casos, por ejemplo, la emisión de acciones con derechos especiales de voto. Conforme a estas estructuras, la posición de los accionistas de la sociedad matriz es, en la medida de lo posible, la misma que si lo fueran de una única sociedad, con los mismos derechos a dividendos y los mismos derechos de participación en los activos de las sociedades que forman parte de la alianza estratégica, en caso de ser liquidadas. Los Estados que deseen abordar la situación

de estas sociedades podrán optar por incluir la frase siguiente a la definición de “clase principal de acciones”:

En el caso de una sociedad que participe en una alianza estratégica entre dos sociedades cuyas acciones se cotizan en el mercado de valores, la clase principal de acciones se determinará tras excluir las acciones con derechos especiales de voto emitidas a los fines de crear esa alianza estratégica.

124. Esta oración adicional se complementaría añadiendo la definición que sigue del concepto “alianza estratégica entre dos sociedades cuyas acciones se cotizan en el mercado de valores”:

la expresión “alianza estratégica entre dos sociedades cuyas acciones se cotizan en el mercado de valores” se refiere a un acuerdo conforme al cual dos sociedades cuyas acciones se cotizan en el mercado de valores, aunque manteniendo personalidades jurídicas, accionariado y cotización separados, alinean su dirección estratégica y los intereses económicos de sus respectivos accionistas a través:

- (i) del nombramiento de un consejo de administración común (o casi idéntico), salvo cuando los requisitos regulatorios lo impidan;
- (ii) dirección unificada de las operaciones de ambas sociedades;
- (iii) distribución equitativa de beneficios a los accionistas de acuerdo con una ratio de equiparación entre las dos sociedades, incluyendo el supuesto de liquidación de una o ambas sociedades;
- (iv) votación de los accionistas de ambas sociedades como un único órgano decisorio en aquellas cuestiones sustanciales que afecten a sus intereses comunes; y
- (v) garantías recíprocas, o apoyo financiero equivalente, para las obligaciones materiales u operaciones de cada una, salvo en los casos en que los requisitos regulatorios impidan dichas garantías o apoyo financiero.

125. Sin embargo, otros Estados preferirán no incluir en el Artículo ninguna referencia específica a estas alianzas estratégicas entre dos sociedades cuyas acciones se cotizan en el mercado de valores, a causa de las dudas que puedan surgir respecto del uso de acuerdos similares con fines de evasión fiscal, por lo que quizás prefieran tratar estas alianzas estratégicas legítimas individualmente a través de otras

disposiciones del Artículo, incluida la disposición del apartado 6 relativa a la concesión discrecional de beneficios.

Subapartado d): definición de “personas relacionadas”

26. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la definición de “personas relacionadas” en el apartado 7d), es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

126. El término “personas relacionadas” se utiliza en el apartado 3 de la versión simplificada y en varias partes en la versión detallada. Aunque la definición es de alguna forma, similar a la del término “estrechamente relacionadas” usado en el Artículo 5, una diferencia principal entre estos términos es que el hecho de ser propietario directa o indirectamente de exactamente el 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios puede implicar que esa persona está “relacionada” con otra, mientras que la definición de “estrechamente relacionadas” exige una propiedad directa o indirecta de más del 50 por ciento de esos derechos sobre sus beneficios.

127. Como se señaló en el párrafo 33 *[del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado previamente en el párrafo 12]*, algunos Estados consideran que deben incluir en sus convenios disposiciones con el fin de denegar la aplicación de ciertas disposiciones específicas respecto de rentas pagadas a personas relacionadas que se benefician de regímenes que constituyen “régimenes fiscales especiales” (ver los párrafos 85 a 100 del Comentario al Artículo 1 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 como se cita en el párrafo 144 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo]*) y denegar la aplicación del Artículo 11 a los intereses pagados a personas relacionadas que se benefician de disposiciones del derecho interno que prevén una deducción virtual (*notional deduction*) en relación con el capital (ver el párrafo 107 del Comentario al Artículo 1 *[del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 como se cita en el párrafo 144 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo]*). Si estas disposiciones se integran en un Convenio, los

Estados Contratantes pueden considerar más apropiado incluir la definición de “persona relacionada” en el Artículo 3, que contiene las definiciones aplicables a la totalidad del Convenio.

Subapartado e): definición de “beneficiario equiparable”

27. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la definición de “beneficiario equiparable” en la versión detallada de la OCDE del apartado 7e), es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

131. La definición de “beneficiario equiparable” en la versión detallada tiene trascendencia a los efectos del criterio sobre beneficios derivados del apartado 4, pero también puede tenerla a los efectos del subapartado g) del apartado 2 sobre vehículos de inversión colectiva, en función de cómo [se redacte el apartado 4 del Artículo 1 (ver los párrafos 12 a 29 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo)].

132. La definición admite tres clases distintas de personas a las que puede considerarse “beneficiario equiparable”.

133. La primera (letra (i) de la definición) abarca a los residentes de terceros Estados que tendrían derecho a todos los beneficios de un convenio tributario de carácter general suscrito entre el Estado de residencia de esa persona y el Estado ante el que se invocan los beneficios (en adelante el “convenio analizado”) en virtud de disposiciones sustancialmente similares a las reglas previstas en los subapartados a), b), c) o e) del apartado 2. Una sociedad puede ser también un beneficiario equiparable en virtud de la letra (i) si tiene derecho a acogerse a los beneficios de un convenio por satisfacer un criterio relativo a la sede central previsto en el convenio analizado, que sea sustancialmente similar al apartado 5, pero únicamente si los beneficios que la sociedad invoca están relacionados con intereses o dividendos pagados por un socio del grupo de empresas multinacionales al que pertenece el beneficiario equiparable. Si el convenio analizado no incluye un Artículo amplio sobre limitación de beneficios, las condiciones previstas en la cláusula A) de la letra (i) se entenderán cumplidas si

el residente del tercer Estado aplica el convenio analizado como si incluyera las disposiciones de los subapartados *a)*, *b)*, *c)* o *e)* del apartado 2 (incluidas las definiciones pertinentes para la aplicación de las disposiciones de esos subapartados), y se hubiera satisfecho una de las disposiciones de limitación de beneficios en virtud de uno de los subapartados incorporados.

134. Los siguientes ejemplos ilustran la aplicación de la letra (i) de la definición:

- *Ejemplo A:* HOLDCO, residente del Estado R, es una subsidiaria cuya propietaria única y directa es XCO, residente del Estado X. La clase principal de acciones de XCO se cotiza principal y regularmente en el Mercado de Valores X, un mercado de valores situado en el Estado X. HOLDCO no tiene derecho a los beneficios en virtud del apartado 2 del Convenio entre los Estados S y R porque es una subsidiaria de una sociedad residente de un tercer Estado, donde sus acciones son cotizadas públicamente. HOLDCO no desempeña una actividad empresarial en el Estado R y, por tanto, no tiene derecho a los beneficios derivados del apartado 3. HOLDCO obtiene intereses procedentes del Estado S, de los que es beneficiaria efectiva, que estarían sujetos a la tasa de impuesto del 10 por ciento prevista en el Artículo 11 del Convenio entre los Estados S y R. Para determinar si HOLDCO tiene derecho a los beneficios por satisfacer el criterio sobre beneficios derivados del apartado 4 de ese convenio, es necesario determinar si XCO responde a la definición de beneficiario equiparable del apartado 7. El convenio tributario relativo al impuesto sobre la renta entre los Estados S y X tiene una disposición detallada sobre limitación de beneficios, que comprende una regla para las sociedades cuya clase principal de acciones se cotiza principal y regularmente en el Mercado de Valores X, que es sustancialmente similar al subapartado *c)* del apartado 2. Por tanto, XCO satisface el requisito de la cláusula A) de la letra (i) de la definición de beneficiario equiparable. En aplicación del convenio entre los Estados S y X, los intereses procedentes de cualquiera de esos Estados estarían también sujetos a la tasa del 10 por ciento del Artículo 11, por lo que XCO cumple el requisito de la cláusula de la letra (i) de la definición de beneficiario equiparable. Por tanto, XCO es un beneficiario equiparable.
- *Ejemplo B:* asuma que los hechos son los mismos que en el Ejemplo A, excepto en que el convenio relativo al impuesto sobre la renta entre los Estados S y X no incluye una cláusula amplia

sobre limitación de beneficios. Por tanto, para determinar si XCO es una beneficiaria equiparable, ese convenio se aplicará como si contemplara las disposiciones de los subapartados *a)*, *b)*, *c)* o *e)* del apartado 2 (incluidas las definiciones pertinentes para la aplicación de esos subapartados) de este Convenio. Si en este Convenio se definiera un mercado de valores reconocido que comprenda al Mercado de Valores X, la clase principal de acciones de XCO cotizaría principalmente en un mercado de valores reconocido situado en el Estado de residencia de XCO. Por tanto, XCO cumplirá el criterio del subapartado *c)* del apartado 2, por lo que sería un beneficiario equiparable. Sin embargo, si el Mercado de Valores X no estuviera incluido en el Convenio como mercado de valores reconocido, XCO no sería un beneficiario equiparable.

135. Un residente de un tercer Estado no podrá ser un beneficiario equiparable si satisface únicamente:

- un criterio relativo a afiliados de sociedades cuyas acciones se cotizan públicamente, sustancialmente similar al subapartado *d)* del apartado 2;
- un criterio de propiedad y de no erosión [...] sustancialmente similar al subapartado *f)* del apartado 2;
- un criterio de vehículo de inversión colectiva sustancialmente similar al que puede incluirse en [*el apartado 4 del Artículo 1 de este Modelo*];
- un criterio sobre desempeño de una actividad empresarial sustancialmente similar al apartado 3;
- un criterio sobre beneficios derivados sustancialmente similar al apartado 4;
- una disposición sobre la concesión discrecional de beneficios sustancialmente similar al apartado 6; o
- cualquier otra disposición sobre limitación de beneficios del convenio analizado que no sea un criterio en virtud de este Convenio,

ya que dicho residente no sería una persona calificada en virtud de disposiciones sustancialmente similares a los subapartados *a)*, *b)*, *c)* o *e)* del apartado 2 de este Artículo.

136. Algunos Estados quizás quieran limitar y en ciertos casos denegar los beneficios del convenio a personas naturales que estén sujetas al impuesto por razón de remesas o a las que sea aplicable

un impuesto fijo / anticipado (*forfait basis*). Si el Convenio entre los Estados Contratantes los excluye de hecho, estos Estados probablemente querrán impedir que dichas personas naturales residentes de terceros Estados califiquen para obtener los beneficios del Convenio como “beneficiarios equiparables”. Este efecto puede lograrse modificando la cláusula A) de la letra (i) de la siguiente manera:

- A) ese residente tenga derecho a todos los beneficios de un convenio de doble imposición de carácter general, suscrito entre ese Estado y el Estado Contratante ante el que se invocan los beneficios de este Convenio, conforme a disposiciones sustancialmente similares a las establecidas en los subapartados *a)*, *b)*, *c)* o *e)* del apartado 2 o, cuando el beneficio que se invoca se refiere a intereses o dividendos pagados por un miembro de un grupo de sociedades multinacionales del que forma parte el residente, y que ese residente pueda acogerse a los beneficios en virtud de disposiciones sustancialmente similares al apartado 5 de este Artículo contempladas en ese convenio, siempre que, en ausencia de un Artículo detallado de limitación de beneficios en ese convenio, el residente tendría derecho a los beneficios de este Convenio por razón de los subapartados *a)*, *b)*, *c)* o *e)* del apartado 2 si dicho residente lo fuera de uno de los Estados Contratantes en el sentido del Artículo 4. No obstante la frase anterior, una persona natural
- 1) está sujeta a imposición en su Estado de residencia respecto de rentas o de ganancias de fuente extranjera, únicamente sobre la base de remesas de fondos o una base similar, o
 - 2) cuyo impuesto se calcule en ese Estado, total o parcialmente, en función de una base fija, cuota anticipada, o similar, no tendrá la consideración de beneficiario equiparable; y

137. La cláusula B) 1) del literal (i) exige que un beneficiario equiparable tenga derecho a la tasa de impuesto sobre la renta que percibe la sociedad que invoca los beneficios previstos en el apartado 4, bien en virtud del convenio analizado, de la legislación interna o de un acuerdo internacional, que sea inferior o igual a la aplicable en virtud de este Convenio a la sociedad que invoca los beneficios al amparo del apartado 4. Por tanto, las tasas que deben compararse son: primero, la tasa de impuesto que puede aplicar el Estado fuente en virtud del Convenio, sobre la renta pagada a esa sociedad si ésta pudiera acogerse a los beneficios; y, segundo, la tasa de impuesto que el Estado fuente hubiera podido aplicar si el potencial beneficiario equiparable hubiera obtenido la renta directamente del Estado fuente.

138. Como se señaló anteriormente, la cláusula B) 1) establece que se tendrán en cuenta todas las tasas reducidas de impuestos previstas por la legislación interna o por cualquier acuerdo internacional. Esta norma reconoce el hecho de que las retenciones en fuente aplicadas a muchos dividendos, intereses y regalías intersocietarios pueden eliminarse, por ejemplo, conforme a disposiciones tales como las de las Directivas¹ de la Unión Europea aplicables a Matrices y Subsidiarias y al Pago de Intereses y Regalías, más que en aplicación de convenios relativos al impuesto sobre la renta. Este hecho se ilustra con el ejemplo que sigue:

- *Ejemplo*: UECO1, una sociedad residente del Estado UE1, es propietaria de la totalidad de ACO, residente del Estado A. ACO es propietaria de la totalidad de UECO2, residente del Estado UE2, y obtiene intereses generados en el Estado UE2. El convenio relativo al impuesto sobre la renta suscrito entre los Estados A y UE2 contiene la versión detallada de la definición de beneficiario equiparable y prevé la exención en fuente de los intereses. Los Estados UE1 y UE2 son miembros de la Unión Europea. En aplicación de la Directiva sobre Intereses y Regalías, los intereses pagados por UECO2 a UECO1 no están sujetos a imposición en el Estado UE2. Por tanto, UECO1 satisface el criterio previsto en la cláusula B) 1) de la letra (i) de la definición de beneficiario equiparable en el convenio relativo al impuesto sobre la renta entre los Estados A y UE2 aun cuando el convenio relativo al impuesto sobre la renta firmado entre UE1 y UE2 permita la tributación en fuente de los intereses.

1 Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y subsidiarias de Estados miembros diferentes, con sus modificaciones; la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003 relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y regalías efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

139. La cláusula B) 1) I) del literal (i) prevé una regla aplicable a los dividendos, que permite tratar a una persona natural como si fuera una sociedad a efectos de la aplicación del criterio basado en la comparación de las tasas previstas en la cláusula B) 1). Dado que los dividendos cuyos beneficiarios efectivos sean personas físicas no tienen derecho a aplicar la tasa inferior prevista en el subapartado a) del apartado 2 del Artículo 10, mientras que una sociedad sí puede hacerlo si cumple ciertas condiciones, en ausencia de esta disposición, las personas naturales accionistas de una sociedad que

buscan beneficios derivados de conformidad con el apartado 4, generalmente no calificarán como beneficiarios equiparables en el caso de dividendos derivados de participaciones sustanciales en otras sociedades. Al otorgar a las personas naturales la consideración de sociedades para efectos de aplicar el criterio basado en la comparación de tasas, esta norma permite a una sociedad que invoque los beneficios derivados en virtud del apartado 4, tener en cuenta las acciones de las que directa o indirectamente sea titular la persona natural, como si dichas acciones fueran propiedad de una sociedad de las descritas en el subapartado *c*) del apartado 2 a los efectos de determinar si el 95 por ciento de la sociedad que invoca los beneficios derivados, en virtud del apartado 4, son beneficiarios equiparables.

140. Para poder optar por aplicar la regla prevista en la cláusula B) 1) I), la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4 debe desempeñar una actividad empresarial en su Estado de residencia. La regla consiste en tratar a una persona natural accionista, que cumple los criterios previstos en la cláusula del literal (i) como si fuera una de las sociedades descritas en el subapartado *c*) del apartado 2, pero únicamente si la sociedad que invoca los beneficios del apartado 4, desempeña una actividad empresarial en el Estado de residencia que sea sustancial en relación con la actividad que ha generado los beneficios de los que proceden los dividendos, y que sea similar o complementaria a ella. El criterio previsto en la cláusula B) 1) I) es similar al criterio basado en el desempeño de una actividad empresarial previsto en el apartado 3, pero no es exactamente igual porque no exige que la renta procedente del Estado fuente deba “derivarse” de la actividad empresarial desempeñada por la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4. El significado de la expresión “desempeña una actividad empresarial” es el mismo que en el subapartado *a*) del apartado 3 y, por tanto, no incluye las actividades comprendidas en las letras (i) a (iv) de ese subapartado. A los efectos de determinar si la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4 desempeña una actividad empresarial en un Estado Contratante, las actividades desempeñadas por una persona relacionada con la sociedad se considerarán desempeñadas por la sociedad. Las expresiones “que sea sustancial en relación con” tienen el mismo significado que en el subapartado *c*) del apartado 3. Dicho criterio de la sustancialidad debe aplicarse, no obstante, con independencia de que los dividendos procedan de una persona relacionada. Por otro lado, los dividendos procedentes del otro Estado Contratante no tienen que derivarse necesariamente de una actividad empresarial desempeñada por la sociedad que invoca los beneficios

derivados en virtud del apartado 4, como sí se exige en el subapartado *a)* del apartado 3 para poder obtener dichos beneficios, ya que la actividad empresarial desempeñada en el Estado Contratante de residencia a efectos de la cláusula B) 1) I) tiene que ser “similar o complementaria” a la actividad empresarial desempeñada en el Estado fuente, y no “idéntica o complementaria” a la actividad empresarial desempeñada en el Estado fuente.

141. El ejemplo que sigue ilustra la aplicación de la cláusula B) 1) I):

- *Ejemplo:* RCO es una sociedad residente del Estado R. RCO desempeña una actividad empresarial en el Estado R similar a la actividad de SCO, una sociedad residente del Estado S. RCO ha sido residente del Estado R por 13 meses, durante los que ha sido la propietaria del 25 por ciento del capital de SCO. La persona natural Y es la accionista única de RCO y es residente del Estado Y. El apartado 2 del Artículo 10 del convenio relativo al impuesto sobre la renta entre los Estados S e Y y entre los Estados S y R es idéntico a la disposición correspondiente del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. RCO, por tanto, cumple los requisitos impuestos por el subapartado *a)* del apartado 2 del Artículo 10 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*] a los efectos de la aplicación de la tasa de impuestos reducida sobre los dividendos. Sin embargo, en ausencia de la disposición prevista en la cláusula B) 1) I), RCO no podrá beneficiarse de esa tasa de impuestos reducida porque la persona natural Y únicamente podría acogerse a la tasa del 15 por ciento (en virtud del subapartado *a)* del apartado 2 del Artículo 10 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*]) si hubiera recibido los dividendos directamente de SCO. Sin embargo, en virtud de lo previsto en la cláusula B) 1) I), Y será tratada como si fuera una sociedad en el sentido del subapartado *c)* del apartado 2 del convenio relativo al impuesto sobre la renta suscrito entre los Estados S y R a los efectos del criterio basado en la comparación de tasas, lo que significa que RCO cumple ese criterio. Por tanto, suponiendo que se cumplen todos los demás criterios (el de no erosión de la base imponible y el requisito de beneficiario efectivo (*beneficial owner*) del Artículo 10), RCO tendrá derecho a la tasa inferior prevista en el Artículo 10 del convenio relativo al impuesto sobre la renta suscrito entre los Estados S y R, respecto de los dividendos pagados por SCO.

142. La cláusula B) 1) II) establece la regla para determinar el porcentaje de capital de una sociedad que paga un dividendo que se

considerará como propiedad de un potencial beneficiario equiparable, para efectos de aplicar el criterio de comparación de las tasas que, al igual que la cláusula B) 1) I), afectará al derecho del beneficiario equiparable a aplicar la tasa de impuestos reducida, conforme al subapartado *a)* del apartado 2 del Artículo 10, en caso de haber recibido directamente el dividendo. Por ello, al aplicar el criterio de comparación de tasas descrito en la cláusula B) 1), la participación indirecta del potencial beneficiario equiparable en el capital de la sociedad que paga los dividendos se considerará como una participación directa. El ejemplo que sigue ilustra la aplicación del subapartado B) 1) II):

- *Ejemplo:* XCO y YCO poseen cada una de ellas directamente el 50 por ciento de RCO, una sociedad residente del Estado R. Durante 13 meses RCO ha mantenido una participación del 25 por ciento del capital de SCO, durante los que ha sido residente del Estado R. El Estado S ha suscrito convenios en materia del impuesto sobre la renta con los Estados R, X y Y; el apartado 2 del Artículo 10 de esos convenios es idéntico a la disposición correspondiente del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. XCO es residente del Estado X y es considerada persona calificada en virtud del subapartado *c)* del apartado 2 del convenio relativo al impuesto sobre la renta entre los Estados S y R. YCO es residente del Estado Y y también se la considera persona calificada en virtud del subapartado *c)* del apartado 2 del convenio relativo al impuesto sobre la renta entre los Estados S y R. Por tanto, tanto XCO como YCO, cumplen los requisitos de la cláusula A) de la definición del término “beneficiario equiparable”. A los efectos de determinar la tasa de impuestos aplicable a los dividendos pagados por SCO del que XCO e YCO hubieran podido beneficiarse en virtud de los convenios tributarios firmados entre sus respectivos Estados con el Estado S, se considera que XCO e YCO tienen cada una de ellas, en virtud de la cláusula B) 1) II), una participación directa del 12,5 por ciento del capital de SCO (50 por ciento de una participación del 25 por ciento en el capital de SCO, lo que equivale al 12,5 por ciento, que es el porcentaje de participación indirecta de cada una de ellas en el capital de SCO que se trata como si fuera una participación directa). XCO y YCO, por tanto, no tendrán derecho a la tasa de impuestos reducida prevista en el subapartado *a)* del apartado 2 del Artículo 10 y, por tanto, no se las considerará beneficiarias equiparables dado que no cumplen con el criterio basado en la comparación de tasas enunciado en la cláusula B) 1) (ver, no obstante, el párrafo 147 [del Comentario al Artículo 29

del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado más adelante] relativo a otras disposiciones que podrían permitir a RCO beneficiarse de la tasa del 15 por ciento del subapartado *b)* del apartado 2 del Artículo 10 del convenio relativo al impuesto sobre la renta suscrito entre los Estados S y R).

143. La cláusula B) 2) del literal (i) contiene normas relativas a los beneficios derivados aplicables a los elementos de renta comprendidos en los Artículos 7, 13 o 21. El potencial beneficiario equiparable tiene que poder acogerse a un beneficio otorgado por el convenio analizado que sea al menos tan favorable como el que resultaría de aplicar el Convenio a esos beneficios empresariales, ganancias u otras rentas. Por tanto, los beneficios que deben compararse son: primero, los que concedería el Estado fuente a la sociedad que invoca los beneficios derivados, en virtud del apartado 4, cuando califique para tener derecho a esos beneficios respecto del elemento de renta en cuestión y, segundo, los beneficios que el Estado fuente hubiera concedido al potencial beneficiario equiparable en caso de obtener la renta directamente. El ejemplo que sigue ilustra la aplicación de la cláusula B) 2):

- *Ejemplo:* RCO es una sociedad residente del Estado R, íntegramente participada por XCO, una sociedad residente del Estado X, cuyas acciones se cotizan públicamente. RCO tiene un contrato para construir un gran complejo de oficinas en el Estado S. En virtud de las disposiciones del convenio relativo al impuesto sobre la renta suscrito entre los Estados S y R, una obra constituye un establecimiento permanente únicamente si su duración excede de doce meses. Sin embargo, según los términos del convenio relativo al impuesto sobre la renta suscrito entre los Estados S y X, una obra constituye un establecimiento permanente únicamente si su duración excede de seis meses. Si la obra dura más de seis meses, pero menos de doce, XCO no será un beneficiario equiparable, ya que no tendrá derecho a la misma protección, al amparo del Artículo 5 del convenio relativo al impuesto sobre la renta entre los Estados S y X, a la que tendrá derecho una persona calificada, en virtud del Artículo 5 del convenio suscrito entre los Estados S y R.

[Los Estados que compartan el criterio expresado en el párrafo 11 del Comentario al Artículo 14 quizás deseen agregar a la cláusula B)2) del literal (i) una referencia al Artículo 14.]

144. La cláusula C) del literal (i) prevé una limitación adicional cuando el elemento de renta se obtiene a través de una entidad

considerada fiscalmente transparente en aplicación de la legislación del Estado Contratante de residencia de la sociedad que invoca los beneficios derivados en aplicación del apartado 4. En tal caso, con independencia de que el residente pueda satisfacer los criterios exigidos en las cláusulas A) o B), basados en la comparación de los términos del convenio analizado con los del convenio en virtud del que la sociedad invoca los beneficios derivados, el residente no satisfará los requisitos de esta cláusula si el elemento de renta en cuestión no se trata como renta de ese residente en virtud de una disposición análoga al apartado 2 del Artículo 1, si él mismo, y no la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4, hubiera percibido el elemento de renta para el que esa sociedad invoca los beneficios. El ejemplo que sigue ilustra la aplicación de la cláusula C):

- *Ejemplo:* RCO, una sociedad residente del Estado R, cuyas acciones cotizan públicamente, es propietaria de acciones de SCO, una sociedad residente del Estado S, a través de P, una asociación de personas (*partnership*) constituida en el Estado S. P es fiscalmente transparente en virtud de la legislación fiscal interna del Estado S, mientras que la legislación fiscal interna de R la considera como una sociedad. Por tanto, según las disposiciones del apartado 2 del Artículo 1, los dividendos pagados por SCO a través de P no se considerarán percibidos por RCO, por lo que no podrán optar por aplicar la tasa reducida de retención en fuente en el Estado S en aplicación del Artículo 10. RCO interpone a XCO, residente del Estado X, entre ella misma y P. Conforme a la legislación fiscal interna del Estado X, P es fiscalmente transparente y, por tanto, se considera que XCO percibe los dividendos pagados por SCO a P.

El convenio relativo al impuesto sobre la renta suscrito entre los Estados S y X contiene la versión detallada de los apartados 1 a 7 del Artículo 29. A fin de poder tener derecho a las tasas de retención de impuestos reducidas en fuente sobre los dividendos que prevé ese convenio, XCO debe satisfacer el criterio de los beneficios derivados. Si bien las tasas de impuesto aplicables a los dividendos en virtud del apartado 2 del Artículo 10 del convenio entre los Estados S y X son las mismas que las aplicables en virtud del Artículo 10 del convenio entre los Estados S y R, y que se satisface el criterio previsto en la cláusula A) de la letra (i), los dividendos no podrán considerarse obtenidos por RCO si RCO y no XCO es la propietaria de SCO, a través de la asociación de personas (*partnership*) P. Por tanto, en virtud

de la cláusula C), RCO no es un beneficiario equiparable, por lo que XCO no puede acogerse a los beneficios derivados en aplicación del apartado 4 respecto de los dividendos pagados por SCO a través de P.

145. La segunda clase de personas que puede considerarse “beneficiario equiparable” (literal (ii) de la definición) comprende a las personas residentes del mismo Estado Contratante que la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4. Estas personas serán beneficiarios equiparables si pueden optar a los beneficios debido a los subapartados *a)*, *b)*, *c)* o *e)* del apartado 2, o del apartado 5 como sede central. No obstante, una sede central únicamente será un beneficiario equiparable de la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4, si la sociedad que invoca los beneficios derivados percibe intereses o dividendos pagados por un miembro del grupo de empresas multinacionales del que la sociedad forma parte. Sin embargo, el criterio de comparación de tasas se aplica a los residentes que satisfagan el criterio de sede del apartado 5, que obtengan dividendos o intereses procedentes del otro Estado Contratante. Ese requisito pretende garantizar que la sede central tenga derecho al menos a los mismos beneficios del tratado respecto de dividendos e intereses que la sociedad que invoca los beneficios derivados en virtud del apartado 4, de forma que si, por ejemplo, el Artículo 11 del Convenio prevé generalmente la exoneración de los intereses en la fuente, pero no lo hace respecto de los intereses pagados a una sede central por un miembro de ese grupo de empresas multinacionales, la sede central no será un beneficiario equiparable de una sociedad que hubiera podido beneficiarse de la exención en la fuente prevista en el convenio aplicable a un pago de intereses similar.

146. La tercera clase de personas que califican como “beneficiarios equiparables” (literal (iii) de la definición), comprende a los residentes del Estado Contratante fuente. Dichas personas serán beneficiarios equiparables si pueden acogerse a los beneficios del convenio en virtud de los subapartados *a)*, *b)*, *c)* o *e)* del apartado 2, siempre que la participación que posean dichos residentes del total de los derechos de voto y del valor de las acciones (y de cualquier otra clase de acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios en el sentido del apartado 7) de la sociedad que solicita los beneficios derivados, no exceda del 25 por ciento. Conforme al criterio sobre la propiedad del subapartado *a)* del apartado 4, la titularidad puede ser directa o indirecta, pero en el caso de titularidad indirecta, cada propietario interpuesto debe ser un “propietario

interpuesto calificado” según la definición dada a este término en el apartado 7 (véase más adelante).

147. Como se señaló en el párrafo 10 [*del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado anteriormente en el párrafo 7*], cuando se aplique el apartado 4 sobre beneficios derivados, la definición de beneficiario equiparable excluirá a aquellas personas que, en virtud de otro convenio, tengan derecho a una desgravación en el Estado fuente no tan beneficiosa como la prevista en el Convenio. Algunos Estados quizás deseen remediar el denominado “efecto precipicio” por el que se denegarían todos los beneficios del convenio tributario, aun cuando la diferencia entre las desgravaciones previstas en ambos convenios tuviera escaso valor relativo, concediendo una desgravación en el Estado fuente similar a la que hubiera sido aplicable en virtud del otro convenio. Este tratamiento puede lograrse mediante las disposiciones alternativas que se exponen a continuación, relativas a la imposición de los dividendos, intereses [,] regalías [, honorarios por servicios técnicos y rentas de servicios digitales automatizados] y que conceden beneficios limitados que se corresponden ampliamente con los que hubieran podido invocarse en virtud del otro convenio:

Disposición sobre dividendos a añadirse al Artículo 10

No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, pero con sujeción a las disposiciones del apartado 4 de este Artículo, en el caso de que una sociedad que busque satisfacer los criterios del apartado 4 del Artículo 29 de este Convenio, en relación con un dividendo, no los satisfaga únicamente a causa:

- a) del criterio previsto en la cláusula B) de la letra (i) de la definición del término “beneficiario equiparable” del subapartado e) del apartado 7 del Artículo 29; o
- b) del criterio previsto en la letra (ii) de la definición del término “beneficiario equiparable” del subapartado e) del apartado 7 del Artículo 29, según el cual una persona que tenga derecho a los beneficios conforme al apartado 5 del Artículo 29, tendrá derecho a la tasa de impuesto sobre los dividendos que sea inferior o igual a la tasa aplicable en virtud del apartado 2 de este Artículo;

dicha sociedad podrá someterse a imposición en el Estado Contratante del que sea residente la sociedad que distribuye los dividendos y conforme a la legislación de ese Estado

Contratante. Sin embargo, en tales casos, el impuesto así exigido no podrá exceder de la tasa más alta que hubiera resultado aplicable a las personas descritas en la definición del término “beneficiario equiparable” del subapartado *e*) del apartado 7 del Artículo 29 (no obstante los requisitos a los que se refieren los subapartados *a*) y *b*) de este apartado) si hubieran percibido el dividendo directamente. A los efectos de este apartado:

- c*) la titularidad indirecta por esas personas de derechos de voto de la sociedad que paga el dividendo se tratará como una titularidad directa, y
- d*) una persona descrita en la letra (iii) de la definición del término “beneficiario equiparable” del subapartado *e*) del apartado 7 del Artículo 29 tendrá derecho a la limitación del impuesto a la que hubiera tenido derecho si dicha persona fuera residente del mismo Estado Contratante que la sociedad que percibe los dividendos.

Disposición sobre intereses a añadirse al Artículo 11

No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, pero con sujeción a las disposiciones del apartado 4 de este Artículo, en el caso de que una sociedad que busque satisfacer los criterios del apartado 4 del Artículo 29 de este Convenio en relación con un pago de intereses, no los satisfaga únicamente a causa:

- a*) del criterio previsto en la cláusula B) de la letra (i) de la definición del término “beneficiario equiparable” del subapartado *e*) del apartado 7 del Artículo 29; o
- b*) del criterio previsto en la letra (ii) de la definición del término “beneficiario equiparable” del subapartado *e*) del apartado 7 del Artículo 29, según el cual una persona que tenga derecho a los beneficios conforme al apartado 5 del Artículo 29, tendrá derecho a la aplicación del impuesto sobre los intereses a una tasa de impuesto igual o inferior a la tasa aplicable en virtud del apartado 2 de este Artículo;

dicha sociedad podrá ser sometida a imposición en el Estado Contratante del que proceden los intereses y conforme a la legislación de ese Estado. Sin embargo, en tales casos, el impuesto así exigido no podrá exceder de la tasa más alta que hubiera resultado aplicable a las personas que respondan a la definición del término “beneficiario equiparable” del subapartado *e*) del apartado 7 del Artículo 29 (no obstante los requisitos a los que

se refieren los subapartados *a)* y *b)* de este apartado) si hubieran percibido los intereses directamente. A los efectos de este apartado, se considerará que una persona descrita en la letra (iii) de la definición del término “beneficiario equiparable” del subapartado *e)* del apartado 7 del Artículo 29 tiene derecho a la limitación del impuesto a la que hubiera tenido derecho si dicha persona fuera residente del mismo Estado Contratante que la sociedad que percibe los intereses.

Disposición sobre regalías a añadirse al Artículo 12

No obstante lo dispuesto en los apartados 1 [y 2] pero con sujeción a las disposiciones del apartado [4] de este Artículo, en el caso de que una sociedad que busque satisfacer los criterios del apartado 4 del Artículo 29 en relación con las regalías, no los satisfaga únicamente a causa del criterio previsto en la cláusula B) de la letra (i) de la definición del término “beneficiario equiparable” del subapartado *e)* del apartado 7 del Artículo 29, dicha sociedad podrá someterse a imposición en el Estado Contratante del que proceden las regalías y conforme a la legislación de ese Estado, sin embargo, el impuesto así exigido no podrá exceder de la tasa más alta que hubiera resultado aplicable a las personas descritas en la definición del término “beneficiario equiparable” del subapartado *e)* del apartado 7 del Artículo 29 (no obstante el requisito de la cláusula B) de la letra (i) de esa definición) si hubieran percibido las regalías directamente. A los efectos de este apartado, se considerará que una persona descrita en la letra (iii) de la definición del término “beneficiario equiparable” del subapartado *e)* del apartado 7 del Artículo 29 tiene derecho a la limitación del impuesto a la que hubiera tenido derecho si dicha persona fuera residente del mismo Estado Contratante que la sociedad que percibe las regalías.

[Disposición sobre honorarios por servicios técnicos a agregarse al Artículo 12A]

[No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, pero sujeto a las disposiciones del apartado 4 de este Artículo, en el caso de una sociedad que busque satisfacer los requisitos del apartado 4 del Artículo 29 de este Convenio, con respecto a honorarios por servicios técnicos, si dicha sociedad no logra satisfacer el criterio de dicho apartado únicamente en virtud del requisito estipulado en la cláusula B) del literal (i) relativa a la definición

de la expresión “beneficiario equiparable” del subapartado (e) del apartado 7 del Artículo 29, dicha sociedad podrá ser sometida a imposición en el Estado Contratante en el que se originen dichos honorarios y de conformidad con la legislación del mismo. Sin embargo, en estos casos, el impuesto así exigido no podrá exceder de la tasa más alta de entre las tasas de impuestos que habrían sido aplicables a las personas descritas en la definición de “beneficiario equiparable” del subapartado e) del apartado 7 del Artículo 29 (no obstante los requisitos a los que hacen referencia los subapartados a) y b) de este apartado) si dichas personas hubieran recibido los honorarios por asistencia técnica de manera directa. Para los efectos de este apartado, una persona descrita en la letra (iii) de la definición de la expresión “beneficiario equiparable” del subapartado (e) del apartado 7 del Artículo 29 tendrá derecho a la tasa impositiva reducida a la que dicha persona tendría derecho si ésta fuera un residente del mismo Estado Contratante que la sociedad que recibe los pagos subyacentes de las rentas de servicios digitales.]

[Disposición sobre rentas de servicios digitales automatizados a ser incluida en el Artículo 12B]

[No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, pero sujeto a las disposiciones del apartado 8 de este Artículo, en el caso de una sociedad que busque satisfacer los requisitos del apartado 4 del Artículo 29 de este Convenio, con respecto a pagos de rentas subyacentes por servicios digitales automatizados, si dicha sociedad no logra satisfacer el criterio de dicho apartado únicamente en virtud del requisito estipulado en la cláusula B) de la letra (i) relativa a la definición de la expresión “beneficiario equiparable” del subapartado e) del apartado 7 del Artículo 29, dicha sociedad podrá ser sometida a imposición en el Estado Contratante en el que se originen dichos pagos y de conformidad con la legislación del mismo. Sin embargo, en estos casos, el impuesto así exigido no podrá exceder de la tasa más alta de entre las tasas de impuestos que habrían sido aplicables a las personas descritas en la definición de “beneficiario equiparable” del subapartado e) del apartado 7 del Artículo 29 (no obstante los requisitos a los que hacen referencia los subapartados a) y b) de este apartado) si dichas personas hubieran recibido los pagos de manera directa. Para los efectos de este apartado, una persona descrita en la letra (iii) de la definición de la expresión “beneficiario equiparable” del subapartado e) del apartado 7 del Artículo 29 tendrá derecho

a la tasa impositiva reducida a la que dicha persona tendría derecho si ésta fuera un residente del mismo Estado Contratante que la sociedad que recibe los pagos subyacentes de las rentas de servicios digitales.]

Subapartado f): definición de “Clase de acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios”

28. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la definición de “Clase de acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios” del apartado 7f), es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo:

148. Según la definición de la expresión “clase de acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios”, utilizada en relación con los criterios sobre la propiedad en diversas partes del Artículo, una sociedad o entidad tiene acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios si tiene acciones en circulación sujetas a unos términos u otras condiciones que confieran a su titular derechos sobre una porción mayor de la renta de la sociedad o la entidad procedente del otro Estado Contratante en comparación a la porción a la que tendría derecho en ausencia de dichos términos o condiciones. De este modo, por ejemplo, una sociedad residente de un Estado Contratante tiene una “clase de acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios” si algunas de sus acciones en circulación son “acciones de seguimiento” (*tracking shares*) que pagan dividendos basados en una fórmula que aproxima al beneficio que obtiene la sociedad a partir de sus activos utilizados en el otro Estado Contratante. El siguiente ejemplo ilustra esta situación:

- *Ejemplo:* ACO es una sociedad residente del Estado A. Esta sociedad ha emitido acciones comunes y preferentes. Las acciones comunes cotizan regularmente en el mercado de valores principal del Estado A. Las preferentes no confieren derechos de voto a sus titulares, pero sí les da derecho a recibir dividendos en la misma cuantía que los pagos de intereses que ACO percibe de prestatarios no relacionados, residentes en el Estado B. Todas las acciones preferentes son propiedad de un mismo accionista, residente de un tercer Estado con el que el Estado B no tiene suscrito un convenio tributario. Las acciones comunes representan más del 50 por ciento del valor de ACO y el 100 por

ciento de sus derechos de voto. Como el titular de las acciones preferentes tiene derecho a recibir los pagos que correspondan a los intereses percibidos por ACO procedentes del Estado B, dichas acciones constituyen una “clase de acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios” y, como además no cotizan con regularidad en ningún mercado de valores reconocido, no puede entenderse que ACO reúne los requisitos para calificar para obtener los beneficios del Convenio conforme al subapartado c) del apartado 2.

Subapartado g): definición de “sede principal de dirección y control”

29. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la definición de “sede principal de dirección y control” del apartado 7g), es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo:

149. El término “sede principal de dirección y control” es relevante a los efectos del subapartado c) del apartado 2 y del apartado 5 de la versión detallada. Este término debe distinguirse del concepto de “sede de dirección efectiva” empleado antes de 2017, en el apartado 3 del Artículo 4 y en diversas disposiciones, como el Artículo 8 aplicable a la operación de buques y aeronaves. Algunos Estados interpretaban el concepto de “sede de dirección efectiva” como el lugar donde la persona o el grupo de personas con mayor responsabilidad (por ejemplo, el consejo de administración) efectuaban las decisiones clave de gestión y comerciales necesarias para el desarrollo de la actividad empresarial de la empresa. El concepto de sede principal de dirección y control, por el contrario, se refiere al lugar donde se ejercen las responsabilidades del día a día para la gestión de la sociedad o entidad (y de sus subsidiarias directas o indirectas).

150. La sede principal de dirección y control de una sociedad o entidad se ubicará en el Estado donde reside la sociedad o entidad, únicamente si se cumplen las dos condiciones siguientes:

- Primero, en virtud del literal (i), que sus directores ejecutivos y sus empleados de alta dirección ejerzan en mayor medida, las responsabilidades cotidianas relacionadas con la política de toma de decisiones estratégicas, financieras y operativas de la sociedad o entidad y de sus subsidiarias directas e indirectas, y que el personal que asiste a dicha dirección en la preparación de

y en la toma de dichas decisiones lleven a cabo en mayor medida sus actividades cotidianas necesarias en ese Estado, más que en el otro Estado o en cualquier tercer Estado. Por tanto, este criterio examina las actividades globales de las personas relevantes para determinar dónde se realizan dichas actividades. En la mayoría de los casos, será condición necesaria, aunque no suficiente, que el director general y el resto de los altos ejecutivos se encuentren normalmente en el Estado Contratante donde reside la sociedad.

- Segundo, que los directores ejecutivos y empleados de alta dirección ejerzan en mayor medida las responsabilidades cotidianas relacionadas con la política de toma de decisiones estratégicas, financieras y operativas de la sociedad y de sus subsidiarias directas e indirectas, y que el personal que apoya a dichos directores en esa toma de decisiones realice las actividades cotidianas necesarias en mayor medida que los directores o empleados de cualquier otra sociedad o entidad.

Subapartado h): definición de “propietario interpuesto calificado”

30. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la definición de “propietario interpuesto calificado” del apartado 7h), es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

151. La definición de “propietario interpuesto calificado” en la versión detallada es relevante a los efectos del criterio sobre propiedad de los subapartados d) y f) del apartado 2, así como de la regla sobre beneficios derivados del apartado 4.

152. En virtud de la letra (i) de esa definición, un propietario interpuesto calificado es una entidad residente de un tercer Estado que tiene en vigor un convenio tributario de carácter general con el Estado Contratante desde el que se invoca un beneficio amparado por el convenio.

153. Como se señaló en el Comentario al Artículo 1, algunos Estados consideran que deben incluir en sus tratados tributarios disposiciones destinadas a denegar la aplicación de ciertas disposiciones específicas del tratado respecto de rentas que se benefician de regímenes que constituyen “regímenes fiscales especiales” (véanse los párrafos 85 a 100 del Comentario al Artículo 1 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 144 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo*]) y denegar la aplicación del Artículo 11 a los intereses pagados a personas relacionadas que se benefician de disposiciones del derecho interno que prevén una deducción virtual (*notional deduction*) en relación con el capital (véase el párrafo 107 del Comentario al Artículo 1 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 144 del Comentario al Artículo 1 de este Modelo*]). Estos Estados pueden desear restringir el alcance de la letra (i) de forma tal que solo sea aplicable a residentes de terceros Estados con los que el Estado desde el que se invocan los beneficios del convenio hayan suscrito convenios tributarios de carácter general y que no se beneficien de un régimen fiscal especial o de deducciones de intereses virtuales (*notional deductions*). Esto puede hacerse modificando la letra (i) como sigue:

- (i) es residente de un Estado que tiene en vigor un convenio para eliminar la doble imposición de carácter general con el Estado Contratante desde el que se invoca un beneficio amparado por este Convenio, y que no se beneficia de
 - A) un régimen fiscal especial, siempre que, si el convenio para eliminar la doble imposición de carácter general no incluye una definición de “régimen fiscal especial” análoga a las disposiciones incluidas en [*referencia al apartado del convenio que incluye la definición del término “régimen fiscal especial”*], se aplicarán los principios de la definición prevista en este Convenio, pero sin el requisito previsto en el literal (v) de esa definición; o
 - B) deducciones virtuales (*notional deductions*) del tipo descrito en [*referencia al apartado del Artículo 11 relativo a las deducciones virtuales en relación con el capital*]; o

154. Conforme el literal (ii) de la definición, un propietario interpuesto calificado abarca también a un residente del mismo Estado Contratante que la sociedad a la que se aplica el criterio sobre la propiedad previsto en el subapartado *d)* o *f)* del apartado 2 o conforme a la norma sobre los beneficios derivados del apartado 4.

Subapartado i): definición de “grupo analizado”

31. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la definición de “grupo analizado” del apartado 7i), es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo:

155. Este subapartado define la expresión “grupo analizado” a los efectos de las normas de no erosión de la base imponible de la letra (ii) de los subapartados *d)* y *f)* del apartado 2 y de los apartados 4 y 5. El grupo analizado está integrado por la sociedad que se analiza a la que se aplica el criterio pertinente de no erosión de la base imponible (a la que se denomina “residente analizado”) y toda sociedad que participe con el residente analizado, ya sea como miembro de un grupo de consolidación fiscal, una unidad de tributación o un régimen similar que permita a los integrantes del grupo compartir los beneficios o las pérdidas, o bien, como cualquier sociedad que, en el periodo impositivo considerado, comparta las pérdidas con el residente analizado en virtud de un sistema de deducción intragrupo u otro régimen de distribución de pérdidas. De no existir tal grupo analizado, el criterio de no erosión de la base imponible aplicable a un grupo analizado no será de aplicación.

Subapartado j): definición de “renta bruta”

32. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que explica la definición de “renta bruta” de la versión detallada del apartado 7j) de la OCDE, es aplicable a la disposición equivalente de este Modelo:

156. Este subapartado define la expresión “renta bruta” a los efectos de las normas sobre no erosión de la base imponible del literal (ii) de los subapartados *d)* y *f)* del apartado 2 y de los apartados 4 y 5. El punto de partida para el cálculo de la renta bruta son los ingresos brutos recibidos tal como se determinen en el Estado de residencia de la entidad en cuestión, para el periodo impositivo que incluye el momento en que se concedería el beneficio. Si la entidad ejerce una actividad empresarial que comprende la fabricación, producción o venta de bienes, la expresión “renta bruta” significa los ingresos brutos disminuidos por el costo de los bienes vendidos. Si la entidad analizada ejerce una actividad empresarial consistente en la prestación de

servicios distintos de los financieros, la expresión “renta bruta” significa dichos ingresos brutos disminuidos por los costos directos de generar dichos ingresos.

157. El literal (i) de la definición establece además que, salvo para determinar los beneficios correspondientes a los dividendos en virtud del Artículo 10, en el cálculo de la renta bruta no se incluirá aquella parte de cualquier dividendo que esté efectivamente exenta de imposición en el Estado Contratante de residencia de la persona, ya sea por razón de deducciones o de otro modo, con independencia de cuál sea el Estado de residencia de la sociedad que paga esos dividendos. El literal (ii) establece que, salvo respecto a la parte gravable de los dividendos, la renta bruta de un grupo analizado no incluirá las operaciones realizadas entre sociedades dentro del grupo analizado.

Apartado 8

33. El Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, que proporciona explicaciones adicionales al apartado 8 de dicho Artículo, es aplicable al apartado 8 del Artículo 29 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, han sido insertadas con el fin de proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

161. Como se señaló en el párrafo 32 del Comentario al Artículo 10 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita en el párrafo 21 del Comentario al Artículo 10 de este Modelo*], el párrafo 25 del Comentario al Artículo 11 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*] y el párrafo 21 del Comentario al Artículo 12 [*del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017*], pueden surgir casos potenciales de abuso derivados de la transferencia de acciones, créditos, derechos o propiedad [*o actividades*] a establecimientos permanentes creados con ese único fin en países que, o bien no gravan, o bien ofrecen un tratamiento fiscal preferente a la renta derivada de dichos activos [*o actividades*]. Cuando el Estado de residencia exime de tributación los beneficios atribuibles a estos establecimientos permanentes situados en terceras jurisdicciones, no debe esperarse que el Estado fuente conceda beneficios del tratado respecto de dicha renta. El apartado propuesto, que aplica cuando un Estado Contratante exenta la renta obtenida por empresas de ese

Estado que son atribuibles a establecimientos permanentes situados en otras jurisdicciones, estipula que los beneficios del tratado no se concederán en esos casos. No obstante, dicha norma no será aplicable si,

- la renta soporta un nivel importante de imposición en el Estado en el que esté situado el establecimiento permanente, o
- la renta procede del desempeño de una actividad empresarial a través del establecimiento permanente, o es incidental a la misma, excluyendo las actividades de inversión, salvo que las desempeñe un banco, una empresa aseguradora o una agencia de valores registrada.

162. Conforme al subapartado *c)*, en los casos en que se nieguen los beneficios en virtud de este apartado, el residente del Estado Contratante que obtiene la renta en cuestión puede solicitar la concesión de los beneficios del tratado a las autoridades competentes del otro Estado Contratante. La autoridad competente que recibe dicha solicitud puede, a su discreción, conceder esos beneficios si determina que hacerlo está justificado; no obstante, deberá consultar a la autoridad competente del otro Estado Contratante antes de acceder o desestimar tal solicitud.

163. El siguiente ejemplo ilustra el tipo de situación en la que se pretende que aplique este apartado. Una empresa de un Estado Contratante crea un establecimiento permanente en una tercera jurisdicción que grava poco o nada los beneficios de dicho establecimiento permanente. Los beneficios atribuibles al establecimiento permanente están exentos de imposición en el Estado mencionado en primer lugar, bien por razón de una disposición similar al Artículo 23A incluida en el convenio entre ese Estado y la jurisdicción en la que está situado el establecimiento permanente, o en virtud de la legislación interna del Estado Contratante mencionado en primer lugar. La empresa obtiene intereses procedentes del otro Estado Contratante que se incluyen en los beneficios atribuibles al establecimiento permanente. Suponiendo que se cumplan las condiciones para la aplicación del Artículo 11, el Estado del que proceden los intereses estaría obligado, en ausencia del apartado 8, a conceder el beneficio de la limitación del impuesto prevista en el apartado 2 del Artículo 11, a pesar de que los intereses están exentos de imposición en el Estado mencionado en primer lugar y sujetos a escasa o nula tributación en la tercera jurisdicción en donde se sitúa el establecimiento permanente. En ese caso, los beneficios previstos en el Convenio se denegarán en relación con esas rentas a menos que les sea aplicable la excepción prevista en el subapartado *b)*

relativa a rentas procedentes del desempeño de una actividad empresarial, o incidentales a ella, o salvo que las autoridades competentes del Estado del que proceden los intereses concedan esos beneficios en el ejercicio de la concesión discrecional prevista en el subapartado c).

164. La referencia al término “renta” en la letra (i) significa que la disposición se aplica independientemente de que las rentas en cuestión constituyan o no beneficios derivados de una actividad empresarial. Esta regla se aplica por tanto cuando una empresa de un Estado Contratante obtiene rentas procedentes del otro Estado Contratante y el Estado mencionado en primer lugar considera que el derecho o propiedad por el que se paga la renta está efectivamente vinculado a un establecimiento permanente situado en una tercera jurisdicción (incluso en virtud de una disposición como la del apartado 2 del Artículo 21 contenida en un convenio entre el Estado mencionado en primer lugar y la tercera jurisdicción).

165. Cuando se cumplen las condiciones de las letras (i) e (ii), el subapartado a) deniega los beneficios que de otro modo se aplicarían en virtud de otras disposiciones del Convenio si el elemento de renta en cuestión se considera parte de los beneficios del establecimiento permanente situado en la tercera jurisdicción y el importe del impuesto exigido sobre ese elemento de renta en esa tercera jurisdicción es inferior a la menor de las siguientes cantidades: a) el importe de ese elemento de renta multiplicado por la tasa mínima que los Estados Contratantes hayan acordado bilateralmente a los efectos del apartado, y b) el 60 por ciento del importe del impuesto que se hubiera exigido sobre ese elemento de renta en el Estado de la empresa si ese establecimiento permanente estuviera situado en él.

166. La expresión “el importe de dicho elemento de renta” se refiere al importe de la renta en cuestión tras deducir todos los gastos relativos a ese elemento de renta que sean deducibles en aplicación de la legislación del Estado que corresponda. Así, a los efectos de determinar el impuesto en la tercera jurisdicción que corresponda a ese elemento de renta, el impuesto total aplicable a los beneficios del establecimiento permanente situado en esa jurisdicción se calculará, en primer lugar, tras deducir todos los gastos deducibles, de conformidad con la legislación de esa jurisdicción, para determinar los beneficios imponibles atribuibles al establecimiento permanente. El impuesto correspondiente al importe en cuestión del elemento de renta se calculará entonces, multiplicando ese impuesto total aplicable a los beneficios del establecimiento permanente por el ratio del importe neto del elemento de renta (es decir, el importe bruto del elemento de

renta menos los gastos deducidos para calcular los beneficios imponibles del establecimiento permanente vinculados expresa o proporcionalmente a ese elemento de renta) y de los beneficios imponibles del establecimiento permanente. Se realizará un cálculo similar para determinar el impuesto que se hubiera exigido sobre ese elemento de renta en el Estado Contratante de la empresa si el establecimiento permanente estuviera situado en ese Estado; en ese caso, los gastos que se deducirían serán aquellos considerados como deducibles en virtud de la legislación de ese Estado.

167. A los fines de la excepción prevista en el subapartado *b*), la referencia a la renta que “se deriva del desempeño de una actividad empresarial o incidental a ella” debe interpretarse como se indica en los párrafos 74 a 76 [*del Comentario Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, como se cita previamente en el párrafo 18*].

168. En lugar de adoptar la redacción del apartado 8, algunos Estados quizás preferirán una solución más amplia que no se limite a los casos en los que una empresa de un Estado Contratante esté exenta de imposición en ese Estado, respecto de los beneficios atribuibles a un establecimiento permanente situado en una tercera jurisdicción, que no incluya la excepción aplicable a la renta que se deriva del desempeño de una actividad empresarial o que sea incidental a ella, y que no requiera del cálculo del impuesto que hubiera correspondido pagar en el Estado de la empresa si el establecimiento permanente estuviera situado en él. En ese caso, la disposición será aplicable siempre que las rentas procedentes de un Estado Contratante y atribuibles a un establecimiento permanente situado en una tercera jurisdicción estén sujetas, en el Estado de la empresa y en la jurisdicción del establecimiento permanente, a una tasa efectiva combinada que sea inferior al menor entre: la tasa que se determinará bilateralmente y el 60 por ciento de la tasa general del impuesto sobre la renta corporativo aplicable en el Estado de la empresa. A continuación, se cita un ejemplo de la disposición que podría utilizarse para tales efectos:

Cuando una empresa de un Estado Contratante obtenga rentas procedentes del otro Estado Contratante y el Estado [...] mencionado en primer lugar las considere como beneficios atribuibles a un establecimiento permanente situado en una tercera jurisdicción, los beneficios aplicables en virtud de este Convenio no serán aplicables a dicha renta si está sujeta a una tasa de impuesto impositiva efectiva combinada total en el Estado [...] mencionado en primer lugar y en la jurisdicción

en la que esté situado el establecimiento permanente, que sea inferior al menor entre, [la tasa determinada bilateralmente] o el 60 por ciento de la tasa general del impuesto sobre la renta de sociedades aplicable en el Estado [...] mencionado en primer lugar. Cuando se niegue la aplicación de los beneficios de este Convenio en virtud de lo antes estipulado respecto de un elemento de renta obtenido por un residente de un Estado Contratante, la autoridad competente del otro Estado Contratante podrá, no obstante, conceder dichos beneficios en relación con ese elemento de renta si, en respuesta a una solicitud planteada por ese residente, la autoridad competente determina que la concesión de los beneficios está justificada en vista de las razones por las que ese residente no cumplió los requisitos de este apartado (tales como la existencia de pérdidas). La autoridad competente del Estado Contratante a la que se plantee la solicitud antes mencionada consultará con la autoridad competente del otro Estado Contratante antes de aceptar o denegar la petición.

Apartado 9

34. Hasta antes de la actualización de 2017, el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas no incluía una regla general antiabuso, sin embargo, el párrafo 36 del Comentario al Artículo 1 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas de 2011, proporcionaba una redacción opcional para la inclusión de dicha regla en un convenio bilateral. Como parte de la actualización de 2017, el Comité decidió que una regla general antiabuso debía incluirse en el Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas como apartado 9 del Artículo 29. En consecuencia, los párrafos 39 a 52 del actual Comentario al Artículo 1 resultan primordialmente relevantes para aquellos tratados tributarios bilaterales que no contienen una regla general antiabuso similar a la de este apartado.

35. El apartado 9 del Artículo 29 corresponde a la regla general antiabuso recomendada en el Informe Final sobre la Acción 6 (Impedir la utilización abusiva de los tratados fiscales en circunstancias inapropiadas)⁹⁴ del Proyecto BEPS de la OCDE/G20) y que se integró al Modelo de Convenio Tributario de la OCDE como apartado 9 del

94 Véase la anterior nota al pie de página 7.

Artículo 29. En consecuencia, el Comité considera que el siguiente extracto del Comentario al apartado 9 del Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable al apartado 9 del Artículo 29 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE han sido insertadas para proporcionar explicaciones adicionales y reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y las de este Modelo):

169. El apartado 9 es un reflejo de las pautas contenidas en los párrafos [47 a 49] del Comentario al Artículo 1 [*de este Modelo*]. De conformidad con dichos principios, los beneficios del convenio no deben concederse cuando uno de los propósitos principales de ciertas operaciones o acuerdos es asegurar la obtención de un beneficio concedido por un convenio tributario, y obtenerlo en esas circunstancias resultaría contrario al objeto y los propósitos de la disposición pertinente de ese convenio. Los principios que sustentan estos apartados se incorporan al propio Convenio mediante el apartado 9, permitiendo así a los Estados combatir los casos de uso indebido del Convenio aun cuando sus legislaciones internas no les permitan hacerlo de acuerdo con el párrafo [47] del Comentario al Artículo 1 [*de este Modelo*]; igualmente confirma la aplicabilidad de estos principios en el caso de Estados cuya legislación interna ya les permita hacer frente a estas situaciones.

170. Las disposiciones del apartado 9 tienen el efecto de negar los beneficios de un convenio tributario cuando uno de los propósitos principales para la concertación de un acuerdo u operación sea obtener ese beneficio. Cuando éste sea el caso, la última parte del apartado permite a la persona a la que se niega el beneficio, la posibilidad de demostrar que la obtención de éste en esas circunstancias es conforme al objeto y fin de las disposiciones pertinentes de este Convenio.

171. El apartado 9 complementa y no restringe de manera alguna el alcance o aplicación de las disposiciones de los apartados 1 a 7 (la cláusula de limitación de beneficios) y del apartado 8 (la regla aplicable a un establecimiento permanente situado en una tercera jurisdicción); un beneficio denegado conforme a dichos apartados no será un “beneficio en virtud del Convenio” que el apartado 9 denegaría igualmente. Además, la guía contenida en el apartado 9 no deberá utilizarse para interpretar los apartados 1 al 8, ni viceversa.

172. Contrariamente, el hecho de que una persona pueda acogerse a los beneficios conforme a los apartados 1 a 7 no significa que esos beneficios no puedan denegarse en aplicación del apartado 9. Los apartados 1 a 7 son normas que se centran en la naturaleza jurídica del residente del Estado Contratante, la propiedad de éstos y sus actividades generales. Como ilustra el ejemplo del próximo apartado, estas normas no suponen que una operación o acuerdo del que sea parte dicho residente no pueda constituir un uso indebido de una disposición del tratado.

173. El apartado 9 debe leerse en el contexto de los apartados 1 a 7 y del resto del Convenio, incluido su preámbulo. Esto resulta de particular importancia a los efectos de determinar cuál es el objeto y fin de las disposiciones correspondientes del Convenio. Suponga, por ejemplo, que una sociedad pública cuyas acciones se cotizan regularmente en un mercado de valores reconocido del Estado Contratante del que la sociedad es residente, obtiene renta procedente del otro Estado Contratante. En la medida en que la sociedad sea una “persona calificada” en los términos del apartado 2, es evidente que no deberán negarse los beneficios del Convenio únicamente por razón de la estructura de propiedad de la sociedad, por ejemplo, porque la mayoría de sus accionistas no fueran residentes del mismo Estado. El objeto y fin del subapartado 2c) es establecer un umbral para el acceso al convenio por parte de sociedades cuyas acciones se coticen públicamente, y éstas sean propiedad de residentes de diferentes Estados. Sin embargo, el hecho de que dicha sociedad reciba la consideración de persona calificada no implica que los beneficios no puedan negarse de acuerdo con el apartado 9 por razones ajenas a la titularidad de sus acciones. Suponga, por ejemplo, que dicha sociedad pública es un banco que celebra un acuerdo de financiación de conducto que busca proporcionar indirectamente a un residente de un tercer Estado el beneficio de una tributación reducida en fuente a través de un convenio tributario. En tal caso, el apartado 9 resultaría aplicable y negaría el beneficio, pues al interpretar el subapartado 2c) en el contexto del resto del Convenio y, particularmente, de su preámbulo, no cabe concluir que éste tenga el propósito, compartido por ambos Estados Contratantes, de autorizar operaciones de triangulación de beneficios (*treaty shopping*) realizadas por sociedades públicas.

174. Las disposiciones del apartado 9 establecen que un Estado Contratante puede negar los beneficios de un convenio tributario cuando sea razonable concluir, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, que uno de los propósitos principales

del acuerdo u operación fue la obtención de un beneficio en virtud del convenio. La disposición pretende garantizar que los convenios se apliquen de acuerdo con la finalidad para la cual se celebraron, es decir, proporcionar beneficios respecto de intercambios de bienes y servicios, y movimientos de capital y de personas, realizados de buena fe, y no respecto de aquellos acuerdos cuyo propósito principal sea la obtención de un tratamiento fiscal más favorable.

175. El término “beneficio” engloba todas aquellas limitaciones (por ejemplo, reducciones fiscales, exenciones, diferimientos o devoluciones de impuestos) sobre la tributación establecida por el Estado fuente en virtud de los Artículos 6 a 22 del Convenio, la eliminación de la doble imposición prevista en el Artículo 23 y la protección otorgada a los residentes y nacionales de un Estado Contratante en virtud del Artículo 24, así como otras limitaciones similares. Esto incluye, por ejemplo, las limitaciones sobre la potestad tributaria de un Estado Contratante respecto de dividendos, intereses [,] regalías [*honorarios por servicios técnicos o rentas de servicios digitales automatizados*] que proceden de ese Estado y pagados a un residente del otro Estado (que es el beneficiario efectivo (*beneficial owner*)) de acuerdo con los Artículos 10, 11[,/12], 12A o 12B]. También abarca las limitaciones sobre la potestad tributaria de un Estado Contratante sobre una ganancia de capital derivada de la enajenación de bienes muebles situados en ese Estado efectuada por un residente del otro Estado, de acuerdo con el Artículo 13. Cuando un convenio tributario incluya limitaciones adicionales (como un crédito ficticio derivado de un incentivo (*tax sparing*)) las disposiciones de este Artículo serán igualmente aplicables a tal beneficio.

176. La expresión “que ha resultado directa o indirectamente en la obtención del beneficio” es deliberadamente amplia, buscando abarcar los casos en los que la persona que invoca la aplicación de los beneficios previstos en un tratado pueda hacerlo respecto de una operación distinta de aquella que tuvo entre una de sus razones principales la obtención de dicho beneficio. El siguiente ejemplo ilustra esta situación:

TCO, una sociedad residente del Estado T, ha adquirido todas las acciones y deudas de SCO, sociedad residente del Estado S, que previamente pertenecía a la matriz de SCO. Esto incluye un préstamo concedido a SCO al 4 por ciento de interés, exigible a voluntad del prestamista. El Estado T no tiene un convenio tributario con el Estado S y, por tanto, cualquier interés pagado por SCO a TCO está sujeto a una tasa de retención del 25 por

ciento de conformidad con la legislación interna del Estado S. No obstante, de acuerdo con el convenio tributario en vigor entre el Estado R y el Estado S, no hay retención sobre un interés pagado por una sociedad residente de un Estado Contratante cuyo beneficiario efectivo (*beneficial owner*) sea una sociedad residente del otro Estado; además, dicho convenio carece de disposiciones análogas a los apartados 1 a 7. TCO decide transferir el préstamo a RCO, una subsidiaria residente del Estado R, a cambio de tres pagarés exigibles a voluntad del acreedor con un interés del 3,9 por ciento.

En este ejemplo, aunque RCO reclama los beneficios del convenio entre los Estados R y S respecto de un préstamo acordado por motivos comerciales válidos, si los hechos del caso demuestran que uno de los propósitos principales de la transferencia del préstamo de TCO a RCO era la obtención de los beneficios del convenio en vigor entre los Estados R y S, esta disposición resultaría aplicable para negar dicho beneficio, pues ha sido el resultado indirecto de la transferencia del préstamo.

177. Los términos “acuerdo u operación” deben interpretarse en sentido amplio, y comprenden cualquier acuerdo, entendimiento, esquema, operación, o serie de operaciones, sean o no jurídicamente exigibles. En especial, comprenden la creación, asignación, adquisición o transferencia de la propia renta, o de la propiedad o derecho por los cuales se devengue la renta. Estos términos también abarcan los acuerdos concernientes a la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona que obtenga la renta, e incluye la calificación de esa persona como residente de uno de los Estados Contratantes, y abarca las medidas que esas personas puedan adoptar para establecer la residencia. Un ejemplo de un “acuerdo” serían todos aquellos actos dirigidos a garantizar que las reuniones del consejo de administración de una sociedad se celebren en un país diferente para así reclamar que la sociedad ha cambiado su residencia. En ocasiones, una única operación puede dar lugar a un beneficio, en otras, esa operación puede actuar en conjunción con otra serie de operaciones más elaboradas que, combinadas, den lugar al beneficio. En ambos casos las disposiciones del apartado 9 pueden ser de aplicación.

178. Para determinar si uno de los propósitos principales de un acuerdo u operación es la obtención de los beneficios derivados del Convenio, es importante llevar a cabo un análisis objetivo de los fines y propósitos de todas las personas involucradas con la puesta en marcha de dicho acuerdo u operación, o de las que son partes del

mismo. La determinación de los propósitos de un acuerdo u operación es una cuestión de hecho a la que solo se puede dar respuesta analizando, caso por caso, todas las circunstancias que rodean dicho acuerdo o evento. No es necesario encontrar pruebas concluyentes sobre la intención de la persona que participa en el acuerdo u operación, pero debe ser razonable concluir, tras un análisis objetivo de los hechos y circunstancias pertinentes, que uno de los propósitos principales del acuerdo u operación era la obtención de los beneficios del convenio. No obstante, no debe presuponerse a la ligera que la obtención de los beneficios del tratado tributario fue uno de los propósitos principales del acuerdo u operación, y una mera comprobación de sus efectos, por lo general, no permitirá extraer conclusiones válidas sobre sus propósitos. Sin embargo, cuando la existencia de un determinado acuerdo solo pueda explicarse por el hecho de que permite el acceso a un beneficio del tratado, se podrá concluir que uno de sus propósitos principales era la obtención de dicho beneficio.

179. Una persona no puede escapar a la aplicación de este apartado simplemente afirmando que el acuerdo u operación no se concertó o realizó con el propósito de obtener los beneficios del Convenio. Deberán ponderarse todas las pruebas disponibles para determinar si resulta razonable concluir que el acuerdo u operación se concertó o realizó a esos efectos. Tal decisión debe ser razonable, lo que implica que han de examinarse con objetividad todas las posibles interpretaciones de los hechos del caso.

180. La referencia a “uno de sus propósitos principales” del apartado 9 significa que la obtención del beneficio del convenio no tiene que ser el único o el más importante de los propósitos de un acuerdo u operación en particular. Será suficiente con que sea al menos uno de los propósitos principales. Por ejemplo, una persona puede vender una propiedad por diversas razones, pero si antes de la venta, dicha persona se convierte en residente de uno de los Estados Contratantes y uno de los propósitos principales de este cambio de residencia es la obtención de un beneficio del convenio tributario, el apartado 9 podrá ser aplicable a pesar de que haya más propósitos principales para el cambio de residencia, tales como facilitar la venta de la propiedad o la reinversión de las ganancias derivadas de ésta.

181. No se considerará que un propósito es el principal si es razonable concluir, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, que la obtención de los beneficios no fue una de las consideraciones principales, ni justifica haber llevado a cabo el acuerdo u operación que, por sí mismo o en conjunción con otras operaciones,

han generado ese beneficio. En particular, cuando un acuerdo esté indisolublemente ligado a una actividad comercial principal, y su configuración no responda al objetivo de obtener un beneficio fiscal, es poco probable que pueda considerarse que su propósito principal era la obtención de ese beneficio. Sin embargo, cuando se efectúe un acuerdo con el propósito de obtener beneficios similares en aplicación de una serie de tratados, no debe entenderse que la obtención de los beneficios de los otros tratados impide considerar que la obtención de un beneficio en virtud de un tratado era uno de los propósitos principales de dicho acuerdo. Por ejemplo, asuma que un contribuyente residente del Estado A celebra un acuerdo instrumental (*conduit arrangement*) con una institución financiera residente del Estado B con el objeto de que dicha institución invierta, para el beneficio final del contribuyente, en bonos emitidos en un gran número de Estados con los que el Estado B, pero no el Estado A, tiene suscritos convenios tributarios. Si los hechos y circunstancias revelan que uno de los propósitos principales de dicho acuerdo fue la obtención de los beneficios de estos tratados fiscales, no deberá entenderse que la obtención de un beneficio en virtud de un tratado concreto no constituía uno de los propósitos principales de ese acuerdo financiero. De la misma manera, los propósitos relacionados con eludir la legislación interna no deberán utilizarse para argumentar que obtener un beneficio del tratado es meramente accesorio a tales propósitos.

182. Los siguientes ejemplos ilustran la aplicación del apartado (los ejemplos incluidos en el párrafo 187 [*del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 citado más adelante*]) también deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si el apartado es aplicable, y de ser así, cuándo aplicaría, respecto de los acuerdos instrumentales (*conduit arrangements*) [...]:

- *Ejemplo A*: TCO, una sociedad residente del Estado T y es propietaria de acciones en SCO, una sociedad que cotiza en un mercado de valores del Estado S. El Estado T no tiene suscrito un convenio tributario con el Estado S y, por tanto, cualquier dividendo que SCO pague a TCO está sujeto a una tasa de retención en la fuente del 25 por ciento de acuerdo con la legislación interna del Estado S. Sin embargo, conforme al convenio tributario entre los Estados R y S, no hay retención sobre los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado Contratante cuando el beneficiario efectivo (*beneficial owner*) del dividendo sea una sociedad residente del otro Estado Contratante. TCO celebra un acuerdo con RCO, una

institución financiera independiente residente del Estado R, conforme al cual TCO confiere a RCO el derecho a percibir los dividendos, que, si bien ya han sido determinados, no han sido pagados por SCO.

En este ejemplo, a falta de otros hechos y circunstancias que demuestren lo contrario, sería razonable concluir que uno de los propósitos principales del acuerdo a través del cual TCO confiere a RCO el derecho a percibir los dividendos, era que RCO se beneficiara de la de exención de tributación en fuente de los dividendos, de conformidad con lo dispuesto en el convenio tributario concertado entre los Estados R y S, y que dicha concesión del beneficio de exención, como consecuencia de este acuerdo de triangulación de beneficios (*treaty shopping*) sería contraria al objeto y fin de dicho convenio tributario.

- *Ejemplo B:* SCO, una sociedad residente del Estado S, es la subsidiaria de TCO, una sociedad residente del Estado T. El Estado T carece de convenio tributario con el Estado S y, en consecuencia, todo dividendo pagado por SCO a TCO está sujeto a una retención en fuente del 25 por ciento de acuerdo con la legislación interna del Estado S. Sin embargo, la tasa de retención aplicable a los dividendos pagados por una sociedad del Estado S a un residente del Estado R, conforme al convenio tributario entre estos Estados, sería del 5 por ciento. TCO, por tanto, celebra un acuerdo con RCO, una institución financiera residente del Estado R, que además tiene la consideración de persona calificada conforme al subapartado 2c) de este Artículo, en virtud del cual, RCO adquiere en usufructo acciones preferentes de nueva emisión, sin derecho de voto, de SCO por un periodo de tres años. TCO es el nudo propietario de dichas acciones. El usufructo le otorga a RCO el derecho a percibir los dividendos vinculados a dichas acciones preferentes. La cuantía pagada por RCO para adquirir el usufructo corresponde con el valor actual de los dividendos correspondientes a las acciones preferentes por los próximos tres años (descontadas por la tasa de interés a la que TCO pagaría al adquirir un préstamo de RCO).

En este ejemplo, a falta de otros hechos y circunstancias que demuestren lo contrario, sería razonable concluir que uno de los propósitos principales del acuerdo a través del cual RCO adquiere el usufructo sobre las acciones preferentes emitidas por SCO era la obtención del beneficio del convenio tributario entre los Estados R y S, consistente en la limitación del

gravamen en fuente de los dividendos al 5 por ciento, y que la concesión del beneficio como consecuencia de este acuerdo de triangulación de beneficios (*treaty shopping*) sería contraria al objeto y fin de dicho convenio tributario.

- *Ejemplo C*: RCO, una sociedad residente del Estado R, se dedica a la producción de dispositivos electrónicos, negocio que se encuentra en plena expansión. En la actualidad, está valorando la posibilidad de abrir una fábrica en un país en desarrollo para beneficiarse de costos de producción más bajos. Tras un estudio preliminar, se identifican posibles ubicaciones en tres países distintos. Los tres países ofrecen un entorno económico y político semejantes. Después de considerar el hecho de que el Estado S es el único de los tres que tiene suscrito un convenio tributario con el Estado R, se opta finalmente por abrir la fábrica en dicho Estado.

En este ejemplo, aunque se toma la decisión de invertir en el Estado S teniendo en cuenta los beneficios que ofrece el convenio tributario entre los Estados R y S, es evidente que los propósitos principales de realizar tal inversión e instalar la fábrica están relacionados con la expansión del negocio de RCO y con los menores costos de producción que ofrece ese país. En este ejemplo, no es posible llegar a la conclusión de que uno de los propósitos principales de instalar la fábrica era la obtención de los beneficios del convenio. Además, teniendo en cuenta que uno de los propósitos generales de los convenios tributarios es el fomento de la inversión transfronteriza, la concesión de los beneficios del convenio entre el Estado R y el Estado S para la inversión en la fábrica construida en el Estado S sería conforme con el objeto y fin de las disposiciones de ese convenio.

- *Ejemplo D*: RCO, un vehículo de inversión colectiva residente del Estado R, gestiona una cartera diversificada de inversiones en el mercado financiero internacional. Actualmente, el 15 por ciento de su cartera está compuesta por acciones de sociedades residentes en el Estado S, acciones que dan lugar al pago anual de dividendos. De acuerdo con el convenio tributario entre los Estados R y S, la retención aplicable en fuente a los dividendos se ve reducida del 30 al 10 por ciento.

A la hora de tomar las decisiones de inversión, RCO tiene en cuenta los beneficios fiscales que ofrece la amplia red de convenios tributarios suscritos por el Estado R. La mayoría de los inversores en RCO son residentes del Estado R, pero algunos (la

minoría) lo son de Estados con los que el Estado S no tiene suscrito ningún convenio tributario. La decisión de los inversores de invertir en RCO no está motivada por ninguna inversión en particular efectuada por RCO, como tampoco la situación tributaria de sus inversores condiciona la estrategia de inversión seguida por dicho vehículo de inversión. RCO distribuye anualmente casi la totalidad de su renta a sus inversores, tributando en el Estado R por los beneficios no distribuidos durante el año.

Al tomar su decisión de invertir en acciones de sociedades residentes del Estado S, RCO tuvo en cuenta la existencia de un beneficio previsto en el convenio tributario entre los Estados R y S respecto de los dividendos, pero este hecho por sí solo no resultaría suficiente para desencadenar la aplicación del apartado 9. El objetivo de los convenios tributarios es proporcionar beneficios fiscales para estimular la inversión transfronteriza y, por lo tanto, a la hora de decidir si el apartado 9 debe aplicarse o no a una inversión, resulta necesario estudiar el contexto en el que ésta se llevó a cabo. En este ejemplo, a menos que la inversión de RCO sea parte de un acuerdo o esté relacionada con otra operación cuyo propósito principal era la obtención del beneficio del Convenio, no sería razonable denegar a RCO el beneficio del tratado tributario entre los Estados R y S.

- *Ejemplo E:* RCO es una sociedad residente del Estado R y, durante los últimos 5 años ha sido titular del 24 por ciento de las acciones de SCO, una sociedad residente del Estado S. Tras la entrada en vigor del tratado tributario entre los Estados R y S (cuyo Artículo 10 es idéntico al Artículo 10 de este Modelo), RCO decide incrementar su porcentaje de participación en SCO hasta el 25 por ciento. Los hechos y circunstancias del caso revelan que la decisión de adquirir estas acciones adicionales se ha tomado fundamentalmente para beneficiarse de una tasa de impuestos menor de acuerdo con el Artículo 10(2) a) del tratado.

En ese caso, aunque uno de los propósitos principales de la compra de las acciones adicionales era claramente la obtención del beneficio previsto en el Artículo 10(2)a), el apartado 9 no sería aplicable porque se puede considerar que la concesión del beneficio en dichas circunstancias sería conforme con el objeto y fin del Artículo 10(2)a). Dicho subapartado recoge un umbral arbitrario del 25 por ciento a los efectos de establecer qué accionistas pueden beneficiarse de una tasa de impuesto reducida sobre los dividendos y, en consecuencia, sería coherente

conceder tal beneficio a un contribuyente que incrementa legítimamente su participación en una sociedad para así satisfacer dicho requisito.

- *Ejemplo F:* TCO es una sociedad residente del Estado T cuyas acciones se cotizan públicamente. Su negocio en tecnologías de la información, desarrollado en el Estado T, ha crecido considerablemente en los últimos años como resultado de una agresiva política de fusiones y adquisiciones seguida por la dirección de la sociedad. RCO, una sociedad residente del Estado R (un Estado que ha celebrado múltiples tratados tributarios que ofrecen una tributación reducida o nula tributación para los dividendos y regalías), es la sociedad controladora de propiedad familiar de un grupo corporativo igualmente dedicado al sector de las tecnologías de la información. Casi todas las acciones de RCO son propiedad de residentes del Estado R quienes son familiares del emprendedor que inicialmente lanzó y desarrolló el negocio del grupo RCO. Los principales activos de RCO comprenden tanto las acciones de subsidiarias situadas en países vecinos, incluyendo SCO que reside en el Estado S, como las patentes desarrolladas en el Estado R y licenciadas a estas subsidiarias. TCO, que desde hace mucho tiempo está interesada en adquirir el negocio del grupo RCO y su cartera de patentes, ha hecho una oferta para adquirir todas las acciones de RCO.

En este ejemplo, a falta de otros hechos y circunstancias que demuestren lo contrario, sería razonable concluir que los propósitos principales para adquirir a RCO están más vinculados con la expansión del negocio del grupo TCO que con la obtención de los beneficios del tratado entre los Estados R y S. El hecho de que RCO actúe principalmente como una sociedad controladora no altera este resultado. Una vez adquiridas las acciones de RCO, es posible que la dirección de TCO tenga en cuenta los beneficios previstos en el convenio tributario entre los Estados R y S a la hora de decidir si mantener dentro de RCO las acciones de SCO y las patentes licenciadas a SCO. No obstante, esto no sería un propósito de la operación considerada, que es la adquisición de las acciones de RCO.

- *Ejemplo G:* TCO es una sociedad residente del Estado T, cuyas acciones se cotizan públicamente. Es propietaria directa o indirectamente de varias subsidiarias en diferentes países. La mayoría de estas sociedades llevan a cabo las actividades empresariales del grupo TCO en mercados locales. En una

región, TCO es propietaria de las acciones de cinco de estas sociedades, ubicadas cada una de ellas en diferentes países vecinos. TCO valora la posibilidad de constituir una sociedad regional con la intención de que ésta preste servicios del grupo a estas sociedades, incluyendo servicios de gestión como contabilidad, asesoría legal y recursos humanos; servicios financieros y de tesorería, tales como la gestión de los riesgos de divisas y las operaciones de cobertura de riesgos, así como otros servicios no financieros relacionados. Tras valorar diferentes ubicaciones, TCO opta por constituir dicha sociedad regional, RCO, en el Estado R. Esta decisión está motivada por la presencia en el Estado R de mano de obra cualificada, un sistema jurídico fiable, un entorno favorable para los negocios, estabilidad política, membresía en una agrupación regional, una industria bancaria desarrollada y una red amplia de convenios de doble imposición, incluyendo los convenios suscritos con los otros cinco Estados donde TCO tiene subsidiarias, que prevén tasas reducidas de gravamen en fuente.

En este ejemplo, para llegar a una conclusión sobre los propósitos de TCO a la hora de constituir RCO, no bastará con examinar los efectos que los convenios desplegarán sobre futuros pagos de las subsidiarias a la sociedad regional. Presuponiendo que los servicios intragrupo que preste RCO, incluida la toma de decisiones necesarias para llevar a cabo su negocio, constituyen un negocio real a través del cual RCO ejerce funciones económicas sustanciales, utilizando activos reales y asumiendo riesgos reales, y que las actividades empresariales son llevadas a cabo por el propio personal de RCO ubicado en el Estado R, no sería razonable denegar los beneficios de los convenios suscritos entre el Estado R y los otros cinco Estados donde operan las subsidiarias, a menos que existan otros hechos que indiquen que la constitución de RCO responde a otros fines tributarios, o a menos que RCO realice operaciones concretas a las que sea aplicable el apartado 9 (véase también el ejemplo F del párrafo 187 [*del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017, citado más adelante*], respecto de intereses y otras remuneraciones que RCO pudiera obtener de sus actividades financieras intragrupo).

- *Ejemplo H:* TCO es una sociedad residente del Estado T que cotiza en el mercado de valores de dicho Estado. Es la matriz de una empresa multinacional dedicada a múltiples actividades

empresariales a nivel global (venta mayorista, venta minorista, manufactura, inversión, finanzas, etc.). Diversos problemas relacionados con el transporte, las diferencias horarias, la disponibilidad limitada de personal que hable con fluidez otros idiomas y la presencia de socios comerciales en el extranjero, hacen difícil que TCO pueda dirigir sus actividades en el extranjero desde el Estado T. Por estas razones, TCO constituye RCO, una subsidiaria residente del Estado R (un país que cuenta con un mercado comercial internacional y financiero desarrollado, así como abundancia de recursos humanos altamente cualificados), como base para llevar a cabo sus actividades empresariales en el exterior. RCO desarrolla múltiples actividades empresariales, como la venta mayorista y minorista, manufactura, financiación e inversión nacional e internacional. RCO tiene los recursos humanos y financieros necesarios para desempeñar tales actividades (en diversas áreas como la legal, financiera, contabilidad, fiscalidad, gestión de riesgos, auditoría y control interno). De esta manera, resulta claro que las actividades de RCO constituyen al desempeño de una actividad empresarial en el Estado R.

Como parte de sus actividades, RCO además se encarga del desarrollo de nuevas instalaciones de manufactura en el Estado S. Para ello, contribuye con capital social y concede préstamos a SCO, subsidiaria residente del Estado S constituida por RCO para que asuma la propiedad de dichas instalaciones. RCO recibirá dividendos e intereses procedentes de SCO.

En este ejemplo, la constitución de RCO responde a razones de eficiencia empresarial, y la financiación proporcionada a SCO a través de capital y deuda es parte del desempeño de una actividad empresarial por RCO en el Estado R. A la vista de estos hechos y en ausencia de otros que demuestren que uno de los propósitos principales de la constitución de RCO o de la financiación proporcionada a SCO era la obtención de los beneficios del convenio entre los Estados R y S, el apartado 9 no será aplicable a estas operaciones.

- *Ejemplo I:* RCO, una sociedad residente del Estado R, es una de las múltiples entidades de gestión colectiva dedicadas a conceder licencias por cuenta de los titulares de derechos de autor y derechos conexos para la reproducción pública de música o para la emisión de dicha música en radio, televisión o internet. SCO, una sociedad residente del Estado S, desempeña actividades

similares en el Estado S. Intérpretes y titulares de derechos de autor de diversos países contratan a RCO o SCO como su agente para la cesión de licencias y la percepción de regalías derivadas de esos derechos de autor y derechos conexos; RCO y SCO distribuyen a cada titular de los derechos las regalías que reciben por cuenta de ellos, descontando una comisión (en la mayoría de los casos, la cuantía distribuida a cada titular es relativamente pequeña). RCO tiene un acuerdo con SCO a través del cual SCO concede licencias a usuarios del Estado S y distribuye a RCO las regalías relativas a los derechos que ésta gestiona; RCO hace lo propio en el Estado R respecto de los derechos que gestiona SCO. SCO ha llegado a un acuerdo con la administración tributaria del Estado S para procesar la retención del impuesto sobre los pagos por regalías que haga a RCO teniendo en cuenta los tratados aplicables entre el Estado S y el Estado de residencia de cada titular de derechos representado por RCO, basándose en la información proporcionada por RCO, toda vez que estos titulares constituyen los beneficiarios efectivos de las regalías pagadas por SCO a RCO.

En este ejemplo, parece claro que los acuerdos entre los titulares de los derechos y RCO y SCO, así como el suscrito entre ellas, responden a la búsqueda de una gestión más eficiente de la concesión de licencias y del cobro de regalías respecto de un gran volumen de operaciones de escasa cuantía. Aunque se pueda considerar que uno de los propósitos de dichos acuerdos es garantizar la aplicación de la tasa de retención correspondiente de acuerdo con el convenio aplicable, sin que cada titular de derechos tenga que solicitar una devolución en relación con pagos de escaso importe, lo que sería poco práctico y oneroso, es claro que dicho propósito promueve una aplicación correcta y eficiente de los tratados fiscales, por lo que es conforme con el objeto y fin de las disposiciones aplicables de los convenios.

- *Ejemplo J:* RCO es una sociedad residente del Estado R. Dicha sociedad ha presentado con éxito una oferta para la construcción de una planta de energía para SCO, una sociedad independiente residente del Estado S. La duración de dicho proyecto de construcción se estima en 22 meses. Durante la negociación del contrato, el proyecto se divide en dos contratos, cada uno con una duración de 11 meses. El primero lo suscribe RCO y el segundo SUBCO, una subsidiaria recientemente constituida y propiedad en su totalidad de RCO, residente del Estado R.

A petición de SCO, que quería asegurarse de que RCO fuera la responsable contractual por la ejecución de ambos contratos, se suscriben una serie de acuerdos contractuales conforme a los cuales RCO queda como responsable solidaria de SUBCO por la ejecución de las obligaciones contractuales de ésta en virtud del contrato firmado entre SUBCO y SCO.

En este ejemplo, en ausencia de otros hechos y circunstancias que demuestren lo contrario, cabe concluir que uno de los propósitos principales de la celebración de contratos separados, conforme a los cuales SUBCO acepta llevar a cabo una parte del proyecto de construcción, era el acceso de ambas, RCO y SUBCO, al beneficio del apartado 3 del Artículo 5 del convenio tributario entre los Estados R y S [*asumiendo que el apartado es idéntico al apartado 3 del Artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE*]. La concesión del beneficio en estas circunstancias sería contraria al objeto y fin de dicho apartado, pues de lo contrario, el umbral temporal recogido en él quedaría vacío de contenido.

- *Ejemplo K*: RCO, una sociedad residente del Estado R, es una subsidiaria cuya propiedad corresponde en su totalidad a Fondo, que es un inversor institucional residente del Estado T, constituido conforme a la reglamentación del Estado T y sujeto a ella. RCO tiene como único propósito obtener un rendimiento de las inversiones en su condición de plataforma regional de inversión de Fondo gracias a la adquisición y la gestión de una cartera diversificada de inversiones privadas en países pertenecientes a una agrupación regional entre los que se encuentra el Estado R. La decisión para establecer la plataforma de inversión regional en el Estado R estuvo motivada principalmente por la existencia de administradores con conocimiento de las regulaciones y prácticas de esa actividad en esa área geográfica, la existencia de mano de obra cualificada y multilingüe, la pertenencia del Estado R a una agrupación regional y el uso de la divisa común del grupo y la extensa red de convenios tributarios suscritos por el Estado R, entre los que se incluye el convenio con el Estado S, que prevén tasas reducidas de retención en fuente. RCO contrata a un equipo local de gestores con experiencia para examinar las recomendaciones de inversión de Fondo y desarrolla otras varias funciones que, dependiendo del caso, pueden incluir, aprobar y monitorear inversiones, ejecutar funciones de tesorería, llevar los libros y registros de RCO, y verificar el cumplimiento de las obligaciones reglamentarias en

los Estados en los que invierte. Fondo designa a los integrantes del consejo de administración de RCO, y se integra en su mayor parte por consejeros residentes del Estado R con experiencia en la gestión de inversiones, así como por miembros del equipo de gestión mundial de Fondo. RCO paga impuestos y presenta sus declaraciones fiscales en el Estado R.

RCO está planteando invertir en SCO, una sociedad residente del Estado S. La inversión en SCO constituiría únicamente una parte de la cartera de inversiones totales de RCO, que comprende, además de las inversiones en el Estado S, otras inversiones en diversos países que también forman parte de la misma agrupación regional. En virtud del convenio tributario entre el Estado R y el Estado S, la tasa de retención en la fuente respecto de los dividendos se reduce del 30 al 5 por ciento. En virtud del convenio entre el Estado S y el Estado T, la tasa de retención en fuente sobre los dividendos es del 10 por ciento.

Al adoptar la decisión de si invertir o no en SCO, RCO tiene en cuenta el beneficio que concede el convenio tributario entre el Estado R y el Estado S en relación con los dividendos, pero esta consideración no es, por sí misma, suficiente para desencadenar la aplicación del apartado 9. La intención de los convenios tributarios es conceder beneficios que promuevan la inversión transfronteriza y, por tanto, para determinar si el apartado 9 se aplica o no a una inversión, es necesario examinar el contexto en el que ésta se realiza, incluyendo las razones que motivan la constitución de RCO en el Estado R, así como las funciones de inversión y otras actividades ejercidas en el Estado R. En este ejemplo, la ausencia de otros hechos y circunstancias que demuestren que la inversión de RCO es parte de un acuerdo, o está relacionada con otra operación cuyos propósitos principales consisten en la obtención del beneficio del Convenio, no será razonable denegar a RCO el beneficio del convenio tributario suscrito entre los Estados R y S.

- *Ejemplo L:* RCO, una sociedad de titularización residente del Estado R, fue creada por un banco que le vendió una cartera de préstamos y otros derechos de crédito cuyos deudores están situados en distintos Estados. RCO se financia íntegramente mediante deuda. RCO ha emitido una única acción que se mantiene en fideicomiso y carece de valor económico. La financiación mediante deuda de RCO se sustenta en la emisión de obligaciones que poseen un gran número de terceros inversores.

Las obligaciones se cotizan en un mercado de valores reconocido que permite su negociación en un mercado secundario, y están depositadas en un sistema de compensación. A fin de cumplir las obligaciones reglamentarias, el banco también ha conservado un pequeño porcentaje de esos títulos de deuda cotizados, emitidos por RCO, y que poseen un gran número de inversores. Actualmente, el 60 por ciento de la cartera de RCO está compuesta por cuentas por cobrar de pequeñas y medianas empresas residentes del Estado S, de las que RCO recibe regularmente pagos de intereses. El banco es residente del Estado T, Estado que ha suscrito un convenio tributario con el Estado S que otorga beneficios equivalentes a los previstos en el convenio tributario entre el Estado R y el Estado S. En aplicación del convenio tributario entre los Estados R y S, la tasa de retención en fuente sobre los intereses está limitada al 10 por ciento (la legislación interna del Estado S establece una tasa de retención del 30 por ciento).

Al constituir RCO, el banco tuvo en cuenta un gran número de factores, entre ellos el sólido marco para la titularización que ofrece el Estado R, su legislación en esta materia y la disponibilidad de personal experimentado y competente y de servicios de apoyo en el Estado R, así como los beneficios fiscales que procura la extensa red de convenios tributarios de dicho Estado. La decisión de los inversores de invertir en RCO no está dictada por ninguna inversión en concreto de esta sociedad, del mismo modo que la estrategia de inversión de RCO no está condicionada por la situación fiscal de sus inversores. RCO tributa en el Estado R respecto de las rentas que percibe y puede deducir íntegramente los intereses que paga a sus inversores.

Al tomar la decisión de vender los créditos adeudados por residentes del Estado S, el banco y RCO tuvieron en cuenta la existencia del beneficio fiscal previsto en el convenio tributario entre el Estado R y el Estado S respecto de los intereses, pero esta consideración no es, por sí misma, suficiente para desencadenar la aplicación del apartado 9. La intención de los convenios tributarios es conceder beneficios que promuevan la inversión transfronteriza y, por tanto, para determinar si el apartado 9 se aplica o no a una inversión, es necesario examinar el contexto en el que ésta se realiza. En este ejemplo, la ausencia de otros hechos y circunstancias que demuestren que la inversión de RCO es parte de un acuerdo o se relaciona con otra operación llevada a cabo con el propósito de obtener los beneficios

del Convenio, no será razonable denegar a RCO el beneficio del convenio tributario suscrito entre los Estados R y S.

- *Ejemplo M:* Fondo Inmobiliario es una asociación de personas (*partnership*) fiscalmente transparente conforme a la legislación fiscal del Estado C, constituida para invertir en una cartera de inversiones inmobiliarias en un área geográfica concreta. El gestor de Fondo Inmobiliario es un gestor de fondos regulado y las participaciones en el mismo se comercializan a inversores institucionales, tales como fondos de pensiones y fondos soberanos, sobre la base de la estrategia de inversión definida para este fondo. Una pluralidad de inversores residentes en distintas jurisdicciones asigna fondos a Fondo Inmobiliario. La estrategia de inversión de Fondo Inmobiliario, descrita en su publicidad, no está condicionada por la situación fiscal de sus inversores, sino que se basa en la inversión en ciertos activos inmobiliarios con el propósito de maximizar su valor y obtener plusvalías con la enajenación de las inversiones. Fondo Inmobiliario invierte a través de RCO, una sociedad controladora constituida en el Estado R. RCO gestiona todos los activos consistentes en bienes inmuebles de Fondo Inmobiliario, y detenta estos activos indirectamente a través de sociedades de su propiedad, que son residentes de Estados en donde se ubican los activos en bienes inmuebles; asimismo RCO provee deuda y/o capital para financiar a estas sociedades locales, quienes son propietarias directas de las inversiones subyacentes. RCO se constituyó por diversas razones comerciales y jurídicas, entre ellas la de proteger a Fondo Inmobiliario de pasivos y potenciales reclamaciones relativas a los bienes inmuebles del fondo, facilitar financiación mediante deuda (incluso de terceros prestatarios) y la realización, gestión y venta de las inversiones. También se creó con el propósito de gestionar las solicitudes de desgravación en relación con las retenciones en fuente en virtud de los convenios tributarios aplicables. Esta función de RCO es importante, ya que desde el punto de vista administrativo es más simple para una sociedad obtener los beneficios del convenio, que hacer que cada inversor institucional presente sus propias solicitudes de desgravación, especialmente cuando las desgravaciones a las que cada inversor tiene derecho, respecto de elementos de renta concretos, en virtud del convenio aplicable, representen importes pequeños. Tras analizar las posibles ubicaciones, Fondo Inmobiliario decide crear RCO en el Estado R. Esta decisión está motivada principalmente por la

estabilidad política del Estado R, sus sistemas jurídico y reglamentario, el conocimiento de los entornos crediticio y de inversión, la disponibilidad de personal debidamente cualificado y la extensa red de convenios tributarios del Estado R, incluidos los convenios con otros Estados del área geográfica concreta en la que se prevé la inversión. Sin embargo, RCO no obtiene más beneficios por razón de los convenios tributarios que los que hubieran obtenido los inversores si hubieran realizado las mismas inversiones directamente en esos Estados y los beneficios aplicables hubieran sido los de los convenios tributarios suscritos por sus Estados de residencia.

En este ejemplo, si bien la decisión de situar a RCO en el Estado R se adopta a la vista de la existencia de beneficios derivados de los convenios tributarios entre el Estado R y los Estados del área geográfica en la que se desea hacer la inversión, es evidente que las inversiones inmobiliarias de RCO se realizan por razones comerciales que responden a la estrategia de inversión del fondo. Asimismo, RCO no obtiene más beneficios por razón de los convenios tributarios que los que hubieran obtenido los inversores, y cada Estado en el que RCO realiza inversiones inmobiliarias puede gravar la renta que procede directamente de esas inversiones. En ausencia de otros factores o circunstancias que prueben que las inversiones de RCO son parte de un acuerdo o tienen relación con otra operación cuyo propósito principal sea obtener el beneficio del Convenio, no sería razonable denegar el beneficio de los convenios tributarios entre el Estado R y los Estados en los que están situadas las inversiones inmobiliarias de RCO.

[El Comité considera que el siguiente ejemplo adicional, que no aparece en el Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, también ilustra la aplicación del apartado 9:]

- *[Ejemplo N: TCO, un residente del Estado T, es un miembro de un grupo multinacional de sociedades que presta diversos servicios de limpieza y manejo de residuos a empresas del Estado T y de otros Estados. TCO celebra un contrato con SCO, una sociedad residente del Estado S, para prestar sus servicios en tres instalaciones de empresas de SCO en el Estado S por un periodo de 180 días de trabajo. Subsecuentemente, cuando TCO ha estado en el Estado S por 150 días, TCO y SCO inician negociaciones para extender el contrato por 90 días adicionales. Tal como lo permite el contrato modificado, TCO asigna sus derechos y obligaciones*

adquiridos mediante el contrato a SUBCO, una subsidiaria propiedad en su totalidad de TCO y residente del Estado T. SUBCO presta los servicios requeridos a SCO por 90 días de conformidad con el contrato modificado, con la asistencia de personal proveído por TCO. El convenio tributario entre los Estados T y S contiene una disposición idéntica al subapartado 3(b) del Artículo 5 de este Modelo. Tanto TCO como SUBCO pretenden acogerse al beneficio del subapartado 3(b) del Artículo 5 basados en que ninguno de los dos presta servicios en el Estado S por más de 183 días en cualquier periodo de 12 meses.]

[En este ejemplo, los hechos y circunstancias pueden revelar que el principal propósito de limitar a 180 días los servicios prestados por TCO en el Estado S fue evitar constituir un establecimiento permanente en el Estado S y obtener el beneficio del umbral de tiempo establecido en el subapartado (3)(b) del Artículo 5. Sin embargo, la regla general antiabuso contemplada en el apartado 9 del Artículo no aplicaría en este caso si los servicios prestados por TCO en el Estado S, se limitaran a 180 días porque el otorgar el beneficio establecido en el subapartado (3)(b) del Artículo 5 en dicha situación estaría en concordancia con el objeto y fin del Convenio. El subapartado (3)(b) del Artículo 5 establece un umbral claro de tiempo de más de 183 días de trabajo en cualquier periodo de 12 meses para la constitución de un establecimiento permanente y es consistente con este objeto y fin el otorgar el beneficio del subapartado a un contribuyente que limita sus actividades de provisión de servicios en un país por un tiempo menor al establecido en el umbral. Este resultado es consistente con el resultado anterior del Ejemplo E.]

[Sin embargo, en virtud de la asignación de los derechos y obligaciones de TCO a SUBCO, como consecuencia de la extensión del contrato y en ausencia de cualesquiera otros hechos y circunstancias relevantes, resulta razonable concluir que uno de los principales objetivos para la asignación a SUBCO fue el obtener el beneficio del umbral de tiempo tanto para TCO como para SUBCO. Si TCO hubiera continuado con la provisión de servicios en el Estado S, de conformidad con la extensión del contrato, TCO hubiera excedido el umbral de tiempo establecido en el subapartado (3)(b) del Artículo 5 y se hubiera considerado que constituyó un EP en el Estado S. Sería contrario al objeto y fin del Convenio otorgar el beneficio del subapartado (3)(b) del Artículo 5 a TCO y SUBCO bajo dicho acuerdo artificioso consistente en la partición del contrato.]

183. En algunos Estados, la aplicación de la norma general antiabuso de la legislación interna está sujeta a algún tipo de proceso de aprobación. En ocasiones, dicho proceso prevé que, en aras de su agilización, sean funcionarios de alto nivel de la administración quienes examinen las controversias relativas a estas disposiciones. En otros casos, el proceso requiere la intervención de una comisión consultiva que transmita a la administración su opinión sobre la aplicación de la norma. La existencia de este tipo de procesos de aprobación revela la complejidad inherente de estas normas y promueve una aplicación coherente de las mismas. Es posible que los Estados deseen establecer un proceso administrativo de este estilo para garantizar que el apartado 9 se aplique únicamente tras la aprobación de funcionarios de alto nivel dentro de la administración.

184. Asimismo, algunos Estados consideran que, cuando a una persona se le deniega el beneficio del convenio en virtud del apartado 9, la autoridad competente del Estado Contratante, que de otra forma hubiera concedido este beneficio, deberá tener la posibilidad de tratar a dicha persona como si estuviera legitimada a obtener este u otros beneficios respecto del elemento de renta o capital en cuestión, en los casos en que, incluso en ausencia del acuerdo u operación que desencadenó la aplicación del apartado 9, dichos beneficios se hubieran concedido a esa persona. Para permitir esta posibilidad, dichos Estados pueden incluir el siguiente apartado adicional en sus tratados bilaterales:

10. Cuando, en virtud del apartado 9, se niegue a una persona la aplicación de un beneficio previsto en este Convenio, la autoridad competente del Estado Contratante que, de otro modo hubiera concedido el beneficio, no obstante, tratará a esa persona como legitimada para la obtención del mismo, o de otros beneficios en relación con un determinado elemento de renta o de capital, si dicha autoridad competente, a solicitud de esa persona y tras haber considerado los hechos y circunstancias pertinentes, determina que esa persona hubiera obtenido los beneficios aun en la ausencia del acuerdo u operación a los que se refiere el apartado 9. La autoridad competente del Estado Contratante a la que un residente del otro Estado Contratante haya presentado una solicitud en el sentido de este apartado, consultará con la autoridad competente del otro Estado antes de desestimar la solicitud.

185. A los efectos de esta disposición alternativa, tanto la determinación de que los beneficios se hubieran concedido aun en ausencia

del acuerdo u operación a los que se refiere el apartado 9, como la determinación de los beneficios que debieran concederse, quedan a discreción de la autoridad competente que recibe la solicitud. La disposición alternativa confiere un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad competente para realizar tales determinaciones. No obstante, la disposición exige a dicha autoridad que considere los hechos y circunstancias pertinentes antes de tomar la decisión y que consulte a la autoridad competente del otro Estado Contratante antes de desestimar una solicitud para acogerse a los beneficios del convenio, si ésta la planteó un residente de ese otro Estado. La primera exigencia pretende garantizar que la autoridad competente examine cada solicitud de forma individualizada, mientras que la segunda, busca asegurar que los Estados Contratantes traten supuestos similares de manera coherente y sean capaces de justificar su decisión atendiendo a los hechos y circunstancias del caso concreto. No obstante, este proceso de consulta no obliga a la autoridad competente destinataria de la solicitud a obtener la aquiescencia de la autoridad competente consultada.

186. El ejemplo que sigue ilustra la aplicación de esta disposición alternativa. Suponga que una persona natural residente del Estado R y titular de acciones de una sociedad residente del Estado S, cede el derecho de cobro de los dividendos ya determinados por dicha sociedad, a otra sociedad residente del Estado R que es propietaria de más del [25] por ciento del capital de la sociedad pagadora, con el propósito principal de obtener la tasa reducida de tributación en fuente previsto en el subapartado *a*) del apartado 2 del Artículo 10. En ese caso, si se determina que el beneficio de dicho subapartado debe denegarse en virtud del apartado 9, la disposición alternativa permitirá que la autoridad competente del Estado S conceda el beneficio de la tasa de impuesto reducida prevista en el subapartado *b*) del apartado 2 del Artículo 10, si dicha autoridad competente determina que el beneficio se hubiera concedido en ausencia de la cesión del derecho de recibir dividendos a otra sociedad.

187. Es posible que algunos Estados, por diversas razones, no puedan aceptar la norma contemplada en el apartado 9. Sin embargo, estos Estados, para poder combatir de manera efectiva todas las formas de triangulación de beneficios (*treaty shopping*), necesitarán complementar la cláusula de limitación de beneficios de los apartados 1 a 7 con normas que hagan frente a las estrategias de triangulación de beneficios (*treaty shopping*) conocidas como “acuerdos instrumentales” (*conduit arrangements*) que no se abordan en de dichos apartados.

Estas normas combatirían tales acuerdos instrumentales denegando los beneficios previstos en las disposiciones del Convenio, o de algunos de ellos (por ejemplo, los previstos en los Artículos 7, 10, 11, 12 [, 12A, 12B] y 21), respecto de las rentas obtenidas bajo, o como parte de, un acuerdo instrumental. También pueden adoptar la forma de normas internas antiabuso o doctrinas jurisprudenciales que conduzcan a un resultado similar. Los siguientes ejemplos muestran algunos tipos de acuerdos instrumentales que deben ser abordados por dichas normas, así como ejemplos de operaciones que no deben recibir tal consideración a estos efectos:

- *Ejemplo A*: RCO es una sociedad residente del Estado R cuyas acciones se cotizan públicamente, que es propietaria de la totalidad de las acciones de SCO, una sociedad residente del Estado S. TCO, una sociedad residente del Estado T que no tiene un convenio tributario con el Estado S, está interesada en adquirir una participación minoritaria de SCO, pero cree que la retención que el Estado S aplicaría sobre los dividendos conforme a su legislación interna haría que dicha inversión no fuera rentable. RCO propone que en lugar de adquirir las acciones de SCO, ésta emita acciones preferentes que generen un rendimiento fijo del 4 por ciento más un rendimiento contingente del 20 por ciento sobre los beneficios netos de SCO. El vencimiento de estas acciones preferentes se producirá a los 20 años. TCO celebrará un contrato separado con RCO conforme al cual, la primera pagará a la segunda una cuantía igual al precio de emisión de las acciones preferentes, a cambio de recibir de RCO el precio de amortización de las acciones una vez transcurridos los 20 años. Durante esos 20 años, RCO pagará a TCO un importe equivalente al 3,75 por ciento del precio de emisión más el 20 por ciento de los beneficios netos de SCO.

Este es un acuerdo instrumental (*conduit arrangement*) que debe combatirse mediante las normas antes mencionadas, pues uno de los propósitos principales de la participación de RCO en dicha operación es la obtención de una tasa de retención reducida para TCO.

- *Ejemplo B*: SCO, una sociedad residente del Estado S, ha emitido una única clase de acciones, todas ellas propiedad de RCO, una sociedad residente del Estado R. De igual modo, RCO tiene una única clase de acciones en circulación, todas ellas propiedad de TCO, una sociedad residente del Estado T que no tiene convenio tributario con el Estado S. RCO se dedica a la fabricación de

productos electrónicos y SCO es la distribuidora exclusiva de los productos de RCO en el Estado S. En virtud del apartado 3 de la cláusula de limitación de beneficios, RCO tendrá derecho a los beneficios respecto de los dividendos que perciba de SCO, a pesar de que las acciones de RCO sean propiedad de un residente de un tercer Estado.

Este ejemplo se refiere a una estructura comercial ordinaria en la cual RCO y SCO realizan actividades empresariales reales en los Estados R y S. El pago de dividendos por parte de subsidiarias como SCO constituye una práctica empresarial ordinaria. A falta de pruebas que demuestren que uno de los propósitos principales para poner en marcha esta estructura era hacer circular los dividendos desde SCO a TCO, no se entenderá que dicha estructura constituye un acuerdo instrumental (*conduit arrangement*).

- *Ejemplo C:* TCO, una sociedad residente del Estado T que no tiene un convenio tributario con el Estado S, hace un préstamo de 1.000.000 a SCO, una sociedad residente del Estado S. SCO es una subsidiaria cuya propiedad corresponde en su totalidad a TCO. TCO otorga el préstamo mencionado a cambio de un pagaré emitido por SCO. TCO se percata más adelante de que puede evitar la retención que practica el Estado S sobre el interés si cede el pagaré a RCO, otra subsidiaria de su propiedad que reside en el Estado R (el convenio en vigor entre los Estados R y S impide el gravamen en fuente de los intereses en ciertos casos). Así pues, TCO cede el pagaré a RCO a cambio de otro pagaré emitido por RCO a favor de TCO. Mientras que el pagaré emitido por SCO estipula un interés del 7 por ciento, el pagaré emitido por RCO prevé un interés del 6 por ciento.

La operación a través de la que RCO adquiere el pagaré emitido por SCO constituye un acuerdo instrumental (*conduit arrangement*), pues está concebida para eliminar el gravamen en fuente que, de otro modo, hubiera pagado TCO en el Estado S.

- *Ejemplo D:* TCO, una sociedad residente del Estado T (Estado sin convenio con el Estado S), es titular de todas las acciones de SCO, una sociedad residente del Estado S. Durante mucho tiempo, TCO ha efectuado sus operaciones bancarias con RCO, un banco residente del Estado R e independiente de TCO y SCO, puesto que el sistema bancario en el Estado T es relativamente poco sofisticado. Así pues, TCO tiende a mantener un depósito bancario sustancial en dicho banco. Cuando SCO precisa de un

préstamo para financiar una adquisición, TCO le sugiere que lo acuerde con RCO, quien ya está familiarizado con la actividad empresarial de TCO y SCO. SCO negocia el préstamo con diversos bancos, ofreciendo todos ellos condiciones equiparables a las propuestas por RCO, pero finalmente opta por firmar el contrato de préstamo con este último, en parte porque los intereses pagados a este banco no quedan sujetos a retención de impuestos en el Estado S conforme al convenio suscrito entre los Estados R y S, mientras que los intereses pagados a bancos residentes del Estado T sí estarían sujetos a gravamen en el Estado S.

El hecho de que los beneficios del convenio entre los Estados R y S estén disponibles en caso de que SCO reciba un préstamo de RCO, y que no ocurra lo mismo si lo recibe de otros Estados, es un factor que sin duda ha influido en la decisión tomada por SCO (que puede verse influida por el consejo de TCO, su único accionista). Incluso es posible que sea un factor decisivo, en el sentido de que, en todos los otros casos las condiciones permanecen iguales, pero la disponibilidad de los beneficios del tratado puede inclinar la balanza en favor de adquirir el préstamo de RCO y no de otro prestamista. No obstante, la determinación sobre si el acceso a los beneficios del convenio fue uno de los propósitos principales de la operación debe hacerse teniendo en cuenta los hechos y circunstancias del caso. En los hechos arriba expuestos, RCO es independiente de las sociedades TCO y SCO y no existe ningún indicio que apunte a que el interés pagado por SCO circule hacia TCO en un sentido u otro. El hecho de que TCO haya mantenido tradicionalmente depósitos sustanciales en RCO indica igualmente que el préstamo a SCO no se corresponde con un depósito específico de TCO. Teniendo en cuenta los hechos concretos expuestos, es poco probable que la operación pueda constituir un acuerdo instrumental (*conduit arrangement*).

No obstante, si la decisión de RCO de conceder un préstamo a SCO dependiera de que la sociedad TCO constituyera un depósito de cuantía equivalente como garantía del préstamo, de manera tal que RCO no hubiera tenido acceso a la operación en condiciones esencialmente idénticas en ausencia de dicho depósito, los hechos indicarían que TCO estaba haciendo un préstamo indirecto a SCO a través de un banco del Estado R, por lo que en tal caso la operación constituiría un acuerdo instrumental (*conduit arrangement*).

- *Ejemplo E:* RCO, una sociedad cuyas acciones son cotizadas públicamente, residente del Estado R, es la sociedad controladora de un grupo industrial dedicado a un sector tecnológico muy competitivo. El grupo manufacturero lleva a cabo investigaciones en subsidiarias repartidas en todo el mundo. Las subsidiarias ceden a RCO las licencias sobre las patentes que desarrollan, quien posteriormente cede la tecnología a las subsidiarias que la necesitan. RCO se queda únicamente con un pequeño margen de las regalías que recibe, de manera que la mayoría de los beneficios van a parar a la subsidiaria que asumió los riesgos correspondientes al desarrollo de la tecnología. TCO, una sociedad ubicada en un Estado con el que el Estado S no tiene un convenio tributario en vigor, ha desarrollado un proceso capaz de incrementar sustancialmente la rentabilidad de todas las subsidiarias de RCO, incluida SCO, una sociedad residente del Estado S. Siguiendo su práctica habitual, RCO es la cesionaria de las licencias sobre la tecnología de TCO y sublicencia la tecnología a sus subsidiarias. SCO paga una regalía a RCO, y prácticamente la totalidad de la cuantía de dicha regalía se paga a TCO.

En este ejemplo no hay indicios de que RCO haya establecido su negocio de concesión de licencias con el objeto de reducir el gravamen en fuente en el Estado S. Toda vez que RCO se ajusta al comportamiento y a la organización empresarial estándar del grupo por la forma en que estructura su actividad de cesión de licencias y sublicencias, y, asumiendo que esa misma estructura se utiliza respecto de otras subsidiarias que llevan a cabo actividades similares en países con los que existen convenios que ofrecen beneficios equivalentes o más favorables, cabría concluir que el acuerdo entre SCO, RCO y TCO no constituye un acuerdo instrumental (*conduit arrangement*).

- *Ejemplo F:* TCO es una sociedad cuyas acciones se cotizan públicamente, residente del Estado T, con quien el Estado S no tiene un convenio en vigor. TCO es la matriz de un grupo multinacional que engloba a RCO, una sociedad residente del Estado R, y a SCO, una sociedad residente del Estado S. SCO desempeña una actividad empresarial en el Estado S. Por su parte, RCO es responsable de coordinar la financiación de todas las subsidiarias de TCO. RCO mantiene un sistema centralizado para la gestión de la contabilidad de TCO y sus subsidiarias, donde quedan registradas todas las cuentas por cobrar y por pagar entre el grupo. RCO es responsable de cobrar y abonar todos los

pagos en efectivo derivados de las operaciones entre sus afiliados y partes no asociadas. RCO firma contratos de tasas de interés y de cambio de divisas necesarios para gestionar los riesgos derivados de los desajustes entre los flujos de caja entrantes y salientes. Las actividades de RCO tienen como finalidad (y cabe esperar que lo consiga) la reducción de los costes operativos y generales, así como otros tipos de costos fijos. RCO cuenta con 50 empleados en el Estado R, incluyendo el personal administrativo y otro personal de apoyo en el Estado R; este número refleja el volumen de actividad asumido por dicha sociedad. TCO presta a RCO 15 millones en moneda A (equivalentes a 10 millones en moneda B) a cambio de un pagaré a 10 años a un 5 por ciento de interés anual. Ese mismo día, RCO presta 10 millones en moneda B a SCO a cambio de un pagaré a 10 años a un 5 por ciento de interés anual. RCO no acuerda una cobertura de riesgos a largo plazo respecto de estas operaciones financieras, pero sí gestiona los riesgos de estas operaciones que se derivan de las tasas de interés y de cambio de divisas, y lo hace a diario, semanal o trimestralmente mediante la firma de contratos de cambio de divisas a futuro.

En este ejemplo, parece que RCO realiza una actividad empresarial real, ejerciendo funciones económicas esenciales, utilizando activos reales y asumiendo riesgos reales; también realiza actividades significativas respecto de las operaciones con TCO y SCO, actividades que resultan comunes dentro de su negocio de tesorería. Además, parece que dicha sociedad asume los riesgos derivados de las tasas de interés y los tipos de cambio. A la vista de estos hechos, y en la medida en que no existan otros que indiquen que uno de los propósitos principales de estos préstamos era la elusión del gravamen en fuente en el Estado S, se entenderá que los préstamos concedidos de TCO a RCO y de RCO a SCO no constituyen un acuerdo instrumental (*conduit arrangement*).

36. Como se indicó en los párrafos 145 y 146 del Comentario al Artículo 1, el Comité reconoce la importancia general de contar con mecanismos apropiados para la administración y la interpretación de tratados fiscales para minimizar los riesgos de abuso. Estos mecanismos son especialmente importantes en relación con reglas generales antiabuso, tanto en la legislación interna como en los convenios tributarios. Inevitablemente, las reglas antiabuso generales involucran un

elemento de incertidumbre, que puede tener un impacto negativo en el comercio e inversión transfronterizos legítimos. Los países pueden desear considerar reducir la incertidumbre para los contribuyentes de diversas maneras, tal como permitir la aplicación del Artículo solo después de que ésta es aprobada por los funcionarios de alto rango de la administración fiscal, tal como se menciona en el párrafo 183 del Comentario al Artículo 29 del Modelo de Convenio Tributario citado anteriormente en el párrafo 35, procedimientos de acuerdos anticipados, o la emisión de lineamientos por parte de la administración fiscal dirigidos a los contribuyentes relativos a la forma en la que pretenden aplicar el apartado 9 del Artículo. De manera similar, tal como lo indica el párrafo 120 del Comentario al Artículo 1, contar con un sistema judicial robusto e independiente ayudará a proporcionar a los contribuyentes la seguridad de que el Artículo se aplica de manera objetiva. Asimismo, una aplicación efectiva del procedimiento de acuerdo mutuo asegurará que los casos controvertidos relativos a la aplicación del apartado 9 del Artículo sean resueltos de conformidad con los principios internacionalmente aceptados para mantener la integridad de los tratados tributarios.

Comentario al Capítulo VII

DISPOSICIONES FINALES

Artículos 30 y 31

ENTRADA EN VIGOR Y TERMINACIÓN O DENUNCIA

Los Artículos 30 y 31 del Modelo de Convenio Tributario de las Naciones Unidas reproducen los Artículos 31 y 32 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. En consecuencia, el Comité considera que el siguiente extracto del Comentario a los Artículos 31 y 32 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE de 2017 es aplicable a los Artículos 30 y 31 de este Modelo (las modificaciones que aparecen en cursivas y entre corchetes, que no son parte del Comentario del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE han sido insertadas para reflejar las diferencias entre las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario y las de este Modelo):

1. Estas disposiciones sobre el procedimiento de entrada en vigor, ratificación y terminación o denuncia se encuentran redactadas para que puedan incorporarse a los convenios bilaterales y se corresponden con las normas que generalmente contienen los tratados internacionales.
2. Para algunos Estados Contratantes puede resultar necesario incluir una disposición adicional en el primer apartado del Artículo [30] precisando las autoridades que deben dar su consentimiento para la ratificación. Otros Estados Contratantes pueden convenir en que el Artículo estipule que la entrada en vigor se producirá después del intercambio de notas que confirmen que cada Estado ha cumplimentado las formalidades necesarias para esa entrada en vigor.
3. Los Estados Contratantes pueden convenir en que el Convenio entrará en vigor luego de transcurrido un período específico luego del intercambio de los instrumentos de ratificación o luego de la confirmación acerca de que cada Estado ha cumplido las formalidades necesarias para esa entrada en vigor.
4. No se ha establecido ninguna disposición respecto de la fecha en que el Convenio surtirá efectos o dejará de surtir efectos, toda vez que

esas reglas dependerán en gran medida de la legislación interna de los Estados Contratantes involucrados. Algunos Estados determinan el impuesto sobre la renta recibida en el transcurso del año corriente; otros, sobre la renta percibida en el año anterior; otros, tienen un año fiscal que difiere del año calendario. Además, algunos convenios disponen, con relación a los impuestos exigidos mediante deducción en la fuente, una fecha para la aplicación o terminación o denuncia que difiere de la fecha prevista para la aplicación de los impuestos exigidos en base a una determinación.

5. Como resulta conveniente que el Convenio permanezca en vigor al menos durante cierto período, el Artículo relativo a la terminación o denuncia dispone que la notificación de la terminación o denuncia solo podrá efectuarse luego de cierto año determinado, que se fijará de común acuerdo. Los Estados Contratantes pueden decidir cuál es el primer año a partir del cual podrá efectuarse esa notificación o incluso acordar, si así lo desean, en no fijar ningún año.



UN Tax Committee

Esta publicación es un producto del
Comité de Expertos sobre Cooperación
Internacional en Materia Fiscal de las
Naciones Unidas.

eISBN: 9789210001045